

Francisco Bilancia
Cristhian Magnus de Marco
Paulo Junior Trindade dos Santos
(Organizadores)

**CONSTITUCIONALISMO
PÓS-MODERNO & SOCIEDADE
GLOBAL E COMPLEXA:**

(co)relação com o Direito Internacional
dos Direitos Humanos

VOLUME 1

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

**editora
unoesc**

© 2023 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Carlos Libman
Projeto gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C758	Constitucionalismo pós-moderno & sociedade global e complexa: (co)relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos: volume 1 / Francisco Bilancia, Cristhian Magnus De Marco, Paulo Junior Trindade dos Santos (organizadores). – Joaçaba: Editora Unoesc, 2023. 226 p. ; 23 cm. ISBN e-book: 978-85-98084-50-3 Inclui bibliografia 1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3. Direito constitucional. 4. Pós-modernismo. I. Bilancia, Francisco, (org.). II. De Marco, Cristhian Magnus, (org.). III. Santos, Paulo Junior Trindade dos, (org.). Dóris 341.27
------	--

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Ricardo Antonio De Marco

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Carla Fabiana Cazella
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitora de Ensino
Lindamir Secchi Gadler

Diretor Executivo
Jarlei Sartori

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-Graduação,
Extensão e Inovação

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marceli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

Apresentação dos organizadores	5
Apresentação da coletânea.....	9
Apresentação dos autores	13
Constitucionalismo Pós-Moderno: por um Sistema Jurídico em Rede*	19
As Barreiras Impostas ao Transconstitucionalismo: Análise Sobre as Dificuldades Observadas nas Relações entre Ordens Jurídicas Distintas	43
Revisitando o Valor Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana e as Premissas do Dano Moral	71
A Solidariedade como Política Constitucional de Efetivação dos Direitos Humanos	93
Os Direitos Humanos das Mulheres e o Mito da Beleza	117
Uma Análise das Críticas Tecidas por Roberto Campos aos Direitos Sociais e Econômicos Previstos na Constituição Federal de 1988, após Trinta Anos de sua Promulgação.....	139
Inteligência Artificial, Decisão Judicial e a (nova) Perspectiva Ética Necessária ao Pós-Humanismo	181
Estudos Iniciais Acerca das Decisões Judiciais em Processos Estruturais: uma análise a partir da decisão sobre a retomada das aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul, no contexto da pandemia de COVID-19.....	209

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES

Francisco Bilancia detém LL.B. (Hons) Universidade Sapienza - Roma, Itália; Ph.D. na Faculdade de Direito da Universidade de Roma (“Sapienza”), Itália; é Professor de Direito Público e Vice-Diretor do Departamento de Estudos Jurídicos e Sociais da Universidade de Chieti-Pescara (Itália). Vice-Diretor da Revista *Costituzionalismo.it* e Membro do Conselho Editorial das Revistas *Giurisprudenza costituzionale*, *Istituzioni del Federalismo*, *Diritto Pubblico* e Editor Associado da Série de Livros *Orizzonti del Diritto Pubblico*, *Progetto Polis e Sovranità*, *Federalismo*, *Diritti*. Foi Visiting Research Scholar no Center for Socio-Legal Studies da Universidade de Oxford (2014 e 2016); e já aceite no programa de visitas do Institute for European and Comparative Law – Law School – University of Oxford (Verão 2022); Professor convidado da Universidade Brasileira - UNISINOS (Rio Grande do Sul, 2014. Projetos Internacionais de Pesquisa: Ministerio de Investigación y Ciencia (Governo Espanhol), Proyecto de investigación – 2006 (SEJ2006-15616-C02-01) sobre “Tecnicas de cooperacion y gestion El caso de los servicios sociales” (2006-2009); Projeto de investigação I+D+I sobre “La reforma de los gobiernos locales y el fortalecimiento de la garantía de la autonomía local” (DER2009-14265-C02-01/JURI) Governo espanhol, Ministerio de Ciencia e Innovación. Foi também membro do Key Staff (Apoiador do Coordenador e Conferencista) do Projeto Jean Monnet (Chamada 2014 - projeto EuPoliS) sobre “Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo” - Instituição de acolhimento: Departamento Co.Ri.S. da Universidade Sapienza de Roma. Em 2019 foi Membro do Conselho Consultivo Externo no Projeto de Pesquisa sobre “Resolução de Conflitos com Algoritmo Equitativo” (CREA) Convênio de Doação n. 766463 – UE (Comissão Europeia, Direção Geral Justiça e Consumidores), Programa Justiça 2014-2020 Chamada: JUST-AG-2016-05 Universidades de Nápoles “Federico II”, LUISS-G. Carli, Universidade

de Lubiana, Universidade de Vilnius, Universidade de Bruxelas (VUB), Universidade de Atenas (NKUA) e Universidade de Zagabria.; e em 2020-2021 também Membro do Conselho Consultivo Interno no Projeto de Pesquisa “BETKOSOL – Better Knowledge for Better Solutions” (Grant Agreement (GA) No: 101015421) financiado pelo programa HERCULE III da União Europeia – Università degli Studi “LUISS – Guido Carli” ROMA. Os seus interesses de investigação vão desde Direito Público e Constitucional, Teoria do Direito, Direitos Fundamentais, Regulação do Mercado e Direito da Segurança Social até Direito da UE e processo de integração europeia. É autor, co-autor e editado de mais de 150 trabalhos entre livros, artigos, capítulos de livros, anotações de estatutos/jurisprudência, relatórios e resenhas e apresentou centenas de Papers e Discursos em Conferências e Workshops Internacionais ao longo de cerca de 25 anos de experiência académica. Carreira. Entre suas publicações: *La crisi dell’ordinamento giuridico dello stato rappresentativo (A Crise do Sistema Jurídico do Estado Representativo)*, Cedam, Pádua, 2000; *Eu diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU (Direitos Fundamentais em uma perspectiva global e europeia. Direitos de Propriedade na Convenção Europeia de Direitos Humanos)*, Giappichelli, Torino, 2002; *L’Europa (Direito Europeu)*, Laterza, Roma-Bari, 2002; *Corso di Diritto costituzionale (Direito Constitucional)*, 2^a ed., Cedam, Pádua, 2011; *Sovranità, “Di alcune grandi categorie del Diritto costituzionale: Sovranità Rappresentanza Territorio” (Sobre a Soberania. Sobre algumas categorias fundamentais do Direito Constitucional. Território de Representação da Soberania)*, in *Rivista AIC (Jornal da Associação Italiana de Direito Constitucional)*, 3/2017; *Crise Económica e efeitos assimétricos territoriais na garantia dos Direitos Sociais na União Económica e Monetária Europeia (UEM)*, em S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (Edrs), *Direitos Sociais na Europa numa Era de Austeridade*, Routledge, Londres e Nova York, 2017; *Raíces Constitucionais da Democracia*, em *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3 de 2019; *A Dimensão Constitucional da Democracia em uma Sociedade*

Democrática, em Revista Italiana de Direito Público, fasc. 1 de 2019.; com S. Civitarese Matteucci, O arranjo constitucional material da União Europeia, em M. Belov (Ed.), Paz, descontentamento e direito constitucional. Challenges to Constitutional Order and Democracy, in “Comparative Constitutional Change”, Routledge, Londres-Nova York, 2021, 53 ss.

Cristhian Magnus de Marco é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), desenvolvendo tese sobre o direito fundamental à cidade sustentável, com pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sobre o princípio da sustentabilidade. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com tese sobre o direito fundamental à cidade sustentável. Mestre em Direito pela UFSC, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Líder do grupo de pesquisa “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, da Unoesc, linha “Direito fundamental à cidade sustentável”. Áreas de interesse: teoria dos direitos fundamentais, direito à moradia e desenvolvimento sustentável. Contato: cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

Paulo Junior Trindade dos Santos é doutor em Direito (filosofia do direito processual como gênese do direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pós-doutorado em Direito pela Unoesc (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede) e pela Unisinos (direito, novas tecnologias e transdisciplinaridade). Mestre em Direito (filosofia do direito processual como gênese do direito) pela Unisinos. Obteve auxílio de bolsas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) no mestrado e no doutorado. Ganhador do Prêmio Caed-Jus 2019 de Teses, com a tese intitulada “Filosofia do direito processual (da jurisdição

ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito”. Advogado e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) (direitos fundamentais e sua relação com o direito privado). Atua nos seguintes grupos de pesquisa: “Virada de Copérnico - Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional”, da Universidade Federal do Paraná (UFPR); “Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: Direitos Humanos e Novas Tecnologias”, da Unoesc; “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, da Unoesc, do qual é líder na linha “Democracia e participação como tutelas de eficácia dos direitos sociais e civis”; e “Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, da Unisinos. Pesquisador nas seguintes áreas: direito público, com ênfase em teoria geral do Estado e do direito constitucional e em direito processual civil; direito privado, com ênfase em direito civil e sua contemporaneidade; constitucionalização do direito; filosofia do direito; e direito e tecnologia. Contato: pjtrindades@hotmail.com.

APRESENTAÇÃO DA COLETÂNEA

A obra constitui uma coletânea de textos escritos em autoria ou coautoria por professores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, evidenciando uma rede de pesquisa comprometida com a difusão de estudos acadêmicos voltados à hodierna realidade jurídica e à tutela dos direitos humanos em nível nacional e internacional. Trata-se de seis artigos científicos com temáticas distintas, porém que se aproximam ao enfrentarem questões atinentes ao constitucionalismo, aos direitos humanos e aos direitos fundamentais em uma perspectiva contemporânea:

“Constitucionalismo pós-moderno: por um sistema jurídico em rede”, de Cristhian Magnus de Marco, Paulo Junior Trindade dos Santos e Daniela Lavina Carniato, sobre constitucionalismo pós-moderno e suas contribuições para o desenvolvimento dos direitos humanos instituídos no plano internacional, por meio de um sistema jurídico em rede;

“As barreiras impostas ao transconstitucionalismo: análise sobre as dificuldades observadas nas relações entre ordens jurídicas distintas”, de Franco Augusto Vasconcellos Priotto e Paulo Roberto Ramos Alves, acerca dos obstáculos no desenvolvimento de uma metodologia transconstitucional no universo jurídico, tendo como base a teoria dos sistemas sociais e a relação entre o sistema jurídico e o sistema político;

“Revisitando o valor fundamental da dignidade da pessoa humana e as premissas do dano moral”, de Leonel Severo Rocha e Graziela de Oliveira Köhler, sobre as premissas do dano moral no âmbito da responsabilidade civil e a sua contribuição para a valoração da dignidade da pessoa humana, sob a ótica pragmática-sistêmica;

“A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos”, de Marcelino da Silva Meleu e Aleteia Hummes Thaines, sobre o papel do princípio da solidariedade para uma efetiva concretização dos direitos humanos, com apoio do método sistêmico;

“*Os direitos humanos das mulheres e o mito da beleza*”, de Nathalie Kuczura Nedel, Liana Estela Merladete de Souza Pozeczec Koltermann e Maryana Zubiaurre Corrêa, acerca das barreiras impostas pelo mito da beleza na implementação dos direitos humanos das mulheres, com uso do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento histórico;

“*Uma análise das críticas tecidas por Roberto Campos aos direitos sociais e econômicos previstos na Constituição Federal de 1988, após trinta anos de sua promulgação*”, de Nathalie Kuczura Nedel e Luís Ardêmio Brum, a respeito da aderência e plausibilidade, ou não, das críticas de Roberto Campos à Constituição Federal de 1988 no que tange aos direitos sociais e econômicos, com uso do método de abordagem dedutivo e dos métodos de procedimento histórico e estruturalista.

“Inteligência Artificial, Decisão Judicial e a (nova) Perspectiva Ética Necessária ao Pós-Humanismo” de Afonso Vinício Kirschner Frohlich, tendo o objetivo de contextualizar a perspectiva pós-humanista do atual estágio de desenvolvimento da IA; estudar a necessidade de uma nova perspectiva ética frente ao panorama atual da Inteligência Artificial; entender quais são os motivos de preocupação na utilização da IA na decisão judicial; e questionar se é possível adicionar a perspectiva ética na relação entre IA e decisão judicial. Ao final, reforça-se a necessidade de se caminhar rumo a uma decisão judicial que, mesmo utilizando tecnologia de ponta, permaneça colocando o ser-humano no centro de qualquer discussão.

“Estudos iniciais sobre a utilização de processos estruturais para a solução de problemas ambientais” de Diego de Ávilla Rodrigues, que busca explicar o processo estrutural, seu surgimento e principais características, para posteriormente, estudar a sua aplicação em ações ambientais que tramitam ou tramitaram no Brasil e na Argentina.

“Estudos iniciais acerca das decisões judiciais em processos estruturais: uma análise a partir da decisão sobre a retomada das aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul, no contexto da pandemia de COVID-19”,

também de Diego de Ávilla Rodrigues, que analisará apartir da retomada das aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul, o que se verificou foi que a decisão proferida nos autos de uma Ação Civil Pública, em que pese tenha aparentemente solucionado a lide, não resolveu o litígio existente na realidade, especialmente porque permitiu manobra do poder executivo para, inobstante a decisão, retomar as aulas presenciais, o que tem entre outros fatores, contribuído para um novo agravamento da situação sanitária no ente federativo.

O livro representa a interação entre vários grupos de estudos e pesquisa, em especial os grupos “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça”, da Fundação Universidade Regional de Blumenau (Furb); “Constitucionalismo Fragmentário e Alteridade Organizacional”, da Universidade de Passo Fundo (UPF); “Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional”, das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT); e “Comunicação Institucional e Organizacional” e “Propriedade Intelectual na Contemporaneidade”, ambos da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Reitere-se, que também representa a obra a cooperação entre a Unoesc e a Furb junto aos seus grupos de estudos e aos seus Professores.

A obra é fruto de muitos esforços, tanto de docentes quanto de discentes, todos preocupados com o desenvolvimento de uma produção jurídica atentam às complexidades sociais do mundo pós-moderno.

Dos organizadores.
Entre meados e fins do inverno de 2023,
Chapecó e Joaçaba – SC.

Francisco Bilancia
Cristhian Magnus de Marco
Paulo Junior Trindade dos Santos

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

Afonso Vinício Kirschner Frohlich

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e JUSNANO, coordenado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, ambos vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado sócio do Escritório de Advocacia Afonso Fröhlich Advogados Associados. E-mail: afonsovinicio@afrohlich.adv.br e afonsovkf@gmail.com.

Aleteia Hummes Thaines

Doutora em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos), com estágio pós-doutoral em Direito também pela Unisinos. Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Especialista em Controladoria pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (Imed) e em Administração de Empresas pela UPF. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT/RS). Coordenadora adjunta e docente do Curso de Direito da FACCAT/RS. Pesquisadora em: propriedade intelectual; teoria das organizações; teoria sistêmica; desenvolvimento; e mediação e arbitragem. Integrante do grupo de pesquisa “Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional”, da FACCAT. Contato: ale.thaines@gmail.com.

Cristhian Magnus de Marco

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), desenvolvendo tese sobre o direito fundamental à cidade sustentável, com pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sobre o princípio da sustentabilidade. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com tese sobre o direito fundamental à cidade sustentável. Mestre em Direito pela UFSC, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Líder do grupo de pesquisa “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, da Unoesc, linha “Direito fundamental à cidade sustentável”. Áreas de interesse: teoria dos direitos fundamentais, direito à moradia e desenvolvimento sustentável. Contato: cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

Daniela Lavina Carniato

Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Graduada em Direito pela Unoesc. Integrante do grupo de pesquisa “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, da Unoesc, linha “Democracia e participação como tutelas de eficácia dos direitos sociais e civis”. Contato: dani_carniato@hotmail.com.

Diego de Ávilla Rodrigues

Acadêmico do Mestrado em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e em Direito Público pela Faculdade IMED; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis; Membro do Grupo de Pesquisa: Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado

pelo Professor Dr. José Tadeu Neves Xavier. Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: dieavilla@gmail.com.

Franco Augusto Vasconcellos Priotto

Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante do grupo de pesquisa “Constitucionalismo Fragmentário e Alteridade Organizacional”, da UPF.

Graziela de Oliveira Köhler

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pós-doutorado em Direito pela Unisinos. Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professora titular do Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG). Advogada. Contato: graziela.kohler@gmail.com.

Leonel Severo Rocha

Doutor em Direito pela *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* de Paris (França), com pós-doutorado em Sociologia do Direito pela *Universita degli Studdi di Lecce* (Itália). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Advogado. Contato: leonel.rocha@uol.com.br.

Liana Estela Merladete de Souza Pozeczek Koltermann

Doutoranda em Comunicação pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestra em Tecnologias Educacionais em Rede pela UFSM. MBA em Gestão de Negócios pela Universidade Franciscana (UFN). Graduada em Comunicação Social pela UFSM. Professora da Faculdade de Direito de Santa

Maria (Fadisma). Colunista na área de Tecnologia e Educação no Diário de Santa Maria. Coach e mentora credenciada pelo Instituto Holos. Integrante do grupo de pesquisa “Comunicação Institucional e Organizacional”, da UFSM. Os termos de interesse na contextualização da produção científica vigente são: comunicação midiática, comunicação institucional, comunicação organizacional, comunicação e educação, universidade e comunicação, tecnologias da informação e comunicação, estratégias comunicacionais e ecologia da mídia.

Luís Ardêmio Brum

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma) e em Ciências Contábeis pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Tem “MBA” Executivo em Gestão de Operações de Serviços pela Universidade de Brasília (UnB) e especialização em Gestão de Negócios e Projetos pela Sociedade Educacional Três de Maio (Setrem). É sócio-consultor da CGE Consultoria LTDA.

Marcelino da Silva Meleu

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com estágio pós-doutoral também pela Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor concursado do quadro efetivo da Universidade Regional de Blumenau (Furb), lotado no Centro de Ciências Jurídicas (CCJ). Vice-coordenador e docente permanente do Mestrado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Furb. Atua também como professor em nível de graduação e pós-graduação *lato sensu*. Líder do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça”, da Furb. Atualmente

desenvolve pesquisas nos seguintes temas: cidadania; justiça; solidariedade; reconhecimento; democracia; direitos fundamentais; sistemas e políticas constitucionais; sistema social de tratamento de conflitos; mediação de conflitos; justiça restaurativa, acesso e efetividade da justiça; jurisdição constitucional; jurisdição comunitária, jurisdição e inteligência artificial; e teoria sistêmica. Contato: mmeleu@furb.br.

Maryana Zubiaurre Corrêa

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Acadêmica de Tecnologia em Segurança Pública Municipal na Fadisma. Atualmente é auxiliar administrativo na Fadisma. Integrante do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Nathalie Kuczura Nedel

Doutora em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos), com pós-doutorado em Direito pela mesma Universidade em andamento. Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduada em Direito pela UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, da UFSM. Contato: nkuczura@gmail.com.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Doutor em Direito (filosofia do direito processual como gênese do direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pós-doutorado em Direito pela Unoesc (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede) e pela Unisinos (direito, novas tecnologias e transdisciplinaridade). Mestre em Direito (filosofia do direito processual como gênese do direito) pela Unisinos. Obteve auxílio de bolsas da Coordenação de Aperfeiçoamento de

Pessoal de Nível Superior (Capes) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) no mestrado e no doutorado. Ganhador do Prêmio Caed-Jus 2019 de Teses, com a tese intitulada “Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito”. Advogado e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) (direitos fundamentais e sua relação com o direito privado). Atua nos seguintes grupos de pesquisa: “Virada de Copérnico - Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional”, da Universidade Federal do Paraná (UFPR); “Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: Direitos Humanos e Novas Tecnologias”, da Unoesc; “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, da Unoesc, do qual é líder na linha “Democracia e participação como tutelas de eficácia dos direitos sociais e civis”; e “Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, da Unisinos. Pesquisador nas seguintes áreas: direito público, com ênfase em teoria geral do Estado e do direito constitucional e em direito processual civil; direito privado, com ênfase em direito civil e sua contemporaneidade; constitucionalização do direito; filosofia do direito; e direito e tecnologia. Contato: pjtrindades@hotmail.com.

Paulo Roberto Ramos Alves

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pós-doutorado pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Docente permanente e coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Advogado.

CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO: POR UM SISTEMA JURÍDICO EM REDE¹

POSTMODERN CONSTITUTIONALISM: FOR A NETWORKED LEGAL SYSTEM

Cristhian Magnus de Marco

Paulo Junior Trindade dos Santos

Daniela Lavina Carniato

Resumo: o Constitucionalismo Moderno, desenvolvido nos moldes do Estado-Nação e do paradigma científico cartesiano-mecanicista, não mais condiz com a realidade atual, global e complexa. Tendo em vista esse panorama, o estudo versa sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno, uma nova maneira de tratar as relações entre Direito, Estado, Constituição e direitos humanos, enfrentando o seguinte problema: de que maneira o Constitucionalismo Pós-Moderno, com sua normatividade transdisciplinar e aberta, pode contribuir para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos? Seu objetivo geral é expor as possibilidades para que, em uma epistemologia constitucional pós-moderna, o sistema jurídico em rede absorva os direitos humanos reconhecidos no plano internacional. Seus objetivos específicos são: (a) apresentar os limites do Constitucionalismo Moderno perante a absorção dos direitos humanos reconhecidos no plano internacional; (b) introduzir os reflexos do contexto pós-moderno no Constitucionalismo e na formação de um Estado Global; e (c) explicar a nova epistemologia jurídica calcada na transdisciplinaridade entre Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Utilizando a técnica bibliográfica e a abordagem qualitativa, trata de assuntos estritamente relacionados entre si, como a transição do paradigma científico cartesiano-mecanicista para o paradigma científico da complexidade-reflexividade, Estado Ativo-Responsivo e governança global.

Palavras-chave: Constitucionalismo Pós-Moderno; direitos humanos; Estado Ativo-Responsivo; governança global; sistema jurídico em rede.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Abstract: *The Modern Constitutionalism, developed along the lines of the Nation-State and the Cartesian-mechanistic scientific paradigm, no longer matches the current reality, global and complex. In view of this panorama, the study is about the Post-Modern Constitutionalism, a new way of dealing with the relations between Law, State, Constitution and human rights, facing the following problem: in what way can Postmodern Constitutionalism, with its transdisciplinary and open normativity, contribute to the development of International Human Rights Law? Its general objective is to expose the possibilities so that, in a post-modern constitutional epistemology, the networked legal system absorbs internationally recognized human rights. Its specific objectives are: (a) to present the limits of Modern Constitutionalism in the face of the absorption of human rights recognized at the international level; (b) to introduce the reflexes of the postmodern context in Constitutionalism and in the formation of a Global State; and (c) to explain the new legal epistemology based on the transdisciplinarity between Constitutional Law, International Law and Human Rights. Using a bibliographic technique and a qualitative approach, it deals with closely related issues, such as the transition from the Cartesian-mechanistic scientific paradigm to the scientific paradigm of complexity-reflexivity, Active-Responsive State and global governance.*

Keywords: *Postmodern Constitutionalism; human rights; Active-Responsive State; global governance; networked legal system.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno, uma nova maneira de tratar as relações entre Direito, Estado, Constituição e direitos humanos, hoje redimensionadas no contexto de uma sociedade globalizada, multicultural e complexa, à qual não mais se mostra cabível aquele Constitucionalismo Moderno, erigido a partir do paradigma científico cartesiano-mecanicista e nos moldes do Estado-Nação. Versa, mais especificamente, sobre as contribuições do Constitucionalismo Pós-Moderno para a proteção e o desenvolvimento, nos sistemas jurídicos internos, dos direitos humanos instituídos no plano internacional. A justificativa advém da necessidade de se difundir contribuições teóricas que, ao conversarem com a

nova realidade, possam promover uma maior tutela dos direitos humanos em relação aos sistemas jurídicos fechados em si mesmos.

O artigo se propõe a responder a seguinte questão-problema: como o Constitucionalismo Pós-Moderno, com sua normatividade transdisciplinar e aberta, pode contribuir para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos? Assim, seu objetivo geral é expor as possibilidades para que, em uma epistemologia constitucional pós-moderna, o sistema jurídico em rede absorva os direitos humanos reconhecidos no plano internacional. Seus objetivos específicos são: (a) apresentar os limites do Constitucionalismo Moderno perante a absorção dos direitos humanos reconhecidos no plano internacional; (b) introduzir os reflexos do contexto pós-moderno no Constitucionalismo e na formação de um Estado Global; e (c) explanar a nova epistemologia jurídica calcada na transdisciplinaridade entre Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos.

Para a construção argumentativa emprega-se exclusivamente a técnica bibliográfica, com recurso a autores de nacionalidades distintas e amplamente reconhecidos no meio acadêmico, tanto no âmbito jurídico quanto em ramos de outras ciências, já que o estudo é também transdisciplinar. A abordagem adotada é qualitativa, voltando-se ao exame descritivo e interpretativo do objeto de estudo, sem a pretensão de realizar quaisquer medições matemáticas.

A setorização do texto em três subdivisões – “Entre a passagem de paradigmas científicos e de sistemas jurídicos: o Constitucionalismo Pós-Moderno”, “Estado Ativo-Responsivo Global e seu papel perante os direitos humanos” e “A nova racionalidade possibilitada pelo paradigma complexo-reflexivo” – foi realizada a partir do critério da predominância do tema debatido: passagem de paradigmas científicos (do cartesiano-mecanicista ao da complexidade-reflexibilidade) e de sistemas jurídicos (dos fechados ao em rede), Estado Ativo-Responsivo e nova racionalidade, respectivamente.

Todavia, tal setorização foi optada apenas para fins didáticos, já que os assuntos são estritamente vinculados entre si.

1 CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO: PELAS LIMITAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO, COM VISTAS AO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Não são novos os efeitos gerados no seio da sociedade pelo fenômeno global, os quais fazem parte da última etapa de um processo de mundialização que ocorre entre as duas guerras quentes e uma fria (CALDANI, 2001, p. 16; 2011, p. 9). As dinâmicas produzidas no âmbito social são potencializadas por fenômenos que carregam consequências plurais e por vezes ambivalentes, como a urbanização, a quarta revolução industrial e a presença das novas tecnologias da comunicação e da informação no cotidiano humano, a própria globalização em seus diversos âmbitos e a contratualização da vida.

Reflexo de fenômenos complexos, essa sociedade também complexa e global – ou seja, está-se diante de uma sociedade pós-moderna, hipermoderna ou transmoderna² – gera profundos impactos nas interações pessoais. Essas interações exigem do Direito respostas aos novos contextos e problemas gerados pelas transformações sociais, identificando-se, assim, uma profunda insuficiência do Constitucionalismo Moderno, apegado aos limites científicos de sua formação ao paradigma cartesiano-mecanicista e ao Estado-Nação. A produção normativa a partir de uma visão interna do Direito, restringida a um conhecimento pronto, acabado e hierarquizado (ROCHA, 1985, p. 41), não é mais capaz de acompanhar a realidade dinâmica do mundo. É necessário um (re)pensar urgente desse fechamento dos sistemas jurídicos no seio de

² Para maior entendimento acerca da Pós-Modernidade, Hipermodernidade e Transmodernidade, sugere-se a leitura das seguintes referências: Berman (1998), Charles (2009), Chevallier (2009), Grossi (2003), Han (2013, 2018), Latour (2010, 2012), Lipovetsky (2004), Smart (1993) e Touraine (1996).

uma sociedade contemporânea que se apresenta oposta: aberta, plural e globalizada.

Uma das questões que se levanta é se seria possível, diante da pluralidade de cosmovisões que coexistem e se intercomunicam na contemporaneidade, haver valores universalmente reconhecidos a todos, comuns a toda a humanidade (HAN, 2018, p. 25-27; RODOTÀ, 2014, p. 91). A resposta para tal questionamento reside nos direitos humanos (SUPIOT, 2007, p. 243-246 e 252-253), direitos estes que, por carregarem um valor metajurídico, não são nem concedidos nem adquiridos, tampouco perdidos: eles estão por natureza presos ao ser humano e à sua existência (ZARKA, 2013, p. 143). Todavia, por vezes o catálogo dos direitos fundamentais contidos nas Constituições de diversos países mostra-se aquém do rol dos direitos humanos previstos nos documentos jurídicos internacionais, embora tradicionalmente os primeiros sejam tidos como direitos que possuem um maior grau de efetivação em relação aos segundos, dada a positivação nacional (ROCHA; DE MARCO; SANTOS, 2019, p. 22-23).

Com vistas a um direito universal e sem fronteiras, que potencialize a proteção e a efetividade dos direitos humanos em um âmbito global operacionalmente ampliado pela absorção no plano interno (ROCHA; DE MARCO; SANTOS, 2019, p. 23), o panorama atual revela a necessidade de uma reflexão acerca das estruturas e das funções do Estado, do Direito e da Constituição no que toca ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Apresenta-se como um horizonte de possibilidades a constitucionalização dos direitos humanos na esfera global-multinível, que se projeta por uma visão do Direito Internacional como uma nova forma de Direito Constitucional (ALIBRANDI, 2016, p. 64-65; SENESE, 2010; ZOLO, 2009). Nesse cenário, os direitos humanos podem se tornar uma linguagem de comunicação entre diferentes culturas (VIOLA, 2005, p. 13-14).

1.1 ENTRE A PASSAGEM DE PARADIGMAS CIENTÍFICOS E DE SISTEMAS JURÍDICOS: O CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO

As novas necessidades e interesses que calcam o meio social ocasionaram a busca pela superação do Constitucionalismo tradicional (RODOTÀ, 2014, p. 98), com seu rigorismo hierárquico e verticalizado no tocante à produção jurídica, pelo Constitucionalismo chamado Pós-Moderno, que resulta em um Estado mais atento ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (HERRERA, 2016, p. 255-256)³. A epistemologia jurídica concentrou muito de seus estudos no Direito Constitucional, vindo a epistemologia constitucional a desenvolver-se com base em uma interpretação aberta da Constituição (ROUSSEAU, 2010), que é balizada pelos direitos humanos e por princípios jurídicos relativos à sua tutela.

Tal revisão científica incidente no Constitucionalismo Pós-Moderno amplia os horizontes epistêmicos e gera teorias hodiernas como o transconstitucionalismo (GARCÍA, 2011, p. 133; NEVES, 2009, p. 116) e o constitucionalismo transnacional (BOBBIO, 1987, p. 101; FEBBRAJO, 2016, p. 91; THORNHILL, 2016, p. 2), que se desenvolvem em uma esfera internacional ou global (FERRAJOLI, 2014, p. 232-233; NDJIMBA, 2012, p. 1-2). Ressalta-se que essas novas teorias constitucionais, longe de configurarem uma ideologia⁴

³ “Afirmar a unidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos hoje seria revelar uma cegueira preocupante ou um compromisso militante ignorando um mínimo de objetividade, porque a realidade é incrivelmente heterogênea e complexa.” Tradução nossa: “Affirmer l’unité du DIDH serait aujourd’hui faire preuve d’un aveuglement préoccupant ou d’un engagement militant faisant fi d’un minimum d’objectivité car la réalité est d’une hétérogénéité et d’une complexité inouïes.” (BURGORGUE-LARSEN, 2017, p. 3)

⁴ “No meio século que nos separa da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ocorreram mudanças e inovações em seu conteúdo e funcionalidade que exigem um exame cuidadoso, para evitar que a globalização jurídica seja considerada um fenômeno ideológico, desprovido de tomar posse da realidade.” Tradução nossa: “Nel mezzo secolo che ci divide della Dichiarazione universale dei diritti umani sono sopravvenuti mutamenti e innovazioni, sul contenuto e sulla funzionalità di essa, che richiedono un attento esame, per evitare che la globalizzazione giuridica sia considerata come un fenomeno ideologico, privo di presa di possesso sulla realtà.” (FROSINI, 2001, p. 292-293)

(SCELLE, 1934), são fenômenos plurais e fragmentados (re)dimensionados pela sociedade contemporânea (BORDIEU; TEUBNER, 2000, p. 28-29).

Essa revisão científica desenvolve-se concomitantemente à superação do paradigma cartesiano-mecanicista pelo paradigma da complexidade-reflexibilidade. O primeiro, o paradigma cartesiano-mecanicista (GOLDMANN, 1995, p. 64), é caracterizado por uma racionalidade centrada numa razão fechada e simplificadora, voltada à especialização do conhecimento, que restringe as perspectivas sobre os objetos examinados (RIBEIRO; SANTOS, 2015, p. 203-207). Uma epistemologia jurídica baseada em tal paradigma resulta em sistemas jurídicos fechados (DELMAS-MARTY, 2003, p. 71-72 e 91; PASTORE, 2014, p. 23-26), centralizados na regulamentação estatal de suas fontes típicas de direito público, com o predomínio da codificação e positivação do direito, e caracterizados por uma separação rígida entre as disciplinas. Direito Internacional, Direito Constitucional e Direitos Humanos são matérias que se encontram fechadas e estritamente positivistas.

O paradigma científico da complexidade-reflexibilidade (DE STEFANI, 1994, p. 3⁵; MORIN, 2005, p. 168; TEUBNER, 2000, p. 83-84), por sua vez, aceita a abertura disciplinar e está muito mais atento à pluralidade de saberes postos a alcançar os problemas sociojurídicos. Ascende, nesse cenário, o sistema jurídico em rede (BRINGAS, 2017, p. 129), o qual propulsiona uma normatividade que detém uma tessitura aberta aos contextos sociais, designando a norma hipertextual de incidência horizontal e transversal. Tal hipertextualidade opera na interconexão entre as disciplinas do Direito

⁵ “O objetivo que pretendemos perseguir com este trabalho é tentar construir um modo de ler a partir de um ponto de vista jurídico não formalista as normas de um determinado sistema do ordenamento jurídico internacional que designamos por ‘direito Internacional dos direitos humanos’. O ponto de partida é uma concepção “complexa” do padrão jurídico internacional e uma abordagem não (meramente) positivista do direito internacional [...]”. Tradução nossa: “*L’obiettivo che ci proponiamo di perseguire con questo lavoro consiste nel cercare di costruire un modo di leggere da un punto di vista giuridico non formalista le norme di un particolare sistema dell’ordinamento giuridico internazionale che designamo ‘diritto internazionale dei diritti umani’. Il punto di partenza è una concezione ‘complessa’ della norma giuridica internazionale ed un approccio non (meramente) positivistico al diritto internazionale [...]*.” (DE STEFANI, 1994, p. 3)

Constitucional, do Direito Internacional e dos Direitos Humanos, aportando, assim, em uma transdisciplinaridade (CASTELLS, 1999, p. 17).

Essa interação operativa hipertextual também gera a simplificação das distinções entre direito público e direito privado, entre direito interno e direito internacional e entre sistema jurídico interno e sistema jurídico em rede (CHEVALLIER, 2001, p. 1-2, 13 e 15). “O leitor não mais se encontra em uma estrutura de sentido e de ordem pré-estabelecida e, em certo modo, monocromática. Em vez disso, ele se move ativamente, traçando caminhos de forma autônoma através do espaço multicolorido do hipertexto.” (HAN, 2018, p. 25-27, tradução nossa)⁶

A transdisciplinaridade insere o Constitucionalismo no âmbito global e, dessa maneira, o ajusta às preocupações do Direito Internacional e às ações operativas entre diversos atores transnacionais/globais, que buscam a efetiva proteção dos direitos humanos como fenômeno da sociedade pós-moderna produtora de incertezas no campo social, político, econômico e jurídico (BILDER, 1992, p. 3; PETERS, 2018, p. 60-61; STAFFEN, 2016, p. 194). Com o Constitucionalismo Pós-Moderno, pretende-se projetar a proteção e a efetivação dos direitos humanos por meio de uma experiência transdisciplinar e uma normatividade horizontalizada e transversalizada na ordem internacional.

Assim, o Constitucionalismo Pós-Moderno acaba por articular-se em um movimento internacional com o objetivo de resolver tanto problemas comuns quanto novos problemas da sociedade global e complexa, dando efeito ao direito de mundialização-globalização (CHEVALLIER, 2001, p. 13). É importante ressaltar que muitas questões relativas à efetividade dos direitos humanos operam em um Direito Internacional (RAMÍREZ, 2014, p. 44), o qual

⁶ “El lector ya no se encuentra arrojado en una estructura de sentido y de orden preestablecida y, en cierto modo, monocromática. Antes bien, se mueve activamente, tiende caminos de modo autónomo a través del espacio multicolor del hipertexto; es un turista en un hiperespacio variado.” (HAN, 2018, p. 25-27)

deve ater-se à epistemologia jurídica do Constitucionalismo Pós-Moderno para seu amplo reconhecimento (ARENDR, 1998, p. 387).

1.2 ESTADO ATIVO-RESPONSIVO GLOBAL E SEU PAPEL PERANTE OS DIREITOS HUMANOS

Os sistemas jurídicos fechados, por se restringirem ao ordenamento interno, mostram-se insuficiente perante as transformações sociais complexas e globais, dando lugar às fontes normativas anômalas: as fontes privadas passam a gerar o efeito da regulação, com a contratualização do direito (ZOLO, 2009) – inclusive dos direitos humanos (HENNEBEL; LEWORWCK, 2009, p. 221) –, que serve como fecunda concepção de desregulamentação, desformalização e despositivação do direito e, paralelamente, de deslocalização, desconcentração e descentralização da soberania estatal (ARNAUD, 1999, p. 151-153 e 172-173; RUFINO; TEUBNER, 2011, p. 62-67).

A fragmentação do direito e da soberania estatal ocasiona um pluralismo tanto dos modos de regulamentação quanto da regulação, tocando na fragilidade de representação do Direito como uma figura piramidal, limitado à regulamentação. “Um novo direito, portanto, deve ser construído ao lado do direito tradicional de origem estatal, para que se enfrentem os desafios da mundialização.” (CHEVALLIER, 2001, p. 6, tradução nossa)⁷

A epistemologia aportada pelo Constitucionalismo Pós-Moderno (TUSSEAU, 2018, p. 1) faz emergir a construção da figura de um direito globalizado, universal, constituído por um direito decorrente da regulação, que não mais se atém ao que é típico ou atípico, mas sim ao que é factual (GROSSI, 2010, p. 76-80), ou, melhor, ao que é contextual, uma vez que

⁷ “Un droit nouveau doit donc être construit à côté du droit traditionnel d’origine étatique, pour répondre aux défis de la mondialisation.” (CHEVALLIER, 2001, p. 6)

as relações interpessoais ultrapassam as fronteiras do Estado. Somente lançando mão das circularidades e da estrutura em rede que se torna possível dar conta de um sistema jurídico que se amplia em direção a um Estado Global (ARNAUD, 1999, p. 214-215 e 220-221; STAFFEN, 2016, p. 187) e que preza por uma resolução contextual dos problemas – já que o direito, agora, é contextual, os métodos de resolução de conflitos também devem sê-lo.

Nesse sentido, o Constitucionalismo Pós-Moderno (PETTERS, 2015, p. 119), além de ocasionar um repensar do Direito (ROCHA; DE MARCO; SANTOS, 2019; SANTOS, 2015; SANTOS; MÖLLER, 2017), acaba por dimensionar um profundo repensar da estrutura e das funções do Estado. “[N]ão se pode deixar de notar que a linguagem do Constitucionalismo voltou a gozar de grande difusão e influência na área do intenso debate sobre a nova ordem jurídica e política da sociedade global.” (ALIBRANDI, 2016, p. 91, tradução nossa)⁸

O modelo que exsurge projeta-se em direção ao Estado Ativo-Responsivo (DAMAŠKA, 1986; NONET; SELZNICK, 2010), um Estado Pós-Moderno (CHEVALLIER, 2009; DE MARCO, 2014, p. 253 e ss.) que abandona o caráter típico nacional para adquirir uma dimensão global, voltando-se a uma governança (BARCELONA, 2006, p. 98) sem fronteiras (ARNAUD, 1999, p. 163-164; 2007, p. 251-258; MARTIN, 2007; MOCKLE, 2010, p. 310;), a qual ultrapassa os limites estruturais e funcionais do tipo hierárquico que operava no modelo do Estado-Nação (ANDERSON, 1993). O Constitucionalismo Pós-Moderno atrelado ao Estado Ativo-Responsivo acaba por disseminar diversos centros de autoridades coexistentes, os quais operam por distintos níveis de autonomia e são capazes de encontrar a própria legitimação nessa governança sem fronteiras.

⁸ “[N]on si può non rilevare che il lin-guaggio del costituzionalismo sia tornato a godere di grande diffusione e influenza nell’ambito dell’intenso dibattito sul nuovo ordine giuridico e politico della società globale.” (ALIBRANDI, 2016, p. 91)

Tal governança global e operativa se manifesta por meio de ações estruturadas inseridas em programas nos quais atuam diversos sujeitos (parceiros) do Direito Internacional de Direitos Humanos, todos concorrendo para a elaboração de políticas públicas destinadas à tutela dos direitos humanos. Assim, o Estado adquire uma legitimação multinível e um papel de colaborador reativo para com a proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos (FABRI, 2000, p. 663-664; GALLETTI, [entre 2013 e 2022], p. 1 e 5; NEVES, 2014, p. 206-207; PINKER, 2016, p. 558).

Além disso, o modelo do Estado Ativo-Responsivo Global está atento à produção jurídica que adere os fenômenos globais (GROSSI, 2010, p. 84-90) da sociedade atual, marcada pelo pluralismo e por uma fragmentação dimensionada pela complexidade (ALIBRANDI, 2016, p. 75), expondo a necessidade de um direito global (TEUBNER, 2003, p. 11), fragmentalizado, plural e não institucionalizado, que venha a absorver em seu sistema jurídico os direitos humanos reconhecidos no plano internacional (DUBOUT; TOUZE, 2010; LAGRANGE, 2018, p. 312-313; PETERS, 2018, p. 60).

Os modelos de Estado e de Direito atrelados ao Constitucionalismo Pós-Moderno, fundados no paradigma científico da complexidade-reflexividade, se desvinculam de um projeto autoritário e hierárquico da “pureza do direito”, nascendo das coagulações que expressam exigências efetivas na concretude da vida humana (GROSSI, 2009, p. 162). Enquanto que o sistema jurídico fechado, no modelo de Estado-Nação (SANTOS, 1989, p. 8), ocasiona a escassez e exclusão do outro (HAN, 2017), o Constitucionalismo Pós-Moderno calcado no sistema jurídico em rede acaba por absorver o reconhecimento dos “não humanos”, ao evidenciar o direito daqueles⁹ que não possuem direitos (LATOUR, 1994; NUSSBAUM, 2006) em uma sociedade complexa e global (ALVES, 1994; SUPIOT, 2007; RODOTÀ, 2014, p. 100),

⁹ Também ver o conceito dos “sem parcela” em Rancière (1996).

possibilitando-os a participação em uma democracia horizontal (TERESA, 2016, p. 9) e cosmopolita (BARRETTO, 2013, p. 236-237 e 242-243).

1.3 A NOVA RACIONALIDADE POSSIBILITADA PELO PARADIGMA COMPLEXO-REFLEXIVO

O paradigma científico complexo-reflexivo no qual se baseia a epistemologia do Constitucionalismo Pós-Moderno tem como projeção o construtivismo (PRUD'HOMME; DORAY; BOUCHARD, 2015. p. 61-62)¹⁰, que redimensiona o enquadramento da relevância social junto ao Direito e, portanto, possibilita uma maior absorção dos fenômenos sociais. Tem-se como base os contextos produzidos pelos direitos humanos no que diz respeito à sua internacionalização e às inflexões nos sistemas jurídicos hodiernos.

A construção de uma nova racionalidade (VILAR, 1997), reflexo do paradigma complexo-reflexivo, vem a alterar as velhas concepções científicas, impondo ao Direito uma devida mobilidade. Para tanto, necessário evidenciar uma ruptura com as epistemologias do pensamento linear, pois estas epistemologias, como bem se apontou, não são capazes de repensar de forma estratégica a complexidade social avassaladora, a qual necessita de uma ciência construtivista capaz de observar as incertezas, superando, assim, aquela ciência das certezas absolutas e dogmáticas. Diferente da visão linear posta pelo paradigma cartesiano-mecanicista, a produção jurídica baseada nessa nova racionalidade pode surgir dos mais diversos espaços (CAPRA, 2014, p. 16 e 21; ROCHA, 1985, p. 17 e ss.).

A abertura transdisciplinar à ciência jurídica é proposta fundamental para se revisar a teoria do Direito Constitucional, do Direito Internacional

¹⁰ “O construtivismo social decorre tanto de uma desconfiança da verdade quanto da tese de que existem várias maneiras de conhecer o mundo que são radicalmente diferentes, mas têm reivindicações de igual validade.” Tradução nossa: “*Le constructivisme social procède à la fois d'une défiance à l'égard de la vérité et de la thèse selon laquelle il existerait plusieurs manières de connaître le monde qui seraient radicalement différentes quoique d'égale prétention à la validité.*” (PRUD'HOMME; DORAY; BOUCHARD, 2015. p. 61-62)

e dos Direitos Humanos, considerando os novos desafios postos ao Direito pelos mais variados conflitos. A abertura transdisciplinar, nesse sentido, procura outorgar à disciplina jurídica um olhar mais sensível às manifestações inseridas no meio social, buscando uma faceta mais humana do Direito. As reflexões acerca da Teoria do Direito na atualidade não devem enclausurar o “mundo jurídico” na disciplinaridade, mas, ao invés, possibilitar que o Direito seja observado por novos ângulos, por ciências que possuem percepções próprias, sendo esta uma possibilidade enriquecedora à ciência jurídica.

A dualidade e a contraposição dos paradigmas (cartesiano-mecanicista e complexidade-reflexividade) objetiva uma necessária construção, pela transdisciplinaridade, no tocante às teorias de Direito Constitucional e de Direito Internacional, para que elas possam enfim se constituir de um conhecimento sociopolítico dos direitos humanos. A interação entre as disciplinas possibilita que os direitos humanos exerçam tanto uma função estática de conexão entre os espaços normativos, na medida em que permite a articulação entre diferentes sistemas jurídicos, quanto uma função dinâmica, regulando os fluxos normativos e condicionando o grau de abertura de tais sistemas (DUBOUT; TOUZE, 2009, p. 16).

Para a ruptura, as disciplinas científicas devem correlacionar-se, uma buscando na outra as melhores respostas aos anseios do homem como indivíduo e ao homem como coletividade. Pensar o Direito hoje é considerar a diversidade temática das distintas perspectivas, para que, a partir dos mais variados recursos teóricos e metodológicos, seja possível compreender a estrutura e a função do Direito perante sociedade (ROCHA, 2013, p. 21).

A nova racionalidade se manifesta de maneira bem distinta daquela que fora construída a racionalidade vincada ao paradigma científico clássico, que, tal como a racionalidade em seus primeiros tempos, é pura dedução. O novo paradigma faz com que se revise o conhecimento jurídico desde o seu ensino até a produção jurídica de um hipertexto aberto aos “mundos” da sociedade,

representando uma ciência jurídica mais adequada ao contexto atual, em que as interações complexas são gênese de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário mundial hodierno é permeado por fenômenos complexos e globais, como a popularização das novas tecnologias da comunicação e da informação, bem como a globalização em seus diversos prismas. O Constitucionalismo Pós-Moderno se erige nesse panorama como resposta à insuficiência do Constitucionalismo Moderno, apregoado aos limites do Estado-Nação e ao paradigma cartesiano-mecanicista.

Tal constitucionalismo tradicional, ao se restringir a seu próprio ordenamento jurídico interno e apresentar uma epistemologia unidisciplinar rígida, não se mostra mais capaz de resolver satisfatoriamente as novas demandas complexas que exsurtem, tampouco de proteger e efetivar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Desse modo, apresenta-se como alternativa o Constitucionalismo Pós-Moderno, uma nova maneira de tratar a relação entre Direito, Estado, Constituição e direitos humanos, o qual possibilita um desenvolvimento mais conectado entre esses “quatro elementos”.

A passagem do paradigma científico cartesiano-mecanicista ao paradigma da complexidade-reflexibilidade representa uma abertura disciplinar aos problemas sociojurídicos e à própria produção jurídica, ascendendo um sistema jurídico em rede, que contrasta com os sistemas jurídicos fechados em si mesmos e se funda em uma perspectiva transdisciplinar entre Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Esse deslocamento faz surgir, ademais, uma racionalidade baseada no construtivismo, que reconsidera positivamente o âmbito social no Direito, permitindo uma maior abertura sociológica na seara jurídica e, conseqüentemente, uma maior absorção dos fenômenos sociais.

O contexto pós-moderno também reflete no modelo de Estado, dando espaço ao desenvolvimento de um Estado Ativo-Responsivo, que supera o modelo de Estado-Nação ao adquirir uma dimensão global e adotar uma governança sem fronteiras, com uma soberania estatal mais descentralizada e uma atuação mais atenta ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tal governança sem fronteiras facilita a cooperação entre diferentes atores do Direito Internacional dos Direitos Humanos com vistas à produção de ações que possam tutelar e promover os direitos humanos, tanto no âmbito interno quanto no patamar internacional, global.

REFERÊNCIAS

ALIBRANDI, Rosamaria. Extra ordinem: breve storia del costituzionalismo multivello tra volontà d'integrazione, dialettica delle differenze, globalizzazione e trasformazioni dello Stato. *In: Foro – Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, v. 19, n. 2, p. 57-95, 2016. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/55367>. Acesso em: 24 fev. 2022.

ALVES, Lindgren. **Direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARCELONA, Pietro. Diritti umani e “nuovi diritti”: governo della globalizzazione e desocializzazione del diritto. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña – AFDUDC**, Corunha, n. 10, p. 91-98, 2006. Disponível em: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2475/AD-10-6.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BERMAN, Marshall. **Todo lo solido se desvanece en el aire**: la experiencia de la modernidad. Siglo Veintiuno: Madrid, 1988.

BILDER, Richard. An overview of international human rights Law. HURST, Hannum. **Guide to International Human Rights practice**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

BRINGAS, Asier Martínez de. Derecho, soberanía y pluralismo constitucional en el contexto de la globalización: un análisis de sus tensiones y complejidades. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, Valência, n. 36, p.127-148, 2017. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10588>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Le Droit International des Droits de L’Homme existe-t-il? **Revue des Droits et Libertés Fondamentaux**, [s.l.], n. 8, p. 1-10, 2017. Disponível em: <http://www.revuedlf.com/droit-international/le-droit-international-des-droits-de-lhomme-existe-t-il/>. Acesso em: 2 mar. 2022.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El derecho universal**: perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011.

CAPRA, Frijof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Editora Cultrix, p. 16 e 21, 2014.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHARLES, Sébastien. **Cartas sobre a hipermodernidade**. São Paulo: Barcarolla, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? Le droit saisi par la mondialisation. **Bruylant**, Bruxelas, p. 37-61, 2001.
Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01759953/document>.
Acesso em: 25 fev. 2022.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DAMAŠKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1986.

DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, p. 253 e ss., 2014.

DE STEFANI, Paolo. **Il diritto internazionale dei diritti umani: il diritto internazionale nella cumunità mondiale**. Padova: CEDAM, 1994.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 71-72 e 91, 2003.

DUBOUT, Edouard; TOUZE, Sébastien (org.). **Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques**. Paris: Pedone, 2010.

DUBOUT, Edouard; TOUZE, Sébastien. La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et sistemas juridiques. *In*: DUBOUT, Edouard; TOUZE, Sébastien (org.). **Les droits fondamentaux**: charnières entre ordres et sistemas juridiques. Paris: Perone, 2009. Disponível em: http://pedone.info/FMDH/DUBOUT_TOUZE.pdf. Acesso em: 24 fev. 2022.

FABRI, Hélène Ruiz. Le droit dans les relations internationales. **Politique Étrangère**, [s.l.], ano 65, n. 3-4, p. 659-672, 2000. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_2000_num_65_3_4973. Acesso em: 25 fev. 2022.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

FROSINI, Vittorio. **Diritti umani, diritti dei popoli e globalizzazione giuridica**. [S.l.], 2001. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831282.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2022.

GALLETTI, Antonella. Il diritto sovranazionale tra globalizzazione e “global governance”. **Rivista Elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Kore di Enna**, Enna, [s.l.], p. 1-2, [entre 2013 e 2022]. Disponível em: [file:///C:/Users/dani_/Downloads/2._Galletti_Antonella_1%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/dani_/Downloads/2._Galletti_Antonella_1%20(2).pdf). Acesso em: 25 fev. 2022.

GARCÍA, Claudia Escobar. **Transconstitucionalismo y diálogo jurídico**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GOLDMANN, Lucien. **El hombre y lo absoluto**: el dios oculto. Barcelona: Éditions Gallimard, 1995.

GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. p. 162.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAN, Byung-Chul. **Hiperculturalidad**. Barcelona: Herder, 2018.

HAN, Byung-Chul. **La expulsión de lo distinto**: percpción y comunicación en la sociedad actual. Barcelona: Herder, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Tipología de la violència**. Barcelona: Herder, 2013.

HENNEBEL, Ludovic; LEWORWCK, Gregory. La contractualisation des droits de l'homme: de la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique. *In*: LEWKOWICZ, Grégory; XIFARAS, Mikhail. **Repenser le contrat**. Paris: Dalloz, 2009.

HERRERA, Daniel Alejandro. Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual. *In*: CIANCIARDO, Juan; ETCHEVERRY, Juan B.; MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego; RIVAS, Pedro; SALDAÑA SERRANO, Javier; ZAMBRANO, Pilar (coord.). **Filosofía práctica y derecho**: estudios sobre teoría jurídica contemporânea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4281/35.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

LAGRANGE, Evelyne. Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux: et la compétence dans tout cela? **Jus Politicum – Revue de Droit Politique**, [s.l.], n. 21, p. 305-331, 2018. Disponível em: <http://juspoliticum.com/article/Constitution-constitutionnalisation-constitutionnalisme-globaux-et-la-competence-dans-tout-cela-1246.html>. Acesso em: 24 fev. 2022.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LATOUR, Bruno. **Reagregando o social**: uma introdução à Teoria do Ator-Rede. Bauru: Edusc, 2012.

LATOUR, Bruno. **The making of law**. Malden: Polity Press, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MARTIN, Philippe. Dialogue social, participation et concept de gouvernance. *In*: MARTIN, Philippe. **Dialogue social et régulation juridique**. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007.

MOCKLE, Daniel. La constitutionnalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée. **Les Cahiers de Droit**, Quebec, v. 51, n. 2, p. 245-352, jun. 2010. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2010-v51-n2-cd4001/045633ar/>. Acesso em: 24 fev. 2022.

MORIN, Edgar. **Ciência com consci ncia**. 8. ed., rev. e mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, p. 168, 2005.

NDJIMBA, Kévin Ferdinand. L'Internationalisation des constitutions et la revalorisation du droit constitutionnel des Etats, **Politeia**, [s.l.], n. 22, 2012.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionados problemas constitucionais: transconstitucionalismo além das colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 fev. 2022.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

NUSSBAUM, Martha. **Las fronteras de la justicia**: consideraciones sobre la exclusion. Bogota: Pa idos, 2006.

PASTORE, Baldassare. **Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea**. Bologna: CEDAM, 2014.

PETERS, Anne. Le constitutionnalisme global: crise ou consolidation? **Jus Politicum – Revue de Droit Politique**, [s.l.], n. 19, p. 59-70, 2018. Disponível em: <http://juspoliticum.com/article/Le-constitutionnalisme-global-Crise-ou-consolidation-1197.html>. Acesso em: 24 fev. 2022.

PETTERS, Anne. Los meritos del constitucionalismo global. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; GÁRCIA JARAMILLO, Leonardo (org.). **Filosofía del derecho constitucional**: cuestiones fundamentales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

PINKER, Steven. **El mundo de las palabras**: una introducción a la naturaleza humana. Barcelona: Paidós, 2016. p. 558.

PRUD'HOMME, Julien; DORAY, Pierre; BOUCHARD, Frédéric. **Sciences, technologies et sociétés de A à Z**. Montréal: Univerité de Montréal, 2015.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia um ius commune. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 15-51, jul./set. 2014. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/211>. Acesso em: 2 mar. 2022.

RANCIÈRE, Jacques. **O desentendimento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. A nova racionalidade: reflexão que se faz necessária para o direito. In: LIMA JÚNIOR, André Luiz Silveira da; ADAMATTI, Bianka; SILVA, Débora Bós e (org.). **Lições críticas**: Direito, Estado e sociedade. Porto Alegre: Visão, 2015.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; DE MARCO, Cristhian Magnus; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Constitucionalismo pós-moderno & sociedade global e complexa: uma nova visão do direito internacional dos direitos humanos**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2019.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, p. 100, 2014.

ROUSSEAU, Dominique. La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles. **Confluences Méditerranée**, Paris, n. 73, p. 31-36, 2010. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-confluences-mediterranee-2010-2-page-31.htm>. Acesso em: 2 mar. 2022.

RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. **Il diritto possibile: funzioni e prospettive del médium giuridico**. Milano: Guerini Scientifica, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na pós-modernidade. **CES – Centro de Estudos Sociais**, Coimbra., n. 10, p. 1-14, jun. 1989. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/010/10.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. A nova racionalidade: reflexão que se faz necessária para o Direito. In: ADAMATI, Bianka; e SILVA, Débora Bós (org.). **Lições críticas: Direito, Estado e sociedade**. Porto Alegre: Visão, 2015.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla. Uma nova forma para pensar o Direito. **REAJDD – Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate**, v. VI, p. 1-50, 2017. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/398001944/Artigo-Uma-nova-forma-para-pensar-o-Di-pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

SCELLE, Georges. **Précis de droit des gens: principes et systematique**. Paris: Recueil Sirey, 1934.

SENESE, Salvatore. Globalizzazione e diritti umani. **Questione Giustizia**, [s.l.], p. 133-145, 2010.

SMART, Barry. **A Pós-Modernidade**. Mem-Martins: Edições Europa América, 1993.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Direito global: humanismo e direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 178-208, jan./jun., 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6843>. Acesso em: 2 mar. 2022.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensayo sobre la función antropológica del derecho. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2007.

TERESA, Sanza Maria. **La rete del diritto**: storia di una metáfora. Milano: Giugno, p. 9, 2016.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Revista Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER, Gunther. Elementos materiales y reflexivos en el Derecho Moderno. *In*: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000. p. 83-84.

THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambrigde, 2016.

TOURAINÉ, Alain. **Podemos vivir juntos**: el destino del hombre en la aldea global. Editora Fondo de Cultura Económica: Argentina, 1996.

TUSSEAU, Guillaume. Réconcilier le pluralisme juridique et le constitutionnalisme: nouvelles trajectoires pour la théorie juridique dans l'âge de la mondialisation. **Académie Internationale de Droit Compare**, XXe Congrès général de l'Académie, Fukuoka, p. 1-7, jul. 2018. Disponível em: <http://gc.iuscomparatum.info/gc/wp-content/uploads/2016/12/Questionnaire-Reconcilier-le-pluralisme-juridique-et-le-constitutionnalisme-TUSSEAU-FRE.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

VILAR, Sergio. **La nueva racionalidade**: comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

VIOLA, Francesco. Diritti umani: universalismo, globalizzazione e multiculturalismo. **Nuova Geografia dei Diritti Umani**, Palermo, p. 13-26, abr. 2005. Disponível em: http://www1.unipa.it/viola/Diritti_umani_e_multiculturalismo.pdf. Acesso em: 24 fev. 2022.

ZARKA, Yves Charles. **Difícil tolerância**: a coexistência de culturas em regimes democráticos. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2013.

ZOLO, Danilo. **Nuovi diritti e globalizzazione**: la nozione di nuovi diritti. Roma: 2009. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/nuovi-diritti-e-globalizzazione_%28XXI-Secolo%29/. Acesso em: 24 fev. 2022.

AS BARREIRAS IMPOSTAS AO TRANSCONSTITUCIONALISMO: ANÁLISE SOBRE AS DIFICULDADES OBSERVADAS NAS RELAÇÕES ENTRE ORDENS JURÍDICAS DISTINTAS

Franco Augusto de Vasconcellos Priotto

Paulo Roberto Ramos Alves

INTRODUÇÃO

A perspectiva sistêmica de sociedade consegue estabelecer e incentivar a autonomia sistêmica e, ao mesmo tempo, acoplamentos e intersecções entre sistemas sociais distintos, aspectos observados mais intensamente entre o Direito e a Política nas relações entre ordens jurídicas distintas. O universo jurídico mundial tende atualmente a ser multiconectado, abrindo espaço para o diálogo transconstitucional que atua como tentativa de solução para problemas de cunho constitucional comuns a essas ordens. Contudo, por mais promissor que seja esse aspecto, inegavelmente existem barreiras que obstam um adequado desenvolvimento da metodologia transconstitucional na atualidade.

O presente artigo tem como problemática central a análise e o entendimento a respeito de todas as nuances que cercam o transconstitucionalismo, assim como o enfrentamento das dificuldades que esse recente fenômeno evidencia na tentativa de perpetuar um diálogo adequado entre as variadas ordens jurídicas distintas do mundo jurídico. Isso ocorrerá através da análise inicial do que é a teoria sistêmica e da tênue relação entre sistema jurídico e sistema político, bem como da conexão que há entre a teoria dos sistemas sociais e o transconstitucionalismo; na sequência será imperioso destacar características atreladas à perspectiva de poder e o desenvolvimento das relações de poder em um sistema jurídico pluriconectado de níveis múltiplos; cominando finalmente na melindrosa

e complexa observação das assimetrias jurídico-sistêmicas e na opressão inconfundível existente entre ordens jurídicas diferentes.

No primeiro tópico será colocada à disposição uma análise geral da teoria sistêmica e da relação direta e delicada entre o sistema jurídico e o sistema político, destacando a relevância dos tribunais pertencentes à cúpula do sistema jurídico para o avanço do transconstitucionalismo. No segundo tópico buscar-se-á analisar como o poder é observado a partir da perspectiva sistêmica da sociedade, orientando-se com vias a clarificar de que maneira se dão as relações comunicativas dentro de um sistema jurídico de níveis múltiplos e a influência que o poder possui nessas relações, trazendo à tona a principal fonte do problema que assola e impede um efetivo diálogo transconstitucional atualmente. Por último, no terceiro tópico será mostrado todos os aspectos ligados às assimetrias jurídico-sistêmicas e a desdiferenciação opressiva entre ordens jurídicas distintas, situações que tendem a dificultar muito o diálogo jurídico transconstitucional satisfatório na busca de soluções para problemas comuns de ordem constitucional no universo jurídico atualmente.

Por fim, estabelecido o estudo e a conexão dos tópicos descritos, restará realizada a compreensão acerca da importância do transconstitucionalismo e das suas características; do impacto das relações comunicativas e o poder entre ordens jurídicas diversas; bem como a análise das barreiras impostas ao diálogo transconstitucional no mundo jurídico atual.

1 DIREITO, POLÍTICA E A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORDENS JURÍDICAS DISTINTAS PARA O TRANSCONSTITUCIONALISMO

Inúmeras são as teorias que tentam explicar o que é a sociedade, bem como sua estruturação e seu desenvolvimento. Sob a ótica da perspectiva teórica sistêmica inicialmente proposta por Niklas Luhmann e, que,

posteriormente, foi utilizada por Marcelo Neves, passa-se a perceber a sociedade como um grande sistema social que possui diversos sistemas que descrevem e pormenorizam toda a complexidade que a sociedade do presente contém. Dentre estes sistemas sociais, direito e política encontram conexões específicas pertinentes e que orientam a análise e estudo do fenômeno do transconstitucionalismo e sua direta relação com os tribunais incorporados à cúpula do sistema jurídico.

Niklas Luhmann, para a criação da teoria social sistêmico-autopoiética, empenhou-se em identificar e desmistificar a problemática central à qual sua teoria debruçava-se, sendo esta, a veemente complexidade do mundo. A simplificação e/ou redução da complexidade toma norte dentro da teoria dos sistemas. Para que a complexidade possa ser reduzida, somente mais complexidade é capaz de mitigar a complexidade, e, para tanto, a teoria social complexa elaborada por Luhmann cumpre tal função. Isto se dá pela observação de sistemas sociais múltiplos que são considerados como autopoiéticos, autorreferenciais e operacionalmente fechados. Cada sistema engloba em sua composição a capacidade de diferenciar-se em relação ao seu ambiente, e o sistema somente pode ser considerado como um sistema quando consegue operacionalizar essa diferenciação. Ainda, a noção de autopoiese, autorreferenciação e fechamento operacional são conceitos-chave que designam a necessidade de cada sistema reproduzir incessantemente sua própria constituição. Todos os sistemas sociais são feitos e se constituem de comunicação, e é através desta que conseguem manter sua existência, autonomia e independência funcional e, ao mesmo tempo, adaptarem-se não somente a si mesmos, como também ao seu ambiente (NEVES, 1997, p. 10-22).

Os sistemas sociais modernos estariam fadados à ruína caso deixassem de desenvolver mecanismos aptos a promover ligações construtivas de aprendizagem e influência mútua. Com o objetivo de proporcionar uma forma adequada de compartilhamento de comunicações entre sistemas, Luhmann

criou o conceito de acoplamentos estruturais nas esferas sistêmicas da sociedade. Tais acoplamentos teriam por finalidade estabelecer a perpetuação e filtração de influências mútuas entre sistemas autônomos, de forma perdurável, estabilizada e restrita, através da vinculação de suas próprias estruturas, sem que os sistemas envolvidos no acoplamento viessem a perder sua identidade autônoma (NEVES, 2009, p. 34-36).

Contudo, os acoplamentos estruturais na teoria social luhmanniana somente permitem que os sistemas envolvidos deixem à autoconstrução do outro uma complexidade desorganizada, para que o sistema receptor dessa complexidade desestruturada passe a tratá-la segundo a sua própria interpretação enquanto sistema, concedendo-lhe sentido. Por outro lado, o conceito de racionalidade transversal possibilita que a reciprocidade comunicacional sistêmica seja feita pela disposição da racionalidade de um sistema para o outro, momento que o sistema receptor tem alcançável para si a racionalidade utilizada pelo sistema fornecedor. Assim, estruturalmente torna-se possível a permuta fértil e vantajosa de experiências entre racionalidades distintas que, a depender das especificidades dos sistemas envolvidos na conexão comunicacional, haverá resultados significativamente variáveis. A racionalidade transversal supõe a existência do acoplamento estrutural, mas vai além deste (NEVES, 2009, p. 37-38).

Feita a análise geral da teoria sistêmica luhmanniana e a contribuição pontual de Marcelo Neves para demonstrar a relevância da racionalidade transversal na comunicação sistêmica, passa-se a partir deste ponto à contemplação dos aspectos que circundam a relação complexa entre o sistema do direito e da política e sua relação com a Constituição.

É imprescindível denotar o que é e como ocorre a diferenciação entre política e direito. Sabe-se que a dependência recíproca entre ambos os sistemas é explícita, e isso tende a obscurecer a percepção da diferenciação funcional entre a política e o direito. Em termos de aplicação, o sistema

jurídico depende do sistema político, e, sem o aspecto impositivo não existe solidez normativa consistente a ser imputada perante todos. Por outra perspectiva, o sistema político serve-se do sistema jurídico para tornar diverso o acesso ao poder estabelecido de maneira concentrada no sistema político, e é justamente isso que depreende a diferenciação sistêmica (LUHMANN, 2016, p. 120). O advento da Constituição como uma obra social moderna propicia a diferenciação entre direito e política no contexto dos Estados, consistindo em um aparato de desenvolvimento que necessita de pressupostos socialmente determinados. Da mesma forma que a Constituição concerne a diferenciação entre direito e política, também atua como espécie de acoplamento estrutural entre esses sistemas sociais (NEVES, 2009, p. 56-57).

Assim como demonstra Luhmann, o fato de os sistemas serem fechados é a sua condição para que possam exercer também sua abertura no âmbito social moderno. A ideia de abertura carrega consigo a semântica de que os sistemas precisam estar dispostos a reagirem e se manifestarem diante da complexidade de seu ambiente e de moldarem-se adequadamente ao nível de complexidade que o ambiente fornece. É plausível e correto dizer que o sistema necessita deter em seu meio interno graus de complexidade mais elevados, operacionalizados segundo suas perspectivas elementais intrínsecas, através de escolhas de abertura que contém risco. Para tanto é imprescindível uma operação racional, por exemplo, se o sistema político tem a pretensão de usar o sistema jurídico para cumprimento de seus fins, o sistema jurídico precisa se estabilizar enquanto direito, impedindo que a política consiga efetuar opressão por meio da manipulação (ROCHA, 1994).

O acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político se perpetua e se articula através de operações constitucionalmente estabelecidos, interligados ao âmbito judicial, administrativo, legislativo-parlamentar, eleitoral e democrático direto, de certa forma escalonada propiciando foco na racionalização jurídica das operações judiciais, e um

enaltecimento na racionalização política das operações parlamentares, eleitorais e democráticas diretas. Logo, constata-se que há uma legitimação jurídica da política e também uma legitimação política do direito, tornando claro o relacionamento entre política e direito na Constituição como acoplamentos estruturais que não são harmônicos, mas paradoxalmente emoldurados por tensões e complementações mútuas (NEVES, 2009, p. 57).

Após a visualização adequada da intrincada relação entre sistema jurídico e político, pode-se denotar que a conexão sistêmica entre ambos faz com que critérios delicados de suplementação e estresse entre eles venham à tona. Com o escopo de continuar a constatação a respeito da temática sistêmica, passa-se de agora em diante ao exame da atuação e posicionamento dos tribunais e a sua pertinência para o fenômeno do transconstitucionalismo.

O sistema jurídico atua como um sistema fechado operativamente, no tocante ao fato de que somente necessita fazer a reprodução de suas operações próprias, e é justamente por esse motivo que ele é, ao mesmo tempo, um sistema aberto às influências de seu entorno, de modo que tem de sempre estar disponível a reagir às proposições que lhe forem oferecidas, independente da origem e formato, contanto que essa reação tome forma jurídica. Logo, o traço fundamental do sistema jurídico estar proibido de recusar demandas que detenham forma jurídica, assegura a abertura do sistema jurídico realizada pelo seu fechamento. A partir disso, o sistema jurídico tende a orientar-se observando o ambiente que o circunda e que é local de incertezas. Esse ambiente de incertezas passa a fazer parte do sistema jurídico somente com a implementação da autopoiese do sistema jurídico, que procura dar-lhe feitiço de sentido, em razão de não poder suportar, em um primeiro momento, a complexidade externa de seu ambiente (LUHMANN, 1990, p. 161).

A teoria luhmanianna remonta a ideia de que os tribunais ocupam a cúpula do sistema jurídico, e, portanto, são o centro do sistema. E, conseqüentemente, todos os demais aspectos pertencentes ao sistema

jurídico fazem parte da periferia do direito. Entretanto, aqui não cabe pensar na ideia de hierarquia entre centro e periferia, mas sim complementariedade e interdependência nitidamente visualizáveis entre ambos.

A distinção entre centro e periferia não provoca qualquer diferença de relevância ou ordenação hierárquica para autorreprodução sistêmica do direito. Ao inverso, essa distinção é um espectro que duas faces, que, demarcando sua separação, estrutura o sistema como uma unidade. A percepção dessa distinção de centro e periferia clarifica que o sistema como um todo não pode ser hierarquicamente moldado. O sistema é demasiadamente complexo e temporalmente dinâmico para que isso aconteça. Somente os tribunais podem ser hierarquicamente estabelecidos, uma vez que detêm variadas instâncias interligando tribunais comuns e superiores, que, devido a estarem coagidos a ter que decidir algo, podem ter que, no caso de não achar uma solução, repassar a problemática para o tribunal acima apreciá-la e tentar resolvê-la. Em suma, a diferenciação entre centro e periferia permite que haja hierarquia no centro sob o pretexto de que esta não possa ser expandida ao sistema jurídico como um todo, resultando, através desse aspecto, na possibilidade de diferenciação das formas de diferenciação. A existência dessa relação entre centro e periferia ajuda a sustentar a autopoiese sistêmica, e no mesmo momento, consegue peneirar as irritações que vêm de seu ambiente (LUHMAN, 1990, p. 164-165).

Percebida a ligadura e dependência entre centro e periferia, e o posicionamento ocupado pelos tribunais dentro do sistema jurídico mencionado por Luhmann, faz-se possível seguir o estudo da importante correlação entre os tribunais de ordens jurídicas distintas e o Transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves.

As Constituições transversais são os entrelaçamentos entre o sistema jurídico e o sistema político, e aqui são observados sistemas funcionais diversos que focam-se nas limitações e viabilidades proporcionadas pela racionalidade transversal (anteriormente mencionada), por intermédio de mútua

aprendizagem e troca de informações. Tais informações são internalizadas e externalizadas entre sistemas sociais que têm funções diversificadas e fazem sua autoapoiese com códigos binários comunicacionais (direito: “lícito/ilícito”; política: “governo/oposição”) que se diferem acentuadamente. Todavia, quando se fala em Transconstitucionalismo, as relações de comunicação ocorrem entre ordens jurídicas diferentes (NEVES, 2009, p. 115).

Em outras palavras, dentro do mesmo sistema funcional jurídico, existem e se criam várias ordens jurídicas diversificadas que são subordinadas a somente o código binário do direito, sendo este, “lícito/ilícito”, mas com programáticas e parâmetros diferentes que possuem atos, normativas, processos e dogmáticas distintas. Em decorrência disso, há uma diferenciação interna esculpida no sistema jurídico. Ademais, essa diferenciação não se limita a ordens jurídicas delimitadas por Estados, passando também pelo aspecto das ordens jurídicas internacionais, supranacionais e, até mesmo, as transnacionais que estão desconexas do direito estatal devido ao seu caráter transterritorial (NEVES, 2009, p. 116).

Ordens jurídicas distintas fazem “pontes de transição” em suas relações comunicacionais partindo de seus próprios centros, de seus tribunais e juízes. Isso indica que não apenas a sociedade é multicêntrica, como também o sistema jurídico é multicêntrico, de forma que no ponto de observação do centro de uma ordem jurídica, as demais ordens jurídicas constituem sua periferia. Para fim de exemplificação, para o ordenamento jurídico brasileiro, os juízes e os tribunais internacionais, transnacionais, supranacionais e também de outros Estados, no momento que suas decisões são consideradas pertinentes, tornam-se periferia do sistema que observa, nesse caso, periferia do judiciário brasileiro, e o contrário também acontece. Isso vale para qualquer ordem jurídica que detenha consigo anseio de autonomia (NEVES, 2009, p. 117).

O Transconstitucionalismo propicia, sob certo aspecto, um fértil cruzamento constitucional predisposto à aprendizagem instrutiva entre cortes

diferentes, havendo uma espécie de “conversação” entre ordens jurídicas distintas, sem que critérios relacionados à estruturação hierarquizada sejam trazidos à pauta. As problemáticas atreladas aos direitos fundamentais e/ou dos direitos humanos ultrapassam noções fronteiriças, de sorte que o direito constitucional estatal não é mais o único com a prerrogativa de solucionar tais questões, que agora perpassam também outras ordens jurídicas interessadas na resolução desses problemas comuns (NEVES, 2009, p. 118-121).

Marcelo Neves em seus apontamentos, deixa claro que além da existência de uma sociedade multicêntrica visualizada pelos sistemas sociais trazidos originariamente por Luhmann, também há um sistema jurídico mundial complexo que têm por embate principalmente as problematizações ligadas às questões constitucionais comuns que surgem em variadas ordens jurídicas diferentes, demandando um entrelaçamento comunicacional que o Transconstitucionalismo pode fornecer.

Findando, restou possível averiguar no tópico um breve resumo da teoria sistêmica e a complementação trazida a ela, bem como a intrínseca e complexa conexão entre o sistema jurídico e o sistema político, juntamente com as pontualidades sobre os tribunais de ordens jurídicas distintas e a sua importância para o Transconstitucionalismo. Todos esses apontamentos são de grande valia para a continuação da pesquisa no tópico seguinte, que abordará as relações de poder no sistema jurídico de níveis múltiplos.

2 A PERSPECTIVA E A INFLUÊNCIA DO PODER NAS RELAÇÕES COMUNICATIVAS EM UM SISTEMA JURÍDICO DE NÍVEIS MÚLTIPLOS E O MÉTODO DO DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL

A sociedade atual é composta por diversas problemáticas de cunho constitucional que versam sobre inúmeras temáticas. Pelo caráter operativamente fechado de uma ordem jurídica perante outra no sistema

jurídico de níveis múltiplos, passa-se a perceber a importância crucial que o Transconstitucionalismo possui, com vistas à solução de problemas constitucionais comuns a ordens jurídicas diferentes. Contudo, uma dificuldade latente enfrentada pelo Transconstitucionalismo para a adequada comunicação entre tais ordens jurídicas é visualizada quando as influências do poder tendem a demonstrar com clareza o caráter expansivo e dominante que algumas ordens jurídicas têm em detrimento de outras.

Inicialmente, o poder se mostrou como a aplicação de técnicas de controle, durante o decurso da organização dos Estados, com o fito de gerar efeitos na relação povo/poder estatal, conduzindo à contingência de comportamentos determinados e concepções de mundo para dar lógica à realidade (ENRIQUEZ, 1990, p. 291). Contudo, cabe salientar que a noção tradicionalista de que o poder habita um indivíduo, uma divisão política ou instituições específicas postas no âmbito central do sistema social é totalmente ilusória. O poder encontra-se em todo e qualquer ambiente, contemplado de maneira incessante, através da estruturação e movimentação do sistema social composto de profunda e extremamente complexa rede de relação de poderes. O poder não se demonstra apenas difundido e subdividido, ele está palpável em camadas que se diferenciam entre si pelas variáveis em graus de nitidez. Disto denota-se que uma análise adequada e íntegra do poder na sociedade não pode se limitar ao estudo de sua abrangência, mas sim averiguar sua profundez (BOBBIO, 1999, p. 204).

Quando se remonta a perspectiva de um mundo criado totalmente embasado pelo poder, observa-se um mundo de uniformidade, isto é, concordante com a edificação de um Estado universal, uniforme e homogêneo que daria vãs a um sistema social que se articula somente sobre aspectos que não variam, enclausurado sob um fechamento sem perspectiva para aberturas. Tal Estado seria criador de uma realidade imóvel e composta unicamente de repetitividade. Se não mais existir a diferenciação, o sistema não pode fazer

nada se não a reprodução do idêntico e, conseqüentemente, a sua inevitável auto-degradação (ENRIQUEZ, 1990, p. 292). Dadas as impressões iniciais acerca do poder, pode-se captar que o poder é algo profundamente complexo, e que, em que pese seja analisado principalmente dentro do âmbito estatal, possui antes uma conotação de influência sistêmica social, posto que é mecanismo de atuação e perpetuação de relações comunicativas dentro de toda e qualquer área da sociedade.

Advindo desde a época dos pensadores gregos, as interpretações e diretrizes explicativas do conceito de poder surgiram como maneiras aparentemente inconciliáveis, dado a numerosa gama de perspectivas sobre o que se entende por poder. Porém, ao abster-se de tentar alcançar um conceito unificado de poder, conclui-se mais adequado seguir pela perspectiva luhmanianna de se indagar não pelo que significa poder, mas sim como acontece a realização do poder na sociedade. Em outras palavras, tem-se por objetivo apreciar não a simbolização do que é o poder e a sua pluralidade conceitual, mas de analisá-lo em seu âmbito de atuação, ou seja, por meio da comunicação. Para o direito, a compreensão do poder como maneira específica de comunicação torna a temática detentora de um potencial muito mais expansivo e intrigante, pois perpassa muito mais do que a percepção do poder como algo atrelado a política, que intersecciona, em verdade, uma tonalidade vasta ao poder, que ocorre e atua em todas as comunicações existentes na sociedade (SIMIONI, 2008, p. 155-156).

Os meios de comunicação da sociedade são entendidos como substâncias de complementação da linguagem, isto é, um código de símbolos generalizados que revela e direciona à resultados alcançados pela seletividade. Assim como a linguagem é utilizada como forma de compreensão intersubjetiva e de motivação das coisas, os meios de comunicação são dotados da mesma maneira por essa motivação, uma vez que sugestionam o acolhimento de resultados externos seletivamente definidos, que são aceitáveis para o caso

em pauta. Tais meios comunicacionais sempre se constituem quando o modo de seleção de um primeiro aspecto específico serve, necessariamente e ao mesmo tempo, de estrutura de motivação para um segundo aspecto específico, o que se aplica também a uma teoria relacionada ao poder. Em palavras mais acessíveis, parceiros (alter e ego)¹ que se relacionam entre si no âmbito comunicacional, fazem ambas as operações seletivas (de escolha) às quais um tem conhecimento simultâneo do processo de seletividade (de escolha) do outro (LUHMANN, 1985, p. 7-8).

No momento em que as ações estão conexas a outras ações percebe-se a questão do poder. Por exemplo, apenas é possível dirigir um automóvel seguindo as condições estabelecidos no trânsito. A problemática atrelada ao poder manifesta-se quando uma primeira ação exige uma respectiva segunda ação; quando uma ação de alter requer uma ação de ego. A segunda ação (ego) não pode ficar indiferente à primeira ação (alter), tendo que sujeitar-se a cumprir ou não cumprir aquilo que lhe é proposto pela primeira ação. O poder possui a característica da seletividade, demandando uma ação tanto daqueles que detêm o poder (alter) quanto daqueles que estão a ele subordinados (ego). Não há escolha a não ser escolher e, é justamente essa impossibilidade de ficar inerte, que concebe o poder. O poder é percebido a partir da situação em que uma segunda ação (ego) tem como premissa uma primeira ação (alter) (SIMIONI, 2008, p. 158-159).

Um aspecto fundamental do poder é que alter possui mais de uma possibilidade de escolha, podendo gerar no ego insegurança quanto a seu processo de escolha. Enquanto alter têm para si possibilidades mais concretas e é detentor principal do poder, ego tem outras possibilidades do agir que de certa forma submetem-se à alter, importando necessariamente em escolhas influenciadas pela ação de alter. Contudo, a relação de poder só é visualizada

¹ Alter e ego são empregados por Luhmann apenas para exemplificar a diferenciação entre os dois polos da relação comunicacional, podendo as expressões tratar-se de pessoas físicas, jurídicas, organizações ou até mesmo sistemas sociais.

quando é possível escolha dos dois lados, e, portanto, existindo coação de alter sobre ego, a noção de poder se perde, uma vez que a oportunidade de escolhas de ego é reduzida a nenhuma. As possibilidades de ambos os lados são munidas de uma complexidade acentuada que é definida pela quantidade de liberdade de escolha que cada lado da problemática possui. Logo, o poder pode ser medido baseado no número de alternativas de escolha de ambos os lados, crescendo de acordo com a quantidade de liberdade na seleção da escolha de cada lado da situação (alter e ego) (LUHMANN, 1985, p. 8-9).

A ação feita por alter deve necessariamente sustentar diversos feitos. Exemplificando isso, existe a ameaça de alguma espécie de punição. O poder exige a recorrência da ameaça, como formas de sanções com a capacidade de serem percebidas como importunas (incômodas) e que possam ser evitadas (a depender da escolha feita). A utilização da força bruta, agressividade moral, ameaça de desemprego, ridicularização na sociedade, entre outros, são todas punições que podem vir a ser evitadas (já que existem possibilidades igualmente passíveis de escolha) e que se pressupõe que ninguém gostaria de passar por nenhuma delas. O poder é construído no momento em que há alternativa entre cumprir ou evitar o cumprimento de determinado mandamento. A submissão ao poder expressa não haver outra alternativa a não ser o cumprimento ou descumprimento de determinada ordem (SIMIONI, 2008, p. 159-161).

Caso ego cumpra a ordem de alter, é visualizável a relação de poder. Se ego descumprir a ordem de alter, também há relação de poder. Isso acontece porque para que ego pudesse realizar a escolha entre cumprir ou não cumprir a ordem, teve de se basear exclusivamente na ordem de alter e em nenhuma outra. Existe paradoxo nessa relação, dado que para que se evite o cumprimento da ordem, é necessário decidir por não cumpri-la, isto é, faz-se necessário escolher cumprir ou deixar de cumprir a pretensão do poder dado por meio da ordem fornecida. Portanto, não existe relação de poder somente se ego

não tiver para si a ação de alterar como premissa decisória de sua escolha, ou seja, não há poder apenas se este for ignorado ou desconhecido na sociedade (SIMIONI, 2008, p. 161-162).

“O poder dos superiores seja organizacional, pessoal ou avaliador, se contrapõe ao dos subordinados, que se baseia em alternativas a evitar totalmente diversas” (LUHMANN, 1985, p. 91). Importa dizer, por conseguinte, que a ideia de poder para a teoria sistêmica vai muito além do pluralismo conceitual que a história do pensamento filosófico/sociológico forneceu ao tema. Ainda que todas as contribuições conceituais sejam sem dúvida alguma de grande valia para o estudo das relações sociais, a acepção figurada por Luhmann carrega consigo o fato de que o poder está emoldurado em praticamente todas as comunicações da sociedade (incluindo desde relações pessoais até grandes organizações), visto que inevitavelmente existem processos de seleção (escolha) que resultam precisamente na visualização de relações comunicativas imbuídas pelo poder, variando de grau (intensidade) a depender de quais são os atores envolvidos nessas relações.

Com a adequada constatação da infundável observação das relações de poder em todos os âmbitos da sociedade, verifica-se que isso, logicamente, também inclui o sistema jurídico e seu relacionamento para com o seu ambiente. Para tanto, faz-se relevante ater-se à íntima relação do sistema jurídico, dos movimentos sociais e da noção de poder segundo a perspectiva desse como um meio de comunicação.

Os tribunais e os movimentos sociais possuem uma interligação de consistências interessantes. Os tribunais têm como função compreender e interpretar o direito e resolver a situação conflituosa. Por outro lado, os movimentos sociais possuem o encargo de acondicionar a instabilidade. Somente uma sociedade que carece de instabilidade consegue reproduzir e recepcionar a sua relação para com o direito, as expectativas com caráter estável e a conflituosidade. Esses movimentos sociais e os protestos são o

que asseguram a continuidade da instabilidade do sistema social e, em vista disso, provocam o direito, para que esse não permaneça estático ou estável. Movimentos sociais e a interpretação jurídica esclarecem um ao outro a serventia do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2012, p. 175-176).²

Esses movimentos sociais visualizáveis na prática por meio dos protestos em inúmeras partes do mundo, estão infundidos por relações de poder que influenciam o sistema jurídico de cada país, e, geralmente, tomam proporções além do Estado ao qual ocorrem, sabida a velocíssima propagação de informações e notícias devido ao avanço tecnológico e, em especial, da internet e dos demais grandes meios de comunicação de massa. Dito isso, passa-se a breve análise das relações comunicativas de ordens jurídicas distintas e a relevância do fenômeno da dupla contingência para o Transconstitucionalismo.

O sistema jurídico de níveis múltiplos tem por objetivo enaltecer a existência do pluralismo de ordens jurídicas cuja estruturação, os modos que se autocompreendem e como concretizam suas funções são acentuadamente diversificados e possuem particularidades únicas, e que, através dessa multiplicidade surgem interligações entre elas sem que qualquer ordem jurídica possa mostrar-se como a legitimada para dar a “palavra final e absoluta”. Logo, trata-se de um sistema com múltiplos pontos centrais, e que apesar de haver hierarquia interna em cada ordem jurídica, se prima nesse sistema jurídico de níveis múltiplos por uma relação heterárquica entre as ordens jurídicas. Assuntos relacionados a direitos fundamentais, controle e limitação do poder, e participação jurídica legítima em procedimentos políticos, tendem a ser os pontos centrais de conversação entre as ordens jurídicas que compõem o constitucionalismo moderno (NEVES, 2009, p. 236-237).

² Campilongo trata os movimentos sociais como um sistema composto de comunicação e de caráter autopoietico e autorreferencial, em que pese esclareça no início de sua obra que este não se confunde com os sistemas parciais funcionais da sociedade introduzidos por Luhmann, posto que não é um sistema funcional da sociedade, ainda que detenha contribuição importante para a dinâmica do sistema jurídico.

O método utilizado para aplicação correta do Transconstitucionalismo está ligado a dupla contingência.³ O fenômeno traz a noção de que ego supõe a chance de que a ação de alter seja diferente daquela projetada por ele e o contrário também ocorre. Disso percebe-se a preposição de que mutuamente existem níveis de liberdade aceitáveis dentro de uma relação de comunicação de ordens jurídicas distintas. Assim, a dupla contingência age como mecanismo de dinâmica comunicacional entre ordens jurídicas distintas, especialmente no que tange aos seus tribunais. Existe entre ordens jurídicas diferentes o reconhecimento, ou seja, a observação recíproca entre alter e ego, entre uma ordem jurídica e outra. A problemática reside no momento em que um dos polos da observação mútua não aceita a liberdade do outro e passa a estabelecer bloqueios à ideia da interação pela dupla contingência (NEVES, 2009, p. 270-272).

A partir do mencionado acima, Neves consegue identificar tendências que obstam a devida evolução de um diálogo satisfatório entre ordens jurídicas distintas, realçando em sua obra, especialmente no final do quarto capítulo, que o Transconstitucionalismo não deve ter como posição inicial uma ordem jurídica específica (seja pelo critério que for, mais comumente atrelado a ideia de poder), mas na verdade, o ponto originário deve residir nas problemáticas constitucionais que perpassam inúmeras ordens jurídicas distintas, independentemente de quais sejam elas. Remontando, aqui, a ideia primordial de que a interação entre as ordens jurídicas componentes do sistema jurídico de níveis múltiplos não pode sob hipótese alguma deter caráter de hierarquia ou poder, e o Transconstitucionalismo não pode ter conexão com a ideia de autoridades nesse sistema, mas sim de uma metodologia que propulsiona e incentiva a conversação coesa voltada para uma relação horizontal e reciprocamente estabelecida.

³ Segundo Neves, a dupla contingência está na relação de observação mútua entre alter e ego, ou seja, na interatividade de dois polos distintos. (podendo incluir relações entre pessoas, organizações, ordens jurídicas e sistemas sociais).

Finalizando, foi possível apurar nesse tópico a significância da percepção do poder pela ótica sistêmica, mais precisamente, como um meio de comunicação presente em toda a sociedade. Na sequência, foi analisada a importância da dupla contingência para o Transconstitucionalismo e feita a constatação de como o poder pode influir negativamente no diálogo transconstitucional. Todas essas ideias se coadunam para a exposição do próximo e último tópico dessa pesquisa, que tratará mais profundamente sobre as nuances das assimetrias jurídico-sistêmicas e da desdiferenciação opressiva entre ordens jurídicas diferentes.

3 ASSIMETRIAS JURÍDICO-SISTÊMICAS, DESDIFERENCIAÇÃO OPRESSIVA E O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL COMO ALTERIDADE ORGANIZACIONAL

O sistema jurídico mundial de níveis múltiplos mostra-se rico e complexo em termos de contribuição para os enfrentamentos dos problemas observados no âmbito jurídico global. Possuindo inúmeras ordens jurídicas distintas que tendem, com o avanço da perspectiva sistêmica e do Transconstitucionalismo, a partilhar comunicações predispostas à resolução de problemas comuns a cada ordem jurídica envolvida. Entretanto, assimetrias jurídico-sistêmicas e a desdiferenciação opressiva entre ordens jurídicas obsta uma devida e adequada evolução do diálogo transconstitucional.

A noção sistêmica do direito, caracteriza-o não unicamente como um sistema social, mas sim como um sistema que se diferencia de outras entidades sistêmicas, e que possui a capacidade de efetuar sua autodesignação, não importando o que possa vir a ocorrer. Essa autorreferência propiciada pela autopoiese do sistema, necessita conceder a possibilidade de que o sistema como um todo compreenda e torne específicos quais fatos passados e futuros contam como comunicação dentro do sistema, observando-se, aqui, a diferenciação que o sistema faz entre autorreferência e heterorreferência,

especialmente quando realiza sua autodescrição. Conseqüentemente, é necessário salientar que a autorreprodução sistêmica e o fechamento operativo contribuem para a existência e observação de características específicas que têm por objetivo mitigar a complexidade bruta recepcionada no sistema jurídico, tanto do seu ambiente quanto daquela existente dentro do próprio sistema (LUHMANN, 2016, p. 43-44).

Não é possível negar, em uma sociedade diferenciada por sistemas sociais, que esses sistemas estejam sujeitos a uma descrição interna e outra externa, e isso também vale para o sistema jurídico. Tanto heterodescrições quanto autodescrições dos sistemas são plausíveis e a estruturação da diferenciação de sistemas presentes na sociedade mostra que a distinção entre ambas é algo coerente e adequado. Da mesma forma, tal estruturação propicia que descrições externas possuam influências nas descrições internas e o contrário também ocorre, desde que a comunicação abrangente se mantenha ocorrendo devido às ações da sociedade, ainda que os limites dos sistemas estejam bem designados no interior da sociedade (LUHMANN, 2016, p. 393-394).

Segundo essas perspectivas, o sistema jurídico visualizável como autorreferencial e autopoietico remonta o sentido de que critérios de diferenciação adequadamente estabelecidos perpetuam a continuidade da existência do direito enquanto sistema, diferindo-se dos demais sistemas sociais, e, ao mesmo tempo, enaltecendo a ideia de que a apreensão das comunicações para dentro do sistema jurídico só é possível pela característica auto-descritiva e autorreferencial que o sistema possui, uma vez que a redução de complexidade feita pelo sistema do direito tem como alicerce uma maior produção de complexidade interna com o fito de discernir e tornar compreensível para o seu próprio código as complexidades que lhe são externamente expostas pelo seu ambiente. Contudo, é sabido que a complexidade internamente percebida, contém conotações muito mais

intrínsecas aos elementos de composição do sistema jurídico, emoldurando uma rede rica em detalhes que norteiam o funcionamento do sistema jurídico mundial como um todo.

Atualmente são notáveis formatos que já não são mais primitivos de um ordenamento jurídico global, que se manifesta sem dependência das ordens jurídicas nacionais e do direito clássico. O direito globalizado deve ser compreendido a partir de uma adequada teoria pluralista jurídica e de fontes diversas do direito, organizada e gerada sob termos multifacetados. Apenas recentemente a teoria jurídica do pluralismo deteve sua formação apropriadamente bem concebida, afastando-se das sociedades coloniais e redirecionando o foco das formas jurídicas dos grupos étnicos, religiosos e culturais para o direito relacionado aos discursos. A teoria jurídica das fontes do direito deve mirar precisamente em prospectos de formação espontânea do direito, compondo uma nova maneira que independe do direito Estatal individual, sendo observado em inúmeros segmentos da sociedade global (TEUBNER, 2003, p. 11).

Diferentemente do método de organização social das sociedades passadas, a sociedade em seu aspecto moderno deterá consigo a característica de possuir alto teor de complexidade. O fato de não existir um aspecto principiológico unificado comina na reprodução ininterrupta de diferenças. Assim, não existe mais algo absoluto ou imutável, o “ser” não mais predomina o “dever ser”, há em verdade unidades com autonomia que fazem gerar, regularmente, diferenças que acarretam substituições de sistemas externos delineados por sistemas com caráter autorreferencial. A nova sistemática operacional tem por objetivo enaltecer que o sistema social, de maneira totalmente inovadora, precisa ter de conviver com aspectos incertos e imprevisíveis, e, conseqüentemente, produzir complexidade para reduzir a complexidade, culminando em um paradoxo moderno social que transcende e se sobrepõe ao ideário iluminista atrelado unicamente ao Estado e a razão

universal, trazendo consigo a real função do sistema político e jurídico da sociedade atual (GONÇALVES, 2010, p. 60). Busca-se então, por essa perspectiva, romper o conceito de universalidade racional e dar espaço a pluralidade como resposta às perguntas da sociedade atual, tanto no sistema político quanto no jurídico, mas especialmente neste último.

A teoria do direito mundial se diferencia do mais comumente percebido direito dos Estados-nações, por certas pontualidades primordiais fomentadas por Teubner, as quais estão diretamente relacionadas a critérios de: diferenciação interna do direito, fontes do direito e unidade do direito.

A diferenciação interna do direito mundial não comporta a percepção de delineamento territorial dos Estados-nações e seus ordenamentos, mas sim em uma diferenciação interna que é visualizada sob pontes “invisíveis” que vão além das fronteiras territorialmente estabelecidas, buscando de maneira incessante a concepção de formas jurídicas autônomas, resultando em um direito que visa a regulação de conflitos derivados de embates intersistêmicos e não necessariamente de conflitos inter-nacionais. As fontes de direito não mais conferem apurada relevância aos órgãos legislativos de âmbito geral, mas sim na formulação de acoplamentos estruturais do sistema jurídico internamente definidos pela auto-organização sistêmica do direito. Ainda, para as formações jurídicas estatais a unidade do direito era vista como um simbolismo político ímpar da identidade nacional e da justiça. Porém, com a unidade jurídica em escala mundial, tal concepção seria ameaçada, e, a problemática medular do direito unificado a nível mundial seria garantir diversidade adequada de fontes do direito, com a chance de haver, inclusive, tentativas políticas com a pretensão de instaurar modificações ao direito (TEUBNER, 2003, p. 14-15).⁴

⁴ Nesse trecho, Teubner visualiza também a possibilidade de haver “corrupção sistêmica” entre o direito e a política, introduzida inicialmente por Luhmann, quando um sistema social tende a querer se sobrepor e corromper elementos pertencentes essencialmente a outro sistema social.

Diante da sociedade mundial que não é detentora de uma centralização bem delimitada, somente a resolução de conflitos constitucionais através da heterárquia pode ser devidamente concebida. Logo, há uma pseudo-unidade constitucional que é fabricada imaginariamente por meio de um simbolismo determinante da ideia de unidade, que, esconde em verdade, a múltipla existência de diversas constituições, e não de apenas uma. Portanto, o ideário de unidade constitucional tem por função manter a crença coletiva de uma constituição unitária, que mascara a multiplicidade de constituições que realmente existem. Nesse diapasão, o embate de racionalidades distintas não é extinto, mas sim suportado. Dessa forma, pela conversação e exposição das racionalidades umas às outras, chega-se a uma espécie de deliberação que tem por objetivo a solução e tomada decisória, ou, se não esta, ao menos a adição de mais chances há um consenso adequadamente instaurado pela cooperação entre os participantes (TEUBNER, 2016, p. 271-273).

Denota-se através da percepção de Teubner, que a complexidade atrelada ao sistema jurídico alcança níveis que ultrapassam o que há algumas décadas era utilizado como fontes do direito. A característica do pluralismo jurídico defendida e enfatizada pelo teórico trazem à tona a capacidade comunicacional e de produção que ordens jurídicas distintas possuem, sendo essas não mais exclusivamente confeccionadas pela figura do Estado-nação. Direcionando o diálogo constitucional para um âmbito que vai muito além das noções clássicas, importando relações comunicativas intrassistêmicas entre atores privativos e que são possuidores de caráter jurídico autônomo e tendem a cooperar positivamente para um diálogo equilibrado. Com isso, Teubner também destaca conseqüentemente uma certa prostração do sistema político com o advento dessas constituições, bem como o abatimento da interconexão sistêmica entre direito e política nos Estados-nações.

Após as importantes constatações dadas por Teubner em relação às constituições além do Estado e as relações entre o sistema jurídico e o âmbito

social como um todo, passa-se a uma análise mais precisa das problemáticas atreladas ao Transconstitucionalismo proposto por Neves, que aprimora, além das ideias de Luhmann, também as de Teubner, adequando-as ao fenômeno do Transconstitucionalismo.

Existem diversas condições práticas que são negativas para a perpetuação do Transconstitucionalismo no âmbito social da atualidade. É seguro e possível dizer que o fenômeno carrega consigo uma carga positiva, mas ao mesmo tempo uma carga negativa. A parte positiva diz respeito ao fato de que existe a desenvoltura da racionalidade transversal entre ordens jurídicas distintas. Enquanto a parte negativa está ligada ao fato de que justamente por existirem tais conversações entre ordens jurídicas distintas, que também há relações repressoras e com caráter deletério entre elas. As limitações do fenômeno são determinadas não somente pela sobreposição de ordens jurídicas por sistemas sociais que tendem a instrumentalizar o sistema jurídico. Mas também sob a perspectiva interna do sistema do direito, no momento em que o Transconstitucionalismo sofre um bloqueio pelas assimetrias existentes nas formas de direito, em que pese tais assimetrias façam vinculações diretas com influências externas ao âmbito do sistema jurídico (NEVES, 2009, p. 279).

Através das assimetrias das formas de direito, cria-se um obstáculo ao Transconstitucionalismo que passa a ser dotado de prejudicialidade, devido a certos cenários, nos quais determinadas ordens jurídicas mostram-se mais fortes quando comparadas a outras, ignorando as expectativas e premissas dessas. Todavia, essa sobreposição de uma forma de direito em função de outra não resulta em um aspecto organizacional hierárquico de estruturação de nivelamento, mas sim na condução de maneiras diferentes de negar ou oprimir a autonomia de algumas formas de direito em detrimento de outras. Existe uma concepção acentuadamente assimétrica para noção de soberania. Enquanto a soberania vale como critério quase absoluto para o detentor de certa forma

jurídica dominante, é significativamente relativa e desvalorada em relação as formas jurídicas que não se coadunam com as dominantes em questão de poder, valores monetários e conhecimento NEVES, 2009, p. 280-282).

As assimetrias nas formas jurídicas acima mencionadas denotam nitidamente que existe um processo de desdiferenciação opressiva dentro do sistema jurídico de níveis múltiplos. A desdiferenciação remonta à ideia de algo que tende a regressar a um estado anterior, menos desenvolvido, regredindo à uma acepção opressiva que infelizmente é costumeiramente visualizada em âmbito global, especialmente no sistema jurídico, mas não se limitando a este.

O Transconstitucionalismo está longe de se concretizar de forma generalizada, sem indicativos de conseguir fazê-lo em curto ou médio prazo. São diversas as possibilidades de assimetria perceptíveis nas relações abarcadas pelo Transconstitucionalismo. É possível verificar que formas de direito mais fortes agem de forma opressiva a formas jurídicas mais frágeis no sistema jurídico de níveis múltiplos. São exemplos disso: as formas jurídicas estatais das potências mundiais que são “inatingíveis” diante do direito público internacional e oprimem países mais fracos nesse cenário; ordens jurídicas transnacionais geridas por grandes conglomerados empresariais tendem a oprimir formas de direito dos países que estão se desenvolvendo e das comunidades não estatais locais; as assimetrias nas formas de direito relacionadas às repressões do direito ambiental, direito social e direitos humanos, que são continuamente reprimidos pelo direito do contrato, da propriedade, do poder e do mercado. Todas as situações corroboram para o fato de que não existe Transconstitucionalismo sem certa simetria de formas jurídicas (NEVES, 2009, p. 285-286).

Conforme clarifica Neves em sua obra do Transconstitucionalismo, principalmente ao final do quinto capítulo, o fenômeno só conseguirá alcançar um nível adequado e efetivo de atuação através da inclusão sistemática e geral

de ordens jurídicas, independentemente da “força” que tais ordens jurídicas têm ou deixam de ter. O único caminho para o Transconstitucionalismo ser de fato aplicado de forma abrangente é a possibilidade da perpetuação da alteridade, ou seja, da observação das diferenças que, por meio da recíproca comunicação e troca de experiências, só podem trazer evolução ao diálogo transconstitucional da atualidade.

Concluindo, restou analisado e observado características interligadas às assimetrias jurídico-sistêmicas em nível mundial e a existência inegável da desdiferenciação opressiva entre ordens jurídicas distintas, bem como a conclusão plausível de que somente o respeito à alteridade poderá tornar o Transconstitucionalismo capaz de pôr em prática efetivamente e de forma generalizada a riqueza e o potencial que ele possui para a produção de novas comunicações capazes de manter a autonomia e o aprendizado recíproco entre ordens sistêmicas distintas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual carrega consigo um nível altíssimo de complexidade. A teoria sistêmica social procura atenuar tal complexidade e abre espaço para a análise e estudo do fenômeno do Transconstitucionalismo, aspecto imbuído especialmente pela intersecção entre o mundo sistêmico jurídico e o político e suas relações comunicativas. O Transconstitucionalismo mostrou-se fantástico em termos teóricos, visando um diálogo jamais visto anteriormente entre ordens jurídicas distintas que possuem problemas constitucionais comuns e que, com o novo fenômeno, poderiam também passar a ter soluções comuns à essas problemáticas.

Com o andamento da pesquisa, aos poucos restou possível vislumbrar a necessária e conturbada interligação entre o Direito e a Política já apresentada anteriormente pela teoria sistêmica, e que passou a ter um novo formato quando

analisada juntamente com o Transconstitucionalismo e a maior profundidade que ele proporciona ao diálogo jurídico à nível mundial. Naturalmente, assim como o Transconstitucionalismo propulsiona uma sistemática abrangente de soluções para problemas comuns à ordens jurídicas distintas, este também enfrenta dificuldades latentes que puderam ser analisadas após a acepção adequada do que é o poder e o quanto ele está presente nas relações comunicativas no sistema jurídico de níveis múltiplos, uma vez que este possui influência determinante por ser um mecanismo determinante no relacionamento sociocomunicativo atual e, conseqüentemente, no diálogo transconstitucional, devendo atuar de maneira a propiciar não uma relação de poder hierarquizada entre ordens jurídicas diferentes, mas sim numa ligação horizontal e embasada na reciprocidade.

Uma vez percebida a conotação que o poder tem nas relações comunicativas do sistema jurídico de níveis múltiplos, foi possível perceber que a fantástica teoria do Transconstitucionalismo quando posta em prática encontra condições empíricas que obstam diretamente uma boa relação entre as ordens jurídicas distintas envolvidas no diálogo transconstitucional. A racionalidade transversal mostra-se adequada e complacente ao diálogo, mas ao mesmo tempo, infelizmente, possibilita a existência de relações repressoras norteadas por assimetrias nas formas de direito, momento que certas ordens jurídicas dominantes tendem a oprimir outras ordens jurídicas com formas de direito mais frágeis e que possuem menos influência à nível mundial. Tal situação mostra-se grave para o desenvolvimento adequado do Transconstitucionalismo, vez que o fenômeno precisa de uma certa simetria nas formas jurídicas envolvidas nas relações comunicativas transconstitucionais e que este também necessita da alteridade, ou seja, reciprocidade razoável entre os participantes da comunicação.

Conclui-se, portanto, que somente através da observação das diferenças, da adequada simetria de formas jurídicas, e do desligamento de

relações comunicativas hierarquizadas pelo poder e pela influência, é que será possível a perpetuação do diálogo transconstitucional saudável, e que assim este será dotado do caráter da alteridade e, conseqüentemente, da observação mútua e horizontal adequada entre ordens jurídicas distintas, que terão por objetivo principal um bom diálogo transconstitucional e, finalmente, poderão vir a romper as barreiras impostas ao Transconstitucionalismo na atualidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - Unb, 1999. p. 204. 240 p. Tradução de: João Ferreira.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais: Hermenêutica do Sistema Jurídico da Sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2012. p. 175-176. 196 p.

ENRIQUEZ, Eugène. **Da Horda ao Estado: psicanálise do vínculo social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1990. p. 291. 404 p. Tradução de: Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Transnacionalidade do Direito: Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 60. 464 p. Coordenação de Marcelo Neves, DAAD - Intercâmbio Acadêmico Brasil - Alemanha.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins, 2016. p. 120. 580 p. Tradução de: Saulo Krieger, Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon.

LUHMANN, Niklas. **O Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UnB, 1985. p. 7-8. 122 p. Tradução de: Martine Creusot de Rezende Martins.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. [s.i], n. 49, p. 161. p. 149-168, jul. 1990.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 10-22. 111 p.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 34-36. 358 p.

ROCHA, Lionel Severo. Direito, Complexidade e Risco. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 12. p. 1-14, 01 jan. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15870>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Comunicação do Poder em Niklas Luhmann. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, p. 155-156, 153-178 p. 1 jan. 2008. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/57>. Acesso em: 08 jun. 2021.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba/SP, v. 14, n. 33, p. 11. p. 9-31, [s.i]. 2003. Quadrimestral. Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Metodista de Piracicaba. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/index>. Acesso em: 29 jun. 2021.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 271-273. 368 p. Coordenação de Marcelo Neves... [et al.].

REVISITANDO O VALOR FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS PREMISSAS DO DANO MORAL

Leonel Severo Rocha
Graziela de Oliveira Köhler

Resumo: O presente capítulo retoma os resultados da pesquisa intitulada “O valor fundamental da dignidade da pessoa humana e as premissas do dano moral”, publicado pelos autores em 2015, que discutiu acerca dos filtros procedimentais de configuração do dano. Trata-se de uma publicação revisada e ampliada que, sob a ótica pragmática-sistêmica, questiona: em que medida as premissas do dano moral podem contribuir para a valoração da dignidade da pessoa humana? Dividido em três tópicos, o estudo aborda a dignidade da pessoa humana e os contornos do dano moral; em seguida demonstra o papel das premissas decisórias no sistema do Direito; e ao final, apresenta premissas que contribuem para os filtros dos danos extrapatrimoniais. Conclui-se que as premissas abordadas no texto são relidas a partir dos códigos do Direito, contribuindo para a legitimação das decisões jurídicas e a consequente evolução do sistema.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Dano Moral; Dignidade; Premissas decisórias.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo retoma os resultados da pesquisa intitulada “O valor fundamental da dignidade da pessoa humana e as premissas do dano moral”, publicado pelos autores na obra *Multiculturalidade e cidadania: olhares transversais*, no ano de 2015. Trata-se, agora, de uma versão revisitada e ampliada. (ROCHA; KÖHLER, 2015, p. 237)

O dano moral assumiu posição relevante no âmbito da responsabilidade civil, especialmente pela intensa aplicação a partir da concretização dos direitos fundamentais e demais contributos sociais e jurídicos. A par disso,

a práxis jurídica demonstra deficiências de filtros de identificação e de quantificação dessa espécie de dano, que recaem em questões controvertidas como o binômio entre a valoração do ser humano e a patrimonialização da proteção da personalidade humana.

O problema de pesquisa repousa no seguinte questionamento: Em que medida as premissas do dano moral podem contribuir para a valoração da dignidade da pessoa humana? Em sendo assim, o objetivo é apresentar uma observação sistêmica entre a estrutura teórica do dano moral e os filtros procedimentais dentro do sistema do Direito destinados à decisão jurídica.

A matriz utilizada para a pesquisa é a pragmático-sistêmica, tendo em vista que proporciona a observação dos fenômenos sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que fornece um instrumental teórico para a superação dos obstáculos epistemológicos presentes nas atuais reflexões sociojurídicas. Nesse ponto, cabe mencionar que a noção de premissas utilizada nesse ensaio parte da ótica sistêmica de Darío Rodríguez Mansilla.

Isso posto, o trabalho foi estruturado em três itens: o primeiro, aborda o valor fundamental da dignidade da pessoa humana e os contornos do dano moral; o segundo, demonstra o papel das premissas decisórias para o sistema do Direito; e o terceiro, trabalha as premissas do dano moral no sentido de atribuir um fortalecimento a ideia de dignidade da pessoa humana.

1 O VALOR FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS CONTORNOS DO DANO MORAL

O dano moral consiste na violação de um bem imaterial inerente à personalidade do indivíduo, tendo como prerrogativa minimizar o sofrimento da vítima através de uma compensação, culturalmente convertida em indenização pecuniária. Segundo Brebbia (1967, p. 75), é entendido

por um daño la violación a uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de um sujeto producida pó um hecho voluntario, que engedra em favor de la persona agraviada ele derecho que obtener uma reparación del sujeto al cual la norma imputa el referido hecho.

Referido dano encontra-se previsto no artigo 5º, incisos V e X da¹; no artigo 186 do Código Civil Brasileiro² e ainda em legislações especiais. A centralidade do discurso legal encontra respaldo na preocupação com a pessoa humana, principalmente por versar sobre direitos e garantias fundamentais. Gize-se que o ponto fulcral está na compensação sobre um dano injusto, protegendo a dignidade da pessoa humana que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF/88).

Esse cuidado decorreu da inquietação do Século XX, especificamente a partir das consequências do pós-guerra, que culminaram num movimento voltado a efetivação dos valores humanos. Tanto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclamou em seu primeiro artigo que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Assim, o Direito foi convocado a promover a tutela da pessoa, utilizando o dano moral como um instrumento protetivo dos direitos inerentes à personalidade.

Segundo Moraes (2009, p. 132),

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através de cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte da Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).

¹ Art. 5º (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, MORAL ou à IMAGEM; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou MORAL decorrente de sua violação.

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A expressão “dano moral” é alvo de críticas, uma vez que geralmente é associado ao caráter de honra e da reputação de uma pessoa. Segundo Martins-Costa (2002), a utilização de “danos extrapatrimoniais” seria mais abrangente e englobaria todos os danos inerentes à pessoa que não integram a esfera patrimonial.³ Isso porque a sociedade contemporânea apresenta novas formas de danos que não estão vinculados a conceitos estritamente morais, a exemplo dos danos à saúde, *bullying*, *ciberbullying*, dentre outros.

Apesar das confusões conceituais que a expressão pode causar, a legislação pátria adotou-a para as demais extensões de dano à pessoa (ou danos extrapatrimoniais). Essa preocupação é pertinente, pois ao deparar-se com danos no contexto dos novos direitos pode-se trazer à tona antigas discussões que aparentemente estavam superadas, a exemplo da própria definição e extensão de dano.

Nesse aspecto, Martins-Costa (2002, p. 410) defende o dano à pessoa não apenas como uma proteção do ser, mas como a “humanidade da pessoa”. E é exatamente nesse ponto que avulta a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana para o Direito privado.

Com efeito, o Direito civil à luz da Constituição Federal necessita da observação, tanto das normas ordinárias quanto das normas constitucionais. Para tanto, Perlingieri (2008, p. 11) atenta para características necessárias para uma abordagem interpretativa trazendo em suas consequências a despatrimonialização do Direito civil com o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana. O aspecto relevante assenta da limitação da liberdade do mercado, evitando reduzir a pessoa humana à mercadoria. Nesse aspecto, a prioridade do Estado e do Mercado passa a ser a pessoa.

³ O dano à pessoa foi introduzido no Direito Italiano no ano de 1962 através da obra de Guido Gentile e também é crescente na Argentina.

Para Tepedino (2009, p. 63), a dignidade da pessoa como fundamento da República “configura verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” No entanto, o autor demarca o ponto nodal na patrimonialização da proteção da personalidade humana, ou seja, as formas protetivas desembocam no dever ressarcitório. Segundo ele, “a personalidade deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico”. (TEPEDINO, 2006, p. 10)

A doutrina aponta para a valoração do ser humano. No entanto, diante da constitucionalização do Direito privado, há a necessidade de compreender os desdobramentos do dano moral e do princípio da dignidade da pessoa humana para então legitimar a sua aplicação.

Barreto (2013, p. 74) ensina que

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como base para justificar a natureza jurídica da dignidade humana. Com isto, contornamos a armadilha na qual se aprisionam alguns juristas ao tratar o princípio da dignidade humana como um simples *petitio principii*, que se justifica por si mesmo, pois empregado como argumento sem qualquer justificativa que demonstre como e porque o princípio da dignidade se aplica a determinado caso.

Nesse aspecto, há um fortalecimento da concepção voltada à aplicação do dano moral somente em casos que merecem a tutela jurídica. Moraes (2009, p. 130) assevera que:

Qual seria, então, o objeto do dano moral? Como reconduzir-se aqui a um conceito jurídico, sem cair na armadilha que o tema enseja? (...) Afirmar que o dano moral é a “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante a dar epíteto de “mal evidente”. Através desses vocábulos, se não se configura juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções agradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis.

Nessa senda, o jurista deve estar preparado, tanto em sua formação quanto ao conhecimento da realidade ao seu entorno. Assim, há a necessidade de conduzir a reflexão acerca de uma responsabilidade redobrada do intérprete. (PERLINGIERI. 2008)

Segundo Schreiber (2012, p. 105),

a lesão a um interesse tutelado (por exemplo, a saúde, a privacidade) repercute de forma inteiramente diferenciada sobre cada pessoa, não havendo um critério objetivo que permita a sua apreciação. Por esta razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais. Da mesma forma, defini-lo por via negativa, como todo o prejuízo incalculável, acaba por converter o dano moral em figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável. A definição de dano como lesão a um interesse tutelado, muito ao contrário, estimula a investigação sobre o objeto da lesão – o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor –, a fim de se aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis.

Com efeito, a aplicação do dano moral representa uma dificuldade estrutural, pois enfrenta o desafio de aplicar um método de aferição do dano moral diante da inexistência de limites procedimentais para tanto. Evidentemente, esses métodos passam a ser conduzidos pelo arbítrio dos tribunais, e é exatamente na tomada de decisão que o valor fundamental dos direitos de personalidade passa a ser observado. Sendo assim, o próximo tópico é dedicado a demonstrar aspectos do sistema do Direito e as premissas decisórias.

2 SISTEMA DO DIREITO E PREMISSAS DECISIONAIS: BREVES OBSERVAÇÕES

Os nossos Tribunais enfrentam uma grande demanda de ações indenizatórias por danos morais. As situações fáticas possuem uma diversidade considerável, pois decorrem de intermináveis hipóteses, que transcorrem desde um singelo “fio de cabelo encontrado num prato de comida” à gravidade

da “morte de um ente querido”.⁴ (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7077). Os atores sociais buscam respostas aos seus problemas ou insatisfações através do Poder judiciário, criando-se uma expectativa acerca da decisão jurídica.

O Direito possui um importante papel de observação e construção voltadas para o futuro, cuja incerteza passa a integrar esse processo de tomada de decisão, levando-se em conta os riscos daquilo que se decide no presente e que podem acarretar, num futuro próximo e também num futuro longínquo.

Segundo Rocha e Duarte (2012, p. 19), “o Direito é um dos construtores da sociedade, de instituições, ou seja, de decisões, de valores, de experiências, de desejos, de atos, de situações que se deseja a perpetuação, manutenção, institucionalização”. Para os autores, o Direito possui a “função de institucionalizar a sociedade”, o que permite a própria temporalização do Direito, pois, de um lado, o juiz é chamado a julgar casos atuais sobre fatos passados e textos normativos pretéritos; de outro, tem em mente a repercussão que o seu precedente poderá causar no futuro. (OST, 1999, p. 32).

No entanto, sempre haverá os riscos de uma discromia entre o tempo e o Direito, gerando assim, uma ruptura entre ambos. Tal fato exige, de certa forma, um rompimento com o passado para instituir um novo futuro, ou seja, o “questionamento das formas dominantes de produção do Direito” torna-se elemento necessário para a produção de novos institutos. (ROCHA E DUARTE, 2012, p. 20).

Nessa linha, Rocha e Duarte (2012, p. 20) dão conta de que:

⁴ “De fato, entre nós essa figura tem servido para acobertar com um único e idêntico manto o pagamento de indenizações a um infindável número de hipóteses: do extravio de malas em viagem aérea à “falta de afeto” reclamado por filhos privados do convívio paterno; do “sentimento de menoscabo” pelo descumprimento de um contrato à “humilhação” por permanecer alguns minutos em filas bancárias no aguardo de atendimento; da “frustração” por se ter adquirido um produto não correspondente às expectativas do comprador ao “sofrimento” pela perda de um animal de estimação por ato alheio; do “vexame” por escorregar em piso molhado de supermercado ao “desgosto” por adquirir um veículo desconforme às mais subjetivas expectativas de desempenho um sem número de ataques – reais ou supostos – à dignidade da pessoa humana, que se configurariam na “ofensa ao sentimento íntimo e pessoal do lesado”. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7077)

O Direito tem que ter no questionamento, hodiernamente na globalização, a capacidade de se institucionalizar rapidamente, uma vez que não dispõe mais da comodidade da longa duração para a criação de seus institutos. Em outras palavras, é preciso, uma vez que o sentido seja institucionalizado, admitir sua *desinstitucionalização* para uma *reinstitucionalização*. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o Tempo e a si próprio.

Essa capacidade de construção e reconstrução pode ser compreendida a partir da autopoiese do direito, uma vez que o sistema é a unidade de diferença entre sistema/ambiente. Referida teoria parte do pressuposto de que os sistemas sociais são o centro da tomada de decisões a partir das organizações.⁵ Por isso, os sistemas têm como função principal a sua auto-organização, a sua auto-observação e a definição de seus limites: a definição de seus horizontes.

Todo sistema é conduzido a partir da aceitação de um código binário, trabalhando positividade e negatividade, pois sempre permite a observação e descrição de dois lados. No caso do sistema jurídico, a distinção opera no código direito e não direito. E é exatamente nessa diferenciação que a decisão jurídica desempenha, ao mesmo tempo, o papel de atualização do sistema e estabelece uma referência comunicativa com o mundo circundante.

Segundo Luhmann (1990, p. 161):

O sistema jurídico orienta-se com vistas a um mundo circundante que, em princípio, é contingente. Tudo pode ser diferente. Cada norma pode ser infringida por um comportamento, cada expectativa pode não ser correspondida. Mas essa contingência adquire relevância para o sistema, apenas segundo o próprio Código, isto é, apenas com vistas à possibilidade de classificar os fatos como Direito e Não Direito.

Com efeito, o código do Direito permite diferenciar o que pertence e o que não pertence ao sistema jurídico, constituindo assim, sua própria

⁵ As organizações são estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e código dos sistemas. Os sistemas adquirem a sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e outros sistemas, graças às decisões das organizações.

programação. De acordo com Luhmann (1990, p. 161), no seu próprio Código, o sistema dispõe de uma contingência reformulada, que lhe faculta selecionar seus próprios estados e desenvolver e modificar seus próprios programas (leis, decisões de casos, precedentes etc.) que regulamentam o que deve ser considerado Direito ou não-Direito, em cada caso específico”.

Esse código binário é a referência para uma decisão jurídica, caso contrário, a sua identidade não seria mantida. Assim, a “decisão jurídica decide entre o direito e o não direito de uma situação social, segundo os programas do sistema jurídico, em condições de incertezas”. (SIMIONI, 2012, p. 88). Tais condições refletem na dogmática jurídica, no procedimento a ser atendido pelo juiz para chegar à decisão, que é representada através da sentença.

Simioni (2017, p. 265) explica que a decisão jurídica,

É a operação nuclear do sistema jurídico. É a operação que atualiza a identidade e a diferença do próprio direito da sociedade. Cujas positividade, nessa perspectiva, não está na lei, na norma, nas regras ou nos princípios, mas está na própria relação que a decisão jurídica estabelece entre a validade das normas que invoca e afirma como válidas para justificar a sua própria validade.

Não obstante, as decisões são proferidas em condições de incertezas em vários pontos de observação, tais como: a verdade dos fatos, a boa-fé processual das partes, os elementos de prova, a interpretação, as normas correspondentes ao caso etc. No caso do dano moral, há incertezas sobre a própria configuração dos danos e, principalmente, sobre os critérios de quantificação do valor indenizatório.

Para suprir as incertezas, as decisões contam com o apoio da fundamentação argumentativa, tanto que o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal de 1988 estabelece que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. No

mesmo viés, o artigo 489 do Código de Processo Civil⁶ também estabelece um dever ao julgador de fundamentar as decisões proferidas.

A fundamentação exige uma observação do sistema de referência, na medida que os tribunais necessitam fazer uso da interpretação para produzir um argumento válido. (LUHMANN, 2016, p. 437). Nessa senda, Luhmann (2016, p. 452) explica que a validade e a argumentação se ligam por meio dos acoplamentos estruturais, *in casu*, os textos.

Justamente porque realizam a mediação da argumentação com a validade do direito, os textos são dotados de um significado excepcional para a argumentação jurídica, em especial os textos jurídicos em seu sentido normal (ou em sua especificidade técnica). Os textos possibilitam a auto-observação simplificada. No curso normal das decisões, o sistema se observa a si mesmo não como sistema (em-um-ambiente), mas como uma aglomeração de textos jurídicos que se remetem uns aos outros. Como se sabe, também a isso os juristas denominam “sistema”. Recentemente se tem falado, de maneira um tanto informal, de “intertextualidade”. O que é considerado texto será regulamentado por essa função de representação do sistema no sistema. Pode-se tratar de leis, de seus comentários, mas também de decisões dos tribunais ou de outros documentos estabelecidos e sedimentados pela prática jurídica. (LUHMANN, 2016, p. 452).

Na decisão, o julgador observa e interpreta os textos a partir da codificação do sistema. No entanto, muitas vezes, torna-se necessário buscar valores exteriores como forma de complementação argumentativa.

⁶ Reza o artigo: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Luhmann (2016, p. 525) ao tratar acerca da argumentação jurídica, divide os argumentos em formais e substanciais: o primeiro, engloba tudo que faz referência interna ao sistema, como textos, leis etc.; já o segundo, inclui as possibilidades de referências fora do sistema. Denota-se que tais referências externas necessitam de uma releitura dentro do sistema, utilizando-se do argumento formal como ponto de apoio na clausura operacional.⁷

De outra forma, Mansilla (2011, p. 106) adota a noção de premissas decisoriais na esfera organizacional para descrever a programação prévia de cada sistema para o fim de orientar a tomada de decisão. Segundo ele, as premissas estão diretamente relacionadas à cultura organizacional, ou seja, aos valores existentes no próprio sistema.⁸ É exatamente através dessa noção que o presente trabalho utiliza a expressão “premissa”.

Em analogia, a título de exemplo, podemos incluir a indenização em dinheiro como uma premissa decisional, onde o quantum indenizatório é conduzido pelo arbítrio dos Tribunais, que segue uma cultura em observar critérios, a exemplo do método bifásico que vêm sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Em outra linha, torna-se comum encontrar textos indicando critérios como: a indenização não deve ser fonte de lucro, nem simbólica; a atenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade; a reprovabilidade do ato ilícito; a gravidade do dano, a intensidade e duração do sofrimento da vítima; a capacidade econômica do causador do dano e as

⁷ A complementação argumentativa que recorre a valores exteriores ao sistema de referência também pode ser entendida como “suplemento” (expressão cunhada por Derrida). Simioni (2012, p. 86) explica que o suplemento possui a função de “suplementar a ausência de um fundamento no sistema de referência da decisão, que presentifica o fundamento ausente da decisão.”

⁸ Mansilla (2011, p. 106) define cultura organizacional como: “el conjunto de premisas básicas sobre las que se construye el decidir organizacional. Estas premisas aparecen como indecibles e indecididas, es decir, como si ellas mismas no fueran producto de una decisión. En ese sentido, las premisas que constituyen la cultura organizacional no parecen ser fáciles de cambiar intencionalmente, ni se tiene conciencia clara de su cambio en el tiempo. Sin embargo, estas premisas varían según la organización va derivando en acoplamiento estructural con su entorno. La cultura organizacional, por consiguiente, constituye una expresión del estar de la organización en el mundo.”

condições sociais do ofendido. Tais premissas fazem parte do sistema jurídico, por isso legitimam as decisões.

Tem-se que a responsabilidade civil opera em uma constante comunicação social, o que permite a evolução do sistema a partir da conjugação de códigos internos ao Direito e também de complementação externa. Sendo assim, o próximo item dedica-se a demonstrar premissas como debate para uma destinação justa dos danos morais com viés no fortalecimento da dignidade da pessoa humana.

3 PREMISSAS DO DANO MORAL: UM FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Em simples pesquisa acerca do dano moral, encontram-se as mais variadas argumentações apresentadas pelos Tribunais para configurar um dano e também para fixar o valor da indenização. Evidentemente, há problemas estruturais que podem afrontar o princípio democrático e transmutar a cultura social para a mercantilização da dignidade humana, e ainda, proporcionar o aumento expressivo de ações infundadas.

Diante tais adversidades, surgem propostas de novas premissas para a indenização por danos morais, como exemplo: a indicação de tabelamento, que foi objeto do Projeto de Lei n. 114 e n. 334, ambos do ano de 2008, que tramitaram em conjunto no Senado Federal. Tais ideias tinham a intenção de fixar parâmetros, através de piso e teto, para o quantum indenizatório. Foram protocolados sob a justificativa de suprir a lacuna legislativa que o sistema judiciário enfrenta para valorar referida espécie de dano.

Tais projetos foram rejeitados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Com efeito, não seria o meio adequado para a solução do problema, uma vez que a redução das complexidades não está nessa espécie de repetição dogmática. Nesse aspecto, cabe mencionar que Luhmann (1990,

p. 161) assevera não existir lacunas na lei, justamente porque o sistema não pode operar numa lógica puramente dedutiva. Segundo ele,

os tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não existência de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir e, se for o caso, distinguir os casos, para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente. LUHMANN (1990, p. 161)

Tem-se que a dificuldade inicia na própria configuração do dano, indaga-se: quais os critérios argumentativos ou as premissas para conformação do dano moral? Segundo Schreiber (2013, p.194), o dano deve ser analisado sob a ótica dos casos merecedores de tutela jurídica. Em suas palavras: “é mais válido, no atual contexto, e certamente mais lógico e eficiente que pretender a exclusão da ressarcibilidade de diversas novas modalidades de prejuízos. É difundir a compreensão do dano como meio de seleção dos interesses merecedores de tutela.” (SCHREIBER, 2013, p. 195)

Explica o autor:

Não há dúvida de que, em um cenário de gradual objetivação da responsabilidade civil e de flexibilização da prova do nexo causal, a aferição do dano se eleva a único filtro capaz e, legitimamente, funcional como instrumento de seleção das demandas de responsabilização. A melhor via parece ser, portanto, a de reconhecer o dano ressarcível como cláusula geral, operando uma efetiva ponderação de interesses em conflito para fins de configuração de elemento imprescindível à deflagração do dever de reparar. (SCHREIBER, 2013, p. 195)

Melo (2007, pág. 16) salienta que:

“não é qualquer dissabor ou qualquer contrariedade que caracterizará o dano moral. Na vida moderna há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia a dia. Desta forma, alguns contratemplos e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.”

Na mesma linha, Martins-Costa entende que não há uma construção dogmática sólida acerca dos limites do interesse indenizável, por isso, há a necessidade de filtros ou critérios para identificar tais danos. “Justamente por isto é função principal da disciplina da Responsabilidade Civil determinar, dentre os inúmeros eventos danosos que ocorrem cotidianamente, quais devem ser transferidos da vítima ao autor do dano, conformemente à ideia de justiça dominante na sociedade”. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7074)

Assim, a decisão jurídica por dano moral observa a gravidade da lesão, impondo a afetação aos direitos de personalidade como uma premissa decisional e limitadora da função compensatória do dano moral. Sob essa ótica, a tutela da dignidade da pessoa humana restaria fortalecida, produzindo a confiança merecida aos direitos dos danos.

Ainda, Schreiber (2013) entende que além da “seleção dos interesses merecedores de tutela”, outros mecanismos podem ser trabalhados para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana, quais sejam: “I- a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais; II – a exigência de efetiva demonstração do dano; III – a repressão à litigância de má-fé; e IV- a rejeição do caráter punitivo da reparação.”

A reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais engloba alternativas que não incidem somente na indenização. Nesse aspecto, pode-se mencionar, a título de provocação, a elaboração de outros meios de reparação do dano com o cunho de despatrimonialização, a exemplo da retração pública. (SCHREIBER, 2013, p. 195) Evidentemente, significa produzir sentido à humanidade do ser e evitar uma cultura de cunho exclusivamente financeiro, que pode ser construída no presente e enraizada no futuro. Tal premissa corrobora com a noção de uma interpretação em consonância com o efetivo dano sofrido pela vítima.

Nessa senda, surge o debate acerca da efetiva demonstração dos danos. Aqui a crítica repousa na utilização demasiada da presunção do dano, ou seja,

o dano moral “*in re ipsa*”. Tem-se que a estrutura da responsabilidade civil brasileira aceita a presunção do dano moral se comprovado o fato que gerou a dor e o sofrimento do ofendido.⁹ Entretanto, a doutrina vem explicando que esses sentimentos são conseqüências da lesão e não o próprio dano.

Schreiber (2013, p. 204) ensina:

A verdade, no entanto, é que a dor não define, nem configura elemento hábil à definição ontológica do dano moral. (...) trata-se de uma mera conseqüência, eventual. Da lesão à personalidade e que, por isso mesmo, mostra-se irrelevante à sua configuração. A prova da dor, deve, sim, ser dispensada, não porque seja inerente à ofensa sofrida pela vítima – pode não sê-lo, como no uso indevido de imagem –, mas porque o dano moral independe da dor, consistindo, antes, na própria lesão, e não nas conseqüências negativas (ou positivas, advirta-se) que tal lesão pode vir a gerar.

Com isso, percebe-se que a efetivação do dano não pode restar centralizada na dinâmica da ilicitude do ato. Sob uma ótica mais rigorosa, Calmon de Passos (2010, p. 259) assevera que “para se ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da efetiva dor do beneficiário, desocultando-a”. Sob essa ótica, a ideia de comprovação do dano semelha obstaculizar os anseios reparatórios, porém, tal corrente intenta fortalecer os interesses mercedores de tutela jurídica e, ao mesmo tempo, enfraquecer as possibilidades de indenizar sentimentos aleatórios, como os meros aborrecimentos.

Além disso, o caráter punitivo da reparação passou a ser uma cultura dos Tribunais brasileiros, muitas vezes sendo confundido com a *punitive damage* da *common Law*. Referido costume objetiva desestimular o suposto causador do dano a cometer novos atos, punindo-o ao pagamento da indenização ou

⁹ O enunciado n. 455 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal contempla: “Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência”.

majorando o *quantum*. Muitas vezes, essa responsabilização é aplicada sem ao menos preencher a configuração do próprio dano, que afinal, seria o elemento essencial do dever compensatório.

Segundo Martins-Costa (2014, p. 7100) a função punitiva do dano moral é inconstitucional, uma vez que é incompatível com o princípio da legalidade previsto na Constituição Federal de 1988. A atenção volta-se ao aspecto de contradição com as concepções de constitucionalização do Direito civil.

Schreiber (2013, p. 2011) assevera que no sistema brasileiro “os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional da indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral”. Nessa linha, parte da doutrina critica a admissibilidade da indenização punitiva, tendo em vista as distorções que podem causar na funcionalidade da responsabilidade civil.

Nesse aspecto, Sampaio Junior (2009, p. 106) explica que o caráter punitivo “transfere para o magistrado o poder de analisar a conduta dos indivíduos e, com base em sua própria noção ética, e não na lei, impor pesadas indenizações àqueles que fogem de seus padrões.” Segundo o autor, isso “pode originar um Direito Civil controlador, autoritário e impositivo, contrário à sua própria finalidade.” (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 109)

Nessa senda, muitas decisões incluem um *plus* ao quantum indenizatório como forma de punir a conduta do agente causador do dano, ao passo que a indefinição nos textos jurídicos dimensiona a dois questionamentos: 1. a indenização por danos morais é constituída unicamente pela compensação por lesões a direitos da personalidade? 2. Ou o quantum indenizatório deve ser majorado a título de punitivo pedagógico?

Para tais incertezas, Rosenthal (2017, p. 234) apresenta um modelo de pena civil aquiliana para o direito brasileiro, em que defende a independência entre o dano moral e a sanção civil. Por meio da perspectiva econômica

do direito, o referido autor (2017, p. 239) contempla a possibilidade de regulamentação de uma pena civil autônoma aos danos experimentados pela vítima. Segundo ele:

é preciso, pois, distinguir, (i) uma coisa é arbitrar-se a indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie do prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); (ii) outra coisa é adotar-se a doutrina dos punitive damages que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo. (ROSENVALD, 2017, p. 239)

Os estudos de Rosenvald apontam critérios e técnicas acerca da pena civil para a assimilação pelo Direito pátrio. Já os temas de Schreiber instrumentalizam definições gerais sobre os contornos conceituais do dano moral. Ambos discutem a função e quantificação do valor indenizatório sem qualquer ofensa dogmática. Nesse ponto, cabe destacar que referidos textos constituem novas premissas decisórias para o dano moral, que de alguma forma, ingressam na esfera do sistema do Direito e conseqüentemente atuam como premissas decisórias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da atualização da legislação civil, a normatividade da responsabilidade não está somente na lei, mas também numa construção jurisprudencial, em que a base triangular é estabelecida com os mais variados entendimentos. O dano moral é um ponto nevrálgico desse instituto jurídico, uma vez que seus filtros desvelam certa insuficiência procedimental, sobretudo na própria configuração do dano e respectiva indenização.

Em contexto incerto, os atores sociais criam expectativas no sistema jurídico, transformando qualquer situação fática com um mínimo de repulsa em violação à dignidade da pessoa humana. Em vista disso, há um crescente índice de interposições de ações indenizatórias por dano moral, abarrotando os Tribunais e gerando uma alteração funcional do próprio sistema jurídico. Assim, a pesquisa buscou investigar os contornos do dano moral e seus respectivos desdobramentos através da noção de premissas decisoriais.

Em resposta ao problema de pesquisa, cabe mencionar que há a necessidade de um cuidado redobrado com a aplicação do dano moral, enfatizando a premissa dos casos merecedores de tutela jurídica, sob pena de afrontar o princípio democrático, bem como causar uma ineficiência estrutural no contexto social e jurídico.

Com efeito, a pesquisa apontou que as premissas decisoriais fazem parte do código do Direito, e além de legitimar as decisões jurídicas, contribuem para a evolução do sistema. Assim, a cultura organizacional referente a indenização pode ser reconstruída através dos próprios códigos do Direito, onde o juiz poderá se utilizar da diferenciação para dar sentido ao dano moral sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

Ao final, a pesquisa apresentou premissas que podem ser observadas dentro do sistema do Direito no intuito de fortalecer o valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Nessa senda, o trabalho aponta as seguintes abordagens de Schreiber: aplicação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais, inclusive em forma de satisfação ao lesado; atenção para a demonstração efetiva do dano; e a rejeição do caráter punitivo da reparação. Na presente revisão, foi incluída a proposta de Rosendal no que tange a regulamentação da pena civil aquiliana e também a autonomia entre dano moral e pena civil.

Tais estudos foram observados como premissas teóricas que toam em orientações para as decisões jurídicas. Com efeito, sustentam a

redução de uma ideia puramente indenizatória ao visar a função precípua do dano moral que é a compensação. Por fim, resta reafirmar que o dano extrapatrimonial é um importante instrumento da responsabilidade civil e deve ser observado à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**: doctrina, legislación y jurisprudência. 2 ed. Córdoba: Obir, 1967.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no Sistema jurídico. Porto Alegre: **Revista Ajuris**, n. 49, 1990, p. 149-168.

MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**. Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 408-46, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *In*: **RIDB** - Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3, n. 9, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral Trabalhista: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. de Maria Fernanda Oliveira Porto Alegre: Instituto Piaget, 1999.

PASSOS, J.J. Calmon de. O Imoral nas indenizações por dano moral. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, p. 1-11, 2008.

ROCHA, Leonel Severo; KÖHLER, Graziela O. O valor fundamental da dignidade da pessoa humana e as premissas do dano moral. *In*: Florisbal de Souza Del’Olmo; Jacson Roberto Cervi; Osmar Veronese. (org.). **Multiculturalidade e cidadania: olhares transversais**. 1ed. Campinas: Millennium, 2015, v. 1, p. 237-255.

ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco. **A construção sociojurídica do tempo**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. **Da liberdade ao controle**: os riscos do novo direito civil brasileiro. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. *In*: **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. SCHWARTZ, Germano (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. **NOMOS** - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.37, n.1, p. 259-279, jan./jun., 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A SOLIDARIEDADE COMO POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

SOLIDARITY AS A CONSTITUTIONAL POLICY FOR THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

Marcelino Melleu

Aleteia Hummes Thaines

Resumo: A solidariedade, na perspectiva de Alain Supiot, pode contribuir para a efetivação dos Direitos Humanos na contemporaneidade - porquanto representa conjuntamente crédito e débito -, em sendo considerada como política constitucional. O conceito moderno de solidariedade, forjada para uma tipologia de formas de sociabilidade, ganhou alguma independência diante da cultura legal que ela nasceu, deixa de se confundir com caridade para contrapor uma lógica de mercado. Ocorre que com o advento da globalização e a evidência de efeitos negativos ligadas a esta, de desconstrução dos direitos humanos, urge a revisitação do conceito de solidariedade de modo a aferir responsabilidades que podem auxiliar para superar a utopia de um mundo governado por cálculo, auxiliando uma pacífica convivência social mundializada, especialmente por meio de políticas constitucionais. O aprofundamento teórico do estudo baseou-se na pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente. Percebeu-se que elevar a solidariedade, na concepção dual crédito/débito ao status de política constitucional, tende a afastar situações de desrespeito aos direitos fundamentais, efetivando assim premissas de Direitos Humanos.

Palavras-chave: solidariedade; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Política Constitucional; globalização.

Abstract: *Solidarity, in the perspective of Alain Supiot, can contribute to the realization of Human Rights in contemporary times, since it represents credit and debt jointly, being considered as a constitutional policy. The modern concept of solidarity, forged into a typology of forms of sociability, gained some independence*

from the legal culture that it was born, no longer confused with charity to counter a market logic. With the advent of globalization and the evidence of its negative effects on human rights deconstruction, it is urgent to revisit the concept of solidarity in order to assess the responsibilities that can help overcome the utopia of a world governed by calculation, A peaceful globalized social coexistence, especially through constitutional policies. The theoretical study was based on bibliographical research, using the systemic method recommended by Niklas Luhmann, which aims to describe the systems (open and closed) and their relationship with the environment. It has been realized that raising solidarity, in the dual credit / debit conception to the status of constitutional politics, tends to avoid situations of disrespect for fundamental rights, thus effecting Human Rights premises.

Keywords: *solidarity; Fundamental Rights; Human Rights; Constitutional Policy; globalization.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A solidariedade: para além da caridade e do seguro, superando os efeitos negativos da governança por números. 3 Políticas Constitucionais e o uso correto dos Direitos do Homem. 4 Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo intenciona analisar a percepção dos Direitos Humanos enquanto ‘mito concretizado’ nas sociedades pós-modernas, destacando a existência atual de um abismo, no que concerne a efetivação daqueles, uma vez que, os que proclamam sua concretização, esquecem – por vezes, propositadamente, em face de uma governança voltada aos números – que muitos ainda sofrem violações em maior ou menor grau, que cresce um sentimento de aporofobia¹.

¹ Termo utilizado pela filósofa e professora espanhola Adela Cortina para designar ódio, aversão ou hostilidade para com os pobres, os necessitados. Alerta ainda a referida autora, que “o grande problema é, portanto, mais a aporofobia que a xenofobia, basta ver o quão calorosamente são recebidos os árabes multimilionários ou os aposentados alemães que vão passar os últimos tempos de sua vida nas praias da Espanha”. *In*: CORTINA, 2005, p. 210.

Esta aversão aos pobres se avoluma em um ambiente dominado por um mercado total que caracteriza a globalização da pós-modernidade. A globalização como etapa de um processo plurissecular de mundialização deveria, face suas origens, como destaca Alain Supiot revelar um universo físico humanamente suportável para tornar o nosso planeta um lugar habitável, todavia, ao contrário, aquele movimento ligado a pós-modernidade se caracteriza por promover zonas de indiferenciação, o que justifica analisar a temática Direitos Humanos, a partir de uma concepção de transmodernidade, que para Warat, pressupõe zonas de esperança.

Assim, a presente pesquisa objetiva apresentar uma proposta voltada à referida zona de esperança, que pressuponha o uso correto dos direitos do homem, a partir de uma perspectiva jurídica de diferenciação e alteridade, por intermédio de uma revisitação ao princípio da solidariedade, com vistas a concretizar uma composição de Direitos Humanos, que revele a inclusão das perspectivas do Sul e Norte, do Ocidente e Oriente, em um cenário globalizado, concebendo o direito e o direito constitucional em particular como instrumento prescritivo que se transforma em instrumento descritivo da realidade, daí a importância em estabelecer políticas constitucionais.

O trabalho se organiza em duas partes, sendo uma voltada à análise da solidariedade para além da caridade e do seguro, com vistas à busca da superação dos efeitos negativos da governança por números e, outra, orientada ao estudo de políticas Constitucionais e o uso correto dos direitos do homem.

Para o desenvolvimento do trabalho, se utilizou do método sistêmico preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas sociais (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente, portanto, uma observação da complexidade social². Como procedimento, a investigação buscará o aprofundamento teórico do estudo, por meio de pesquisa bibliográfica.

² Sobre o método sistêmico consultar: MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2009, p. 76-84.

1 A SOLIDARIEDADE: PARA ALÉM DA CARIDADE E DO SEGURO, SUPERANDO OS EFEITOS NEGATIVOS DA GOVERNANÇA POR NÚMEROS

A questão social, originada da crise na organização econômico-social de meados do século XIX, incentivou pensadores católicos no estudo sobre doutrina daquela questão, com vistas a soluções baseadas na caridade cristã e não somente nas leis humanas (VALLADÃO, 1943, p. 53-54). A doutrina originária deste estudo resultou na expressão *justiça social* (FERRAZ JUNIOR, 2005, p. 221)³. Também “desenvolvida pela sociologia e pela teoria política no fim do século XIX, a solidariedade oferecia uma base satisfatória aos que pretendiam remediar os excessos do individualismo sem ressuscitar as comunidades paroquiais, religiosas ou corporativas da era pré-industrial” (SUPIOT, 2014, p. 141).

Assim, é na perspectiva de cidadania e justiça social que a solidariedade é abordada no presente ensaio, como restará demonstrado na sequência. Todavia, na concepção de Supiot (2014, p. 141), a qual se acompanha, a solidariedade se distingue tanto da caridade, quanto do seguro, ou seja, tanto dos ideais de caridade cristão, quanto daquela originada das obrigações baseadas no direito romano, especialmente para indicar pluralidade de credores (solidariedade ativa) ou de devedores (solidariedade passiva).

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

³ Para Haroldo Valladão, o princípio cristão do amor ao próximo implica na necessidade de ajuda ao semelhante, de modo a fazer surgir uma nova justiça, a justiça social. Nesse sentido: VALLADÃO, 1943, p. 4.

depositar de acordo com suas capacidades e, depois, esvaziar, de acordo com suas necessidades” SUPIOT, 2014, p. 142).

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

Aliás, desde o final do século XIX a solidariedade passa a não mais se confundir com caridade ou com filantropia⁴. Essa diferenciação, face as raízes sociológicas da solidariedade são postas com maior rigor por Emile Durkheim, que elabora o conceito de solidariedade social, procurando mostrar como se constitui e se torna responsável pela coesão entre os membros dos grupos, e de que maneira varia segundo o modelo de organização social, de acordo com a divisão do trabalho (DURKHEIM, 2008). Para Durkheim, possui-se duas consciências, sendo uma comum com todo o nosso grupo e outra individual, que nos representa no que temos de pessoal e distinto.

Desta forma, Durkheim, aponta para uma consciência coletiva existente na sociedade independente da consciência individual, mas integrada por um conjunto desta, um sistema de ideias, sentimentos e de hábitos que exprimem em nós o grupo ou os grupos diferentes de que fazemos parte. Quanto mais extensa é a consciência coletiva, mais coesão se observa na sociedade, uma

⁴ Nesse sentido ver: FARIAS, 1998.

vez que, na medida em que o indivíduo participa da vida social, supera-se a si mesmo. O autor adverte, porém que

a consciência moral da sociedade não é encontrada por inteiro em todos os indivíduos e com suficiente vitalidade para impedir qualquer ato que a ofendesse, fosse este uma falta puramente moral ou propriamente um crime. [...]. Uma uniformidade tão universal e tão absoluta é radicalmente impossível [...] mesmo entre os povos inferiores, em que a originalidade individual está muito pouco desenvolvida, esta não é, todavia, nula. Assim então, uma vez que não pode existir sociedade em que os indivíduos não diverjam mais ou menos do tipo coletivo, é inevitável também que, entre estas divergências existam algumas que apresentam caráter criminoso. (DURKHEIM, 2007, p. 60)

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

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

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

A globalização neste caso, não é um fenômeno radicalmente novo, mas pode ser considerada como a última etapa de um processo plurissecular de mundialização (PAULET, 2009)⁵ cujas origens pode-se remontar ao renascimento e a conquista do novo mundo, como descreveu Alain Supiot (2007, p. 231), posto que, a missão da “mundialização [...] é fazer universo físico humanamente suportável para tornar o nosso planeta um lugar habitável”. Em outras palavras, mundializar é dominar as diferentes dimensões do processo de globalização.

Com a globalização moderna, a sociedade acirrou a exploração da divisão do trabalho e, em consequência, sua governança baseada em números - que não tem outro propósito senão o do lucro - e atribuiu de forma, em regra exclusiva ao mercado, a função de reduzir a pobreza, fazer a inclusão dos excluídos, distribuir renda, entre outros. Esse modelo conduzido pela lógica de mercado (governança pelos números, em Supiot (2007, p. 184))⁶, mostra-se insustentável. Os resultados decorrentes desta lógica, ao contrário, ampliaram a disparidade entre a classe alta e a classe baixa e a exploração desordenada das reservas naturais, bem como, através de suas políticas não inclusivas a globalização gerou instabilidade socioeconômica e política nos países periféricos.

Neste cenário, aponta Alain Supiot, que o princípio da solidariedade é “de grande atualidade, já que, como a globalização é uma fonte de interdependência em face de riscos capitais (tecnológicos, ambientais,

⁵ Em outro sentido, Paulet, a partir das lições de Jacques Alda, considera a mundialização como sendo a “abolição do espaço mundial, sob o domínio do capitalismo, com o desmantelamento das fronteiras físicas”, de outro lado, a globalização conduz uma realidade onde a diversidade é crescente e mascarada por técnicas uniformes.

⁶ Tal lógica de mercado, ou dito de outra forma, a governança pelos números, refere-se à internalização da norma. A governança global ocupa uma posição de destaque em favor da gestão estatal: governança, a sociedade civil, a subsidiariedade, flexibilidade, capital humano, entre outros, são características da governança pelos números. Atualmente, o poder não está mais ligado ao governo soberano, mas à governança eficaz, fator preocupante pois da mesma forma que a globalização visa o fator lucro, este modelo de governança pelos números trabalha com uma lógica de mercado, ou seja, o poder faz parte deste “processo de globalização”.

políticos, sanitários) dos quais nenhum país pode dizer-se a salvo, a organização da solidariedade diante desses riscos adquire uma importância vital em escala planetária.” (SUPIOT, 2007, p. 260)

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

Além de ser utilizada como base para a existência de regras que se voltem contra a mercantilização e objetificação do homem, a solidariedade neste caso, luta contra a desconstrução dos Direitos Humanos frente a sociedade globalizada. Tal revisitação do conceito de solidariedade, propõe aferir responsabilidades que podem auxiliar para superar a utopia de um mundo governado por cálculo, auxiliando uma pacífica convivência social mundializada. Nesse sentido, Supiot destaca que

A utopia de um mundo inteiro governado por cálculo econômico, por um lado, e a devolução de quaisquer paixões de identidade, por outro lado, são apenas duas faces da mesma moeda. Solidariedade foi um meio, entre outros para representar o que mantém as pessoas juntas. Mas posta em perspectiva comparativa, ajuda a compreender outras representações possíveis do laço social. O conceito moderno de solidariedade, forjada para uma tipologia de formas de sociabilidade, ganhou alguma independência diante da cultura legal que ela nasceu. Com algumas precauções, poderia, assim, participar de um vocabulário comum para pensar sobre a globalização. (SUPIOT, 2015, p. 7-34)⁷

⁷ Tradução livre de nossa parte, do original: “*L’utopie d’un globe tout entier régi par le calcul*”

Portanto, é de inarredável importância revisitar a noção de solidariedade, dual, porquanto, ativa e passiva, como propõe Alain Supiot, porque, mesmo a globalização sendo uma fonte de interdependência entre Estados face a riscos maiores, esse princípio não é visto na Declaração Universal de 1948 como meio de importância vital da organização dos Estados, porque assume a forma de direitos individuais, ao passo que, na Declaração Africana, por exemplo, se vê esse princípio ligado a um dever do indivíduo. A solidariedade então manifesta-se na Declaração Universal, como um crédito do indivíduo sobre a sociedade e como uma dívida do indivíduo para a sociedade na Declaração Africana. Ambos, crédito e débito, estão intimamente ligados, mas, enquanto a solidariedade tradicional se enuncia no âmbito das relações pessoais, o preço da solidariedade moderna é pago à órgãos anônimos, sejam estes caracterizados pelo Estado ou por regimes de Segurança Social. O direito social veio a se apropriar do conceito de solidariedade, concebendo-o inicialmente no direito civil como meio de pensar uma obrigação coletiva que não fosse fundada em consentimento individual, e após, a partir de uma relação entre credores e devedores, para posteriormente caracterizá-la como uma relação institucional. A solidariedade institucional quando expandida aos Estados é dotada de forças e fraquezas. Sua força se dá na libertação dos indivíduos de seus vínculos pessoais e sua fraqueza se dá na exaltação da individualidade que faz desaparecer toda relação direta e pessoal que fortalece a solidariedade (SUPIOT, 2007, p. 234-236).

Romper com uma noção de sociedade mundializada dotada de indivíduos autossuficientes sem vínculos de solidariedade, e rumar em direção à capacidade de se retirar do princípio da solidariedade formas de evoluir na

économique, d'une part, et le retour de toute les passions identitaires, d'autre part, ne sont que les deux pinces d'une même tenaille. [...] La solidarité n'a été qu'une manière parmi d'autres de représenter ce qui fait tenir les hommes ensemble. Mais une fois mise en perspective comparative, elle aide à comprendre d'autres représentations possibles du lien social. Le concept moderne de solidarité, forgé pour dresser une typologie des formes de la sociabilité, a acquis une certaine indépendance vis-à-vis de la culture juridique qui l'a vu naître. Moyennant certaines précautions d'emploi, il pourrait donc participer d'un vocabulaire commun pour penser la mondialisation."

interpretação dos direitos do Homem, reformulando assim, a interpretação de solidariedade, permitirá a contribuição de todos os países por ela afetados, além de revelar um olhar voltado ao uso correto dos direitos do homem.

2 POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS E O USO CORRETO DOS DIREITOS DO HOMEM

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

Lembrando Tocqueville (2004), importa destacar que não há sociedade próspera, ou que subsista sem crenças semelhantes. E, “é no terreno das crenças que se coloca a questão dos direitos humanos” (SUPIOT, 2007, p. 232), no sentido de compartilhamento de um mundo ordenado por leis que o homem (ateu e não ateu) pode conhecer e observar. Tal compartilhamento, além de levar em consideração apenas as premissas colocadas pela sociedade Ocidental, em determinado momento se vinculou a um fundamentalismo. Para uma reflexão sobre os valores comuns da humanidade, deve-se evitar todo e qualquer fundamentalismo (SUPIOT, 2007, p. 241-244)⁸, em razão de seu distanciamento à diferenciação verificada em todas as suas concepções. Neste sentido, convém destacar que a interpretação fundamentalista dos direitos do Homem pode assumir três faces distintas:

MESSIANISMO: Trata-se de um fundamentalismo porque propõe uma interpretação ao pé da letra dos direitos do Homem criados por sociedades desenvolvidas para as sociedades em

⁸ O fundamentalismo é uma doutrina datada do final do século XIX nos meios tradicionalistas americanos que se caracteriza pela interpretação literal das Escrituras e se opõe a um liberalismo teológico (oriundo de Deus e da crença divina). Tal doutrina se equipara hoje ao fundamentalismo islâmico que leva ao pé da letra o Alcorão (livro sagrado do Islã) e a Suna (caminho trilhado pelo profeta).

desenvolvimento, desconsiderando qualquer interpretação possível de ser aplicada por estas com base em suas diversidades.

COMUNITARISMO: É um fundamentalismo porque encoraja a superioridade do Ocidente e nega outras civilizações em nome do relativismo cultural instituindo a pertença racial como fundamentalismo identitário, pondo de um lado homens livres destinados a governarem sua própria vida e do outro homens marcados desde o nascimento por sua pertença a uma comunidade diferente. (Afro-Americanos, Hispânicos-Americanos, Asian-Americanos que vivem nos EUA).

CIENTISMO: O fundamentalismo se encontra, aqui, na presunção da ciência de interpretar os direitos do Homem de acordo com os ensinamentos que ela promulga (a partir da biologia ou da economia, por exemplo), pois, para ela a questão normativa deriva do domínio dos fatos e o Direito deve simplesmente abraçar essas normas por ela comprovadas. Se vê aqui o quanto os direitos do Homem são passíveis de serem sujeitos a regras consideradas ainda mais fundamentais. (SUPIOT, 2007, p. 241-255)

Toda essa interpretação fundamentalista dos direitos do Homem coloca os países “aquém EUA” diante de uma encruzilhada onde escolhem transformar-se, renunciando ao que são ou permanecer como são, renunciando a qualquer transformação. Daí vem a justificativa de inúmeros movimentos sociais pregando o retorno à uma mítica pureza identitária, mesmo com todos os efeitos contrários que isso causaria (SUPIOT, 2007, p. 219-230).

É preciso conceber os direitos do Homem em *corpus* dogmático, em recurso comum da humanidade, para permitir engendrar uma outra visão, que não uma atroz, da questão de valores num mundo *globalizado*, além de abrir vias de uma hermenêutica dos direitos do Homem possível a todas as civilizações, sem que se precise regredir com seus valores, cedendo a uma interpretação fundamentalista. Visto como um recurso comum da humanidade, os direitos do Homem seriam abertos a contribuição das mais diversas civilizações. Essa qualificação de recurso comum levaria em conta o modelo difundido do Estado e o reconhecimento dos direitos do Homem no âmbito internacional. Acolhidos por uma significativa maioria de Estado, os direitos do Homem não seriam mais entregues a interpretação única dos países ocidentais e isso romperia com os preceitos do Ocidente, de unir seu mercado entre os grupos que lhe convém,

excluindo os demais. Para que consista em um recurso comum, é necessário que os direitos do Homem se tornem passíveis da apropriação de todos, pois é essa apropriação que possibilitará que se mantenha o respeito à natureza de cada civilização (SUPIOT, 2007, p. 230-232).

Para que seja possível abrir a interpretação dos direitos do Homem à contribuição de todas as civilizações, Supiot aponta que seria necessária a criação de mecanismos institucionais próprios, com vistas a favorecer uma negociação básica entre os sistemas dogmáticos, dado que estes não dialogam, somente negociam, além de dotar de força jurídica todos os acordos que daí resultarem. A globalização somente será viável, se estruturada de forma a compreender a unificação da diversidade dos povos, de forma a alimentar suas diferenças e não as padronizar. A dimensão social da globalização será apenas uma fachada, se mecanismos institucionais não forem criados para permitir que os países do Sul pleiteiem sua própria forma de conceber os direitos do Homem, em oposição a interpretação dos países do Norte. Quando um país do Norte institui um sistema que prejudicará de qualquer forma algum país do Sul, é necessário que este último possa recorrer a garantias internacionais, para poder defender seus direitos e obter a reparação necessária. Deve-se permitir que as minorias lesadas, possam utilizar-se do Direito como arma contra aqueles que o utilizam para exploração e ludibriação dos mais fracos. Para isso, é preciso dar um lugar a hermenêutica dos direitos do Homem no cenário internacional de trocas, permitindo assim, que sob o crivo de uma organização internacional competente, houvesse uma representação equilibrada de diferentes culturas, em causa, num provável litígio (SUPIOT, 2007, p. 240-241).

Esta razão Ocidental levou Luis Alberto Warat, nos anos 90, prever uma sociedade indiferente, uma vez que, em sua observação, “la razón moderna creó las condiciones de producción del otro. La virtualidad pós-moderna creará (todo lleva a suponer) las condiciones de la supresión del otro” (WARAT, 1997, p. 12). Desta forma, para Warat, a pós-modernidade se caracteriza

por promover zonas de indiferenciação. Contrapondo tal concepção, a transmodernidade se revestiria de zonas de esperança.

Para concretizar a esperança de uma composição de Direitos Humanos, que revele a inclusão das perspectivas do Sul e Norte, do Ocidente e Oriente, em um cenário globalizado, importa conceber o direito e o direito constitucional em particular, em instrumento prescritivo que se transforma em instrumento descritivo da realidade, porquanto, essa configura a essência de um novo olhar para a efetivação dos Direitos Humanos, dado que, “de nada servirão as definições jurídicas, que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados pelo povo [...] proclamando-as ‘constituições’, seja qual for seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência (LASSALLE, 2012, p. 13).

Para enfrentar uma interpretação jurídica, que busque a essência dos Direitos Humanos e o papel da solidariedade, enquanto direito fundamental de terceira dimensão⁹ ¹⁰, com vistas à proteção de grupos humanos (povo, nação), se insere aqui a proposta do estudo do Direito como “política constitucional”.

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

⁹ Acompanhando a uma concepção mais moderna e os críticos à terminologia “geração”, por não vinculá-lo à um processo acumulativo, de substituição gradativa de uma geração pela outra.

¹⁰ A Constituição Federal Brasileira, “foi a primeira a utilizar as expressões Direitos e Garantias Fundamentais como abrangendo as diversas espécies de direitos”. In: SARLET, 2015, p. 296. Pérez Luño, ressalta que, o termo direitos humanos acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais. In: PÉREZ LUÑO, 1995.

das Constituições e, portanto, do Direito, como desenhos da convivência civil (como “*normalidade constitucional*”, segundo H. Heller) e da vida em comunidade (MELO, 2016).

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

Tal política, para a pretensão do presente trabalho, deve revelar “uma teoria dos direitos fundamentais sociologicamente fundada, que compreende os direitos fundamentais como instituição” (TEUBNER, 2016, p. 297), bem como, um distanciamento da tradição metodológica ainda hoje dominante nos sistemas romano-germânicos, que partindo de uma base hegeliana, confere ao Estado centralidade no discurso constitucional. Ou seja, acompanhando Paulo Otero (2007), tal proposta assume o compromisso de fazer uma leitura personalista do fenômeno constitucional, onde as instituições encontram na pessoa humana viva e concreta, o fundamento do Poder Político e da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1370)¹¹. Neste ambiente, a Constituição é fruto de uma longa investigação em torno da articulação entre a história da

¹¹ Para Canotilho, um traço característico do chamado constitucionalismo global reside na “tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”.

filosofia político-constitucional e a evolução da tutela jurídico-constitucional da pessoa humana.

Só um modelo político de Estado de Direitos Humanos, alicerçando a edificação de uma democracia humana, permite no presente, uma garantia jurídico-constitucional eficaz dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano (CANOTILHO, 2003), tendo em vista que, o dilema da modernidade é a proposta de elaboração de uma racionalidade de um mundo, que se sabe que não se pode observar completamente devido a sua diferenciação (MARTUCCELLI, 1999)¹². Aliás, contrariando o modelo social proposto por Rousseau, Tocqueville (2004) não despreza a diferenciação, assumindo que em vez de destruir o espaço entre as pessoas, completa-o com instituições públicas que reúnem as pessoas em suas diferentes capacidades, que tanto as separam como as vinculam¹³.

Portanto, uma racionalidade de mundo que leve em conta sua diferenciação, pressupõe uma análise policontextual das relações e dos sujeitos envolvidos (CANOTILHO, 2008, p. 268)¹⁴, para fins de uma possível solução para efetivação dos Direitos Humanos no cenário internacional, tendente à afastar

¹² De acordo com Martuccelli, a sociologia possui três matrizes principais: a diferenciação social, a racionalização e a condição moderna. A partir dessas matrizes, elabora-se o contraponto da modernidade desde a chamada crítica pós-moderna. É dentro desse vasto campo analítico que se pode introduzir a obra de Niklas Luhmann nas ciências sociais. Para Martuccelli, Luhmann se insere no caminho aberto por Émile Durkheim, denominado de diferenciação social. Na mesma linha, destacam-se Talcott Parsons e Pierre Bourdieu. Porém, entende-se que, além dos aspectos da relação entre diferenciação e integração de Durkheim, existem claros pontos de contato com as ideias de racionalização de Weber, Foucault e Habermas. A modernidade se relaciona, nessa ótica, com uma reflexão que jamais consegue conciliar dois projetos simultâneos: de um lado, a vontade de produzir modelos estáveis da realidade social, e, de outro, a consciência de que a situação social sempre é indeterminada, e o mundo, irrepresentável.

¹³ Autores vinculados a tradição republicana, como Michael Sandel, afirmam que as instituições públicas de que falava Tocqueville, incluem assembleias públicas, as escolas, as religiões e as ocupações capazes de proteger a virtude (aqui entendida como um bem comum). In: SANDEL, 1996, p. 320-321. Entre o rol de virtudes daqueles pensadores, Roberto Gargarella inclui: “a igualdade, a simplicidade, a honestidade, [...] o amor à justiça, [...] a solidariedade e, em geral, o compromisso com o destino dos demais”. GARGARELLA, 2008, p. 187.

¹⁴ Com participação conjunta – face o reconhecimento da diferenciação - de entidades privadas, governos e tribunais, porquanto, “a separação de funções entre governo responsável por políticas públicas e tribunais julgadores de litígios entre entidades públicas e privadas pode obrigar a novas precisões dogmáticas sobre as *‘political questions’*”.

os meios de opressão e afastamento, gerando no indivíduo um sentimento de pertencimento e não de exclusão, já que, no campo do direito privado, por exemplo, “os direitos fundamentais não podem ser limitados à proteção das esferas individuais de atuação, mas necessitam de uma ampliação para a garantia da pluralidade dos discursos (TEUBNER, 2005, p. 291)¹⁵.

Tal reflexão visa contrapor à ideia de que os direitos humanos se transformaram em um ‘mito concretizado’ nas sociedades pós-modernas, porquanto, como alerta Costas Douzinas, naquelas, muitos ainda “sofrem violações em maior ou menor grau nas mãos dos poderes que proclamaram seu triunfo” (DOUZINAS, 2009, p. 384). Observar tal paradoxo, pelas lentes do direito pressupõe tematizações a partir de propostas teóricas de observações orientadas na diferenciação (CLAM, 2006, p. 117)¹⁶.

Na diferenciação, ou alteridade na proposta teórica de Luis Alberto Warat (uma vez que, de fato, se fizer um sobrevoo sobre a obra de Warat, constatar-se-á que ela é atravessada por uma discussão profunda e sofisticada dos direitos humanos, pelos afetos, pelos amores e solidariedade entre as pessoas), “os direitos humanos devem deixar de serem vistos desde uma perspectiva exclusivamente normativista” (WARAT, 2010, p. 112), com vistas a um pensamento a partir de “outros lugares menos carregados de certezas, menos propensos a veicular ideias convencionais, como se fossem convencionadas desde sempre, e por tanto verdades e não mais convenções” (WARAT, 2010, p. 113). Ou seja, pensar os Direitos Humanos, enquanto expressões de um clamor do ser humano diante de uma existência sistêmica, que se encontra comprometida com outros interesses que não os atinentes aqueles direitos, respeitando o outro em sua plenitude (WARAT, 2009, p.

¹⁵ Para o autor, “essa ampliação do indivíduo ao discurso foi a mensagem da teoria de sistemas para o direito público, que alterou fundamentalmente seu entendimento sobre os direitos fundamentais, cujas consequências sobre o direito privado, porém, ainda devem ser extraídas”.

¹⁶ Para o referido autor, “o direito aparece como paradoxal, isto é, irmanado com seu outro, o poder”.

41)¹⁷, de modo a evitar situações de aporofobia que veem se avolumando, principalmente na Europa.

Assim, para a efetivação dos Direitos Humanos, é necessário pensar formas de revisitação do princípio da solidariedade, concretizando os elementos dos Direitos da Alteridade (WARAT, 2010, p. 117)¹⁸ e, assim, materializando o uso correto dos direitos do Homem. Pode tal proposta parecer utópica, mas recordando Douzinas “o fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico” (DOUZINAS, 2009, p. 384).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

¹⁷ Em obra que organizamos, Warat, ao falar sobre os direitos da intimidade alerta, a preservação desta determina “o direito a constituir-me como sujeito dialógico. O Direito à subjetividade nos devires temporais e cartográficos que se pode constituir com o outro”.

¹⁸ Para Warat os pressupostos dos Direitos da Alteridade compreendem: “a) direito a não estar só; b) direito ao amor; c) direito à autonomia, encontro com a própria sensibilidade; d) direito à autoestima; e) direito a não ser manipulado; f) direito a não ser discriminado, excluído; g) direito a ser escutado; h) direito a não ficar submisso; i) direito a transitar à margem dos lugares comuns, os estereótipos e os modelos; j) direito a fugir do sedentarismo como ideologia e retomar a pulsão de errância; l) direito à própria velocidade; à lentidão”.

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

Paradoxalmente, como se observa com os recentes episódios de refugiados impedidos de entrar na Europa, do Brexit e outros movimentos, a livre circulação das pessoas, que constitui a própria noção de cidadania da União Europeia, ainda identifica obstáculos substanciais¹⁹. Sobre tal cenário, a filósofa e professora da cátedra de ética da Universidade de Valência, na Espanha, Adela Cortina, denuncia que além da xenofobia, a Europa se volta às atitudes de aporofobia, pois cresce o ódio, a aversão ou hostilidade para com os pobres e necessitados, ao mesmo tempo em que multimilionários de todos os cantos são calorosamente recebidos na Comunidade Europeia.

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

Todavia, para que seja possível abrir a interpretação dos direitos do Homem à contribuição de todas as civilizações, seria necessária a criação de mecanismos institucionais próprios para favorecer a negociação básica entre os sistemas dogmáticos, de modo a respaldar um universo físico humanamente suportável para tornar o nosso planeta, ou seja, um lugar habitável, repudiando

¹⁹ Sobre livre circulação de pessoas na comunidade europeia consultar: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.3.pdf Acesso em 05.05.2017.

assim, um modelo que promova zonas de indiferenciação, como faz a pós-modernidade, e fortalecendo uma proposta que promova zonas de esperança, como a noção de transmodernidade trazida por Warat.

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

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

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

Ou seja, estabelecendo políticas constitucionais, ou dito de outra forma, estabelecendo um conjunto de ações e atividades práticas, culturais, educativas, sociais, comunicativas, jurisprudenciais, legislativas, econômicas, políticas, que alimentem a práxis de uso das regras e princípios jurídicos, em geral, e constitucionais em particular, *mas sobretudo, a unidade do sentido da Constituição no seu conjunto.*

Aqui se propõe, como uma das políticas constitucionais possíveis de serem implementadas, a elevação da solidariedade dual (que outorgue direitos, mas

imponha deveres) como pressuposto de uma teoria dos direitos fundamentais sociologicamente fundada, que compreenda os direitos fundamentais como instituição e assuma o propósito de fazer uma leitura personalista do fenômeno constitucional, onde as instituições encontrem na pessoa humana viva e concreta, o fundamento do Poder Político e da Constituição.

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

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

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina: Lisboa, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Emile. **A divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do Direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito. *In*: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme: EDIJUR, 2012.

MARTUCCELLI, Danilo. **Sociologies de la modernité**. Paris: Gallimard, 1999.

MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T.N.G. **Temas emergentes no Direito**. Passo Fundo: IMED, 2009.

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

MEZZAROBBA, Orídes; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Vol. I. Lisboa: Almedina, 2007.

PAULET, Jean, P. **A mundialização**. Tradução de Celina Portocarrero. Rio de Janeiro. Editora: FGV. 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SANDEL, M. **Democracy's discontent**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUPIOT, Alain. **Homo jurídicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SUPIOT, Alain. **La solidarité**. Paris: Odile Jacob, 2015.

TEUBNER, G. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Vol I e II. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito, solidariedade, justiça**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1943.

WARAT, Luis Alberto. Do Paradigma Normativista Ao Paradigma Da Razão Sensível. In: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T.N.G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Trad. Vívian Alves de Assis [Et Al]. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecológica y Derecho**. Buenos Aires/ Florianópolis: ALMED, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia**, Torino, Einaudi, 1992.

5 OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E O MITO DA BELEZA¹

Nathalie Kuczura Nedel

Liana Estela Merladete de Souza Pozeczec Koltermann

Maryana Zubiaurre Corrêa

Resumo: Quando do surgimento dos ora denominados Direitos Humanos, estes dirigiam-se aos Homens, tanto é assim que os primeiros instrumentos internacionais a tratarem de tal temática utilizavam-se da expressão Direitos dos Homens. Paulatina e gradualmente, as mulheres passaram a ter seus direitos tutelados. Assim, conquistaram um maior espaço na vida pública, seja no mercado de trabalho ou na política. Contudo, com o intuito de frear essa implementação de direitos humanos das mulheres, foram sendo incutidos, no âmago social, alguns mecanismos, instituições, pensamentos, entre outros, dentre os quais merece destaque o denominado “mito da beleza”. Diante desse cenário, cumpre questionar de que forma o mito da beleza silencia e retarda a implementação e a evolução dos direitos humanos das mulheres na sociedade pós-moderna? Com isso, objetiva-se indicar as maneiras pelas quais o mito da beleza influencia no trajeto dos direitos humanos das mulheres na atualidade. Para responder ao problema de pesquisa e atender ao objetivo geral do presente estudo, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento utilizou-se o histórico. Ainda, o presente artigo foi dividido em três seções. Ao final, conclui-se que a mulher historicamente vem vencendo barreiras, mas o eterno feminino, conhecido como mito da beleza, persiste e atinge o feminino em diversas searas, silenciando as mulheres.

Palavras-chave: Direitos humanos das mulheres; Mito da beleza; Mulher; Naomi Wolf.

¹ O artigo tem como base a obra “O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres”, de Naomi Wolf. Artigo publicado originalmente na Revista Pública de Direito Militar.

Abstract: *When the emergence of the now called Human Rights, these were addressed to Men, so much so that the first international instruments to deal with this issue used the expression Men's Rights. Gradually, women began to have their rights protected. Thus, they gained greater space in public life, whether in the job market or in politics. However, with the aim of curbing this implementation of women's human rights, some mechanisms, institutions, thoughts etc. were instilled in the social core, among which the so-called "myth of beauty" deserves to be highlighted. Given this scenario, it is worth asking how the beauty myth silences and delays the implementation and evolution of women's human rights in post-modern society? With this, the objective is to indicate the ways in which the beauty myth influences the path of women's human rights today. To answer the research problem and meet the general objective of the present study, the deductive method was used, and the historical method was used as a method of procedure. Furthermore, this article has been divided into three sections. In the end, it is concluded that the woman has historically been overcoming barriers, but the eternal feminine, known as the beauty myth, persists and affects the feminine in several fields, silencing women.*

Keywords: *Women's human rights; Beauty of Myth; Woman; Naomi Wolf.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Quando do surgimento dos ora denominados Direitos Humanos, estes dirigiam-se aos Homens, tanto é assim que os primeiros instrumentos internacionais a tratarem de tal temática utilizavam-se da expressão Direitos dos Homens. Paulatina e gradualmente, as mulheres passaram a ter seus direitos tutelados. Assim, conquistaram um maior espaço na vida pública, seja no mercado de trabalho ou na política. Contudo, com o intuito de frear essa implementação de direitos humanos das mulheres, foram sendo incutidos, no âmago social, alguns mecanismos, instituições, pensamentos etc., dentre os quais merece destaque o denominado "mito da beleza".

Diante desse cenário, cumpre questionar de que forma o mito da beleza silencia e retarda a implementação e a evolução dos direitos humanos das mulheres na sociedade pós-moderna? Com isso, objetiva-se indicar as maneiras pelas quais o mito da beleza influencia no trajeto dos direitos humanos das mulheres na atualidade.

Para responder ao problema de pesquisa e atender ao objetivo geral do presente estudo, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo. A aplicação desse método se fundamenta, pois, primeiramente, aborda-se um contexto geral sobre a temática dos direitos humanos, com enfoque nos direitos humanos das mulheres, para, posteriormente, analisar o referido direito acerca do mito da beleza. Como método de procedimento utilizou-se o histórico pois, analisou-se, a partir de uma perspectiva histórica, os direitos humanos das mulheres.

Ainda, o presente artigo foi dividido em três seções. A primeira apresenta a caminhada no que tange à construção dos direitos humanos, com enfoque na inserção dos direitos humanos das mulheres ao lado dos direitos humanos dos homens. A segunda seção, por sua vez, visa apresentar como se desenvolveu e no que consiste o mito da beleza. Por fim, a terceira seção analisa de que forma o mito contribui para silenciar as mulheres e a evolução e eficácia dos direitos humanos, em especial nesse âmbito.

1 OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Os direitos humanos referem-se aos direitos básicos de todos os seres humanos, assim, reconhecem e protegem a dignidade destes. Referidos direitos são, pois, inatos aos seres humanos, ou seja, lhes pertencem pelo simples fato de serem humanos (PIOVESAN, 2011). Tendo em vista que o referido tema passou por alterações no decorrer do tempo para chegar ao atual estágio, cumpre, inicialmente, realizar uma análise histórica do aludido direito. Isso,

a fim de compreender seu surgimento, sua atual acepção e, principalmente, a perspectiva acerca dos direitos humanos das mulheres.

A primeira aparição de um movimento com o intuito de reconhecer os direitos dos seres humanos, deu-se em 1215, na Inglaterra, com a Magna Carta assinada por João Sem-Terra, Rei da Inglaterra. A referida Carta pretendia estabelecer direitos ao povo e não apenas ao clero e à nobreza. A referida Carta buscava positivar os direitos humanos, porém, utilizava a nomenclatura direitos do homem. Ou seja, não mencionava os direitos humanos das mulheres (MONTEBELLO, 2000). Em outras palavras,

Nas Cartas Internacionais é facilmente constatável a preferência pelo uso das expressões “direitos do homem” ou “direitos humanos”. Dentre os textos que consagram a denominação, “direitos do homem”, observamos a Magna Carta da Inglaterra, de 1.215, que faz menção a expressão “Direitos do Homem” (OLIVEIRA, 2010, p. 11).

Frise-se que os regramentos que passaram a surgir para proteger os direitos dos seres humanos, estavam calcados na ideologia, vigente na época. Assim, as construções históricas dos direitos humanos, em um primeiro momento, ocorreram com reforço de ideologias patriarcais e proteção apenas aos homens. A busca individualista por proteção destes, deu-se, pois, os Estados entendiam que o masculino era o único que necessitava de tutela. Isso porque, o homem que trabalhava, participava das guerras, era soldado, entre outros. Já as mulheres, eram donas de casa e ficavam apenas em suas residências. Logo, não necessitavam de uma maior proteção quanto os homens. Assim sendo, em um primeiro momento, os direitos humanos eram voltados apenas ao masculino (MONTEBELLO, 2000).

Em 1776, nos Estados Unidos, a declaração de independência, bem como a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte buscou positivar os direitos humanos. Aludida Constituição previa a democracia, trazendo, em seu bojo, o direito a uma vida digna. Tal impulsionou a elaboração de normas

por outros Estados com o intuito de proteger os direitos humanos. Apesar do aludido marco importante, ainda se utilizava a terminologia: direitos do homem (COMPARATTO, 2011). Ainda em 1776,

[...]se origina a positivação dos Direitos do Homem com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos, influenciada por Samuel Pufendorf. Em seu parágrafo 1º pode-se ler que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes (*inherent rights*), dos quais, quando entram em sociedade (*into a state of society*), não podem, por nenhum modo, privar-se ou despojar-se para o futuro (OLIVEIRA, 2010, p. 11).

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foram documentos que visavam a proteção dos direitos humanos do homem. Assim, nenhum destes trazia a mulher como parte desses direitos e deveres. Nesse sentido,

[...]nos séculos XVII e XVIII surgiu um novo modelo de sociedade que trouxe consigo a preponderância dos direitos sobre os deveres do homem, fez-se necessário, ainda, que analisássemos como, a partir das primeiras declarações de direitos (Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), se desenvolveram os direitos do homem[...] (BEDIN, 1994, p. 171).

Em 1789, foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que visava proteção aos direitos individuais e coletivos apenas do masculino. Com isso, as mulheres verificaram que necessitavam, igualmente, ter o seu espaço e garantir direitos. Emergiram, assim, os movimentos feministas. Nesse âmbito, o movimento instigou as mulheres a refletirem sobre a desigualdade de gênero existente. Diante disso, muitas mulheres começaram a fazer parte do movimento e lutar por uma extensão de qualidade em suas práticas (TEDESCHI, 2008).

Porém, os primeiros movimentos feministas não auxiliaram, inicialmente, na busca pelos direitos humanos das mulheres. Isso porque,

No que se refere ao feminismo e suas questões mais candentes, os movimentos de direitos humanos compreendiam pouco ou quase nada e não assumiam essa bandeira. Havia grande preconceito contra as mulheres, e, principalmente, seus temas específicos referentes ao aborto e à sexualidade, entre outras. Não se concebia que as mulheres violentadas por seus maridos/companheiros, espancadas e até assassinadas sob alegação de defesa de honra, em nome do amor e da paixão, tivessem, assim, seus direitos humanos violados. Entendia-se que eram questões privadas - menores, portanto, - e não mereciam ter um tratamento político e digno (ALMEIDA, 2017, p. 2).

Em 1917, foi promulgada a Constituição Mexicana e apesar de não influenciada pelos movimentos feministas, foi uma Constituição que reconhecia o direito das mulheres. Assim, buscava, principalmente, dispor sobre os direitos do trabalho de ambos os gêneros. Exemplos disso são: proteção à maternidade, proibição de trabalho noturno aos menores de idade, jornada de trabalho, entre outros. Ainda, a Constituição Mexicana resguardava equiparação entre o empregado e o empregador. Ou seja, buscava organizar as relações de trabalho para que houvesse igualdade entre as partes. Assim, referida Carta tornou-se um marco para o Estado Social de Direito, promovendo um alcance gradativo no cenário internacional (COMPARATTO, 2011).

Com a Segunda Guerra Mundial, a construção que vinha sendo realizada em torno dos direitos humanos sofreu um forte impacto. Isso porque, ocorreram diversas atrocidades com os seres humanos no mundo todo, lesionando as conquistas elencadas no epígráfico. Nessa esteira, vislumbra-se a necessidade de uma positivação sobre direitos humanos, na seara internacional e que proteja os indivíduos no que tange à sua dignidade. Assim, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas, através da Carta das Nações Unidas. Esta promoveu uma organização política mundial para que todos os Estados buscassem, harmoniosamente, a segurança nacional e a manutenção da paz (PIOVESAN, 2011).

Ainda em 1945, a fim de promover os direitos individuais, foi criado o Conselho Econômico e Social. Este buscava organizar as questões envolvendo

a vida, o trabalho e as condições de desenvolvimento econômico e social. Logo após, em 1948 consagrou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (MONTEBELLO, 2000). Assim tem-se que

A partir da Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a se desenvolver cada vez com maior intensidade, implicando na adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à tutela de direitos fundamentais. Consolida-se, assim, um sistema normativo global de proteção internacional dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, aos poucos ampliado com o advento de diversos outros documentos pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial e contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dos idosos etc. (MONTEBELLO, 2000, p. 157).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento que trouxe a modificação do termo: direitos do homem para direitos dos homens e das mulheres. O artigo primeiro da referida Declaração Universal estabelece que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”. Assim sendo, passa-se a não utilizar a nomenclatura Direitos do homem, mas, sim, a terminologia: seres humanos. Ainda, no artigo quinto determina que toda mulher poderá exercer livremente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e que contará com proteção dos direitos humanos previstos na Declaração, bem como dos instrumentos regionais e internacionais que positivam os direitos humanos (OLIVEIRA, 2010).

Em 1951, em Genebra, foi promulgada a Convenção n° 100, intitulada de Convenção sobre Igualdade de Remuneração, aprovada na 34° Reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Esta buscava estabelecer, em âmbito internacional, padrões de igualdade referentes à remuneração entre homens e mulheres no mercado de trabalho. A mesma estipulou princípios de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina, por um trabalho de igual valor, possibilitando, assim, igualdade ao labor feminino (JULIÃO, 2021).

Ainda, em 1953 foi promulgada a Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres, na Assembleia Geral das Nações Unidas. Esta reconheceu a igualdade entre homens e mulheres para pudessem votar, serem votadas e para poderem ocupar cargos públicos. Nesse sentido, o propósito da referida Convenção era criar padrões na seara internacional para que houvesse direitos políticos básicos para as mulheres (OLIVEIRA, 2020).

Em 1969, na Conferência de São José da Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica. Este reconhece os direitos civis, bem como políticos, promovendo, assim, um regime de liberdade pessoal e justiça social. Juntamente, reconhece que os direitos essenciais da pessoa humana não condizem a partir da nacionalidade desta, mas, sim, ao fato de ser pessoa humana. Tal Tratado reconhece o direito da mulher, bem como prevê que para os efeitos da referida Convenção, pessoa é todo ser humano, sem distinções entre os gêneros feminino e masculino. (BELMONTE, 2018).

Em 1979, foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Esta faz parte do sistema normativo da Organização das Nações Unidas. Tal documento prevê os direitos humanos internacionais das mulheres e busca pela eliminação dos preconceitos e práticas de inferioridade contra a mulher. Ainda, busca modificar os padrões culturais de preconceitos e práticas baseadas em pensamentos de superioridade referente ao gênero masculino, fazendo, assim, com que as mulheres pudessem ter amplamente os seus direitos humanos reconhecidos (PIOVESAN, 1996).

Em 1981, foi criada a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 156, dispendo sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores com encargos de família. Assim, respectiva Convenção estabelecia que todo país membro incluiria, dentre os objetivos de sua política nacional, dar condições aos seres humanos, sem

distinção entre gêneros, com encargos de família, que estão empregadas ou queiram empregar-se, de exercer seus respectivos direitos (MARTINS, 2008).

Ainda, no mesmo sentido, em 1994, em Belém do Pará, foi aprovada a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, criada e aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). Nesse sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher são os documentos que positivam os direitos humanos das mulheres especificadamente (ALMEIDA, 2017). Assim, tem-se que,

Todos esses documentos e as reivindicações neles contidas tiveram maior visibilidade com o desenvolvimento da campanha mundial das mulheres - "Sem as mulheres os direitos humanos não são humanos" -, que introduziu novos conceitos e maneiras de tratar o tema e cujo ponto culminante foi a realização da Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1993, em Viena. Nesse evento, elaborou-se uma Declaração que, finalmente, reconheceu como direitos humanos os direitos das mulheres (ALMEIDA, 2017, p. 1).

Evidente, pois, que, inicialmente, a proteção se operava apenas em relação ao homem, sendo que, posteriormente, a partir de diversos movimentos, dentre os quais os feministas, estes direitos foram ampliados, passando-se a pensar em direitos humanos. Assim, a regulamentação internacional passou a prever a proteção à mulher, diante de uma perspectiva de igualdade material. Em que pese estas conquistas no campo jurídico, é importante ter presente os outros campos da vida, tais como mercadológico, político, entre outros. Dessa forma, na próxima seção, passa-se a analisar de que forma emergiu o mito da beleza, exatamente como uma ideologia, capaz de soterrar anos de conquistas femininas.

2 A CONSTRUÇÃO E A PROPAGAÇÃO DO MITO DA BELEZA

Conforme apontado na seção anterior, a mulher, que inicialmente, estava à margem da história, bem como da proteção jurídica foi ganhando

vez e voz, a partir, principalmente, de suas próprias lutas contra o respectivo ideal de feminilidade que se propagava. Ocorre que o ideal contra o qual as mulheres tanto lutaram, qual seja: ser a perfeita dona de casa, deu lugar a outro muito mais perigoso: a perfeição física. Perfeição esta que passou a ser cada-vez-mais-inatingível. Tal apresenta as lições do mito da beleza, ou como se prefere dizer, na atualidade, os mitos da beleza. Isso, porque, quando este surgiu na década de 90, era muito rígido, tendo se tornado mais multifacetado com o passar dos anos (WOLF, 2020).

Este, assim como todos os demais “ideais” que surgiram ao longo da história, tem como objetivo sugar as energias femininas, a fim de que as mulheres não progridam mais e não se tornem uma ameaça ao homem. Ou seja, para garantir o *locus* de poder utilizam ideias, como a do mito da beleza. Assim, este, nada mais, é do que um sedativo político. A título exemplificativo, pode-se citar as preocupações femininas relacionadas à dieta e à magreza, que emergem quando as mulheres alcançam o direito ao voto. “[...] barrigas, coxas e quadris redondos eram considerados, sem questionamento, sensuais e desejáveis, até as mulheres conquistarem o voto” (WOLF, 2020, p. 335).

Assim, quando mais fortes as mulheres se tornam no âmbito político, maior são as pressões no que tange aos padrões de beleza que estas deverão atentar. Esses padrões mais elevados, que são propagados e impostos de forma mais incisiva conforme maior o espaço conquistado pela mulher, buscam “[...] desviar a sua energia e solapar seu desenvolvimento” (WOLF, 2020, p. 16). Em suma, o mito se estabelece tendo em vista o seguinte cenário:

[...] as profissionais de grande sucesso têm o tempo, a energia e a concentração suficientes apenas para realizar o seu trabalho muito bem, sem sobrar nada para o tipo de ativismo social ou raciocínio espontâneo que lhes permitiria questionar e tentar mudar a própria estrutura do sistema. Se as exigências se intensificarem de forma a levar as mulheres a um ponto de colapso físico, elas podem começar a só ter vontade de voltar para casa (WOLF, 2020, p. 86).

Assim, por exemplo, pode-se verificar que quanto maior o espaço da mulher no âmbito dos negócios e políticos, igualmente, maior se torna a obsessão por determinados comportamentos, que, uma vez adotados, permitirão alcançar o ideal que se está apregoando. Dessa forma, mostram-se crescentes as cirurgias plásticas e os transtornos alimentares, por exemplo. Isso porque deter a beleza, nos moldes em que determinados, é uma obrigação para cada mulher, que é impulsionada e deseja ser como aquelas que estampavam as revistas na década de 90 (WOLF, 2020).

Ainda, a questão sexual, igualmente, está diretamente relacionada ao mito, pois, nesse peculiar, atinge parte extremamente vulnerável da mulher, que se estabeleceu, dessa forma, ao longo dos anos. Tal demonstra, igualmente, que o mito da beleza impõe comportamentos, nas mais diversas searas, não apenas relacionados diretamente à beleza estética (WOLF, 2020).

A sociedade não se importa, portanto, de fato, com a aparência das mulheres. A preocupação que existe gravita em torno de se ter a certeza de que outros poderão ditar o que estas podem e o que não podem. Ou seja, as mulheres devem sentir que estão sendo vigiadas (WOLF, 2020).

Ademais, tendo em vista o fortalecimento do aspecto material para que houvesse o enfraquecimento psicológico, imprescindível se fez “[...] recorrer a sofisticação tecnológica e fervor reacionário maiores que anteriormente” (WOLF, 2020, p. 34). Nesse aspecto, a indústria da propaganda, mostrou-se como sendo um importante aliada. Esta, portanto, adota determinados vocabulários, que vão tendo os seus significados adaptados de acordo com o interesse, que se verifica latente naquele momento, mas tendo sempre como objetivo, a manutenção do locus de poder no âmbito masculino. Por exemplo, a palavra feminilidade “é um código para uma combinação do fato de ser mulher com qualquer outra coisa que uma sociedade por acaso esteja vendendo” (WOLF, 2020).

Nesse sentido, deve-se entender a beleza como sendo um sistema monetário semelhante ao padrão-ouro, que deixou de ser uma forma simbólica de moeda e passou a ser o próprio dinheiro. Dessa maneira, ele é determinado pela política, não existindo nenhuma razão biológica para a sua existência ou perpetuação. Consiste, assim, conforme já mencionado, no último e mais efetivo conjunto de crenças a manter o domínio masculino. Dessa forma, tem-se que “o mito da beleza não tem absolutamente nada a ver com as mulheres. Ele gira em torno das instituições masculinas e do poder institucional dos homens” (WOLF, 2020).

O mito da beleza, portanto, não indica uma determinada aparência, mas, sim, comportamento(s), relacionando a identidade com a beleza. Assim, o mito da beleza, além de cumprir com seu objetivo principal, reduz o amor-próprio das mulheres e impulsiona altos ganhos para as empresas. Ele, ainda, foi além, pois, passou a reclassificar tudo aquilo que é feminino como sendo feio. Ademais, indica essa feiura na categoria de doença. A título comparativo, pode-se utilizar os sinais dos anos ou do tempo nos rostos femininos e masculinos, naqueles tais são tidos como sendo um defeito, enquanto nestes indicam personalidade (WOLF, 2020).

A insatisfação com o corpo, igualmente, é diferente, em que pese o excesso de peso ocorra de forma similar entre homens e mulheres. Tal se verifica, pois, apenas um em cada dez homens se sente extremamente insatisfeito com o próprio corpo, enquanto um terço das mulheres se sente de tal forma (WOLF, 2020).

Nesse mesmo sentido, a dor pela beleza é considerada e tida como banal, uma vez que se entende que as mulheres optam por realizar tais procedimentos por livre e espontânea vontade. Diante dessa, contudo, considerada como sendo “escolha”, não se verifica, por parte da sociedade, nenhuma violação de direitos humanos (WOLF, 2020).

Ainda, verifica-se que os papéis das mulheres se duplicaram. Exige-se que as jovens ajam como “homens de verdade” e que, ao mesmo tempo, tenham aparência de “mulheres de verdade”. Nesse norte, os pais transferiram para as filhas as expectativas de sucesso, historicamente destinadas aos filhos homens, mas, seguiu existindo - de forma mais intensa - a obrigação de ser linda e agregar todos os comportamentos que deve, segundo o histórico da sociedade, ser direcionados à mulher (WOLF, 2020).

Evidente, pois, que as mulheres, ao longo da história, angariaram diversos direitos que antes não lhe eram destinados. Porém, esses direitos de nada adiantarão se não for possível ter direito ao seu próprio corpo e ao seu respectivo uso. Tal, em que pese, assegurado de maneira formal à mulher, não lhe é assegurado no plano fático, uma vez que a ideologia apregoada na sociedade implica na propagação do mito da beleza e na necessidade de ser no sentido de caber na figura idealizada pela sociedade, a qual sofre sempre mutações, tornando-se, assim, uma figura intangível e inalcançável. Nesse sentido, cumpre, indicar, na próxima seção, como o mito da beleza silencia essa implementação e evolução dos direitos humanos das mulheres (WOLF, 2020).

3 O MITO DA BELEZA ENQUANTO AGENTE SILENCIADOR DA IMPLEMENTAÇÃO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Verifica-se que a desigualdade de gêneros é uma construção histórica, bem como que essa desigualdade é repudiada sob a perspectiva dos direitos humanos, que apregoa uma igualdade no âmbito material. O Mito da Beleza, da norte-americana Naomi Wolf, vai, assim, além de sua própria batalha frente ao que determina uma sociedade machista e patriarcal em descompasso ao dito apregoadado. A hostilidade que caracteriza a sociedade vigente determina, ainda hoje, que o lugar de fala e ação femininas esbarram nos padrões que se legitimaram culturalmente para calar a quem se julga incapaz.

Os 30 anos da publicação que trabalha o mito da beleza também enquanto restrição das relações interpessoais, das expectativas que as pessoas têm sobre as mulheres e que elas próprias constroem de si, desvelam a infeliz contemporaneidade do silêncio ainda explícito na experiência em locais profissionais e com a própria sexualidade. O mito da beleza desvela seu poder direto sobre a vida - e a morte - para muito além dessas questões quando as consequências são, por exemplo, distúrbios alimentares, cirurgias plásticas etc. Pensar nos Direitos Humanos das Mulheres, diante do atual contexto, é imprescindível, pois, para que tal se viabilize é necessário “o direito de que a mulher escolha a aparência que deseja ter e o que ela deseja ser, em vez de obedecer ao que impõe as forças do mercado e da indústria multibilionária da propaganda” (WOLF, 2020).

E é a partir desse pensamento que a autora, formula suas indagações - Como podemos ser livres se somos prisioneiras de um ideal de corpo perfeito? Como podemos ser felizes se estamos permanentemente exaustas, inseguras e insatisfeitas com nosso corpo? Como podemos ter prazer se nos mutilamos e nos sacrificamos para ter um corpo magro, jovem e *sexy*? - inevitavelmente as respostas levam à percepção da condição de agente silenciador do mito da beleza desde sempre. Quando aqui é traçado o escopo histórico e progride-se com a construção e propagação do mito da beleza, entende-se que é visto que a conquista da emancipação feminina ocorreu a duras penas, mas que, ainda, sofre restrições. (WOLF, 2020).

A verdade, nesse contexto, é que as batalhas atinentes ainda são ávidas e essenciais para o desenvolvimento da própria sociedade. O mito da beleza emerge com o intuito de silenciar, inclusive quando - muito embora se perceba ou se caminhe em torno da vontade feminina - a trajetória rumo à eliminação de barreiras para a potência feminina, se mostra diante de incontáveis obstáculos que impactam, minimamente, até a permanência no mercado, a autoaceitação e aceitação social. Um exemplo recente é o de

Sarah Jessica Parker², estrela de *Sex and the City*³, ovacionada pela sua beleza na década de 90. Quando das recentes gravações de um revival da sitcom, com estreia em dezembro de 2021, sua imagem voltou à pauta e despertou a atenção da mídia. Em entrevista à *Vogue*⁴, a atriz criticou “falas misóginas”, que apontam para o envelhecimento do elenco principal da produção (UOL ROLLING STONE, 2021).

Sobre o assunto, conforme noticiado pelo site *The Independent*, Parker afirmou estar decepcionada com alguns comentários que leu nas redes sociais a respeito do retorno de *Sex and the City*. Segundo a atriz, muitos perfis apontaram apenas para o envelhecimento do elenco, além de fazerem declarações misóginas em que mostram aversão às mulheres (UOL ROLLING STONE, 2021).

[...] Há tanta conversa misógina em resposta a nós que nunca aconteceria sobre a cerca de um homem. ‘Cabelo grisalho, cabelo grisalho, cabelo grisalho. Ela tem cabelos grisalhos?’ Estou sentada com Andy Cohen [apresentador de talk show nos EUA], e ele tem cabelos grisalhos e é requintado. Por que está tudo bem para ele? Eu não sei o que dizer a vocês!” disse a estrela (UOL ROLLING STONE, 2021, s.p).

O silêncio é devastador e ele vai além da incompreensão frente aos cabelos grisalhos. Não faz muito tempo em que as mulheres conseguiram o direito de escrever e ler, o direito de votar. Não é de se admirar a surpresa ou a intolerância à mulher envelhecendo (ou à imagem de tal), gorda ou magra, dependente ou independente, quando se imagina que uma mulher letrada no

² Uma premiada atriz e produtora norte-americana, mais conhecida por sua atuação como a protagonista da série de televisão *Sex and the City*.

³ Segundo NUSSBAUM (2013), uma série de televisão norte-americana, baseada no livro homônimo de Candace Bushnell. Foi originalmente transmitida pela HBO, entre 1998 e 2004. Situada e filmada em Nova Iorque, o programa segue a vida de um grupo de quatro mulheres – três na casa dos trinta e uma na casa dos quarenta. *Sex and the City* recebeu aclamação da crítica por seus assuntos e personagens.

⁴ Revista americana mensal de moda e estilo de vida que cobre muitos tópicos, incluindo moda, beleza, cultura, estilo de vida e passarela. Com sede na cidade de Nova York, começou como um jornal semanal em 1892.

Brasil, no século XIX, em uma realidade escravocrata, predominantemente rural, era, no mínimo, desequilibrar os esquemas táticos que os grandes latifundiários usavam para se manterem no poder (BRITO, 2016).

Fato é que o mercado de trabalho brasileiro possui características que não contribuem de forma assertiva no combate à disparidade. E isso também é silêncio, da mesma forma que os currículos deixados de lado porque a foto da mulher não retrata beleza. Segundo o Relatório Global sobre a Lacuna de Gênero, datado de 2020, do Fórum Econômico Mundial, o Brasil figurava na 130ª posição em relação à igualdade salarial entre homens e mulheres que exerciam funções semelhantes, em um ranking com 153 países. Os dados reveladores denotam claramente que as mulheres, de fato, vivenciam um panorama de desigualdade e discriminação no mercado de trabalho do país.

É aqui que o silêncio de outrora e de hoje demarcam território entre a vida e morte do mito da beleza. O processo de inserção e ascensão da mulher no mercado é ativo, a evolução permitiu que elas angariassem postos e lugares comumente ocupados por homens. Mas, gerenciamento, monitoramento e, principalmente, execução das tarefas domésticas, com todos os cuidados atinentes ao lar e aos filhos, não são as únicas demandas das mulheres. A beleza - e a cobrança por ela - também o é.

A despeito de seu valor no âmbito econômico e social e, ainda que de geração para geração, mesmo que de forma mais minimizada, continue sendo da mulher a herança da responsabilidade doméstica e da criação dos filhos, parece inconcebível a imagem da mulher sem maquiagem, roupas desalinhas ou cabelos presos. Em 2014, um estudo do Instituto Data Popular ouviu 1.500 pessoas de 50 Municípios e, para 57% dos brasileiros ouvidos, mulher bonita tem mais chance de crescer profissionalmente. No entanto, usar roupas justas e decotes atrapalha a carreira, para 51% dos entrevistados. A pesquisa também mostrou que 54% das pessoas conheciam alguma mulher que já foi discriminada no trabalho. Segundo o estudo, 2 em cada 10 brasileiros

concordavam que a mulher que cresce muito rápido na carreira tem um caso com o chefe (G1, 2021).

Percepções assim silenciam o indicador mercado e dificuldades, bem como uma herança reflexo da persistente desigualdade de gênero e da discriminação que as mulheres enfrentam. A sobrecarga e a carga mental são ignoradas e, ao lado de tais, os reais e grandes limitadores para o progresso das mulheres no trabalho, na política e, mais, enquanto ser humano. Ao considerar direitos basilares como a vida, a saúde, a educação, a privacidade, a igualdade, a liberdade de pensamento, a participação política, entre outros, o mito da beleza vigora, silencia e ignora o que não se quer calar atualmente como o fato de que, apesar do avanço notável na conquista de espaço no mercado de trabalho, as mulheres, por exemplo, ainda recebem um salário menor do que os homens; ocupam menos cargos na política; e, mesmo estando cada vez mais inseridas no mercado, elas ainda dedicam expressivas, intensas e significativas horas a mais do que os homens aos cuidados da casa. Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, em 2018, o percentual é de 73% a mais. (IBGE, 2018).

Em concomitância a esses problemas, o corpo da mulher foi e segue sendo vendido e exaltado, imagetivamente. A beleza inalcançável, se conquistada, é um verdadeiro troféu a ser admirado e almejado pelos consumidores homens e invejado pelas outras mulheres. O que Wolf combatia reiteradamente (re)aparece. A mulher incompreendida é definida enquanto louca; a que aceita toda e qualquer situação uma conquista, uma facilitadora. Ainda parece indisciplina almejar distanciamento do papel de uma dona de casa exemplar. (WOLF, 2020).

Na mesma esteira, mirar o progresso e a harmonia familiar parece não combinar com a mulher que não preconiza a imagem discreta e, o escopo inverso, inclusive, já foi recurso explorado pela publicidade. Nesse contexto, em seu livro *História das mulheres e as representações do feminino*, Tedeschi (2008) fala de dois “paradigmas do feminino” semelhantes, veiculados e defendidos pela

Igreja Católica para a criação de modelos de autorrepresentação das mulheres, vale rememorar: “Maria virtuosa” e “Eva pecadora”.

Esses podem ser correlacionados aos imperativos. Não fale palavrões, nem se expresse abertamente, seja sempre doce, sente-se de certa forma. Seja bela e se cale, resumidamente. Dulcília Buitoni (1981) é outro nome a despertar, ou melhor, prenunciar, dado tempo de reflexão, as qualidades abstratas do que isso representa:

[...] O eterno feminino, um chavão que tenta imobilizar, no tempo, as virtudes ‘clássicas’ da mulher. Um chavão que corresponde bem ao senso comum de procurar qualidades quase abstratas: maternidade, beleza, suavidade, doçura e outras, num ser que é histórico. Justamente aí que está a falha que desvincula a mulher de sua época e seu contexto, que a transforma em um ser à parte, independente de circunstâncias concretas. (BUITONI, 1981, p.4)

Esse eterno feminino, que persiste, representa uma busca por padronização, que na verdade é uma busca pela aceitação social que, por sua vez, é muito mais cruel para com as mulheres. Augusto Cury chama o condicionamento de “Padrão Inatingível de Beleza” e fala que apenas aparentemente vivemos na era do respeito pelos direitos humanos. E, com isso, vai além: “[...] por desconhecermos o teatro de nossa mente, não percebemos que jamais esses direitos foram tão violados nas sociedades democráticas” (CURY, 2005, p.5).

O psiquiatra e escritor desvela falar do que chama de terrível ditadura que oprime e destrói a autoestima do ser humano: a ditadura da beleza. E, ele, conclui: “as mulheres têm sido o alvo preferencial dessa dramática ditadura” (CURY, 2005, p.5). Talvez por isso Wolf profetizasse que o mito da beleza diz respeito a essa “verdade” cultural que cerceia a liberdade feminina. É ele que trata da beleza como requisito ao sucesso e à felicidade, que condiciona o modo de viver da mulher e até do homem, pelas lentes que carece a ver. É na medida em que as mulheres alcançam maiores poderes em determinados âmbitos, que

são silenciadas de forma, quiçá, invisível, se envolvem tanto com o padrão - mutável e inatingível - que não têm mais espaço e tempo para as suas lutas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o questionamento “de que forma o mito da beleza silencia e retarda a implementação e a evolução dos direitos humanos das mulheres na sociedade pós-moderna?”, Verificou-se que o mito da beleza não perdeu a sua força, ao revés, ele vai sendo adaptado de acordo com as modificações sociais, a fim de que seja possível alcançar o seu primordial objetivo. Tanto é verdade que a desigualdade reside especialmente na dependência econômica e, então, detecta-se que a sua primazia silencia e retarda histórica e incessantemente a busca pela autonomia, pelo empreendedorismo; pela construção de uma nova ordem de conhecimento, que deixe de lado a posição confrontativa e privilegie a negociação de território; a flexibilidade; a delicadeza; uma nova forma de estar no mercado, com percepção e sensibilidade. O mito da beleza distancia a mulher da aceitação da beleza enquanto conceito subjetivo e dinâmico, enquanto seres humanos singulares e como sociedade.

E, nesse contexto, onde esse mito ainda assim paira sobre o universo feminino, determinando que estejam constantemente em vigilância e até em penitência com sua beleza (mantenha-se depilada, maquiada, bem-vestida, com unha e sobrancelhas bem tratadas, malhada, com cabelos brilhosos, volumosos, em movimento etc., as percepções do mundo feminino, reais indicadores de impacto, são ignorados. Ao mesmo passo, a desigualdade demanda que sejam eliminados os estereótipos e que, com isso, se tenha a oportunidade de olhar com os olhos de quem é visto, objetificado ou julgado, compreendendo que as identidades se refletem e se definem nas maneiras como cada um representa e está inserido no bojo social.

Os avanços no campo jurídico foram possíveis, em razão desse reconhecimento que se identificou outrora. Assim, não mais verificando-se a viabilidade de confrontação direta em searas como o mercado de trabalho e campo político, o agente silenciador passou a ser invisível e onipresente em todo o espaço e lugar. Assim, evidente, que formalmente as conquistas das mulheres já foram muitas, porém, ainda, necessário atuar em um campo diverso, a fim de que as lutas, a identidade e os anseios voltem à tona e as mulheres, novamente, passem a ser pauta não apenas através de uma perspectiva formal do Direito, mas, sim, a partir da igualdade material e da efetivação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Amélia Teles de. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasiliense, 2017.

BEDIN, Gilmar Antonio *et al.* **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 1994. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106385>. Acesso em: 12 out. 2021.

BELMONTE, Alexandre Agra. A convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sua repercussão e aplicação no direito brasileiro. **Revista do Observatório de Direitos Humanos**, Santa Maria, v. 4, n. 4, 2018. ISSN 2448-2374.

BRITO, Alinne. **Mulheres, por que tentam as silenciar?** Opressões. 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://esquerdaonline.com.br/2016/12/15/mulheres-por-que-tentam-as-silenciar>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BUITONI, Dulcília Schoeder. **Mulher de Papel**. São Paulo: Edições Loyola, 1981.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CURY, Augusto Jorge. **A ditadura da beleza e a revolução das mulheres.** Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

G1. Pesquisa aponta que mulher bonita tem mais chances profissionais, **G1**, 05 mai. 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2014/05/pesquisa-aponta-que-mulher-bonita-tem-mais-chances-profissionais.html>. Acesso em: 19 dez. 2021.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Divulgação Especial Mulheres no Mercado de Trabalho.** Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Estudos_especiais/Mulheres_no_Mercado_de_Trabalho_2018.pdf Acesso em: 29 out. 2021.

JULIÃO, Helena Vicentini; DIB, Aline Michelle; DE OLIVEIRA, Letícia Trevizolli. Desigualdade de gênero no mercado de trabalho e as formas de enfrentamento alicerçadas na OIT. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 3, p. 24482-24499, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas.** São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional aos direitos da mulher. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, p. 155-170, 2000.

NUSSBAUM, Emily. **Difficult Women:** How ‘Sex and the City’ Lost its Good Name. *New Yorker*, 29 de julho de 2013. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2013/07/29/difficult-women>. Acesso em: 20 dez. 2021.

OLIVEIRA, Ana Caroline Chimenez; RONCATO, Carina Lamas; GITIRANA, Julia Heliodoro. A construção da mulher como sujeita constitucional na história brasileira: a princesa imperial e os direitos políticos. **Caderno PAIC**, v. 21, n. 1, p. 595-618, 2020.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A teoria geracional dos direitos do homem**. 2010. Disponível em: https://www.theoria.com.br/edicao0310/a-teoria_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 19 out. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 45/46, 1996.

TEDESCHI, Losandro Antonio. **A história das mulheres e as representações do feminino na história**. Campinas: Curt Nimuendajá, 2008.

UOL. Redação. Sex and the City: Sarah Jessica Parker crítica ‘falas misóginas’ sobre idade do elenco em revival. **Uol RollingStone**. 08 de novembro de 2021. Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/entretenimento/sex-and-the-city-sarah-jessica-parker-critica-falas-misoginas-sobre-idade-do-elenco-em-revival>. Acesso em: 20 dez. 2021.

WOLF, Naomi. **O mito da beleza**: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. 14. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2020**. Geneva, 2020. p.371. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

UMA ANÁLISE DAS CRÍTICAS TECIDAS POR ROBERTO CAMPOS AOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, APÓS TRINTA ANOS DE SUA PROMULGAÇÃO

ANALYSIS OF THE CRITICS MADE BY ROBERTO CAMPOS TO THE SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS PROVIDED FOR IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988, AFTER THIRTY YEARS OF ITS ENROLLMENT

Nathalie Kuczura Nedel

Luís Ardêmio Brum

Resumo: Objetiva o presente artigo proporcionar melhor entendimento sobre as contumazes críticas direcionadas, por Roberto Campos, ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 1988, verificando a efetiva representatividade e concretização das mesmas. Dessa forma este artigo busca responder o seguinte questionamento, em que medida o posicionamento crítico de Roberto Campos ante a elaboração e ao novo texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, após 30 anos da sua Promulgação, se mostrou representativo, tornando-se real, no que tange aos direitos sociais e econômicos? Para cumprir o objetivo e responder ao problema de pesquisa é utilizado o método de abordagem dedutivo, a partir da pesquisa bibliográfica e documental. Já como métodos de procedimento empregam-se o histórico e estruturalista. Ademais, o presente artigo enquadra-se na linha de pesquisa Constitucionalismo e concretização de Direitos da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. O artigo é dividido em três seções, sendo na primeira seção abordada A formação da Assembleia Nacional Constituinte; na segunda seção é relatado sobre O posicionamento crítico de Roberto Campos à Constituição de 1988 e na terceira e derradeira Analisa-se a aderência e plausibilidade das críticas de Roberto Campos a Constituição de 1988, no que tange aos direitos sociais e econômicos, desde a Promulgação até os 30 anos de sua vigência. Deduziu-se da pesquisa, que no espaço temporal de 30 anos, da Promulgação da Constituição até a atualidade, as críticas proferidas por

Roberto Campos, majoritariamente, demonstraram fundamento, revelando albergar perfeita plausibilidade.

Palavras-chave: Assembleia Nacional Constituinte; Brasil; Constituição Federal; Direitos sociais e econômicos; Roberto Campos.

Abstract: *The article's objective is to provide a better understanding of Roberto Campos' frequent criticisms to the Constitution of Federative Republic of Brazil's text, enacted in 1988, verifying their effective representation and implementation. Thus, the article seeks to answer the following question: to what extent the critical position of Roberto Campos, before the elaboration of the new text of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, after 30 years of its promulgation, was proved to be representative, becoming real regarding social and economic rights? To fulfill the objective and answer the research problem, the deductive method of approach is used, based on bibliographic and documentary research. The historical and structuralist methods are used as procedural methods. In addition, this article fits into the line of research Constitutionalism and realization of Rights of the Faculty of Law of Santa Maria - FADISMA. The article is divided into three sections, with the first section dealing with the formation of the National Constituent Assembly; in the second section, it is reported Roberto Campos' critical position on the 1988 Constitution and in the third and final section, the adherence and plausibility of Roberto Campos' criticism on the 1988 Constitution is analyzed, regarding social and economic rights, since it's Promulgation until its 30 years of validity. It was deduced from the research that, in the time span of 30 years from the Promulgation of the Constitution to the present, the criticisms made by Roberto Campos evidence perfect plausibility.*

Keywords: *National Constituent Assembly; Brazil; Federal Constitution; Social and environmental rights; Roberto Campos.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando da convocação da Assembleia Nacional Constituinte e da elaboração do texto final da atual Constituição Federal, Roberto Campos, então Senador, apresentou diversas críticas a questões que foram aprovadas, mormente no que tange às searas social e econômica. Diante dessas críticas, o presente artigo visa explanar em que medida o posicionamento crítico

de Roberto Campos ante a elaboração e o novo texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se mostrou representativo tornando-se real, no que tange aos direitos sociais e econômicos, após 30 anos da sua Promulgação.

Diante disso, questiona-se: Em que medida o posicionamento crítico de Roberto Campos ante a elaboração e também ao novo texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos segmentos econômico e social, após 30 anos da sua Promulgação, se mostrou representativo, tornando-se real? Considerando estar o tema de pesquisa perfeitamente adequado à linha de pesquisa da FADISMA, no assunto “Constitucionalismo e Concretização de Direitos” realiza-se o presente artigo. Será utilizada a pesquisa bibliográfica para responder ao problema de pesquisa e cumprir o objetivo acima indicado. Adota-se como método de abordagem o dedutivo, a fim de, a partir da pesquisa das críticas formuladas por Roberto Campos, passados 30 anos da promulgação do texto constitucional, deduzir pela sua aderência ou não. Já como métodos de procedimento empregam-se o histórico e o estruturalista. O manejo do primeiro se justifica, uma vez que pretende deduzir se no espaço temporal decorrido há fundamento nas críticas proferidas, revelando-se passíveis de plausibilidade.

Ademais, importante referir que a escolha do tema é justificada pela afinidade do autor deste artigo ao Direito Constitucional, advindas de leituras e ensinamentos colhidos em âmbito acadêmico. Adicionalmente, tal se deve ao fato de o pesquisador adepto e profissional do ramo econômico-financeiro, onde conheceu a história do economista Roberto Campos, inclusive sua participação e críticas dirigidas à constituinte e à Constituição de 1988. Ainda deve-se ressaltar o impacto acadêmico e social deste artigo, pelo conhecimento dos trâmites da Assembleia Nacional Constituinte e da elaboração da Constituição, adicionados da história e do posicionamento crítico de Roberto Campos a conteúdos da Nova Carta.

Por fim, para uma melhor compreensão do tema o trabalho foi dividido em três seções. Na primeira seção, detalha-se como foi criada e formada a Assembleia Nacional Constituinte. Na segunda seção, apresenta-se o posicionamento crítico de Roberto Campos ao texto constitucional com enfoque aos âmbitos social e econômico. Na terceira seção, analisa-se a aderência e plausibilidade das críticas de Roberto Campos a Constituição de 1988, no que tange aos direitos sociais e econômicos, desde a Promulgação até os 30 anos de sua vigência.

1 A FORMAÇÃO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987

No Brasil, já vigoram 7 (sete) Constituições. A primeira delas foi a Constituição do Império, outorgada em 1824, sendo seguida de outras 6 (seis) Constituições Republicanas. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, foi considerada um marco da redemocratização do Brasil e, além de atender muitos apelos da sociedade, vem suceder a Constituição de 1967¹, “gestada” sob o domínio dos governos militares que desde 1964 estavam no poder (MARTINS, 2017).

Os militares assumiram diretamente o poder, no Brasil, com o chamado “Golpe Militar de 1964”, iniciando um período ditatorial. Para obter governabilidade, lançaram mão de mecanismos autoritários e centralizadores de poder, como os Atos Institucionais. O Ato institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, mantinha a ordem constitucional em vigor, porém impondo cassações e suspensão de direitos políticos. O Ato Institucional nº 2, de 11 de abril de 1964, além de dar ao Presidente da República o poder de fechar o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais, extinguiu e cancelou os registros dos treze partidos políticos existentes no

¹ Em 17 de outubro de 1969, Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica, impuseram a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, alterando em muito a Constituição de 1967. Alguns juristas consideram esta Emenda uma nova Constituição outorgada (MARTINS, 2017).

Brasil. Assim, foram criados a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). O Ato Institucional nº 3, de 05 de fevereiro de 1966, estendeu eleições indiretas aos governadores e assembleias estaduais, indicando nomeação de prefeitos pelos governadores locais. O Ato Institucional nº 4 de 07 de dezembro de 1966, convocou, extraordinariamente, o Congresso para discutir o Projeto de Constituição apresentado pelo Executivo, que seria a futura Constituição de 1967 (MARTINS, 2017).

Em que pese a existência de movimentos contrários ao regime e favoráveis a volta do estado democrático, o Presidente da República encaminhou Projeto de Constituição para a análise de um “Congresso Nacional deformado, retaliado, deficiente” (MARTINS, 2017, p. 287). Diversos motivos podem ser apontados para que o Congresso Nacional assim se configure, podendo-se ressaltar, por exemplo, o Ato Institucional nº 2, que extinguiu o registro dos partidos existentes e criou a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) ou das cassações dos mandatos de vários parlamentares contrários ao regime. Assim, referido Congresso acabou promulgando a nova Constituição em 24 de janeiro de 1967². Era a sexta Constituição do Brasil, em linhas gerais, apresentava preocupação com a segurança nacional e reduzia direitos individuais e sociais (MARTINS, 2017).

Frise-se que após o advento da Constituição de 1967, os Atos Institucionais (AI), continuavam sendo expedidos. Nesse sentido, em 13 de dezembro de 1968, foi expedido o AI-5, o qual autorizava o Presidente da República a cassar mandatos eletivos, decretar, dentre outros, o recesso do Poder Legislativo, intervenções em Estados e Municípios, nomear interventores, suspender direitos, suspender a possibilidade do “habeas

² Devido à forma como apresentado, a formação do Congresso Nacional e o exíguo tempo de 42 dias dado para análise do Projeto de Constituição, encaminhado pelo Executivo, sopesada a impossibilidade de substituí-lo, Flavio Martins diz “podemos afirmar tratar-se de uma Constituição outorgada” (MARTINS, 2017, p. 287).

corpus” para crimes políticos e aos ofensivos à segurança nacional. Tem-se assim que: “[...] o Brasil declaradamente deixou de ser um Estado de Direito e passou a ser um Estado Ditatorial” (MARTINS, 2017, p. 293).

Em 17 de outubro de 1969, “os Ministros da Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, impuseram a nova Emenda Constitucional: a Emenda nº 1, de 1969, que alterou substancialmente a Constituição de 1967” (MARTINS, 2017, p. 293). Esta Emenda é considerada por alguns, uma nova Constituição outorgada, fruto de um regime autoritário, como define o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo: “é uma Carta Constitucional envergonhada de si própria, imposta de maneira não democrática e representando a expressão da vontade autoritária dos curadores do regime” (BRASIL, 2018). No mesmo sentido, José Afonso da Silva (SILVA, 2014), enfatiza que tecnicamente, tratou-se de uma nova Constituição, tendo servido a emenda como mecanismo de outorga a um novo texto, a exemplificar pelo nome que se lhe indicou: “Constituição da República Federativa do Brasil”, quando antes era “Constituição do Brasil”. Dentre as inúmeras alterações da Emenda nº 1/69, merece destaque a do artigo 74, que tratava da eleição indireta do Presidente da República, mantendo o poder concentrado de forma autoritária. Ademais, importante ter presente que o AI-5, anteriormente referido, foi mantido (MARTINS, 2017).

Percebem-se evidências de que o Estado Brasileiro, desde o golpe de 1964, encontrava-se mergulhado numa crise de legitimidade, imposta por um sistema autoritário. Os direitos fundamentais em relação ao poder estatal estavam flagrantemente desequilibrados. Da mesma forma, havia assimetria entre os poderes da República, principalmente o legislativo e o executivo, adicionado pela desigualdade verificada entre o poder da União e os demais membros da Federação. A população demonstrava seu sentimento da necessidade de um reequilíbrio das forças de poder no Brasil. Diante disso, o caminho natural seria uma nova Constituição, que pudesse refazer o pacto

político-social (SILVA, 2013). Nesse sentido, alguns movimentos passaram a se organizar. A primeira manifestação favorável a nova constituinte ocorreu publicamente em julho de 1971, na Cidade de Recife-PE, no II Seminário de Estudos e Debates da Realidade Brasileira, organizado pela bancada pernambucana do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido de oposição ao governo (NOGUEIRA, 2009).

Na década de 1980, os movimentos contrários à ditadura se fortaleceram. Desses movimentos, emergiu a Proposta de Emenda Constitucional nº 5, apresentada no ano de 1983, pelo Deputado Dante de Oliveira do Mato Grosso, que visava o restabelecimento da votação direta para Presidente e Vice-Presidente da República. A proposta ganhou a adesão e apoio de vários setores da sociedade, produzindo manifestações populares nas maiores cidades do país, restando conhecido como o movimento das “Diretas Já”. Em 25 de Janeiro de 1984, a Proposta de Emenda Constitucional nº 5, foi colocada em votação na Câmara dos Deputados e por falta de 22 votos favoráveis, não foi aprovada (MARTINS, 2017).

Em 1985, ocorreu novamente eleição indireta, pelo Congresso Nacional para Presidente da República, porém, com candidatos civis. Prometendo em campanha, a realização de uma Assembleia Nacional Constituinte, concorrendo com Paulo Maluf (candidato da situação), foi eleito para Presidente da República, Tancredo Neves (candidato da oposição), obtendo 480 votos contra 180 do candidato derrotado. Um dia antes de tomar posse, em 14 de março de 1985, Tancredo Neves foi hospitalizado, vindo a falecer em 21 de abril de 1985. Tomou posse, assim, em 15 de março de 1985, o Vice-Presidente José Sarney (MARTINS, 2017).

O Presidente José Sarney, em 18 de julho de 1985, cumprindo as promessas feitas na campanha, através do Decreto nº 91.450, instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (CPEC). A CPEC, instalada formalmente em 3 de setembro de 1985, ficou conhecida como Comissão

Afonso Arinos, em homenagem ao seu idealizador e presidente dos trabalhos, o jurista Afonso Arinos de Melo Franco. A CPEC deveria ter por função ouvir e debater com os diferentes setores da sociedade, criando um anteprojeto de Constituição advindo desses e não um anteprojeto em nome do governo. Porém, o anteprojeto apresentado desagradou setores do governo e sequer foi enviado ao Congresso Nacional. (NOGUEIRA, 2009).

Efetivamente, foi a Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, que oficialmente indicou a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, marcando o início dos trabalhos da mesma para o dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, em reunião unicameral conjunta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A convocação de Assembleia Nacional Constituinte, por uma Emenda Constitucional (Emenda nº 26/85), recebeu críticas, cabendo destacar as de José Afonso da Silva e de Adilson Abreu Dallari. O primeiro enfatizou que a convocação da Assembleia da maneira como foi, seria muito mais um ato político. Explicou, dizendo que convocar uma Constituinte para elaborar a nova Constituição emendando a existente, seria contrário à natureza de emenda, que tem o sentido de manter a Constituição vigente e não propiciar meios de substituí-la (SILVA, 2014). Já o segundo, referiu que houve um arranjo político, para tornar possível a elaboração da nova Constituição, sendo a denominação Assembleia Constituinte, em sua opinião, classificada como inadequada (DALLARI, 2017).

As eleições para composição da Constituinte transcorrem carentes de uma completa reformulação das legislações partidária e eleitoral e sob a égide de resquícios das normas advindas da ditadura militar. O pleito ocorreu em 15 de novembro de 1986, em concomitância com as eleições dos governadores dos Estados e dos deputados estaduais. Na época, vigorava o Plano Cruzado, “gestado” por economistas ligados ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), conduzindo relevante estabilização econômica e gerando

altos índices de popularidade ao Presidente de República, José Sarney, também do mesmo partido. Em consequência dos fatores econômicos da época, o PMDB logrou maiúscula vitória nas urnas, elegendo a maioria dos constituintes, e também 22 dos 23 governadores de Estado possíveis (NOGUEIRA, 2009).

A Assembleia Nacional Constituinte foi formalmente instalada em 1º de fevereiro de 1987, em sessão solene, sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, que era o Presidente do Supremo Tribunal Federal, contando com 559 Constituintes titulares, representando 13 partidos, em número de componentes assim divididos: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – 303; Partido da Frente Liberal (PFL) – 135; Partido Democrático Social (PDS) – 38; Partido Democrático Trabalhista (PDT) – 26; Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – 18; Partido dos Trabalhadores (PT) – 16; Partido Liberal (PL) – 7; Partido Democrata Cristão (PDC) – 6; Partido Comunista Brasileiro (PCB) – 3; Partido Comunista do Brasil (PC do B) – 3; Partido Socialista Brasileiro (PSB) – 2; Partido Social Cristão (PSC) – 1; Partido Municipalista Brasileiro (PMB) – 1 (NOGUEIRA, 2009).

No dia 02 de fevereiro de 1987, ocorreu a primeira sessão ordinária, também presidida pelo ministro Moreira Alves, sendo palco da primeira disputa, tendo por objeto a participação ou não dos senadores eleitos em 1982 (grupo do qual Roberto Campos fazia parte). A decisão pela participação dos senadores eleitos em 1982, no corpo de constituintes foi decidida pelos parlamentares, com 394 votos a favor, 124 contra e 17 abstenções. Na mesma reunião, procedeu-se a escolha do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, sagrando-se vitoriosa a candidatura de Ulysses Guimarães (PMDB-SP), com 425 votos, contra 69 atribuídos a Lisâneas Maciel (PDT-RJ) e 28 votos em branco (NOGUEIRA, 2009).

Roberto Campos, embora severo crítico da convocação da nova Constituinte, a qual chamava de “Constitucionalite”, passou a fazer parte do processo de elaboração da Nova Constituição a partir da decisão acima citada.

Nesse viés, cumpre referir que as críticas de Roberto Campos a uma nova Constituição partiam do número de Constituições já existentes no Brasil. Nas suas críticas, ao momento, ele destacou que “já tivemos sete³ Constituições enquanto os americanos só tiveram uma e os ingleses nenhuma” (CAMPOS, 1987, p. 118), considerando difícil de classificar a Constituinte como um acontecimento superior a um “carnaval cívico” (CAMPOS, 1987, p. 119).

Quando aprovada a convocação da nova Assembleia Nacional Constituinte, Roberto Campos, também proferiu críticas à ideia de uma Constituinte exclusiva, onde dizia que seria, a referida proposta, uma “infantojuvenilidade [...que] salta aos olhos” (CAMPOS, 1987, p. 115). Duvidava que houvesse candidatos a absterem-se de suas atividades para num período exclusivo de elaboração da Nova Carta, prestarem sua colaboração e após voltarem as suas atividades normais, classificando o fato como um “patriotismo potenciado ao nível de masoquismo” (CAMPOS, 1987, p.115).

Roberto Campos, mesmo com as ressalvas a sua realização, teve participação ativa na Assembleia Nacional Constituinte; em que pese, por vezes, apontado como seu antagonista, tornando-se questionador dos trabalhos daquela, talvez em razão de seus pares não lhe proporcionarem a devida atenção ou por não compreenderem que as suas explanações visavam contribuir para a “Nova Carta” (ALMEIDA, 2017).

Após já escolhido o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, os Constituintes se dividiram em comissões e subcomissões temáticas. Assim, em um primeiro momento, as comissões elaboraram relatórios e, posteriormente, estes foram encaminhados à Comissão de Sistematização. Nesse primeiro momento, Roberto Campos,

Integrou como titular a Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, da Comissão da Ordem Econômica

³ Presume-se que contava a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, como uma nova constituição.

e como suplente da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas, da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Vendo derrotadas as suas propostas na Comissão de Sistematização, participou em Dezembro de 1987, da organização de um grupo de parlamentares de tendência conservadora, o “Centrão”, e combateu todas as sugestões que no seu entendimento, prejudicavam a ação da iniciativa privada ou limitavam a participação do capital estrangeiro na economia. Opôs-se igualmente a maioria das propostas que beneficiavam os trabalhadores, considerando que, se aprovadas, eles passariam a “ter todos os direitos e nenhum dever, ficando para os empresários apenas os encargos” (KELLER; LEMOS, 2009, p. 26).

A defesa da iniciativa privada, inclusive com liberdade à participação de capitais estrangeiros em empresas nacionais, tem embasamento em seu posicionamento liberal na área econômica. Já na contrariedade ao excesso de direitos apresentados, Roberto Campos, destacava sua irritabilidade nos debates, face às proposições, por ele consideradas retrógradas. Os autodenominados “progressistas”, apresentando um modelo estatizante, ligado a um discurso de elevação das conquistas sociais, sem estabelecer a correlação dos deveres com a largueza dos direitos pretendidos. Sobre estes aspectos, que beiravam a indicar um “fenômeno de autossugestão”, Roberto Campos vaticinava ser o nível intelectual médio dos constituintes de 1988, talvez o mais baixo da história constitucional brasileira (CAMPOS, 2019).

A intelectualidade, o espírito crítico e contestador de Roberto Campos podem ser resumidos, nas palavras de Saul Tourino Leal (2019, s.p.):

Roberto Campos não veste a carapuça do erudito que não sabe se fazer compreender. Ao expressar suas opiniões sobre a Assembleia Nacional Constituinte, ele o faz com didatismo superior. “Um misto de panaceia e paixão”. “Catálogo de utopias”. “Uma nova panaceia jurisdicista”. “Carnaval cívico”. “Desastre ecológico”. Consegue até encontrar essa altaneira reflexão: “Se Gorbachev expusesse a “perestroika” aos nossos constituintes, eles o chamariam de ‘testa de ferro das multinacionais”.

No mesmo sentido, Paulo Roberto de Almeida (2017, p.22), dizia que ele era “um rebelde com causa”, dada a sua liberdade de exhibir pensamentos

singulares, estando em um nível intelectual diferenciado e de incontestável capacidade de realizar e liderar equipes. Teve destaque, inclusive em liderar brilhantes economistas, assim como o fez criando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), e também, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), quando no Ministério do Planejamento.

Verifica-se, pois, que Roberto Campos, na Assembleia Nacional Constituinte, participou do grupo de parlamentares de tendência conservadora, denominado “Centrão”, sendo sempre combativo nos seus posicionamentos, principalmente os ligados à área econômica, às ações da iniciativa privada e aos excessos de direitos concedidos principalmente aos trabalhadores. Em linhas gerais, suas sugestões não foram acolhidas. Assim, concluída e apresentada a versão final da Constituição, Roberto Campos, em razão de seu desacordo com o texto aprovado, manifestou desejo de recusar-se a subscrevê-la, sendo, contudo, dissuadido da intenção após a intervenção do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, vindo a endossar a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 (KELLER; LEMOS, 2009).

Dessa forma, diante do posicionamento crítico desde sempre apresentado por Roberto Campos, de seu amplo conhecimento da área econômica, cumpre na próxima seção, detalhar estas críticas para que, na última seção, seja possível verificar se 30 anos após a vigência da atual Constituição as críticas realmente eram contundentes e se cristalizaram no cenário brasileiro.

2 O POSICIONAMENTO CRÍTICO DE ROBERTO CAMPOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Roberto Campos (Roberto de Oliveira Campos), nascido em 17 de abril de 1917, filho do professor Waldomiro de Campos e Honorina de Campos, falecido em 09 de outubro de 2001, aos 84 anos. Era formado em Filosofia,

1934, e em Teologia, 1937, junto aos Seminários católicos de Guaxupé e de Belo Horizonte. Mestre em Economia pela Universidade George Washington, Washington D. C., em 1947. Doutor Honoris Causa pela Universidade de Nova York, e pela Universidade Francisco Marroquim, Guatemala, respectivamente em 1958 e 1996. Empossado Imortal da Academia Brasileira de Letras, em 1999 (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, 1999).

Roberto Campos foi ativo participante em atividades no serviço público. Ingressou no Serviço Diplomático, via concurso público, em 1939. Em 1944, integrou a delegação brasileira a Conferência Monetário-Financeira da Organização das Nações Unidas (ONU) em Bretton Woods, EUA, onde os acordos estabelecidos deram origem ao Fundo Monetário Internacional (FMI) e ao Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). No segundo governo de Getúlio Vargas, 1951, integrou a assessoria econômica e participou do anteprojeto para a criação da Petrobrás (cujo monopólio futuramente criticou), pela Lei 2.004/1953. Por seu intermédio foi elaborado o projeto de criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), pela Lei 1.628/1952. Foi nomeado Presidente do BNDE, em 1958, onde foi o responsável pela implantação do grupo de trabalho dedicado ao planejamento do uso da informática no Brasil (KELLER; LEMOS, 2009). Durante o governo Castelo Branco, foi Ministro de Estado. No período de 1983 a 1990, foi Senador da República (Constituinte), e também por dois mandatos (1991 a 1999) Deputado Federal (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, 2001).

Roberto Campos, dedicado e sempre atento às transformações sociais, políticas e econômicas, mostrava-se incondicional defensor das liberdades democráticas e da livre iniciativa, propondo discussões nesse sentido em seus artigos, palestras, livros e conferências. Pregava a inserção do Brasil no contexto internacional da economia, baseado numa estabilidade monetária, com a redução do tamanho da influência do Estado nas atividades produtivas, via modernização das relações entre a “máquina administrativa” estatal e

a sociedade. Era contrário ao dirigismo estatal, apoiando a privatização de empresas estatais e as reformas da previdência social, fiscal e partidária (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, 2001).

No campo constitucional, conforme já indicado, Roberto Campos não era favorável, desde 1985⁴, à realização de uma Assembleia Nacional Constituinte. Em ácidas citações indicava sua oposição às conversas pré-constituintes, chamando de “consitucionalite” daqueles dias, classificando como sendo uma mistura de panaceia e paixão, quase um reservatório de utopias. Reclamava ser inoportuno convocar uma Constituinte para elaborar uma Nova Carta, uma pela falta de ruptura das instituições que ensejasse o feito, outra por entender ser de maior urgência um ajuste econômico no país, cabendo à Constituição vigente, no máximo ajustes, resolvidos por meio de Emendas Constitucionais. No seu entender seria uma ilusão, isso em virtude da complexidade de procedimentos, morosidade, e do recrutamento humano previsto para elaborar o texto, formando um Congresso Ordinário por igual distribuição de “sumidades, mediocridades e nulidades” (CAMPOS, 2018, p. 80).

Indicava que as projeções, aplainadas pelos apoiadores da Constituinte, geravam notória excitação na população, ávida por liberdades democráticas. As expectativas eram desde o controle inflacionário até às reformas políticas. O momento se assemelhava àquele que era declarado pelo Presidente Castelo Branco como “nacionalismo de fancaria” (CAMPOS, 1985, p. 83), igualmente apoiado pelas esquerdas, tal qual ocorrido em 1963 (CAMPOS, 1985).

Para Roberto Campos, na Assembleia Nacional Constituinte, as expectativas não eram positivas. Uma nova Constituição não resolveria os problemas como num passe de mágica. Dizia que os denominados “progressistas” pretendiam uma Carta intervencionista, de feições retrógradas, estabelecendo um Estado inchado, quando o mundo pretendia o contrário.

⁴ Em 06 de janeiro de 1985, publicou o artigo crítico, que tinha por título: Reservatório de utopias, relacionado à possibilidade de uma Assembleia Nacional Constituinte ser convocada para elaborar uma nova Constituição (CAMPOS, 1985, p. 79).

Pregavam o nacionalismo quando o planeta quer ser interdependente e até países socialistas estavam a disputar investimentos estrangeiros. Defendiam premissas da liberdade política, com vedações à liberdade econômica (reservas de mercado). Sem se preocupar com a base econômica, sinalizavam um Estado assistencialista, pesado e ineficiente, exercendo funções alheias aos princípios da subsidiaridade e da delegação, linhas de tendências mínimas a garantir um Estado estruturado, moderno e democrático (CAMPOS, 2018).

Segundo Roberto Campos, o princípio da subsidiariedade é dividido em sentido espacial e funcional. O viés espacial indica que o governo federal será responsável por fazer aquilo que o Estado não fizer; E o Município só fará aquilo que o cidadão não puder fazer. Por sua vez, no sentido funcional,

a intervenção do Estado no domínio econômico seria supletiva, excepcional e temporária. Suas tarefas naturais, para as quais já lhe escasseiam recursos e capacidade gerencial, seriam a ordem e a segurança e a provisão de bens públicos – saúde, saneamento, educação básica, assistência social, preservação do meio-ambiente (CAMPOS, 1987, p.124).

Como visto, o princípio da subsidiariedade, estabelece por padrão, a participação do Estado nas suas funções naturais, sendo para as demais, salvo as de supervisão e controle, sempre que possível, ideal optar por delegação. Caberia possibilitar a iniciativa privada atuar, inclusive no campo da previdência e na educação (CAMPOS, 2018).

Conforme anteriormente já destacado, Roberto Campos estabeleceu muitas discussões na Assembleia Nacional Constituinte, inclusive sobre a condução dos trabalhos, tanto que até ajudou a formar o chamado “Centrão” (KELLER; LEMOS, 2009). Várias das críticas foram dirigidas as indicações das Subcomissões da Constituinte. Esses relatores eram indicados tendo o PMDB como principal interlocutor. O Senador Mário Covas, líder do PMDB, dizia Roberto Campos, por vezes, impunha relatores “do bolso do colete” às Subcomissões, sendo muitos destes de viés ideológico de esquerda. Como fato

inusitado, fruto das “desamoráveis qualidades da desinformação econômica e agressividade ideológica” (CAMPOS, 2018, p.127) do relator, a Subcomissão de Ciência e Tecnologia, além de pretender a reserva de mercado, chegou a incluir no relatório a frase “o mercado integra o patrimônio nacional” (CAMPOS, 2018, p.128). Então, se cada nação for assim considerar, o comércio internacional, por óbvio, deixaria de existir, ficando, cada nação adstrita comercialmente às suas fronteiras. Sendo tomada a direção de internalizar ao invés de internacionalizar, os países europeus, defensores do Mercado Comum Europeu, estariam na contramão ao abrirem seus mercados. Contudo, o cenário fático, demonstrava o contrário, pois tais países estavam enriquecendo com a adoção do mercado comunitário (CAMPOS, 1987). Em relação à defesa de parte dos constituintes, em prol da “empresa nacional”, onde Roberto Campos divergia, classificando até de antagônica ao Código Comercial de 1850, afirmando que,

“Empresa nacional” é toda aquela que aqui se instala segundo nossas leis e dá trabalho a brasileiros. E se for eficiente e atualizada, será mais útil à nação que a de tupiniquins incompetentes. “Nacionalismo” é criar empregos, dizem os próprios socialistas franceses, mais “progressistas” que os nossos (CAMPOS, 1987, p.139).

A defesa expressa de “empresas nacionais” inviabiliza a captação de capitais estrangeiros para aplicação no país, que além da formação de empresas, viria acompanhado de novas tecnologias. A melhor defesa política é criar empregos, independente da etnia do empresário que os proporciona (CAMPOS, 1987).

Aos empreendedores estaria negada a liberdade em constituir suas empresas e sociedades com investidores estrangeiros, pois, caso sua participação não fosse majoritária, não poderia atuar na mineração ou na informática. Aos consumidores, as tarifas aduaneiras dos produtos importados inviabilizariam sua aquisição. Estavam propondo o engessamento das

liberdades, pois nas economias liberais, cabe ao consumidor, seu soberano, fazer as escolhas dos produtos que queira adquirir seja, nacional ou importado (CAMPOS, 1987).

Dessa forma, criticava Roberto Campos que o conteúdo da nova Constituição de 1988, já teria nascido velho e seria retrógrado, por exemplo, constar indicações de reserva de mercado quando a Europa estava em processo de integração, e falar em faixa de fronteira seria uma insensatez assim como a hostilizar a presença de capital estrangeiro nas empresas nacionais, principalmente na mineração (LEAL, 2019).

Apesar das reiteradas críticas de Roberto Campos, sobre os assuntos referentes à empresa nacional e reserva de mercado, defendidos pelos Constituintes, restou por constar na Constituição Federal de 1988, nos artigos 170, 171 e 176, referências de proteção à empresa nacional. O artigo 171 da Constituição (revogado pela Emenda Constitucional 06/1995) era o mais incisivo, estabelecendo diferenças de tratamento entre empresas de capital nacional e estrangeiro. As normas promulgadas pela Assembleia Nacional Constituinte tornaram o Brasil um país praticamente fechado aos investidores estrangeiros.

O monopólio do petróleo foi outro tema polêmico, onde a Subcomissão de Princípios Gerais da Ordem Econômica, buscava ampliar o monopólio de pesquisa e lavra, incluindo o refino, processamento e distribuição, tudo, segundo o relator, em nome da soberania nacional. Roberto Campos refutava este entendimento, era enfático em dizer que o monopólio do petróleo não era prática nos países ricos e só existia em países subdesenvolvidos. Ratificava, explicando que nenhuma das sete maiores potências mundiais (Estados Unidos, Japão, Alemanha Ocidental, França, Inglaterra, Itália, Canadá) adotam o monopólio do petróleo e ao que consta, suas soberanias não estariam comprometidas (CAMPOS, 1987)

Ao lado disso, era forte a preocupação de Roberto Campos sobre a Nova Carta, no sentido de que não se tornasse uma “Constituição Biodegradável”

(CAMPOS, 1987). Conduzia seu raciocínio em relação às muitas “garantias” propostas pelos Constituintes, chegando a estabelecer receios de o texto aprovado realmente ser cumprido. Para ele, existiam duas espécies de garantias, as não onerosas e as onerosas. As primeiras são a,

[...] liberdade de vida, de palavra, de pensamento, de religião e as garantias onerosas, como habitação, transporte e nutrição, que por exatamente serem onerosas devem levar em conta realisticamente a capacidade produtiva da sociedade (ALMEIDA, 2017, p. 168),

Evidente, portanto, que em relação às garantias onerosas, necessário ter prudência. Isso porque para pagar a conta o Estado precisa obter as receitas necessárias (CAMPOS, 1987).

Quanto à Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, Roberto Campos classificava como parte de um “besteirol constituinte”, uma nítida utopia, pretender elevação aos níveis de qualidade de vida das grandes nações, quase que por decreto. Estipulava o excesso de garantias onerosas impostas aos empregadores com a não especificação da contrapartida financeira para estes. Dessa forma, maximizar as benesses no texto constitucional, seria apenas afagos demagógicos aos trabalhadores, pois, aos olhos dos empregadores caracterizavam barreiras para a contratação. Com tantas garantias – custos arbitrados - constitucionais, sempre que possível, a automatização seria uma alternativa quase que necessária (CAMPOS, 1987). Especificamente sobre o direito de greve, com a consignação da ampla liberdade sindical, materializava-se mais um direito sem a contrapartida, pois se o empregado pode fazer greve, por que, em igualdade de direitos, o empresário não poderia fazer o *lockout*⁵? (CAMPOS, 1987)

Roberto Campos, não concordava ter a Constituição Federal o farto número de direitos determinados aos trabalhadores sem explicitar deveres.

⁵ *Lockout*: Quando o empregador não permite total ou parcialmente a entrada do empregado ao local de trabalho. No Brasil é prática legalmente vedada, conforme indicam o artigo 722 da CLT e o artigo 17 da Lei 7.783/89.

Corroboravam nas suas críticas, os termos aplicados com elevada frequência no texto constitucional:

A palavra produtividade só aparece uma vez no texto constitucional; as palavras usuário e eficiência figuram duas vezes; fala-se em garantias, 44 vezes, em direitos, 76 vezes, enquanto a palavra deveres é mencionada apenas quatro vezes. Para quem duvida da tendência antiliberal do texto basta lembrar que a palavra finalização é usada quinze vezes e a palavra controle nada menos de 22 vezes (CAMPOS, 1988, p. 242).

Afirmou contrariedade com o modelo estatizante e o que chamava de cultura antiempresarial. Estavam praticamente estimulando relações beligerantes entre o empresário e o trabalhador, aprovando compulsoriamente, “conquistas sociais”, algo que em países desenvolvidos se obtinha com negociações de mercado, sob as premissas de produtividade, aumento de receitas e indicativos de crescimento econômico (CAMPOS, 2019). Sobre o mesmo assunto, escreveu:

A simples expressão *conquista social* implica uma relação adversária, e não complementar, entre a empresa e o trabalhador. Inconscientemente ficamos todos impregnados da ideologia do *conflito de classes*. Elencam-se 34 direitos ao trabalhador e nenhum dever. Nem sequer o dever de trabalhar, pois é praticamente irrestrito o direito de greve, mesmo nos serviços públicos. Obviamente, ninguém teve coragem de incluir, entre os “direitos fundamentais”, o direito do empresário de administrar livremente sua empresa (CAMPOS, 2019, p. 1205).

Classificava o discurso sobre as “conquistas sociais” quase como um fenômeno de autossugestão, chegando a referir-se a qualidade dos Constituintes da seguinte forma “De um modo geral, o nível intelectual médio dos constituintes de 1988 terá sido talvez o mais baixo da história constitucional brasileira” (CAMPOS, 2019, p. 1205).

Prosseguia Roberto Campos em sua inconformidade com as inclusões aprovadas à Constituição, sob o nome de “conquistas sociais”. Afirmava que teriam os legisladores constituintes, esquecido estar legislando para

pouco mais da metade da massa de trabalhadores existente. Os demais estão na atividade produtiva, mas de maneira informal, a margem da lei e das garantias incluídas no texto. Configuram uma massa de não pagadores regulares de impostos. Ademais, esquecem os legisladores, que independente do texto da Constituição, os empresários decidirão se empregarão ou não os trabalhadores. Com o excesso de garantias aprovadas, decidir conceder uma vaga de emprego precisará muita reflexão. Facilitar a contratação deveria ser a regra e não o contrário. Do jeito que impregnavam a cultura antiempresarial na Constituição, estariam indicando ser o Brasil, um país ideal para não se investir (CAMPOS, 2019).

Além dos direitos dos trabalhadores, Roberto Campos, igualmente, criticou, no âmbito social, outras searas, merecendo destaque a previdência social, a saúde e a educação. Isso porque entendia ser o modelo proposto estatizante. (CAMPOS, 1987). Segundo ele, em previdência e saúde, estariam confundindo e misturando três coisas que precisam de fontes distintas de financiamento: a) A assistência social aos desvalidos, função do Estado; b) A previdência social, que deveria ser contributiva no sistema de capitalização; c) A saúde, com função distinta, parte estatal na medicina preventiva e controle de endemias e outra parte, na medicina curativa, com divisão de custos entre o setor público e privado (CAMPOS, 2019). Classificava a proposta apresentada como risível: uma em razão da integral gratuidade, considerada um direito de todos e um dever do Estado, sem a preocupação de quem vai pagar a conta; e outra, em virtude da pregação de grande parte dos constituintes em defesa da reserva de mercado, prestigiando estatais e monopólios, que impedem hospitais e indústrias estrangeiras de se instalarem no Brasil, prejudicando atendimentos aos doentes e também pesquisas científicas para eventuais tratamentos de doenças que ainda não tem o remédio que as debele (CAMPOS, 1987).

Sobre a educação, demonstrou a inconformidade com o modelo vigente, criticava os ditos “constituintes progressistas”, dizendo que “o dinheiro público

não teria de ir necessariamente para o ensino público, mas, para a escola de escolha do contribuinte” (CAMPOS, 2019, p. 1207), ratificando a necessidade de adoção de um modelo mais liberal. Invocava o texto da Constituição de 1967, que estabelecia a obrigatoriedade e gratuidade do ensino dos 7 aos 14 anos em estabelecimentos oficiais, ressalvando, contudo, a gratuidade apenas àqueles que demonstrassem, capacidade acadêmica e insuficiência de recursos econômicos (CAMPOS, 2019). Defendeu que o aluno, pobre e com comprovada insuficiência econômica, recebesse uma bolsa (*voucher*) de educação não reembolsável no caso do ensino secundário e profissional, e reembolsável no caso do ensino superior. O Aluno teria livre escolha entre o sistema público e o sistema privado (CAMPOS, 1987). O fato subsidiariamente acarretaria uma saudável concorrência entre os dois sistemas de ensino. Eventual sobra da estrutura pública educacional, poderia ser utilizada para pesquisas e produções científicas (CAMPOS, 1988).

Especificamente sobre o sistema universitário, as críticas de Roberto Campos são destinadas à pequena produtividade de pesquisas científicas inovadoras e a baixa relação proporcional, existente na época, entre professor e alunos, com cerca de 7 alunos por professor. Acrescentou também a percepção de estarem as universidades públicas perdendo o senso de disciplina, entregando-se seu corpo docente e discente ao grevismo e ao “assembleísmo”. O estudante, que deveria estar lá para estudar, está sendo cooptado a participar movimentos grevistas e manifestações sociais. Ocupam-se de modo diverso do tempo destinado ao aprendizado. Ao invés de habilitarem-se profissionalmente, tornam-se preparados ativistas ideológicos.

Outra deformidade, ainda no que tange ao ensino superior, como já tratado anteriormente, é a universidade gratuita, tida como uma vertente democrática de acesso, fator que parece diverso, pela desigualdade verificada: os filhos ricos estudam nas melhores escolas particulares, não trabalham, pagam cursinhos e se classificam para acessar universidade pública gratuita;

já os filhos pobres, estudam em escola pública, trabalham, não podem pagar o cursinho e, na maioria das vezes, não se classificam para a universidade pública, sendo obrigados a estudar à noite a suas expensas, em universidades privadas. Reitera a ideia da bolsa (*voucher*) ao estudante, destinado aos reconhecidamente pobres, com a oportunidade de optar pela universidade pública ou privada. Diante disso e como uma consequência acessória, a prática do grevismo, muito utilizada nas universidades públicas, seria desestimulada, pois estaria num regime de livre escolha e concorrencial com a universidade privada (CAMPOS, 1988).

Na essência, a voga do discurso político dos constituintes absorveu o viés ideológico esquerdista, visivelmente estatizante, intervencionista e assistencialista. O discurso mostrava-se antagônico à percepção popular que não via o Estado como um doador de recursos, mas sim, um arrecadador, onde os mais beneficiados eram os assistentes ao invés de os assistidos. Nas palavras de Roberto Campos, este Estado: “[...] não é tripulado por missionários e sim por um misto de funcionários e corsários” (CAMPOS, 1987, p. 167).

No “Brasil Constituinte”, a maioria dos brasileiros percebia a dualidade de opiniões entre direitistas e esquerdistas, os chamados “conservadores” e “progressistas”. Para Roberto Campos, o momento indicava outra dualidade, ou seja, os “arcaicos” e os “modernizantes”, onde os primeiros defendiam a “economia de comando” e os outros a “economia de mercado” (CAMPOS, 1986, p. 107). Criticava a incoerência retórica da esquerda brasileira que ia de encontro à ideologia propagada por outros países ao redor do mundo. Enquanto no Brasil os esquerdistas brigam pela reserva de mercado, seus “companheiros” soviéticos (União Soviética) convidavam a *Occidental Oil Company*, para lá construir um polo petroquímico, no valor estimado de 6,5 bilhões de dólares (investimento superior aos valores até então aplicados na petroquímica no Brasil), e, continuou,

A “Perestroika” de Gorbachev, e a “Kaifang” (política de portas abertas) de Deng Xiaoping, constituem utopias modernizantes, inclusive na política de informática, se confrontadas com a paralisia mental dos nossos “progressistas”, esses “hábeis imbecis”, segundo a definição de Vargas Llosa, que adquiriram “a arte diabólica de poder provar tudo aquilo em que acreditaram e de acreditar em tudo aquilo que podiam provar” (CAMPOS, 1987, p.170).

Citava, ainda, o exemplo chinês, posto que a China, em abril de 1982, aprovou Emenda Constitucional, autorizando a abertura de mercado ao capital e tecnologias estrangeiras. A União Soviética já teve a “Glasnost” (transparência) e a “Perestroika” (reestruturação). Tais transformações demonstram que, na época, até mesmo os maiores ícones do socialismo se renderam ao capitalismo (CAMPOS, 1988). Então, não reconhecer a falência desse sistema deve ser fruto da teimosia ou talvez desinformação das ruidosas e falantes esquerdas (CAMPOS, 1987).

Assim, foram elencadas as relevantes considerações críticas de Roberto Campos dirigidas à elaboração e à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com ênfase nas áreas econômica e social. Na próxima seção se analisará em que medida as críticas, de fato, deveriam ter sido observadas, eis que, o cenário por ele exposto, se cristalizou (ou não) nos anos que seguiram a promulgação da Constituição de 1988.

3 UMA ANÁLISE DA ADERÊNCIA E PLAUSIBILIDADE DAS CRÍTICAS DE ROBERTO CAMPOS ÀS SEARAS SOCIAIS E ECONÔMICAS PREVISTAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988, 30 ANOS APÓS A SUA PROMULGAÇÃO

Na análise da aderência e plausibilidade das críticas à Constituição de 1988, com ênfase nos Direitos sociais e econômicos, importante indicar a informação lamentada e revelada pelo próprio Roberto Campos em relação às votações finais ocorridas na Assembleia Nacional Constituinte. O chamado “Centrão” esmoreceu às esquerdas, dotadas “de duas armas importantes: a intimidação semântica e a adulação insidiosa” (CAMPOS, 1987, p.170),

deixando aprovar várias proposições de viés “social-estatizante” (CAMPOS, 1988, p. 242), inclusive de reserva de mercado. Segundo Roberto Campos, a fadiga e a exaustão das Subcomissões, deixaram “passar” e aprovaram, sem muitas discussões, algumas propostas com o fim de acelerar os trabalhos. O fato permitiu votações por “acordos de liderança”, assim declarado:

Num auge de irresponsabilidade, foi aceita a votação por “acordos de liderança”, podendo-se arguir que por isso a Constituição nascerá inconstitucional. Nos acordos de liderança, os sete líderes de esquerda, que representam a si mesmos ou a alguns míseros gatos pingados, contavam tanto como os líderes de partidos expressivos com a vantagem adicional de maior agressividade (CAMPOS, 1988, p. 242).

Verifica-se, pois, que, a Constituição de 1988, a Lei Maior do Brasil, acabou tendo partes aprovadas com mínima representatividade, por acordo de lideranças de partidos, independentemente do número de constituintes que cada sigla possuía. Cabe lembrar, conforme detalhado na seção anterior que dos 559 constituintes, de 13 partidos, o PMDB tinha 303 representantes, o PFL 135 (juntos 78%) e, os restantes 11 partidos, incluindo os de esquerda, tinham 121 representantes (22% de representatividade nominal). Assim, os “gatos pingados” se transformaram em uma “chuva de votos”.

Percebe-se, com nitidez, devido os fatos retro relatados, serem aderentes às críticas de Roberto Campos a elaboração da Nova Constituição, enfatizando que além de inoportuno por falta de ruptura das instituições, tratar-se de um processo complexo e moroso, de necessária capacidade e qualificação dos Constituintes.

Hodiernamente, a Constituição de 1988 chega aos seus mais de 30 anos já tendo sido emendada, em 01 de agosto de 2022, em 125 oportunidades (BRASIL, 2022). A maioria das Emendas Constitucionais promulgadas até o momento se operaram na seara econômica. Algumas dessas Emendas alteraram substancialmente a identidade da Constituição, concedendo espaços para a

liberalização da economia, inclusive abrindo a privatizações e proporcionando integração ao mercado internacional (VIEIRA; BARBOSA, 2018).

O caso da reserva de mercado para as empresas nacionais, ponto contestado e criticado por Roberto Campos durante a Constituinte, é um exemplo concreto de alteração substancial que sofreu o texto original. A Emenda Constitucional nº 6 de 15/08/1995 veio “corrigir” as chamadas distorções na ordem econômica brasileira, retirando as restrições ao capital estrangeiro. O “imperativo” artigo 171 da Constituição foi extinto; o art. 170, inciso IX, passou a prever tratamento especial a empresas de pequeno porte com sede e administração no Brasil, constituídas sob as leis brasileiras; o art. 176, § 1º, passou a permitir que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, sejam concedidas e autorizadas a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensando-se a exigência de controle do capital nacional (BRASIL, 1995).

No que tange aos Direitos Sociais Roberto Campos criticava o excesso de garantias onerosas com a não especificação da contrapartida financeira para elas (CAMPOS, 1987). Ressalte-se que as percepções chamam a atenção pela confirmação das intenções estatizantes incluídas no Texto Constitucional. Especificamente em relação aos direitos dos trabalhadores, percebe-se haver pertinência nas observações críticas de Roberto Campos, avalizadas por Ney Prado quando observava,

os chamados avanços sociais representam custos: sobre o total da massa trabalhadora pesam os custos do desemprego; sobre uma boa parte das empresas pesam os custos da sobrevivência; sobre os consumidores pesam os custos do aumento no preço dos produtos; sobre o Estado pesam os custos pela perda da receita; e sobre a economia do País pesam os custos pela impossibilidade de competir no mercado internacional globalizado. (PRADO, 2017, p. A2)

As críticas pronunciadas por Roberto Campos e Ney Prado, após quase 30 anos, representam encontrar afinidade no executivo federal. Após

o impeachment de 2016, assumiu a presidência da República, Michel Temer. O novo Presidente, com as limitações contidas no artigo 7º da Constituição, aprovou medidas reformadoras na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. A reforma pretende flexibilizar o mercado de trabalho e simplificar as relações entre empregados e empregadores. A Lei 13.467, alterou regramentos sobre remuneração, jornada de trabalho, acordos coletivos, contribuições sindicais, onde se destacam: I) O pagamento da contribuição sindical (art. 582, CLT) que até então era obrigatória, passou a ser facultativa (equivalente ao valor de 1 (um) dia de trabalho no mês de Março de cada ano); II) Foi aprovada a possibilidade da jornada de trabalho chamada de 12 x 36, correspondente a 12 horas de trabalho e 36 de descanso (art. 59-A, CLT), além da jornada padrão existente de 8 horas diárias e 44 horas semanais (art. 58, CLT); III) Foi autorizado o trabalho intermitente (art.452-A, CLT), obrigatoriamente escrito, com remuneração da hora de trabalho não podendo ser inferior ao salário mínimo (ou ao do salário da função exercida, pago no estabelecimento que preste serviços), dando flexibilidade ao trabalhador para ter mais de um contrato de trabalho, e ao empregador para convocar o trabalhador quando necessário; IV) As férias (art. 134, CLT), poderão ser parceladas em até 3 vezes (dos períodos de férias, um deles não poderá ser inferior a 14 dias corridos e dos outros nenhum poderá ser inferior a 5 dias corridos cada um); V) Os acordos coletivos (art. 611-A, CLT) passaram a prevalecer sobre a legislação, respeitados os direitos constitucionais (13º, férias, etc.); VI) Horas *in itinere* (art. 58, §2º, CLT): O tempo de deslocamento (trajeto ou percurso) do trabalhador, de casa para o trabalho e retorno, não mais é computado na jornada de trabalho, mesmo em locais de difícil acesso (não considera mais tempo a disposição do empregador) (BRASIL, 2017).

No mesmo conceito de simplificar as exigências da legislação trabalhista, com o intuito de facilitar a empregabilidade, foi editada a Medida Provisória

(MP) 905/2019⁶. Referida Medida Provisória dispunha sobre o chamado Contrato de Trabalho Verde Amarelo prevendo uma série de benefícios a jovens em primeiro emprego, de 18 a 29 anos (BRASIL, 2019).

Percebe-se que embora não tendo sido alterada a Constituição Federal para reduzir direitos trabalhistas que foram constitucionalizados, o certo é que a legislação infraconstitucional nos limites que lhe são permitidos pela “Lei Maior” o fez. Isso demonstra que as críticas de Roberto Campos estavam trilhando o caminho correto no sentido de que, as leis trabalhistas estariam concedendo direitos demasiadamente onerosos a serem suportados pelos empregadores, prejudicando a geração de novos empregos.

No que tange à Previdência Social, as críticas de Roberto Campos, sobre o modelo em vigor, desprovido da livre escolha entre o modelo público ou privado, e, da universalidade na cobertura e não nas contribuições, fazem sentido. Os constituintes aprovaram um texto de ordem paternalista, onde o Estado é o provedor de tudo, independente da origem das receitas, sem dizer quem iria pagar a conta (CAMPOS, 1988).

As modificações no âmbito da previdência começaram na aposentadoria e benefícios em relação aos servidores públicos. Foram promulgadas várias Emendas Constitucionais, iniciando pela de nº 20 de 15 de dezembro de 1998 e seguidas pelas Emendas Constitucionais de nº 41 de 2003, a de nº 47 de 2005, a de nº 70 de 2012, e a de nº 88 de 2015. Esta última aumentou para 75 anos o limite de idade de aposentadoria compulsória dos ministros dos Tribunais Superiores, permitindo também que, por meio de Lei Complementar, fosse adotado o mesmo de idade para os demais servidores públicos (CASTRO; LAZZARI, 2020).

A principal Emenda Constitucional, que atingiu a maioria dos trabalhadores privados e os servidores públicos, respectivamente vinculados

⁶ Em 20/04/2020, o Presidente da República Jair Bolsonaro, revogou a MP 905/2019.

ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e ao Regime Público de Previdência Social (RPPS), foi a de nº 103, de 12 de novembro de 2019⁷. Nas discussões acerca da aprovação da proposta de Emenda Constitucional (que deu ensejo a Emenda nº 103), foi apreciado inclusive o sistema de capitalização, que não foi aceito pelos parlamentares (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Para servidores públicos (RPPS), as principais modificações são: I) A alteração da idade e tempo mínimo de contribuição para aposentadoria; II) A modificação dos critérios de cálculo da renda de aposentadoria (inclusive por invalidez) e pensão; III) Tempo mínimo de contribuição: 20 anos para homens e mulheres. As principais alterações promovidas pela Emenda 103/2019, para os trabalhadores privados (RGPS) são: I) Idade mínima para aposentadoria de homens 65 anos e 62 anos para mulheres – Trabalhadores rurais, 55 anos mulheres e 60 anos para homens – Professores, 57 anos mulheres e 60 anos homens – Policiais e Agentes Penitenciários, 55 anos para homens e mulheres; II) Tempo mínimo de contribuição (regra geral): 15 anos para mulheres e 20 anos para homens; III) Valor da aposentadoria será calculado com base na média de todo o histórico de contribuições do trabalhador; IV) Alíquotas de contribuição vão de 7,5 a 14%; V) Pensão por morte: Benefício familiar será de 50% do valor calculado mais 10% por dependente, até o limite de 100% para 5 ou mais dependentes (G1, 2019).

As alterações promovidas pela EC 103/2019, produzem efeito na maioria dos benefícios concedidos tanto pelo RGPS quanto pelo RPPS, atingindo as regras para aposentadorias e benefícios, bem como do valor a ser recebido. A preocupação com a solvência do sistema previdenciário não está sanada, dependendo de uma gestão eficiente e comprometida, aliada a uma positiva reforma tributária (CASTRO; LAZZARI, 2020).

⁷ Ficaram de fora dos efeitos da Emenda Constitucional, as regras aplicadas as Forças Armadas e parte dos servidores estaduais e municipais (CASTRO; LAZZARI, 2020).

As determinações do Título VIII - Da Ordem Social, constantes do Capítulo II, Seção II, escritas do artigo 196 ao artigo 200 da Constituição, tratam especificamente da saúde. O artigo 196 é geral e integral, quando diz “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (BRASIL, 1988). Roberto Campos, ainda na Constituinte, referia-se como risível a proposta apresentada e completava “[...] promete-nos uma seguridade social sueca com recursos moçambicanos” (CAMPOS, 1988, p. 224). A razão é simples, com gastos universais sendo custeados pelo Estado e receitas sendo efetivadas por alguns, não há como fechar a conta, sendo o *déficit* inevitável e o Estado chamado para comparecer na repartição dos custos de forma solidária. Nesse sentido, para melhorar o fluxo dos recursos destinados à saúde, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 29/2000, que definiu e estabeleceu as bases de cálculo e os percentuais mínimos dos recursos orçamentários a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde (CAMPELLI; CALVO, 2007).

Apesar de todas as dificuldades orçamentárias, o Sistema Único de Saúde (SUS), principalmente atendendo as camadas mais pobres da população, conseguiu superar positivamente a situação existente, na seara da saúde, antes do advento da Constituição Federal de 1988. Além disso, é importante enfatizar o seu alcance, pois leva o atendimento a muitos lugares, principalmente do interior do Brasil, onde tal é a única alternativa de atendimento básico de saúde. Há, também, atendimentos especializados no caso da AIDS e nos procedimentos mais complexos relacionados ao transplante de órgãos, por exemplo, (IBGE, 2018). É de necessário destaque a positiva atuação do Ministério da Saúde, via SUS, com maiúsculos investimentos no enfrentamento à pandemia causada pela Covid-19 e na elaboração do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 – PNO (BRASIL, 2021).

Na educação, as críticas de Roberto Campos, anteriormente externadas às universidades públicas, destinavam-se, principalmente, à

baixa produtividade na relação proporcional professor aluno de cerca de 7 às poucas pesquisas científicas inovadoras; à entrega do seu corpo docente e discente ao grevismo e “assembleísmo”. Assim os estudantes, que deveriam estar lá para estudar, deformavam seu foco, sendo “mais preparados para a agitação política que para o esforço acadêmico” (CAMPOS, 1988, p.178). Roberto Campos indicava com insistência a necessidade da adoção do sistema de *vouchers* de educação, conforme definido na seção anterior.

Quanto às greves de professores e de alunos, inclusive com históricos de invasões de escolas e universidades públicas por alunos, há vários acontecimentos, o que se pode vislumbrar com as manchetes dos sítios e periódicos das quais cabe elencar algumas: I) No ano de 2012, precisamente em 13 de setembro, era divulgada a notícia da, até então, maior greve de professores de setor público de ensino superior no Brasil, que durava 120 dias. O movimento dos docentes pretendia melhores salários. Consta que no pico da greve chegaram a paralisar atividades 57 das 59 universidades e 34 dos 38 institutos mantidos pela União (VEJA, 2012); II) Em 2015, no dia 13 de outubro de 2015, após 139 dias de greve, retornaram ao trabalho, os professores e funcionários técnico-administrativos das universidades e institutos federais. As reivindicações da paralisação eram valorização salarial e melhores condições de trabalho (G1, 2015); III) No ano de 2016, em 26 de outubro, foram ocupadas por estudantes, 1022 escolas e 84 universidades e institutos públicos, de 19 Estados e do DF. Todos protestavam contra a Medida Provisória (MP) 746, que estabelece mudanças no ensino médio e contra a Proposta de emenda a Constituição (PEC) 241, que limita por 20 anos os gastos públicos (CASTRO, 2016); IV) No ano de 2019, dia 2 de outubro, o sítio GAUCHAZH, informa que quase a totalidade das universidades federais do Estado do Rio Grande do Sul realizaria a paralisação, de 48 horas, convocada pelo Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (Andes-SN), em protesto a política de educação do Governo Federal e em defesa da educação, ciência e tecnologia (GAUCHAZH, 2019).

Com a contumácia das greves e manifestações que prejudicam o bom andamento do ensino público, voltou a ser lembrada a possibilidade de utilização do sistema de *vouchers* na educação. Marcel Van Hattem, por exemplo, enquanto deputado estadual, em 09 de junho de 2016, fez na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, pronunciamento com o título: “Precisamos falar sobre *vouchers* na educação – e outros tabus” (VAN HATTEM, 2018, p.123). Em seu relato sobre o discurso, disse:

Em meados de 2016, partidos políticos e sindicatos, infiltrados entre professores e entre o movimento estudantil, mobilizaram estudantes por todo o Brasil, para que invadissem escolas e de lá não saíssem. Chamavam de ocupações, mas eram invasões ilegais, criminosas. O subterfúgio das invasões era a qualidade do ensino. Embora todo mundo soubesse que a coisa toda era uma reação ao impeachment de Dilma Rousseff e ao fim da farra do PT, fiz questão de responder aos pontos técnicos reivindicados pelos baderneiros invasores, a respeito da qualidade do ensino. E o fiz de várias formas. Uma delas foi falando sobre a proposta de *vouchers* na educação (VAN HATTEM, 2018, p.123).

O deputado demonstrou na tribuna da Assembleia Legislativa, sua indignação com as invasões de escolas e prédios públicos sob o pretexto da qualidade de ensino quando o viés seria político-ideológico. Fez uma análise com base nos custos da educação em escolas privadas e também no sistema de ensino público estadual. Referiu-se aos custos, gestão deficiente e a influência perniciosa dos sindicatos, especialmente o Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul Sindicato dos Trabalhadores em Educação (CPERS SINDICATO). Indicou como solução para melhoria do ensino, a adoção dos *vouchers* para a educação. Assim, os pais dos alunos poderiam escolher a escola dos seus filhos, entre o sistema público e privado (VAN HATTEM, 2018).

Embora, em pontos específicos, tomando, por exemplo, a saúde, e mais especificamente o Sistema Único de Saúde (SUS), onde, apesar de todas as dificuldades orçamentárias que enfrenta, há uma melhora em

relação ao período anterior a vigência da Constituição de 1988, na maioria das críticas oferecidas por Roberto Campos à Constituição, há a pertinência, principalmente nos direitos sociais e econômicos. Nesse sentido, situam-se questões atinentes à previdência social, aos direitos dos trabalhadores, à liberdade econômica e à educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas de Roberto Campos a elaboração de uma nova Constituição, já eram dirigidas desde o período pré-constituente. Indicava duas ressalvas: primeiro, não ter havido uma ruptura que ensejasse o feito; segundo, pela necessidade de fazer um ajuste econômico no país anteriormente à elaboração de uma nova Constituição, pois, a vigente, no máximo precisaria de ajustes pontuais, que poderiam ser realizados por meio de Emendas Constitucionais.

Roberto Campos, Senador pelo Estado do Mato Grosso, apesar de crítico da elaboração da nova Constituição, integrou a Assembleia Nacional Constituinte, com ativa participação no processo de sua elaboração, principalmente na área econômica, em defesa da iniciativa privada, da liberdade econômica e da inserção do Brasil no contexto internacional da economia, com estabilidade monetária e redução da influência do Estado nas atividades produtivas.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 criticado por Roberto Campos, contava com um substancial gama de direitos, no propósito de combater as desigualdades sociais. Paralelamente, a Carta informava cláusulas economicamente restritivas, baseadas em modelo estatizante, corporativista e patrimonialista, com defesa dos monopólios, empresa nacional, benefícios a sindicatos e servidores públicos.

Passados 30 anos da Promulgação da Constituição, percebem-se alterações, nos direitos sociais e econômicos: saúde, educação, reserva de mercado, direitos trabalhistas e previdência social.

Na reserva de mercado para empresas nacionais, a Emenda Constitucional nº06/1995 trouxe alterações substanciais na ordem econômica brasileira. Foram extintas restrições ao capital estrangeiro, permitida a pesquisa e a lavra de minérios e o uso recursos de potencial hidráulico, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, não exigia mais o controle de capital nacional.

Nos direitos trabalhistas, criticados pelo excesso de garantias onerosas e falta de especificação da contrapartida financeira para elas, ocorreram “reformas” pela Lei 13.467/2017. Destaca-se que as alterações realizadas não ocorreram na Constituição, mas naquilo em que a “Lei Maior” permitia disciplinar, com o intuito de flexibilizar e simplificar o mercado de trabalho e as relações entre empregados e empregadores.

A previdência social foi reformada, com substanciais alterações, produzindo efeitos na maioria das aposentadorias e benefícios a serem concedidos, atingindo o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Público de Previdência Social (RPPS). Ficaram de fora dos efeitos da reforma da previdência, as regras aplicadas as Forças Armadas e parte dos servidores estaduais e municipais, e, ainda, não foi incluída a possibilidade do sistema privado de capitalização.

Na saúde, mesmo com a sistemática dificuldade de recursos até os dias atuais, com a Emenda Constitucional nº 29/2000, já teve redução parcial do *déficit*, com modificações que estabeleceram as bases de cálculo e os percentuais mínimos de recursos orçamentários a ela destinados. Importante destacar os bons resultados do Sistema Único de Saúde (SUS) quando comparados com o sistema de saúde anterior à vigência da Constituição de 1988, inclusive a destacada atuação, sendo o SUS, protagonista nas ações de enfrentamento a pandemia causada pela Covid-19.

Na educação, a situação criticada por Roberto Campos, pouco se alterou. As universidades públicas seguidamente são palco de greves e

manifestações. O ingresso na universidade pública continua a ocorrer na criticada forma de ingresso que “igual” os ricos que frequentam as melhores escolas e cursinhos, concorrendo com os pobres que não tem as mesmas condições. A forma mais adequada seria a distribuição do *voucher* de educação aos alunos com comprovada capacidade acadêmica e insuficiência de recursos que poderiam escolher entre o ingresso na universidade pública ou privada. Situação esta que já foi levada à debate novamente no âmbito do parlamento gaúcho, mais recentemente.

Assim, se cristalina a aderência da maioria das críticas dirigidas por Roberto Campos à Constituição de 1988. Isso confirma seu conhecimento e capacidade de fazer uma leitura mais aprofundada, em relação ao momento da elaboração e promulgação, das Normas da Constituição vigente. Só pessoas intelectualmente diferenciadas conseguem tal amplitude de percepção e, infelizmente, por vezes não conseguem convencer os pares de “Assembleia” para que façam as correções cabíveis, tendo em vista argumentos técnicos.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Discurso de recepção do Acadêmico Roberto Campos**, 1999. Disponível em: <http://www.academia.org.br/academicos/roberto-campos/discurso-de-posse>. Acesso em: 10 out. 2019.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Morre Roberto Campos**, 2001. Disponível em: <http://www.academia.org.br/noticias/morre-roberto-campos>. Acesso em: 1 dez. 2019.

ALMEIDA, Paulo Roberto. **A constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. Organizado por Paulo Roberto de Almeida. São Paulo: LVM Editora, 2018.

ALMEIDA, Paulo Roberto de (org). **O homem que pensou o Brasil**: trajetória intelectual de Roberto Campos. 1. ed. – Curitiba: Appris, 2017.

BRASIL. 30 anos da Constituição da Cidadania. Brasília: **Congresso Nacional**, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html?utm_source=WhatVDigital&utm_medium=banner&utm_content=Tecnologia&utm_campaign=noticiasutm_source=WhatVDigital&utm_medium=banner&utm_content=Tecnologia&utm_campaign=noticias. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. A pedido do Senado, governo revoga MP do Contrato Verde e Amarelo. Brasília: **Senado Federal**, Senado Notícias, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/20/a-pedido-do-senado-governo-revoga-mp-do-contrato-verde-e-amarelo>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Ato Institucional nº 5. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10801, 13 dez. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Biografia Roberto Campos. Brasília: **Congresso Nacional**, 1988. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/parlamentaresconstituintes/senadores/constituicao20anos_bioconstituintes?pk=102462 Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, DF, p. 11937, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 8865, 20 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 13 nov. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 17422, 28 nov. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc100.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 6. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 12353, 16 ago. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 88. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 2, 8 maio 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Emendas Constitucionais. Brasília: **Presidência da República** – Casa Civil, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 29 jun. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 905. Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 5, 12 nov. 2019. (Vigência encerrada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Ministro do Supremo conta história das Constituições do país. Brasília: **Supremo Tribunal Federal**, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 – PNO. Brasília: **Ministério da Saúde**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/vacinas/plano-nacional-de-operacionalizacao-da-vacina-contra-a-covid-19>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Vacinação, pesquisa e transferência: iniciativas da Saúde fortalecem o SUS no combate à covid-19. Brasília: **Fundo Nacional de Saúde** – FNS, Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: <https://portalfns.saude.gov.br/vacinacao-pesquisa-e-transferencia-iniciativas-da-saude-fortalecem-o-sus-no-combate-a-covid-19/#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20tamb%C3%A9m,a%20covid%2D19%20no%20Brasil.&text=O%20fortalecimento%20do%20acesso%20da,da%20Sa%C3%BAde%20durante%20a%20pandemia> Acesso em: 29 jul. 2022.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional nº. 29 no Brasil. In: **Cad. Saúde Pública** vol.23 no.7 Rio de Janeiro July 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000700012>. Acesso em: 25 abr. 2020.

CAMPOS, Roberto. A revolução discreta. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 193-196.

CAMPOS, Roberto. Como extrair a vitória das mandíbulas da derrota. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 165-168.

CAMPOS, Roberto. Dando uma de português. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 246-249.

CAMPOS, Roberto. Democracia e democratie. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 239-242.

CAMPOS, Roberto. Ensaio de realismo fantástico. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 104-108.

CAMPOS, Roberto. Nosso querido nosicômio. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 82-84.

CAMPOS, Roberto. O “besteirol” constituinte - I. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 127-131.

CAMPOS, Roberto. O “besteiro” constituinte - II. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 132-136.

CAMPOS, Roberto. O bebê de Rosemary. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 137-141.

CAMPOS, Roberto. O escândalo da universidade. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 176-179.

CAMPOS, Roberto. O radicalismo infantojuvenil. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 114-117.

CAMPOS, Roberto. Pianistas no Titanic. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 118-121.

CAMPOS, Roberto. Por uma constituição não biodegradável. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 122-126.

CAMPOS, Roberto. Progressismo improdutivo. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 169-172.

CAMPOS, Roberto. Reservatório de utopias. *In*: ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 79-81.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CASTRO, Fabio de. **1022 escolas e 84 universidades ocupadas em 19 estados e em Brasília**, 2016. Disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-1022-escolas-e-84-universidades-ocupadas-em-19-estados-e-em-brasilia,10000084398>. Acesso em: 25 abr. 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. **Por uma Assembleia Nacional Constituinte independente e exclusiva**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-27/interesse-publico-assembleia-nacional-constituente-independente-exclusiva>. Acesso em: 21 mar. 2020.

G1. **Após 5 meses, universidades federais encerram greve a partir desta terça**, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/10/apos-5-meses-universidades-federais-encerram-greve-partir-desta-terca.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

G1. **Saiba o que muda com a reforma da Previdência**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/11/12/saiba-o-que-muda-com-a-reforma-da-previdencia.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2020.

GAUCHAZH. **Maioria das universidades federais do Estado participa de greve de 48 horas**, 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2019/10/maioria-das-universidades-federais-do-estado-participa-de-greve-de-48-horas-ck19e7734026s01n3pihtn0a8.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

KELLER, Vilmar; LEMOS, Renata. Roberto de Oliveira Campos, 2009. *In*: **FGV/CPDOC** Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/brasilia/dhbb/Roberto%20Campos.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

LEAL. Saul Tourinho. **Roberto Campos contra a Constituição**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ConversaConstitucional/113,MI303657,41046-Roberto+Campos+contra+a+Constituicao>. Acesso em: 04 Jun. 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, André Magalhães. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. In: **FGV/CPDOC**, 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituente-de-1987-88>. Acesso em: 16 out. 2019.

PRADO, Ney. **Constituição de 1988 e a crise fiscal**. O Estado de São Paulo, n. 45102, 12/04/2017. Espaço Aberto, p. A2. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/534523/noticia.html?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: **A Gênese do Texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal. Organizada por João Alberto de Oliveira Lima; Edilenice Passos; João Rafael Nicola — Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

VEJA. **Greve das universidades federais completa 120 dias**, 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/greve-das-universidades-federais-completa-120-dias/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

VAN HATTEM, Marcel. **Somos nós com uma voz: do megafone à tribuna defendendo a liberdade, o Estado de direito e a democracia**. São Paulo: LVM Editora, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. *Novos estud. CEBRAP* vol.37 no.3 São Paulo set./dez. 2018 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000300375&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 25 abr. 2020.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DECISÃO JUDICIAL E A (NOVA) PERSPECTIVA ÉTICA NECESSÁRIA AO PÓS-HUMANISMO

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DECISIÓN JUDICIAL Y LA (NUEVA) PERSPECTIVA ÉTICA NECESARIA AL POSTHUMANISMO

Afonso Vinício Kirschner Frohlich

Resumo: A Inteligência Artificial (IA) influencia, atualmente, áreas e setores inteiros da economia e da sociedade, transformando conceitos e remodelando instituições. É ela uma das tecnologias propulsoras de um movimento que ultrapassa o humanismo e alcança uma nova perspectiva, a do pós-humanismo. Nesse cenário de incertezas, é necessário não só reforçar o paradigma ético como fazer emergir uma Ética própria e atual: a Ética aplicada à IA. A observância dessa nova perspectiva é indispensável quando se fala em desenvolvimento e utilização da IA nas decisões judiciais e, por isso, este artigo pretende enfrentar a seguinte problemática: em que medida a utilização de Sistemas de Inteligência Artificial na decisão judicial demanda uma (nova) perspectiva ética? Para responder a este questionamento, utilizando-se uma metodologia fenomenológica-hermenêutica, objetiva-se: (a) contextualizar a perspectiva pós-humanista do atual estágio de desenvolvimento da IA; (b) estudar a necessidade de uma nova perspectiva ética frente ao panorama atual da Inteligência Artificial; (c) entender quais são os motivos de preocupação na utilização da IA na decisão judicial; e (d) questionar se é possível adicionar a perspectiva ética na relação entre IA e decisão judicial. Ao final, reforça-se a necessidade de se caminhar rumo a uma decisão judicial que, mesmo utilizando tecnologia de ponta, permaneça colocando o ser-humano no centro de qualquer discussão.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Decisão Judicial; Pós-Humanismo; Ética.

Resumen: *La Inteligencia Artificial (IA) influye, actualmente, en áreas y sectores enteros de la economía y de la sociedad, transformando conceptos y remodelando instituciones. Es ella una de las tecnologías impulsoras de un movimiento que va más allá del humanismo y alcanza una nueva perspectiva, el posthumanismo. En este escenario de incertidumbres, necesario es no solo reforzar el paradigma ético sino también sacar a relucir una Ética exclusiva: la Ética aplicada a la IA. La observancia de esta nueva perspectiva es fundamental cuando se habla del desarrollo y utilización de IA en las decisiones judiciales y, por ello, este artículo aborda el siguiente problema: ¿en qué medida la utilización de Sistemas de Inteligencia Artificial en la decisión judicial demanda una (nueva) perspectiva ética? Para contestar esta pregunta, utilizando un método “fenomenológico-hermenéutico”, objetiva-se: (a) contextualizar la perspectiva posthumanista del actual momento de desarrollo de IA; (b) estudiar la necesidad de una nueva mirada ética frente al escenario actual de la IA; (c) comprender cuáles son los motivos de preocupación en el uso de IA en la decisión judicial; y (d) cuestionar se es necesario añadir la perspectiva ética en la relación entre IA y decisión judicial. Al final, se pretende reforzar la necesidad de luchar por una decisión judicial que, mismo que utilice tecnología de punta, permanezca colocando el ser-humano en el centro de cualquier discusión.*

Palabras-clave: *Inteligencia Artificial; Decisión Judicial; Posthumanismo; Ética.*

INTRODUÇÃO

“Podem as máquinas pensar?”. Esse simples questionamento, proposto por Alan Turing no ano de 1950 (TURING, 1950)¹, serviu de estopim para os estudos sobre as possibilidades de uma mente artificial. Desde o artigo paradigmático do pai da Inteligência Artificial, a tentativa de elaboração de máquinas inteligentes teve como objetivo principal a busca por construir agentes artificiais capazes de atingir um nível de raciocínio intelectual igual - ou ao menos similar - ao humano. Essa tentativa não parece desconexa, já

¹ No original: “Can machine think?”.

que as pesquisas na área reiteradamente buscam entender a mente humana com base em cálculos matemáticos, símbolos físicos e conexões biológicas (BADIA, 2017)².

De lá para cá, as pesquisas e o desenvolvimento de Inteligência Artificial (IA) avançaram em níveis exponenciais. Hoje, essa tecnologia vem influenciando áreas e setores inteiros da economia e da sociedade, marcando cada vez mais presença e impactando diretamente no modo de vida das pessoas. Com isso, o ser humano ingressou em uma nova fase, a do *pós-humanismo*, que está metamorfoseando o já conhecido tradicional humanismo. O novo termo em questão remete a uma nova realidade social em que os limites naturais e biológicos que condicionam a existência humana estão sendo ultrapassados.

Mesmo que passem despercebidas, ferramentas e *softwares* contendo IA tornaram-se de ampla presença, não mais se questionando a sua utilização. É o que ocorre no âmbito da decisão judicial, já que a realidade dos Sistemas de Justiça a nível internacional e, especialmente, no Brasil, é de estudos, desenvolvimento e utilização de Inteligência Artificial. Tanto é assim que já no início de 2021 pesquisa da Fundação Getúlio Vargas apontava que a Inteligência Artificial já estava presente em metade dos tribunais brasileiros (NOTÍCIAS STF, 2021)³.

Diante desta realidade, ao tratar hoje do tema da IA, não basta mais apenas a preocupação sobre se as máquinas podem ou não pensar. Uma nova perspectiva deve entrar nessa equação: a perspectiva ética. Deve-se, porém, ir além da ética tradicional, almejando a perspectiva de uma nova ética, a ética digital ou a ética da Inteligência Artificial, cujos princípios correspondem aos novos desafios advindos com o pós-humanismo. Sem esquecer os paradigmas

² De acordo com os espanhóis Ramon López de Mántaras Badía e Pedro Meseguer Gonzáles, “dado que los seres humanos somos capaces de mostrar conductas inteligentes en el sentido general, entonces, de acuerdo con la hipótesis, nosotros también somos sistemas de símbolos físicos”.

³ INTELIGÊNCIA artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito.

éticos erigidos por Aristóteles, Nietzsche, Kant, Bentham e tantos outros, essa nova perspectiva ética permite dar novas respostas às novas perguntas, garantindo que a utilização da IA na decisão judicial coloque sempre no centro da discussão o ser humano.

Partindo dessas premissas, o presente artigo pretende enfrentar o seguinte questionamento: em que medida a utilização de Sistemas de Inteligência Artificial na decisão judicial demanda uma (nova) perspectiva ética?

Para responder a este questionamento, objetiva-se: (a) contextualizar a perspectiva pós-humanista do atual estágio de desenvolvimento da Inteligência Artificial; (b) estudar a necessidade de uma nova perspectiva ética frente ao panorama atual da Inteligência Artificial; (c) entender quais são os motivos de preocupação na utilização da IA na decisão judicial; e (d) questionar se é necessário adicionar a perspectiva ética na relação entre IA e decisão judicial.

A metodologia utilizada é a fenomenológico-hermenêutica, que busca ultrapassar a clássica divisão entre sujeito e objeto, ao reconhecer que o pesquisador está inserido e sofre os efeitos da realidade em que seu objeto de estudo (a Inteligência Artificial) mostra-se presente. Com base na análise fenomenológica do objeto, o pesquisador procura atribuir sentido jurídico a essa realidade, aferindo a necessidade de adicionar uma (nova) perspectiva ética na relação entre decisão judicial e Inteligência Artificial. A partir da matriz hermenêutica, utilizou-se a análise bibliográfica-documental de autores brasileiros e estrangeiros a respeito do tema de pesquisa.

1 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PERSPECTIVA PÓS-HUMANISTA

O fato de que a Inteligência Artificial já está fazendo e cada vez mais fará parte do cotidiano é intuitivo, muito embora as possibilidades futuras

dessa tecnologia ainda sejam um mistério. Reina grande empolgação no atual desenvolvimento desta tecnologia, que parece diariamente se superar e assemelhar-se a obras de ficção científica. Apesar da IA ser há anos conhecida e estudada (BADIA, 2017)⁴, no momento atual se está vivenciando uma nova “primavera da Inteligência Artificial” (MANYKA; BUGHIN, p. 60-63, 2019)⁵. Um panorama geral das possibilidades atuais desta tecnologia estão evidentes nas palavras de Vladimir Aras (ARAS, 2020):

Nas plataformas sociais, a IA é usada para moderação de conteúdo abusivo, *hate speech* ou crimes, e para a formação de perfis de consumo, por exemplo. Máquinas e dispositivos equipados com IA servem para transportes, serviços de entrega (*delivery*), previsão do tempo, para assistência pessoal e reconhecimento de imagens, de sons e outros sons e padrões, com aplicações no setor privado e setor público e para auxílio a pessoas com deficiência. A Inteligência Artificial (IA) é tema de estudo de diversas ciências. Porém, não só nos laboratórios como no próprio cotidiano é possível perceber que a Inteligência Artificial é hoje uma das tecnologias nucleares do ambiente de pesquisa e desenvolvimento. Por isso, seu estágio atual proporciona expectativas, ilusões e poucas certezas⁶. São grandes as perspectivas de alterações profundas na indústria, na economia, na sociedade e na política.

Em razão disso, o advento de novas tecnologia, das quais a IA ocupa lugar de destaque, vem colocando em dúvida conceitos basilares e remodelando instituições tradicionais. Brum, Saldanha e Mello, por exemplo, entendem que as novas tecnologias causam metamorfoses na própria noção de cidadania, já que “na era da informação, o acesso universal às ferramentas tecnológicas de comunicação e informação é basilar para o exercício da democracia” (BRUM,

⁴ O termo “Artificial Intelligence” foi proposto inicialmente em 1956 em Conferência no Dartmouth College, em New Hampshire (EUA), pretendendo representar todo um novo campo de estudos da inteligência, já que, para os otimistas cientistas que participaram do evento “qualquer aspecto del aprendizaje o cualquier otro rasgo de la inteligencia podía, en principio, ser descrito con un nivel de detalle suficiente para ser simulado en una máquina”. Outras possibilidades conceituais podem ser encontradas em: BOEING, (2020, p. 20).

⁵ O termo “primavera da Inteligência Artificial” é utilizado em referência a períodos de entusiasmo, com grandes avanços em pesquisas relacionada a essa tecnologia, seguidos de grandes momentos de desilusão nas pesquisas, os invernos da IA, cuja produção de conhecimento na temática não cumpriu as expectativas.

⁶ Ver BRUM, 2016.

2016). Isso ocorre porque o domínio informacional proporciona consideráveis vantagens a determinados grupos econômicos, como as multinacionais de tecnologias (Facebook e Google, por exemplo), acentuando as desigualdades e as exclusões (BRUM, 2016). Como consequência, no momento atual, sem que fossem resolvidos os ancestrais problemas de desigualdade, novos surgem, uma vez que hoje também “a desigualdade é produto da exclusão dos fluxos informacionais e comunicacionais” (BRUM, 2016).

Essas alterações a nível social foram constatadas por Theodore Roszak já no ano de 1986, na obra intitulada “The Cult of Information: the Folklore of Computers and the True Art of Thinking” (ROSZAK, 2005)⁷. Na oportunidade, o autor criticava não só o que denominou de “culto da informação” como o próprio desenvolvimento da Inteligência Artificial, já que as novas tecnologias alcançam um patamar em que estão revestidas de “fabulosas exageraciones”, de modo que “a veces, ocurre que las palabras que llegan a significarlo todo acaban por no significar nada” (ROSZAK, 2005, p. 10). Quer dizer, para Roszak, a exaltação que tem pairado em torno das novas tecnologias de informação – em especial daquelas que relacionam os computadores com aquilo que se denomina pensamento – mesmo querendo dizer muito, às vezes nada diz, de modo que demanda atenção constante os pesquisadores do tema (ROSZAK, 2005).

A preocupação do autor é no sentido de que o fracasso de demasiadas tecnologias que a humanidade vem presenciando não pode permitir que os entusiastas dos computadores desviem a atenção crítica. Para Theodore Roszak, portanto, é papel da educação impedir que essas exagerações venham a prejudicar a capacidade humana de resolver questões sociais e éticas. Para isso, propõe a retomada de uma “verdadeira arte de pensar” capaz de afastar qualquer teoria que pretenda suprimir o pensamento crítico. Essa assombrosa

⁷ Nesse trabalho, utilizou-se a tradução para o espanhol por Jordi Beltran, edição de 2006, cujo título é “El culto de la información: tratado sobre alta tecnología, inteligencia artificial y el verdadero arte de pensar”.

capacidade da mente de criar para além do que lhe é proposto, diz Roszak, deve ser estimulada pela educação, já que (ROSZAK, 2005 p. 245):

En unos momentos en que nuestras escuelas se están llenando de tecnología educativa avanzada, puede parecer casi perverso ponerse a buscar ideales educativos en sociedades antiguas y primitivas que para enseñar disponían de poco más que de la palabra hablada. Pero quizás haga falta un contraste tan grande para fomentar una visión crítica apropiada del papel del ordenador en la educación de los jóvenes. Cuando menos, nos recuerda que todas las sociedades, modernas y tradicionales, han tenido que decidir *qué* deben enseñar a sus hijos antes de poder preguntarse *cómo* enseñárselo. El contenido antes que los medios, el mensaje antes que el medio.

Inclusive, as possibilidades proporcionadas com a Inteligência Artificial estão alterando a própria forma como o ser humano enxerga a si mesmo. O desenvolvimento desta tecnologia permitiu galgar uma nova dimensão da existência humana, em especial por permitir alcançar conhecimento sem travas de tudo que existe (LUÑO, 2020). Essa transformação vai muito além de meros assistentes virtuais nos celulares ou cálculos de rotas do GPS, já que se propõem “sustituir las formas de vida orgánica basadas en el carbono, por formas de vida inorgánica basadas em el silicio, lo que permitiría una prolongación sustancial de las formas de vida” (LUÑO, 2020).

Até porque, nem mesmo mais se sustenta a impressão de estarmos seguros porque enquanto as máquinas decidem por cálculos matemáticos, ser-lhe-ia inatingível a emoção, o que seria essencialmente humano. Essa barreira vem se rompendo à medida em que são divulgadas máquinas capazes de compor poesias (FLOOD, 2021), ou mesmo de criar obras de arte com base nos padrões retirados de trabalhos de artistas famosos que já faleceram⁸. Ainda mais com as possibilidades de não só substituir seres humanos por máquinas, mas de inserção de elementos tecnológicos nos próprios humanos.

⁸ Sobre isso, veja-se: The Next Rembrandt [S.I., 2017?]. 1 vídeo (4 min 20 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IuygOYZ1Ngo&t=201s>. Acesso em 03 fev. 2022.

A relação entre orgânico e inorgânico tende a desvanecer, já que “como instrumentos disponíveis à nova gênese humana, as inovações científicas e tecnológicas acalantam em seu ventre um ser híbrido entre organismo e máquina” (SERRER, 2021), nas preocupadas palavras de Fernanda Serrer e André Leonardo Copetti Santos. Confirma-se o que Theodore Roszak, já profetizava em 1986: “la línea que divide la mente de la máquina está haciendo borrosa” (ROSZAK, 2005, p. 11).

O humanismo está se metamorfoseando em *pós-humanismo*, uma concepção que “se propone a transcender los limites naturales, biológicos o sociales que actualmente condicionan el pleno desarrollo de la existencia” (LUÑO, 2020). Essa percepção é ainda mais evidente em um ambiente marcado pela pandemia da Covid-19, na qual em meio às novas tecnologias, a população mundial viu desmoronar sua convicção de segurança, envolta em incontáveis novas possibilidades e incertezas tecnológicas.

Para Antonio Enrique Pérez Luño, a humanidade atual e os valores consagrados do humanismo devem ser superados, já que se está diante de uma nova etapa protagonizada pelos avanços da Inteligência Artificial (LUÑO, 2020). Por isso, para Pérez Luño, o pós-humanismo é a ideologia da Inteligência Artificial, que demanda a substituição do paradigma humanista. É dizer, a pós-humanidade está “fundamentada em el desarrollo ilimitado de IA” (LUÑO, 2020).

Mesmo diante desta nova realidade, Pérez Luño adverte que “parece no sólo oportuno, sino obligado, someter determinados postulados y previsiones posthumanistas sobre el mundo futuro a la criba crítica de la razón humanista”⁹. É dizer, mesmo avançando ao paradigma pós-humanista, é a razão humanista que deve continuar pautando as condutas humanas, devendo o ser humano estar no centro do debate acerca da Inteligência Artificial. Ainda mais no

⁹ Segue Pérez Luño surpreendo ao ponderar que “La muerte, tradicionalmente considerada como un fenómeno metafísico vinculado a la voluntad de unos presuntos designes divinos, será entendida como un mero problema técnico y podrá ser resuelta con medios técnicos”.

tocante à decisão judicial que se utiliza de máquinas, em que se discute, no limite, a vida dos litigantes.

A responsabilidade é tremenda, especialmente porque “como todo conocimiento es poder, los seres posthumanos estarán dotados de unas posibilidades ilimitadas de actuación sobre el mundo y la vida” (LUÑO, 2020). Por isso, não basta fiar-se nas antigas *três leis da robótica*¹⁰, deve-se incorporar à discussão envolvendo a IA a perspectiva ética. E mais, uma nova perspectiva ética: a Ética da Inteligência Artificial. Essa é, inevitavelmente uma das grandes questões atuais, sobre a qual são traçadas algumas considerações nas linhas que se seguem.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A (NOVA?) PERSPECTIVA ÉTICA

Um dos fenômenos que marcam o Direito hoje é a *heteroglossia* do discurso jurídico que, segundo Nancy Fraser, é evidenciada pelas disputas que não mais oferecem um semblante de normalidade e, como consequência, as teorias de justiça atuais fornecem pouca direção (FRASER, 2013). Muito embora a autora norte-americana estivesse referindo-se à insuficiência da gramática normal para lidar com os atuais problemas relacionados à “justiça *anormal*”, o mesmo entendimento vale para a gramática relacionada à Ética. Assim como ocorre com a *Justiça*, também está clara a ausência de uma visão comum do “o que” da Ética (FRASER, 2013).

Atualmente, lança-se mão do vocábulo Ética para fornecer certo verniz de legitimidade, como sinônimo de bom ou de justo, muito embora seja, por vezes, conceito vazio. Trata-se, em verdade, de um “álibi teórico” (STRECK, 2019)¹¹, desprovido de real significação.

¹⁰ Sobre isso: ASIMOV, 2005.

¹¹ O termo é utilizado por Lenio Luiz Streck quando critica a utilização de “princípios” para “garantir aparência de juridicidade” e, como consequência, “isso provocou a fragmentação na aplicação judiciária”, o que o autor denomina como *pamprincipiologismo*.

Talvez isso se deva ao fato de que “Ética” é termo que possui diferentes significações em diferentes línguas, culturas e sistemas políticos (WHITTLESTONE, 2019). Isto decorre da própria construção da Ética, que “no ha sido algo inmutable y estático a lo largo de la historia de la humanidad. Todo lo contrario, la ética ha ido evolucionando siglo tras siglo” (LA TORRE, 2019, p. 172). Sobre isso, segue ensinando José Ignacio Latorre, em obra especificamente direcionada a este tema (LA TORRE, 2019, p. 186):

Las éticas pretéritas se verán profundamente afectadas por la irrupción de la inteligencia artificial avanzada. Tenemos ya máquinas que deciden a un nivel elemental, pero nos espera un futuro donde el control de nuestra vida dependerá más y más del albedrío programado en máquinas inteligentes.

A perspectiva ética tradicional foi pensada para as relações entre seres humanos. Todavia, o atual momento de desenvolvimento tecnológico “abre a possibilidade para a criação de artefatos mais racionalmente inteligentes que os humanos, o que poderá ser determinante para uma ruptura de paradigma, a partir da qual precisaremos criar novas lentes ontológicas e epistemológicas” (MAGRINI, 2019). Por isso, Magrani, Silva e Viola sinalizam que o avanço jurídico e regulatório quanto a esse tema deve ser acompanhado de um debate não só jurídico como ético e inclusivo nas esferas públicas (MAGRINI, 2019). Tudo isso passa, contudo, em se pensar e definir qual o tipo de Ética que deverá nortear os avanços tecnológicos (MAGRINI, 2019).

Isto é, pensar sobre os parâmetros que devem (e deverão) nortear a sociedade moldada pela tecnologia (MAGRINI, 2019). Essa nova perspectiva, pós-humanista, demanda repensar conceitos éticos a partir da migração da figura do indivíduo para o sujeito digital, do analógico para a vida digital, da governança por instituições para a governança por dados, de uma sociedade de riscos para uma sociedade de *scores* (pontuações), da autonomia humana para a convergência entre humanos e máquinas, da responsabilidade

individual para a responsabilidade distribuída e da justiça criminal para a justiça antecipada (*pre-emptive*) (WHITTLESTONE, 2019).

Não poderia ser diferente, já que o progresso tecnológico altera as próprias regras de convivência, sendo lógico aceitar que também altere os princípios éticos que se instauraram no passado (LA TORRE, 2019). Surge, então, no modelo atual de sociedade tecnológica a Ética da Inteligência Artificial que nada mais é do que o estudo dos dilemas morais da IA em sociedade¹². É dizer: estudar, desenvolver, criticar e repensar a Inteligência Artificial tomando a ética como paradigma insuperável.

Para Paulo Caliendo, em recente obra voltada ao estudo da Ética e da Inteligência Artificial, existem três diferentes sentidos em que se deve questionar a IA e cujas respostas devem moldar o seu estudo: (1) a Ética aplicada à Inteligência Artificial, (2) a Ética decorrente de sua aplicação e, por fim, (3) a Ética da própria da IA (SILVEIRA, 2021, p. 54). O segundo sentido está relacionado com as consequências éticas do uso de Inteligência Artificial no convívio humano. Já o terceiro sentido, é o desafio precípua de sua obra, que toca a possibilidade de existência de agentes morais artificiais ou, em suas palavras, “a possibilidade filosófica de uma ética artificial como decorrente da vontade e racionalidade *própria* de um sujeito artificial (SILVEIRA, 2021, p. 15)¹³. Para este artigo, contudo, o que interessa é o primeiro sentido proposto por Caliendo, isto é, verificar os limites e das diretrizes éticas para a pesquisa e o desenvolvimento da IA (SILVEIRA, 2021, p. 54).

Este é o mesmo caminho (do primeiro sentido proposto por Caliendo – ética aplicada à IA) que toma Luciano Floridi, professor de Filosofia e Ética da Informação na Universidade de Oxford. Trata-se de um dos principais autores

¹² Nesse sentido: CALDERON-VALENCIA; PEREZ-MONTOYA; MORAIS, 2021.

¹³ Aliás, também sobre a possibilidade ou não de as máquinas serem agentes morais, José Ignacio Latorre sustenta que “La pregunta crucial es si podemos considerar a una inteligencia artificial avanzada como un agente moral, es decir, como un ente autónomo capaz de tomar decisiones sujetas a criterios éticos”.

da atualidade que estudam especificamente o campo da Ética da informação e, em especial, da Ética no desenvolvimento da Inteligência Artificial. O autor italiano é o responsável pelo *Digital Ethics Lab*, no Oxford Internet Institute que, anualmente, publica o “Digital Ethics Lab Yearbook”, o qual proporciona um *overview* das pesquisas em Ética Digital, buscando identificar os benefícios, realçar as oportunidades positivas em inovação digital e evitar ou mitigar os riscos e deficiências (FLORIDI, [2022?]).

Para Floridi, o estudo da Ética relacionada à Inteligência Artificial concentra esforços em questões que dizem respeito ao futuro da humanidade (FLORIDI, 2020). Não poderia ser diferente já que se trata de tecnologia que cada vez mais afeta a vida de bilhões de pessoas e prova disso é que hoje o debate sobre o impacto ético e as implicações das tecnologias digitais chegou às primeiras páginas dos jornais (FLORIDI, 2019). Sobre isso, em entrevista de agosto de 2020 o autor italiano foi enfático (FLORIDI, 2020):

Quando falamos de ética da inteligência artificial, estamos nos concentrando em uma série de questões que dizem respeito ao futuro da humanidade. Por exemplo, a enorme questão da responsabilidade. Se um avião cai porque o sistema recebe dados errados, de quem é a culpa? Mais: o software reforça as minhas escolhas, e eu me torno cada vez mais aquela pessoa ali. Mas, mesmo assim, continua sendo um conceito de ética tout court, em nível empresarial, que mais do que nunca está voltando à tona prepotentemente

Outro autor que trabalha o tema é Antonio Enrique Pérez Luño. O já citado autor pondera que, enquanto a ética humanista sempre defendeu os valores intrinsecamente ligados à personalidade humana, como a liberdade, a igualdade a fraternidade, “desde el enfoque posthumanista se niega, abiertamente, la existencia del libre albedrío, y, por tanto, la posibilidad de un ejercicio autónomo e incondicionado de la libertad de elección y decisión” (LUÑO, 2020). A liberdade, por sua vez, é a da livre investigação e experimentação tecnológica e científica, já que “las normas éticas, jurídicas o políticas que representen una cortapisa al desarrollo tecnológico o científico,

son trabas incompatibles con los avances que reclama el progreso” (LUÑO, 2020). Quanto à *política posthumanista*, será aquele produto de decisões inteligentes e *assépticas* (LUÑO, 2020).

E, nesse sentido, também José Ignacio Latorre admite que é necessário falar de princípios éticos em um mundo coabitado com Inteligências Artificiais (LA TORRE, 2019, p. 185). Para o autor, os “principios éticos del pasado y del futuro” (LA TORRE, 2019, p. 201) jamais podem ser ultrapassados no desenvolvimento da Inteligência Artificial porque proporcionam como devem se comportar as máquinas. Por isso, em sua obra propõe justamente “una invitación a la reflexión sin prejuicios sobre máquinas inteligentes que necesariamente han de ser éticas si hemos de cohabitar con ellas” (LA TORRE, 2019, p. 17).

É dizer, a Inteligência Artificial demanda uma nova perspectiva ética, calcada em princípios que coloquem o ser humano no centro das pesquisas e do desenvolvimento desta tecnologia. Isso é ainda mais necessário quando o objeto do debate é a decisão judicial, pela qual é exercida a prestação jurisdicional que, indubitavelmente, possui impacto direto na vida dos litigantes. Nesse âmbito, a discussão pode soar para alguns como um retrocesso, já que a Inteligência Artificial permite indiscutível maior celeridade e efetividade ao Poder Judiciário. Afinal, pode-se perguntar: há motivo para preocupação?

3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL UTILIZADA NA DECISÃO JUDICIAL: HÁ MOTIVO PARA PREOCUPAÇÃO?

As conquistas já galgadas pela Inteligência Artificial são notáveis. Porém, mais encantadoras ainda são as suas promessas e sonhadas possibilidades de futuro, que ainda são um mistério. Nesse contexto, é fácil posicionar as lentes direcionadas aos aspectos evidentemente positivos da Inteligência Artificial. No Judiciário, por exemplo, o emprego de máquinas

para auxiliar julgadores tende a gerar resultados impactantes em termos de efetividade e, inclusive, de acurácia.

Tanto é assim que o desenvolvimento de Sistemas de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, em especial após o desenvolvimento do *Victor* pelo STF, sustenta-se nos pilares da celeridade, transparência e eficácia na administração da justiça¹⁴. Essa perspectiva parece evidente e necessária, já que o esgotamento da Justiça brasileira é pauta de discussão não só nas Universidades e no Poder Judiciário como no cotidiano jurídico em geral.

Contudo, a perspectiva crítica com relação a utilização da IA também é indispensável. Essa tecnologia, assim como é característico de qualquer inovação tecnológica¹⁵, pode trazer certos aspectos problemáticos (riscos¹⁶⁻¹⁷) de diversas ordens. É o que aponta Blanca Escribano Cañas (CAÑAS, 2019):

Es incuestionable que la IA ofrece incontables oportunidades para la sociedad y para todo tipo de organizaciones. Pero, al mismo tiempo, surgen cuestiones éticas y legales imprescindibles de abordar a la hora de incorporar estas tecnologías tan prometedoras. Pueden funcionar incorrectamente, ser deliberadamente “corruptas” y adquirir (y codificar) prejuicios (bias) humanos.

No ambiente jurídico não é diferente. Se, por um lado, o estudo da IA possibilita a abertura de horizontes ao Direito e o aprimoramento de práticas judiciais, por outro, deve estar atento aos problemas que pode causar (ENGELMANN, 2019). Como essa inovação alcança todos os profissionais que

¹⁴ É o mesmo que é sustentado em CALDERON-VALENCIA; PEREZ-MONTOYA; MORAIS, 2021.

¹⁵ Sobre esse tema, consultar: BERWIG; ENGELMAN; WEYERMULLER, 2019.

¹⁶ Muito embora a metodologia utilizada neste trabalho seja a fenomenológica-hermenêutica, com base no rompimento entre o sujeito pesquisador e o objeto pesquisado, vale-se da perspectiva sistêmica como aporte metodológico quanto à questão dos riscos, evidenciando alguns problemas relacionados ao desenvolvimento e utilização da IA na decisão judicial.

¹⁷ Um dos principais autores a estudar a perspectiva dos riscos foi o sociólogo alemão Ulrich Beck que, em sua obra magistral denominada “Sociedade de risco”, caracteriza a nova modernidade de desenvolvimento tecnológico e científico nos seguintes termos: “O sistema de coordenadas ao qual a vida e o pensamento estão sujeitos na modernidade industrial - os eixos da família e do emprego, a crença na ciência e no progresso - começa a cambalear, e surge um novo crepúsculo de oportunidades e riscos - precisamente os contornos da sociedade de risco”. BECK, 2011.

trabalham com o Direito, o papel do jurídico deve ser reinventado para dirigir-se à solução de problemas sociais (ENGELMANN, 2019). Isto é, um olhar completo para o fenômeno da Inteligência Artificial utilizada na decisão judicial não pode ser míope e nem seletiva, devendo enxergar tanto os riscos quanto os benefícios envolvidos¹⁸.

Especialmente com relação à Inteligência Artificial utilizada na decisão judicial, o risco aumenta pelo papel nuclear que a decisão judicial ocupa no Direito e na sociedade em geral. Como já apontou José Joaquim Calmon de Passos: “O direito é gerado mediante decisões, e sem decisões não há vida jurídica” (DE PASSOS, 2016). Nesse âmbito, há riscos de gerar desigualdade entre os litigantes, de negar-se transparência, de reproduzir de forma padronizada *bias* (preconceitos), de deixar-se de fundamentar a decisão¹⁹.

Sobre isso, Ferrari, Becker e Wolkart apontam três modalidades distintas de riscos: (i) *data sets* viciados; (ii) opacidade na forma de atuação dos algoritmos, consequência das técnicas de *machine* e *deep learning*; e (iii) possibilidade de promoverem a discriminação ainda que bem estruturados (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018). Em especial quanto à possibilidade de dados viciados e de discriminação algorítmica, Nunes, Lud e Pedron entendem que “recorrentemente, o sistema discrimina certos grupos ou indivíduos em favor de outros, ou em comparação com outros” (NUNES, 2020).

Outro risco ainda é apresentado por Calderon-Valencia, Perez-Montoya e Moraes: a *hipernormativização artificial* que, na decisão judicial, divide-se em *hipernormativização fática* ou de fato e *hipernormativização normativa* ou de Direito²⁰. O problema ocorre quando “los elementos de hecho o de derecho considerados en una decisión judicial no se formalizan adecuadamente en

¹⁸ Sobre esse tema, veja-se: FRÖHLICH; ENGELMANN, 2020.

¹⁹ A menção de outras (várias) possibilidades de riscos envolvendo a Inteligência Artificial aplicada à decisão judicial e mesmo as minúcias de cada um dos exemplos citados não cabem nos estreitos limites deste trabalho. Sobre esse tema, consultar, por exemplo, FREIRAS; FREITAS, 2020.

²⁰ É o mesmo que sustenta CALDERON-VALENCIA; PEREZ-MONTOYA; MORAIS, 2021.

una premisa para su uso por un SIA [Sistema de Inteligência Artificial]”²¹. Na primeira hipótese (*hipernormatização fática*), uma premissa formulada pelo calibrador (no caso do *Victor*, o STF) não registra um determinado fato, deixando sem efeito determinada norma jurídica. Por sua vez, a *hipernormatização normativa* pode acontecer quando o tribunal calibrador altera a sua interpretação sobre alguma premissa ou posição já registrada no Sistema ou quando uma posição interpretativa perda a uniformidade e se afasta do consenso dos julgadores.

Como se percebe, uma série de riscos diferentes circunda a matéria, inclusive riscos que afetam diretamente princípios processuais e constitucionais dos litigantes. A solução a isso não parece ser o impedimento ao desenvolvimento ou utilização da Inteligência Artificial como auxiliar à decisão judicial. A tecnologia está em pleno desenvolvimento e cada vez mais será utilizada neste âmbito, não parecendo haver a possibilidade de parar e nem de frear este processo. Porém, isso não significa que a questão não deva ser visualizada em perspectiva crítica e, mais do que isso, em perspectiva ética.

4 IA E A DECISÃO JUDICIAL: É NECESSÁRIO ADICIONAR A PERSPECTIVA ÉTICA NESTA EQUAÇÃO?

A inserção do paradigma ético na utilização de Sistemas de IA na decisão judicial vem galgando mais espaço no decorrer dos anos. Ainda, todavia, um dos principais documentos a respeito do tema foi publicado em 2018: a *Carta ética europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente* (EUROPA, 2018). A Carta, embora busque propor diretrizes para os países integrantes da União Europeia, atravessa o continente europeu e deve ser observada nos Sistemas de Justiça em nível mundial.

²¹ Idem.

Desenvolvida pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça, a Carta propõe a adoção de certos princípios éticos para o desenvolvimento e implementação de ferramentas e serviços que contenham IA nos procedimentos de decisões judiciais. Assim opera por entender que o enfrentamento ético do problema permite uma abordagem cautelosa para a integração das ferramentas contendo IA nas políticas públicas (EUROPA, 2018). Trata da questão da Ética, ou melhor, da *Ciberética* (*cyberethics*) nos seguintes termos (EUROPA, 2018):

A judicial system in keeping with its time would be one that is capable of establishing, administering and guaranteeing genuine cyberethics for both the public and private sectors, and insisting on total transparency and fairness in the functioning of algorithms, which may contribute one day to judicial decision-making.

Os princípios éticos mencionados pela Carta - para adoção dos responsáveis, sejam públicos ou privados, pelo desenvolvimento e implementação de ferramentas e serviços com IA envolvidos nos processos de decisões judiciais - são: (i) princípio do respeito a direitos fundamentais; (ii) princípio da não-discriminação; (iii) princípio da qualidade e segurança; (iv) princípio da transparência, imparcialidade e justiça; e (v) princípio do controle do usuário (EUROPA, 2018).

Os princípios elencados pelo documento da União Europeia são de evidente aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e, inclusive, alguns deles decorrem de texto expresso da Constituição Federal. O princípio da transparência, ou da publicidade, tem previsão constitucional nos artigos 5º, inciso LX²², 37²³ e 93, inciso IX²⁴, da Carta Magna. A igualdade está presente no

²² Art. 5º, LX, CF/88: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. BRASIL, 1988.

²³ Art. 37, CF/88: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”. BRASIL, 1988.

²⁴ Art. 93, IX, CF: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]IX todos os julgamentos dos

caput do artigo 5º da Carta Magna²⁵⁻²⁶. Já a fundamentação encontra guarida no artigo 93, inciso IX²⁷ do texto constitucional, além de decorrer da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV²⁸).

Em continente americano, um documento importante nesse mesmo sentido é o *Marco Ético para Inteligência Artificial da Colômbia*. O documento, publicado em outubro de 2021, “sugiere la aplicación de principios éticos aplicables a los proyectos que hagan uso de Inteligencia Artificial, las herramientas para la implementación de los principios y algunas recomendaciones aplicables” (ESPAÑOL, 2020). Os princípios éticos que são apontados pelo importante documento são: (1) transparência e explicação; (2) privacidade; (3) controle humano das decisões próprias de um sistema de IA; (4) segurança; (5) responsabilidade; (6) não-discriminação; (7) inclusão; (8) prevalência dos direitos das crianças e adolescentes; e (9) benefício social. Muitos destes princípios assemelham-se àqueles já anteriormente propostos pela Carta Europeia e também encontram fundamento no texto constitucional brasileiro.

Em que pese o documento publicado na Colômbia esteja direcionado especialmente a “los profesionales encargados de la implementación de la Política de Gobierno Digital en las Entidades Públicas del Estado Colombiano” (ESPAÑOL, 2020) pode servir como guia de práticas éticas envolvendo Sistemas IA em nível internacional. E mais, mesmo que o documento não

órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...]”.BRASIL, 1988.

²⁵ Art. 5º, *caput*, CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. BRASIL, 1988.

²⁶ Neste trabalho não é possível enfrentar mais detidamente cada um desses princípios que decorre da perspectiva ética adotada na Carta Ética da União Europeia. Para maior enfrentamento de alguns deles, veja-se FRÖHLICH; ENGELMANN, 2020.

²⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; BRASIL, 1988.

²⁸ Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL, 1988.

expressamente refira-se a esta finalidade, todos os princípios que menciona podem (e devem) ser aplicados quando da utilização da IA na decisão judicial.

Sobre isso, Prado, Münch e Villarroel apontam dois principais vetores da utilização ética da Inteligência Artificial no Poder Judiciário: (1) o dever ético do juiz enquanto usuário controlador da Inteligência Artificial; e (2) educação e ética para uso de Inteligência Artificial no Judiciário (PRADO, 2021). Quanto ao primeiro vetor, entendem os autores que, após a Resolução do CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020 (BRASIL, 2020), é obrigação do magistrado “detectar falhas nos dados utilizados ou nos resultados apresentados pela IA, ou vieses revelando discriminação de gênero, raça e classe social, entre outras situações que podem ser prejudiciais aos jurisdicionados” (PRADO, 2021)²⁹.

O segundo vetor apontado por Prado, Münch e Villarroel diz respeito à necessidade de discussão do conceito de Ética e do que ela enseja do ponto de vista prático. Quer dizer, para que possam ser definidos parâmetros éticos para o exercício da função jurisdicional com o uso da Inteligência Artificial, é indispensável a “organização de uma política formativa contundente para que os usuários internos estejam minimamente esclarecidos a respeito do funcionamento e/ou impacto que esse tipo de tecnologia pode provocar” (PRADO, 2021). E os autores seguem ensinando (PRADO, 2021):

O viés prático da questão ética está, nesse caso, inteiramente vinculado a uma proposição educacional consistente que priorize a aprendizagem dos magistrados e servidores, capacitando-os para serem também agentes éticos quando da utilização desse tipo de recurso no âmbito jurisdicional.

Como se percebe, são parâmetros (princípios) de observância obrigatória. São eticamente responsáveis todos os atores envolvidos, desde o agente que fornece as diretrizes para a programação até o sujeito que

²⁹ Os autores ponderam, no entanto, que “É preciso que o juiz, usuário-controlador, também tenha consciência dos possíveis riscos de discriminações algorítmicas, preparando-se para identificá-las e corrigi-las”. PRADO, 2021.

utiliza do sistema para auxílio em uma decisão judicial. O programador, por exemplo, será responsável porque será quem determinará os parâmetros básicos do agir da máquina, visando sempre aquele agir que se aproxime do que se considera ético em uma relação entre seres humanos (MARTINS, 2021). Já os magistrados são responsáveis porque são eles que, em sistemas de IA como o *Victor* do STF, calibram a máquina e fixam os critérios de pré-seleção (CALDERON-VALENCIA; PEREZ-MONTOYA; MORAIS, 2021).

Está claro, portanto, que o foco no desenvolvimento da IA não pode centrar-se exclusivamente nos vetores da eficiência e da celeridade. Diante das já atuais preocupações envolvendo essa realidade, a Ética deve ser adicionada a essa equação. Uma nova Ética que, mesmo apoiada nos clássicos conceitos, abre-se ao *novo* e gera novas respostas para novas perguntas. Enfim, uma Ética *da, para e aplicada* à Inteligência Artificial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário atual de desenvolvimento tecnológico, já não mais reconhecemos o humanismo como ele mostrou-se nas décadas anteriores. O que está ocorrendo é um fenômeno de metamorfose rumo ao *pós-humanismo*, diante da transcendência dos limites e das certezas que sustentavam conceitos e instituições. O maior exemplo é o cenário pandêmico desde o início de 2020, em que se alterou a forma de ver e pensar as comunicações, a saúde, a economia e a tecnologia. Nesse período, aliás, a Inteligência Artificial, tema deste trabalho, muito contribuiu e vem contribuindo não só no diagnóstico e mapeamento da Covid-19⁵⁰, como para facilitar as interações sociais e criar possibilidades de manutenção da vida pessoal e profissional em isolamento.

⁵⁰ Relevante artigo, publicado nos Cadernos de Saúde Pública (CSP) da Fundação Oswaldo Cruz, elencou importantes exemplos da utilização da Inteligência Artificial para o rastreamento de casos de Covid-19 e para a logística do país no que diz respeito à distribuição de suprimentos médicos. CELUPPI; LIMA; ROSSI; WAZLAWICK; DALMARCO, 2021.

Levando em consideração tal panorama de mutação do humanismo, o presente artigo partiu de uma premissa inarredável: a Inteligência Artificial cada vez mais será utilizada para auxílio na decisão judicial. Não poderia ser diferente, já que se trata de uma das tecnologias nucleares do atual ambiente de pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Justamente por isso é que agora, enquanto ainda se está no início desta transformação digital no Judiciário, é “el momento de definir las reglas éticas que supervisarán a las máquinas que ya nos rigen, y que nos regirán” (LA TORRE, 2019, p. 172).

O momento atual demanda reforçar paradigmas éticos capazes de gerar respostas aos questionamentos envolvendo a utilização da IA nas decisões judiciais. Porém, mais do que isso, é preciso repensar a própria Ética, aportando-se em uma nova Ética para novos problemas complexos: a Ética aplicada à Inteligência Artificial. A construção para isso já está em andamento, uma vez que nos últimos anos tornou-se reiterada a discussão jurídica quanto a essa temática em congressos, artigos e debates acadêmicos.

A Ética aplicada à Inteligência Artificial, portanto, foi aqui trabalhada principalmente nas perspectivas de Antonio Enrique Pérez Luño, Paulo Caliendo, Luciano Floridi e José Ignacio Latorre. Nesse sentido, indicou-se dois instrumentos que podem servir de base para compreender e aplicar essa “nova” Ética, um europeu e outro produzido em continente americano. Trata-se da *Carta ética europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente* e do *Marco Ético para Inteligência Artificial da Colômbia*.

Ambos os documentos apresentam princípios capazes de servir de bússola no desenvolvimento e utilização da IA nas decisões judiciais, inclusive no Sistemas Jurídico brasileiro. É o caso, por exemplo, dos princípios da transparência, da igualdade e da fundamentação, já adotados no ordenamento jurídico pátrio. A partir deste norte, é possível pensar em um desenvolvimento ético da Inteligência Artificial na decisão judicial. E, por isso, em uma decisão

judicial que, mesmo utilizando tecnologia de ponta, permaneça colocando o ser-humano no centro de qualquer discussão.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. A Inteligência Artificial e o direito de ser julgado por humanos. *In*: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020. p. 85-130.

ASIMOV, Isaac. **Histórias de robôs**: volume I. 1. ed. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2005.

BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLES, Pedro Meseguer. **Inteligencia artificial**. Madrid: Catarata, 2017. *E-book*.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERWIG, Juliane Altmann; ENGELMAN, Wilson; WEYERMULLER, André Rafael. Direito Ambiental e Nanotecnologias: desafios aos novos riscos da inovação. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, p. 217-246, 2019. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1553/24848>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 332 de 21/08/2020**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 7 fev. 2022.

BRUM, Márcio Morais; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. As novas tecnologias da informação e comunicação entre a promessa de liberdade e o risco de controle total: estudo da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, v. 1, n. 16, p. 461, 1 jan. 2016. Universidad Nacional Autonoma de Mexico. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/533/793>. Acesso em: 02 fev. 2022.

CALDERON-VALENCIA, Felipe; PEREZ-MONTOYA, Juan-Jose; MORAIS, Fausto Santos de. Sistemas de la en la Experiencia del Supremo Tribunal Federal Brasileño y la Corte Constitucional Colombiana: Análisis Prospectivo. **The Law, State and Telecommunications Review**, Brasília, v. 13, no. 1, p. 143-169, maio 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/35614/29761>. Acesso em: 09 fev. 2022.

CAÑAS, Blanca Escribano. Inteligencia Artificial. In: GIRELA, Miguel Ángel Recurda [dir]. **Tecnologías disruptivas: regulando el futuro**. Palmbona (España): Editora Aranzadi, p. 885-924, 2019.

CELUPPI, Ianka Cristina; LIMA, Geovana dos Santos; ROSSI, Elaine; WAZLAWICK, Raul Sidnei; DALMARCO, Eduardo Monguillott. Uma análise sobre o desenvolvimento de tecnologias digitais em saúde para o enfrentamento da COVID-19 no Brasil e no mundo. **Cadernos de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 0-0, 2021. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1333/uma-analise-sobre-o-desenvolvimento-de-tecnologias-digitais-em-saude-para-o-enfrentamento-da-covid-19-no-brasil-e-no-mundo#C23>. Acesso em: 24 set. 2021.

DE PASSOS, J. J. Calmon. O Magistrado, Protagonista do Processo Jurisdicional. In: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org). **Ensaios e artigos**. Salvador: Juspodivm, p. 31-38, 2016.

ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência Artificial e Direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 149-178, 2019.

ESPAÑOL, Armando Guío; URIBE, Elena Tamayo; AYERBE, Pablo Gómez; *et al.* **Marco Ético para la Inteligencia Artificial en Colombia**. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República: Bogotá, 2020. Disponível em: <https://dapre.presidencia.gov.co/TD/MARCO-ETICO-PARA-LA-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-EN-COLOMBIA-2021.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2022.

EUROPA. **European Commission for the Efficiency Of Justice (CEPEJ): european ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment**. Estrasburgo, França: 3-4 dez. 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Acesso em: 7 fav. 2022.

FERRARI, Isabel; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium Ex Machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. In: **Revista dos Tribunais**, v. 995, set. 2018.

FLOOD, Alison. ‘A Box of light’: AI inspired by British verse attempts to write poetry. In: **THE Guardian**, Londres, 20 mar. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2021/mar/20/a-box-of-light-ai-inspired-by-british-verse-attempts-to-write-poetry>. Acesso em 03 fev. 2022.

FLORIDI, Luciano [ed.]. About this book series: Digital Ethics Lab Yearbook. In: **Springer Nature**, Berlim [2022?]. Disponível em: <https://www.springer.com/series/16214>. Acesso em: 09 fev. 2022.

FLORIDI, Luciano. Ética e inteligência artificial: a união que cria valor econômico. Entrevista cedida a Filippo Astone, traduzida por Moisés Sbardelotto. IHU On-Line: **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 20 ago. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/602157-etica-e-inteligencia-artificial-a-uniao-que-cria-valor-economico-entrevista-com-luciano-floridi>. Acesso em: 04 out. 2021.

FLORIDI, Luciano. Translating Principles into Practices of Digital Ethics: five risks of being unethical. **Philosophy & Technology**, [S.L.], v. 32, n. 2, p. 185-193, 23 maio 2019. Springer Science and Business Media LLC. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/FLOTPI-2>. Acesso em: 04 out. 2021.

FRASER, Nancy. Justiça Anormal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2013. v. 108. P. 739-768, jan./dez. 2013.

FREIRAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. ENGELMANN, Wilson. **Inteligência artificial e decisão judicial: diálogo entre benefícios e riscos**. 1. ed. Curitiba, Appris, 2020.

LA TORRE, José Ignácio. **Ética para máquinas**. Barcelona: Editorial Planeta, 2019.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Inteligencia Artificial y Posthumanismo. *In*: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jeferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. P. 33-42.

MAGRANI, Eduardo. SILVA, Priscilla; VIOLA, Rafael. Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de Inteligência Artificial. *In*: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 115-147.

MANYIKA, James; BUGHIN, Jacques. A primavera da inteligência artificial. **Exame Ceo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 60-63, dez. 2019.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Dilemas éticos e jurídicos do uso da inteligência artificial na prática jurídica. **Centro de Investigação de Direito Privado**, Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021, ano 7, n. 4, 919-952. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0919_0952.pdf. Acesso em: 16 jan. 2022.

NOTÍCIAS STF. Brasília: 9 mar. 2021. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 10 fev. 2022.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 141-142.

PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**. 1. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, p. 85-130, 2020.

PRADO, Eunice M. B.; MÜNCH, Luciane A. Corrêa; VILLARROEL, Márcia A. Corrêa Ughini. "Sob controle do usuário": formação dos juízes brasileiros para o uso ético da IA no Judiciário. **Revista Direito Público do IDP**, Brasília, 2021, v. 18, n. 100, p. 327-348, out./dez. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6021>. Acesso em: 7 fev. 2022.

ROSZAK, Theodore. **El culto de la información**: tratado sobre alta tecnología, inteligencia artificial y el verdadero arte de pensar. Tradução para o espanhol de Jordi Beltran. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

SERRER, Fernanda; SANTOS, André Leonardo Copetti. Pós-Humanismo e Direitos Humanos: contribuições para pensar a crítica pós-humanista frente aos avanços da tecnologia e as complexidades humanas. *In: Salão do Conhecimento: XXVI Jornada de Pesquisa da Inujuí, Ijuí*, 18 out. 2021, v. 7, n. 7. P. 1-14. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/20504>. Acesso em: 03 fev. 2022.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais*. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. E-book (não paginado – posição 2407).

The Next Rembrandt [S.I., 2017?]. 1 vídeo (4 min 20 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=luygOYZ1Ngo&t=201s>. Acesso em: 03 fev. 2022.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. **Mind, New Series**, Oxford, p. 433-460, Oct. 1950. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2251299?origin=JS-TOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 16 jan. 2022.

WHITTLESTONE, Jess; NYRUP, Rune; ALEXANDROVA, Kanta Dihal; CAVE, Stephen. **Ethical and societal implications of algorithms, data and artificial intelligence**: a roadmap for research. London: Nuffield Foundation, 2019. Disponível em: <https://www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Ethical-and-Societal-Implications-of-Data-and-AI-report-Nuffield-Foundat.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2022.

ESTUDOS INICIAIS ACERCA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO SOBRE A RETOMADA DAS AULAS PRESENCIAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

*INITIAL STUDIES ABOUT JUDICIAL DECISIONS IN
STRUCTURAL LITIGATION: AN ANALYSIS BASED ON THE
DECISION ON THE RESUMPTION OF FACE-TO-FACE CLASSES
IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL, IN THE CONTEXT OF
THE COVID-19 PANDEMIC*

Diego de Ávilla Rodrigues

Resumo: O processo estrutural tem sua origem relacionada à *Civil Rights Court*, mais especificamente ao caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que reconheceu a inconstitucionalidade do sistema *separate but equals* e necessitou intervir ativamente em diversas políticas públicas e burocracias para efetivar o decidido. Esse novo sistema de processo propõe um novo foco, qual seja, a solução do litígio, ou conflito estrutural, cabendo ao juiz atacar o problema e suas causas, para o presente e futuro. No caso da retomada das aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul, o que se verificou foi que a decisão proferida nos autos de uma Ação Civil Pública, em que pese tenha aparentemente solucionado a lide, não resolveu o litígio existente na realidade, especialmente porque permitiu manobra do poder executivo para, inobstante a decisão, retomar as aulas presenciais, o que tem entre outros fatores, contribuído para um novo agravamento da situação sanitária no ente federativo. Uma análise focada no problema, sem receio de adentrar no mérito administrativo, desde que com foco nos princípios constitucionais, poderia representar uma decisão mais significativa à população.

Palavras-chave: Processo Estrutural; Decisão Judicial; Pandemia.

Abstract: *The structural adjudication has its origins related to the Civil Rights Court, more specifically to the Brown v. case. Board of Education of Topeka, which*

recognized the unconstitutionality of the separate but equals system and needed to actively intervene in various public policies and bureaucracies to implement the decision. This new process system proposes a new focus, that is, the solution of the dispute in fact, or structural conflict, and it is up to the judge to attack the problem and its causes, for the present and future. In the case of the resumption of in-person classes in the State of Rio Grande do Sul, what was found was that the decision, rendered in the records of a Public Civil Action, despite apparently having resolved the dispute, did not resolve the existing litigation in reality, especially because it allowed the executive power to maneuver, regardless of the decision, to resume classroom classes, which has, among other factors, contributed to a new worsening of the health situation in the federative entity. An analysis focused on the problem, without fear of going into the administrative merits, as long as it focuses on constitutional principles, could represent a more significant decision for the population.

Keywords: Structural Adjudication; Judicial Decision; Pandemic.

INTRODUÇÃO

O processo estrutural começa a ser mais largamente estudado e aplicado no Brasil. Com suas origens que remontam à *Civil Rights Court*, mais especificamente ao caso *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Nesse novo modelo de processo, há necessidade de uma alteração de foco no processo, que não deve apenas resolver a lide posta a julgamento, mas objetiva solucionar um problema existente no campo dos fatos, especialmente aqueles envolvendo direitos fundamentais sociais.

A decisão judicial deixa de ser vista como um elemento estranho à promoção dos objetivos constitucionais, passando a ser dever do juiz promover a sua defesa e implementação, sem, contudo, deixar de basear-se em legislação e em princípios de direito.

O presente estudo, portanto, aborda, em um primeiro momento, brevemente a origem do processo estrutural e a sua finalidade, com foco na necessidade de uma mudança de visão do julgador nos casos postos sob sua análise.

Posteriormente, é analisada a situação do retorno às aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2021, em plena pandemia de COVID-19 e no pior momento sanitário do ente federativo, com especial estudo da decisão judicial proferida em Ação Civil Pública que objetivava travar tal retomada, em momento tão crítico.

Faz-se necessária uma alteração de foco no processo judicial, especialmente de natureza estrutural, de forma a contribuir para a solução dos litígios em concreto e não apenas nos autos judiciais.

1 O PROCESSO ESTRUTURAL E A NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DE FOCO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O processo estrutural tem sua origem ligada à Suprema Corte americana, especialmente ao período em que esteve sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, no qual ficou conhecida como *Civil Rights Court*, por decidir, ao longo de cerca de duas décadas, diversas questões que caminham até hoje na história daquela sociedade. Entre esses julgamentos, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte reconheceu a ilegalidade do sistema *separate but equals*, é comumente apontado como origem das *structural reforms*, que hoje, no Brasil, são o cerne do debate e da pesquisa sobre processos estruturais (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 18).

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte americana reconheceu a uma estudante negra, que anteriormente tinha que atravessar toda a cidade para ir à escola, o direito de frequentar escolas públicas mais próximas de sua casa, que, antes, eram restritas a estudantes brancos. A decisão, assim, deu fim ao sistema *separate but equals*, então vigente, que permitia a segregação entre negros e brancos, por exemplo em escolas e vagões de trem, desde que não houvessem outras distinções entre eles¹.

¹ Especificamente sobre o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, confira-se a seguinte obra: JOBIM; ROCHA, 2021.

Entretanto, logicamente, não bastava apenas uma decisão da Suprema Corte para colocar fim ao sistema de segregação nas escolas públicas. Ao contrário, havia a necessidade de novos procedimentos para matrícula de alunos, novos critérios para construção de escolas e contratação de professores, revisão do sistema de transporte escolar, modificações curriculares entre outras. É nesse sentido que uma segunda decisão do caso *Brown v. Board of Education* delegou aos juízes federais a tarefa de reconstruir e intervir no sistema, alterando o tradicional sistema processual norte americano para suprir as necessidades reais que se apresentavam (FISS, 1979, p. 2-3).

Desta forma, as decisões judiciais proferidas no caso referido, não apenas declararam a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, mas passaram a determinar meios e a intervir nas estruturas e burocracias públicas de forma a fazer cessar o referido sistema. Mais do que solucionar o caso concreto da autora, a solução, para ser efetivada, considerou a integralidade do problema, buscando a sua solução para o futuro.

É nesse sentido que o processo estrutural vem sendo estudado no Brasil, especialmente como uma alternativa para os diversos problemas causados pela judicialização individual dos conflitos sociais², na medida em que poderia ser utilizado para atacar a origem do problema, em verdadeira intervenção na estrutura, pública ou privada, que esteja causando a violação do direito debatido.

Assim, o objeto de uma demanda estrutural é um litígio estrutural, ou seja, são litígios fáticos que atingem não apenas uma pessoa, mas uma

² A título exemplificativo, vale referir o caso trazido por VITORELLI (2018, p. 8-9), envolvendo a situação das vagas em creches no estado de São Paulo, no qual a Defensoria Pública, em que pese legitimada para ajuizamento de ação coletiva, propôs aproximadamente 61 mil ações individuais por ano, de 2014 a maio de 2017, numa média de cerca de 20 mil ações ao ano. Ainda que a solução do caso individual possa trazer uma ilusão de solução do problema, na prática, as demandas têm prejudicado àquelas mães que aguardam a concretização da política pública, como, no exemplo dado pelo autor referido, da genitora que decidiu procurar a Defensoria Pública, após ver seu filho cair da quinta para a vigésima sétima posição na fila, em virtude dos deferimentos judiciais.

coletividade, inclusive, indeterminada. De forma que a decisão deve ser voltada a modificar a estrutura que causa a violação dos direitos debatidos no feito.

Nesse sentido, confira-se VITORELLI (2018, p. 6):

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

Portanto, há necessidade de uma alteração de foco no processo judicial estrutural, a cerne da decisão, mais do que o caso concreto levado ao Judiciário, deve ser o problema estrutural existente na realidade.

Naturalmente que, para tanto, há necessidade de uma modificação de procedimentos e da visão do processo como um todo, o que envolve desde a representação processual das partes, possibilidade de intervenção de terceiros, realização de audiências públicas, métodos de coerção para cumprimento das medidas determinadas, realização de acordos e fiscalização de seu cumprimento³, que constituem, inclusive uma nova fase de estudo acerca da possibilidade e efetividade dos processos estruturais no sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, o que se pretende destacar no presente estudo é a necessidade de uma visão mais ampla da lide estrutural, com foco no resultado prático pretendido, onde o juiz deixe de ser apenas um intérprete legal, mas se torne um efetivo contribuinte na busca pelos objetivos constitucionais.

Aqui não se desconhece que uma postura mais ativa (não ativista) do juiz é rechaçada por diversos operadores do Direito, que alegam,

³ Por limitação de páginas não há como tratar de todos esses temas no presente estudo. Entretanto, a nova obra de ARENHART; OSNA, JOBIM (2021) traz diversos apontamentos destacadamente sobre cada um desses temas.

especialmente, a separação entre os poderes, defendendo que o Judiciário deveria se limitar a resolver a causa, sem exceder os seus limites, legislando ou mesmo determinando a realização de políticas públicas.

Contra esse argumento, contudo, vale citar o seguinte trecho de FISS (2021, p. 1005):

Decisões judiciais como essas são, às vezes, acusadas de serem antidemocráticas. Tal crítica se baseia numa visão muito míope de Democracia, reduzindo-a a uma forma de majoritarismo. A democracia, em minha opinião, não faz do sentimento popular o padrão para medir o funcionamento de cada instituição de governo. Em vez disso, a Democracia é um padrão aplicado para julgar o sistema de governo tomado como um todo. Diferentes instituições de governo têm funções diferentes, algumas com conexões mais atenuadas do que outras em relação ao sentimento popular. Espera-se que algumas instituições governamentais, como o governador ou a legislatura estadual, respondam às preferências ocorrentes de seus cidadãos; Outros, como o Judiciário, são encarregados da responsabilidade de interpretação da lei como ela é e da proteção da Constituição.

Naturalmente que não se defende uma atuação política do julgador. Ao decidir, o juiz deve sempre permanecer atrelado ao direito e aos argumentos legais e de princípio jurídico, focado especialmente nos valores constitucionais, de forma a evitar que sua postura ativa, objetivando dar fim à violação de direitos objeto da lide, para o passado e para o futuro, possa ser interpretada como ativismo judicial infundado, ou seja, baseado unicamente em suas preferências pessoais e em sua visão de mundo.

Para tanto, como já dito, o juiz, que não é imune a erros e inclusive por isso, deverá ouvir a todas as partes e interessados, experts no tema, analisar o contexto social e econômico do país, inclusive para evitar determinar política impraticável ou que venha a prejudicar a outrem. O juiz, em seu novo papel, deverá considerar o problema objeto da ação e os reflexos de sua decisão, para o caso e para as demais pessoas atingidas, sendo necessária a devida motivação de sua decisão, mediante fundamentação transparente, fundada em leis e princípios jurídicos.

Nesse sentido, mais uma vez, confira-se a lição de FISS (2021, p. 1003-1004):

[...] A autoridade do judiciário não decorre de sua experiência moral, mas do próprio cargo e do fato de que o exercício do poder judicial é limitado pelo que eu chamo de estímulos da razão pública: (1) Os Juízes devem ouvir as reclamações que de outra forma poderiam evitar; (2) eles devem ouvir as reclamações de todas as partes prejudicadas; (3) eles devem conduzir os seus trabalhos em público; e (4) eles devem, publicamente, anunciar a sua decisão e justificar essa decisão com base em princípio.

Desta forma, a adequada compreensão e utilização do processo estrutural pode contribuir para a busca de uma solução dos problemas causados pelo tratamento individual hoje dado pelo judiciário pátrio aos direitos fundamentais sociais, contribuindo para uma cultura que incentive o diálogo e o tratamento coletivo dos litígios, com uma maior racionalização na busca de uma solução desses conflitos (SARLET, 2021, p. 635) e, em última análise, na concretização dos objetivos constitucionais. Entretanto, para isso, como salientado, há necessidade da implementação de um novo foco ao processo, voltando-se a decisão à solução do conflito e não, apenas, do caso em tela.

A fim de exemplificar a necessidade dessa nova visão e o maior grau de eficiência que poderia ser garantido, na próxima parte desse estudo, será apresentada a situação decorrente da volta às aulas presenciais no Estado do Rio Grande do Sul, no contexto da pandemia de COVID-19 e os reflexos das decisões judiciais proferidas em Ação Civil Pública, que objetivava a manutenção do ensino à distância, em virtude do risco à saúde pública.

2 O PROBLEMA DO RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Desde o início do ano de 2020, notícias acerca de um novo vírus, o Coronavírus, surgido na China e que se espalhava pelo mundo, começaram a

ser cada vez mais frequentes nos noticiários nacionais e mundiais. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou situação de pandemia, em virtude do COVID-19 (SARS-COV-2).

A partir desse momento, medidas de restrição a direitos e a circulação se intensificaram por todo o mundo, com fechamento de fronteiras, comércio interno, escolas, creches e orientações específicas para que a população, na medida do possível, não saísse de casa, tudo a fim de evitar a circulação do vírus e uma maior contaminação de pessoas.

No Rio Grande do Sul, o Governo do Estado, após um primeiro momento de fechamento das atividades não essenciais e de ouvir especialistas, desenvolveu um modelo chamado de “Distanciamento Controlado”⁴, no qual o estado era dividido em regiões e estas, por sua vez, eram classificadas por bandeiras, de amarela, vermelha e preta, conforme o risco de contágio. A cada bandeira correspondia uma série de restrições, mais ou menos intensas, ao comércio e à circulação de uma forma geral.

Especificamente no tocante às aulas presenciais, houve suspensão em todo território do Rio Grande do Sul, com readequação para atendimento dos alunos mediante atividades à distância nas escolas particulares e públicas. As aulas retornaram, no final do ano de 2020, apenas para educação infantil, até o final do ano escolar.

Em 22 de fevereiro de 2021, mesmo com o estado do Rio Grande do Sul, reconhecidamente, no pior momento da pandemia, integralmente em bandeira preta, o Governo optou por permitir o retorno presencial das aulas para a educação infantil e 1º e 2º anos do Ensino Fundamental, o que fez através do Decreto 55.767/21.

⁴ Nesse sentido, confira-se matéria disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/04/21/governo-do-rs-apresenta-modelo-de-distanciamento-controlado-que-sera-adotado-em-meio-a-pandemia.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

Contra esse decreto, a Associação de Pais e Mães pela Democracia ajuizou Ação Civil Pública⁵, com posterior adesão, no polo ativo, do CPERS/ Sindicato, SINEPE/RS e SINPRO/RS, com pedido liminar de suspensão imediato do retorno às aulas, que foi deferido, em um primeiro momento, pelo 2º Juizado da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre.

Desta decisão, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou Agravo de Instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo para garantia do retorno às aulas. Ao receber o Agravo de Instrumento, contudo, o Desembargador Relatos Antônio Vinícius Amaro da Silveira indeferiu o pedido de efeito suspensivo.

O Estado do Rio Grande do Sul, em mais uma tentativa de retorno das aulas presenciais, editou novo decreto 55.852/21, estendendo o sistema de cogestão com os municípios para a área da educação, a fim de que, então, os últimos pudessem determinar acerca do retorno ou não das aulas presenciais.

Objetivando dar efetividade ao seu decreto, o Estado peticionou nos autos da Ação Civil Pública e do Agravo de Instrumento, ao mesmo tempo em que as autoras da ação manifestaram-se no sentido de pedir a manutenção da liminar, afirmando que o novo decreto constituía clara manobra para tentar evitar os efeitos da decisão anterior.

Assim, em julgamento realizado em 26 de abril de 2021, a 4ª Câmara Cível do Estado do Rio Grande do Sul decidiu pela manutenção da suspensão das aulas presenciais, enquanto perdurasse o decreto de bandeira preta no estado, em decisão assim ementada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS NAS ESCOLAS PÚBLICAS E PRIVADAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DECRETAÇÃO DE BANDEIRA PRETA DO SISTEMA DE DISTANCIAMENTO CONTROLADO. LIMINAR DEFERIDA. MANUTENÇÃO. DECRETO ESTADUAL Nº 55.767/21. INCOERÊNCIA MOTIVACIONAL

⁵ Distribuída sob o número 5019964-94.2021.8.21.0001.

INTRÍNSECA. ATO ADMINISTRATIVO INCOERENTE COM SUA FINALIDADE. GRAVE CRISE SANITÁRIA. COMPETÊNCIA. 1. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, NA FORMA DO ART. 55, § 3º, DO CPC/15, PELO RISCO DA PROLAÇÃO DE DECISÃO CONFLITANTE COM O RECURSO QUE TRATA DA SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS NAS ESCOLAS MUNICIPAIS DE PORTO ALEGRE. 2. A ATUAÇÃO JURISDICCIONAL FRENTE AOS ATOS DE GESTÃO DEVE FICAR ADSTRITA A EVENTUAIS ABUSOS DE AUTORIDADE E DE ILEGALIDADE, BEM COMO QUANDO HOUVER TERATOLOGIA NA DECISÃO, O QUE PODERÁ SE VISLUMBRAR NA ANOMALIA MOTIVACIONAL DO ATO ATACADO. 3. EDIÇÃO DOS DECRETOS ESTADUAIS 55.465/20, 55.579/20, 55.591/20 EM CONSONÂNCIA COM O DECRETO ESTADUAL Nº 55.548/20, QUE ESTABELECEU OS CRITÉRIOS ESPECÍFICOS DE FUNCIONAMENTO DE CADA ATIVIDADE DE ACORDO COM A CLASSIFICAÇÃO DE BANDEIRAS AMARELA, LARANJA, VERMELHA E PRETA. 4. O DECRETO ESTADUAL Nº 55.767/21, DE FORMA DESALINHADA À LÓGICA ATÉ ENTÃO ADOTADA, AUTORIZOU, NO ART. 2º, INCISO III, A REALIZAÇÃO DAS AULAS PRESENCIAIS, NO MOMENTO DE MAIOR GRAVIDADE DESDE O INÍCIO DA PANDEMIA, COM CLASSIFICAÇÃO ESTADUAL DE BANDEIRA PRETA, ADOTANDO COMO FUNDAMENTAÇÃO A PRESERVAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL E ALFABETIZAÇÃO, INCLUSIVE PARA SOCIALIZAÇÃO E FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS. 5. HIPÓTESE EM QUE CONFIGURADA A INCOERÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO COM SUA FINALIDADE ORIGINAL, POIS EM TOTAL DESALINHO COM A POSTURA ATÉ ENTÃO ADOTADA PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO DURANTE A PANDEMIA, EVIDENCIANDO CONTRADIÇÃO INTRÍNSECA E IRRAZOÁVEL ENTRE O OBJETIVO DO ATO E SUA MOTIVAÇÃO. 6. ATO ADMINISTRATIVO QUE DENOTA APARENTE NULIDADE POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. EFEITOS SECUNDÁRIOS EXPLICITADOS. 7. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.⁶

Diversos são os fundamentos dessa decisão que mereceriam destaque, entretanto, o fator que chama à atenção foi o cuidado do eminente relator, em seu voto, no sentido de não adentrar propriamente ao mérito do ato administrativo.

O voto condutor da decisão, seguido à unanimidade, apesar de reconhecer a gravidade da pandemia e a necessidade de medidas sanitárias, não estabeleceu ou fez juízo de mérito sobre os critérios que deveriam orientar o retorno às aulas presenciais. De fato, o relator limitou-se a elencar dados

⁶ Agravo de Instrumento Nº 50346504620218217000, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em: 26-04-2021.

a fim de demonstrar a “incongruência” do agir da administração pública que, durante períodos mais brandos de pandemia, manteve as escolas fechadas, autorizando o seu retorno no momento mais grave.

Em outras palavras, o fundamento da confirmação da liminar que impedia o retorno às aulas foi a incongruência do administrador com os atos anteriores, especialmente dos próprios sistemas de bandeiras, e não o grave momento de pandemia vivido. Tampouco foi realizada qualquer ponderação estruturada acerca dos princípios constitucionais envolvidos, como direito à educação, à saúde e à vida. Ou seja, a decisão ora analisada preocupou-se em resolver a lide, o que não deu fim ao litígio existente⁷.

De fato, tanto a decisão não deu fim ao litígio, que, nos dias subsequentes, o Governo Estadual aboliu o sistema de bandeiras, substituindo-o pelo hoje chamado “Sistema 3As” (Decreto 55.882/21), que confere ampla autonomia aos municípios, inclusive permitindo, na prática, o retorno das aulas presenciais, não apenas para as séries iniciais, mas para todos os níveis de ensino.

O resultado da liberação das aulas não tardou a aparecer, com diversos órgãos de imprensa noticiando a suspensão de aulas presenciais em municípios do estado, em virtude de um aumento dos casos de COVID-19⁸. Da mesma forma, atualmente, em virtude do aumento de circulação, não somente pelo retorno das aulas, mas também pela maior liberação do comércio, o Estado do

⁷ Neste ponto, é imperioso salientar que o presente estudo é realizado à luz das decisões constantes nos autos e disponíveis no site do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em especial do acórdão assinalado, sem, contudo, análise minuciosa dos termos do pedido da demanda ajuizada pela Associação de Pais e Mães pela Democracia ou das manifestações daqueles posteriormente incluídos no polo ativo, especialmente quanto ao estabelecimento de critérios seguros para o retorno às aulas presenciais.

⁸ Confira-se, a título exemplificativo as seguintes reportagens: “RS tem pelo menos 24 municípios que registram suspensão de aulas presenciais”, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/05/rs-tem-pelo-menos-24-municipios-que-registram-suspensao-de-aulas-presenciais-ckouj28lx008l0180ufcu18d2.html>, último acesso em 02/06/2021; e “Cidades do RS suspendem aulas presenciais após casos de Covid em escolas”, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/17/cidades-do-rs-suspendem-aulas-presenciais-apos-casos-de-covid-em-escolas-saiba-mais.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

Rio Grande do Sul se aproxima de uma nova onda do COVID-19, novamente, com risco de esgotamento do serviço de saúde⁹.

O que se vislumbra, portanto, é que uma visão focada na lide e no conceito de estrita separação entre os poderes, apesar de permitir a resolução da controvérsia naquele caso concreto, não resolveu o litígio existente na sociedade, apenas fazendo com o que poder público estadual buscasse um outro meio de permitir o retorno às aulas, sem qualquer alteração na situação concreta de saúde pública vivida naquele momento pelo ente da federação.

Uma visão desenvolvida a partir de uma teoria de processo estrutural poderia permitir, de forma mais concreta, algumas formas alternativas de resolução para essa demanda, a fim de que sua eficácia pudesse, de forma mais acertada, efetivamente garantir a preservação dos direitos fundamentais.

Vale salientar, por oportuno, que não se trata de vetar o retorno às aulas indefinidamente, entretanto, certamente o Poder Judiciário poderia contribuir de uma melhor forma na elaboração de requisitos mínimos que permitissem tal retomada com maior segurança, tanto para estudantes quanto para profissionais, bem como no acompanhamento e na fiscalização do retorno dos estudantes, dando especial atenção às condições físicas das escolas, ao fornecimento de material de higiene e limpeza e à atenção aos protocolos, por funcionários e alunos.

Logicamente que não se espera que o juiz seja um *expert* em saúde pública, tampouco um especialista em doenças infecciosas, entretanto, os julgadores poderiam se cercar de tais profissionais, criar comissões mistas, com técnicos de ambos os lados, permitir maior participação de entidades

⁹ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes reportagens locais: “Internações clínicas por covid-19 sobem 50% em 24 dias no RS; veja os gráficos”, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/06/internacoes-clinicas-por-covid-19-sobem-50-em-24-dias-no-rs-veja-os-graficos-ckpelmbj4007f018mirnmdgke.html>, último acesso em 02/06/2021; e “Com aumento nas hospitalizações, RS registra mais 49 mortes por Covid”, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/24/com-aumento-nas-hospitalizacoes-rs-registra-mais-49-mortes-por-covid.ghtml>, último acesso em 02/06/2021.

representativas, com interesses convergentes ou não, a fim de buscar estruturar adequadamente o retorno mais seguro às aulas.

De fato, da forma como ocorrido o julgamento, aparentemente, se obteve o resultado inverso ao desejado, uma vez que, evitando o retorno às aulas das séries iniciais de educação infantil, acabou sendo criado o cenário perfeito para que fosse permitido o retorno de toda a rede escolar.

O foco na lide, por vezes, impede a resolução do problema, podendo até mesmo agravá-lo. O julgador, que exerce papel importante na defesa dos direitos e garantias constitucionais, não deve se limitar à análise do caso concreto, sem compreender os reflexos de sua decisão para o litígio estrutural existente na sociedade. Há necessidade de uma adequada ponderação entre os direitos que estão sendo limitados, sem receio de ingressar em mérito administrativo, quando se estiver diante de medidas que possam impedir ou garantir um direito fundamental, desde que mediante adequada fundamentação em normas e princípios, e não em simples interesses políticos.

O processo estrutural traz uma visão que permite ao julgador uma postura mais ativa, entretanto não ativista, na defesa dos direitos sociais, na medida em que deve estar focado na resolução dos casos na prática e para e o futuro, contudo, não pode fazê-lo simplesmente com base em convicções pessoais, mas atrelado à Constituição e às normas e princípios que regem o ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou tecer primeiras considerações acerca do processo estrutural, sua origem, finalidade e utilidade, como forma alternativa de solução para os conflitos sociais, especialmente diante dos diversos problemas causados pelo tratamento individualizado das demandas envolvendo direitos sociais no Brasil.

Uma mudança de visão do julgador, com uma postura mais ativa, disposta a intervir em políticas públicas, no resguardo dos valores constitucionais, faz-se necessária para uma melhor efetivação dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais.

Porém, uma postura ativa dos juízes não significa, necessariamente, uma postura ativista, devendo, ao decidir, buscar rodear-se de *experts* no tema e, especialmente, promover o diálogo entre todos os envolvidos, na busca de uma melhor solução, ainda que não necessariamente consensual.

O caso do retorno às aulas nas escolas do Rio Grande do Sul demonstra que o tratamento da demanda com foco na lide pode resolvê-la, sem contribuir para a solução do litígio existente no mundo dos fatos. O receio em adentrar ao mérito das decisões do poder executivo, o que poderia ser feito mediante análise de seus fundamentos e de ponderação com os princípios constitucionais, culminou com uma retomada das aulas que acabou gerando, em seguida, um fechamento de diversas unidades, justamente em virtude de contaminação pela COVID-19.

Portanto, a fim de buscar a efetivação dos preceitos e objetivos constitucionais, os processos estruturais têm muito a contribuir, sendo necessária, porém, uma alteração da cultura processual atual, para que o foco da decisão não seja o processo em si, mas sim o litígio estrutural que o justifica. A busca por uma melhor solução para os conflitos sociais passa por um agir mais ativo dos julgadores, desde que fundamentados em elementos concretos de convicção.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

G1. Globo. **Cidades do RS suspendem aulas presenciais após casos de Covid em escolas**, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/17/cidades-do-rs-suspendem-aulas-presenciais-apos-casos-de-covid-em-escolas-saiba-mais.ghhtml>. Último acesso em: 02 jun. 2021.

G1. Globo. **Com aumento nas hospitalizações, RS registra mais 49 mortes por Covid**, disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/05/24/com-aumento-nas-hospitalizacoes-rs-registra-mais-49-mortes-por-covid.ghhtml>. Último acesso em: 02 jun. 2021.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FISS, Owen. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**. vol. 93, nov. 1979. Base de dados Hein Online.

GZH. Grupo Zero Hora. **Internações clínicas por covid-19 sobem 50% em 24 dias no RS; veja os gráficos**, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/06/internacoes-clinicas-por-covid-19-sobem-50-em-24-dias-no-rs-veja-os-graficos-ckpelmbj4007f018mirnmdgke.html>. Último acesso em: 02 jun. 2021.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

GZH. Grupo Zero Hora. **RS tem pelo menos 24 municípios que registram suspensão de aulas presenciais**, disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2021/05/rs-tem-pelo-menos-24-municipios-que-registram-suspensao-de-aulas-presenciais-ckouj28lx008l0180ufcu18d2.html>. Último acesso em: 02 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto 55.767, de 22 de fevereiro de 2021. Fica alterado o Decreto nº 55.465, de 05 de setembro de 2020, que estabelece as normas aplicáveis às instituições e estabelecimentos de ensino situados no território do Estado do Rio Grande do Sul, conforme as medidas de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) de que trata o Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, que institui o Sistema de Distanciamento Controlado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Rio Grande do Sul, RS, p. 84, (Segunda Edição), 22 fev. 2021. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71528&hTexto=&Hid_IDNorma=71528. Acesso em: 02/06/2021.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto 55.852, de 22 de abril de 2021. Altera o Decreto nº 55.465, de 05 de setembro de 2020, que estabelece as normas aplicáveis às instituições e estabelecimentos de ensino situados no território do Estado do Rio Grande do Sul, conforme as medidas de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) de que trata o Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, que institui o Sistema de Distanciamento Controlado e dá outras providências; e o Decreto nº 55.799, de 21 de março de 2021, que institui medidas sanitárias extraordinárias para fins de prevenção e de enfrentamento à pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. **Diário Oficial do Estado**, Rio Grande do Sul, RS, p. 9, (Terceira Edição), 22 abr. 2021. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71633&hTexto=&Hid_IDNorma=71633. Acesso em: 02/06/2021.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto 55.882, de 15 de maio de 2021. Institui o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19 no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Rio Grande do Sul, RS, p. 4, 15 maio 2021. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71700&hTexto=&Hid_IDNorma=71700. Acesso em: 02/06/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, vol. 7/2018, p. 147 – 177, jan./jun. 2018. Base de dados RT online.

