

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 2**

**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO E DOUTORADO

**editora  
unoesc**

© 2022 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 / Francisco Bilancia, Crísthian Magnus De Marco, Paulo Junior Trindade dos Santos (organizadores). – Joaçaba: Editora Unoesc, 2023. 144 p. ; 23 cm.

ISBN e-book: 2978-85-98084-49-7  
Inclui bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3. Direito constitucional. 4. Pós-modernismo. I. Bilancia, Francisco, (org.). II. De Marco, Crísthian 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  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi  
Campus de Chapecó  
Carlos Eduardo Carvalho  
Campus de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
Campus de Videira  
Ildo Fabris  
Campus de Xanxerê  
Genesio Téó

Pró-reitora Acadêmica  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração  
Ricardo Antonio De Marco

**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  
Marcieli Maccari  
Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

## SUMÁRIO

Dos organizadores .....	5
Apresentação da coletânea.....	9
Dos autores.....	13
Participação e Controle Social: A Rede de Filtros Capacitados para Selecionar Fluxos Comunicativos em Saúde e enviá-los para irritar os Sistemas Parciais aptos a dar efetividade a esse Direito Fundamental .....	19
Constitucionalismo Latino-Americano: Diálogos e Reflexões à Luz do Século XXI .....	49
O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Prospecções para o Estado Plurinacional .....	69
Constitucionalismo Contemporâneo e Ações de Enfrentamento à Covid-19 na Defesa dos Direitos das Pessoas em Situação de Vulnerabilidade no Brasil.....	85
A Contribuição do Pluralismo Jurídico para o Sistema de Justiça Latino-Americano .....	103
A Presença da Fragmentação Constitucional no Senado Galáctico da Franquia Star Wars .....	123



## 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 “Técnicas 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 como 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<sup>a</sup> 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](mailto: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-no direito; e direito e tecnologia. Contato: [pjtrindades@hotmail.com](mailto: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 cinco artigos científicos com temáticas distintas, porém que se aproximam ao enfrentarem questões atinentes ao constitucionalismo, aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, em uma perspectiva contemporânea e direcionada para o cenário latino-americano:

- *“Participação e controle social: a rede de filtros capacitados para selecionar fluxos comunicativos em saúde e enviá-los para irritar os sistemas parciais aptos a dar efetividade a esse direito fundamental”*, de Adriano Tacca e Leonel Severo Rocha, sobre o papel comunicativo da participação e do controle sociais para a efetivação de direitos fundamentais, em especial do direito à saúde, com apoio do método sistêmico;
- *“Constitucionalismo latino-americano: diálogos e reflexões à luz do século XXI”*, de Êmelyn Linhares, Marlei Angela Ribeiro dos Santos e Thaís Janaina Wenczenovicz, a respeito da teorização do novo constitucionalismo latino-americano, que reconhece a trajetória sócio-histórico-jurídica da América Latina como uma superação das diretrizes neoconstitucionalistas eurocêntricas;
- *“O novo constitucionalismo latino-americano: prospecções para o Estado Plurinacional”*, de Natália Cerezer Weber e Daniel Rubens Cenci, que trata do desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano e da organização dos Estados, numa perspectiva histórica;
- *“Constitucionalismo contemporâneo e ações de enfrentamento à covid-19 na defesa dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade no Brasil”*,

de Fernanda Analú Marcolla, Rodrigo Marchiori Pereira e Alejandro Knaesel Arrabal, acerca da relação entre constitucionalismo brasileiro e políticas públicas destinadas às pessoas em situação de extrema vulnerabilidade no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil;

- “*A contribuição do pluralismo jurídico para o sistema de justiça latino-americano*”, de Aleteia Hummes Thaines e Marcelino da Silva Meleu, sobre a possibilidade de uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano a partir da participação dos povos indígenas e tradicionais, analisando, em específico, o caso do sistema boliviano e a implementação do Tribunal Indígena.
- “*A presença da fragmentação Constitucional no senado Galáctico da Franquia Star Wars*”, que tem como autores Pedro Ernesto Neubarth Fernandes, Leonel Severo Rocha e Rosele Joaquim Centeno, o artigo tem o objetivo de estudo a contextualização do filme com o contexto sociojurídico contemporâneo a partir de uma República Galáctica tenha instituído um ordenamento jurídico universal, há planetas com leis próprias, direitos não-oficiais, em um exemplo claro de pluralismo jurídico.

O livro representa a interação entre vários grupos de estudos e pesquisa, em especial os grupos “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa” e “Interculturalidade, Identidade de Gênero e Personalidade”, da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (Constinter)”, “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça”, “Direito, Tecnologia e Inovação (DTIn)”, “Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas”, “Sociedade, Instituições e Justiça (Sinjus)”, da Universidade Regional de Blumenau (Furb); “Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional”, da Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT); e “Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade”, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí).

Reitere-se, que também representa a obra a cooperação entre a Unesco 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 atenta às complexidades sociais do mundo pós-moderno.

Dos organizadores.  
Entre meados e fins do inverno de 2022,  
Chapecó e Joaçaba – SC.

Francisco Bilancia  
Cristhian Magnus de Marco  
Paulo Junior Trindade dos Santos



## DOS AUTORES

### ADRIANO TACCA

Doutor pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos) e *Università degli Studi “G. d’Annunzio* (Itália) (doutorado sanduíche), com pós-doutorado pela Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Especialista em Direito Processual pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Graduado em Direito pela UCS. Professor do curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG). Advogado.

### ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau (Furb). Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da Furb. Líder do grupo de pesquisa “Direito, Tecnologia e Inovação (DTIn)”, da Furb; vice-líder do grupo de pesquisa “Sociedade, Instituições e Justiça (Sinjus)”, da Furb; e integrante do grupo de pesquisa “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (Constinter)”, também da Furb. Membro da Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau (AGIT/Furb). Contato: arrabal@furb.br.

### 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.

### **DANIEL RUBENS CENCI**

Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com pós-doutorado em Geopolítica Ambiental Latino-Americana pela Universidade de Santiago do Chile (Usach). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e do curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Coordenador do grupo de pesquisa “Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade”, da Unijuí. Contato: danielr@unijui.edu.br.

### **ÉMELYN LINHARES**

Discente do Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Bolsista do Programa de Demanda Social da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), para o Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas. Especialista em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau (Furb) e em Direito Penal e Processo Penal pela Santa Rita. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina (Funoesc/Facisa).

## **FERNANDA ANALÚ MARCOLLA**

Mestranda em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (Furb). Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (Unifebe). Advogada. Membro da Comissão Criminal da OAB/SC da Subseção de Brusque. Membro da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina. Integrante dos grupos de pesquisa “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (Constinter)” e “Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas”, ambos da Furb. Contato: f.marcolla@furb.br.

## **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 Sudi 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.

## **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. Líder do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça”, da Furb. Atua também como professor em nível de graduação e pós-graduação *lato sensu*. 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.

### **MARLEI ANGELA RIBEIRO DOS SANTOS**

Doutoranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual pela Unoesc. Graduada em Direito pela Faculdades de Ciências Sociais Aplicadas, (Facisa). Tecnóloga em Gestão Ambiental pela Universidade Norte do Paraná (Unopar). Contato: marlei.ange.adv@hotmail.com.

### **NATÁLIA CEREZER WEBER**

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Bacharela em Direito pela Unijuí. Integrante do grupo de pesquisa “Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade”, da Unijuí. Contato: nataliacweber@gmail.com.

## **PEDRO ERNESTO NEUBARTH FERNANDES**

Possui mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2018) e graduação em Direito pela Universidade Feevale (2015). Pesquisador nos projetos de pesquisa “Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina”, “AUTOORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile” e “Teoria do Direito e Evolução Social – UNISINOS”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. E-mail: pedroneubarth@gmail.com.

## **ROSELE JOAQUIM CENTENO**

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Membro do grupo de pesquisa Teoria do Direito, sob coordenação do Professor Leonel Severo Rocha. Pesquisadora nas temáticas de Mediação de Conflitos e Teoria dos Sistemas Sociais. E-mail: ro-centeno@hotmail.com.

## **RODRIGO MARCHIORI PEREIRA**

Mestrando em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (Furb). Especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Graduado em Direito pela Furb. Advogado. Contato: rmp@furb.br.

## **THAÍS JANAINA WENCZENOVICZ**

Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com pós-doutorado pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste) e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

(UFRGS). Mestre em História Regional pela Universidade Regional Integrada (URI). Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduada em História pela Docente adjunta/pesquisadora sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (Uergs). Professora Titular no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná (Unioeste). Membro do Comitê Internacional *Global Alliance on Media and Gender* (GAMAG) da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). Líder da linha de pesquisa “Cidadania e Direitos Humanos: Perspectivas Decoloniais” do grupo de pesquisa “Interculturalidade, Identidade de Gênero e Personalidade”, da Unoesc. Contato: [t.wencze@terra.com.br](mailto:t.wencze@terra.com.br).

## PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL: A REDE DE FILTROS CAPACITADOS PARA SELECIONAR FLUXOS COMUNICATIVOS EM SAÚDE E ENVIÁ-LOS PARA IRRITAR OS SISTEMAS PARCIAIS APTOS A DAR EFETIVIDADE A ESSE DIREITO FUNDAMENTAL

*PARTICIPATION AND SOCIAL CONTROL: FILTERS ABLE TO SELECT FROM THE ENVIRONMENT COMMUNICATIVE FLOWS IN HEALTH AND SEND THEM TO IRRITATE THE SYSTEMS CAPABLE OF EFFECT TO THE RIGHT TO HEALTH*

Adriano Tacca<sup>1</sup>

Leonel Severo Rocha<sup>2</sup>

**Resumo:** Neste trabalho nos ocuparemos com o potencial comunicativo operado pela participação e controle social e a contribuição desta operação para efetivar o direito fundamental à saúde. Quando irritados comunicativamente os sistemas parciais da sociedade majoram a complexidade, aumentando as probabilidades de realizar a escolha mais adequada para efetivar esse direito fundamental. O método é o sistêmico de matriz Luhmanniana. Trataremos da polissemia de conceitos, da definição conceitual da participação e controle social e da capacidade operativa dessa rede de filtros apta a irritar os sistemas parciais responsáveis por dar efetividade ao direito à saúde.

**Palavras-chave:** Participação; Controle social; Direito fundamental à saúde; Sistemas parciais da sociedade; Teoria sistêmica.

<sup>1</sup> Doutor pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos) e *Università degli Studi "G. d'Annunzio"* (Itália) (doutorado sanduíche), com pós-doutorado pela Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Especialista em Direito Processual pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Graduado em Direito pela UCS. Professor do curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG). Advogado.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris* (França), com pós-doutorado em Sociologia do Direito pela *Università degli Studi 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.

**Abstract:** In this work we will deal with the communicative potential operated by the participation and social control and the contribution of this operation to effect the right to health. When communicatively irritated the partial systems increase complexity, increasing the chances of making the most adequate choice to realize this fundamental right. The method is the systemic Luhmannian matrix. We will deal with the polysemy of concepts, the conceptual definition of social participation and control, and the operational capacity of this filter network capable of irritating the partial systems responsible for giving effect to the right to health as provided

**Keywords:** Participation; Social control; Fundamental right to health; Partial systems of the company; Systemic theory.

## INTRODUÇÃO

O atual estágio da sociedade tem como uma de suas características a complexidade e a contingência. Os fundamentos da Teoria Sistêmica de matriz Luhmanniana<sup>3</sup> contemplam a referida complexidade como um ponto nuclear de sua reflexão, isso, pois, “los sistemas median entre la escasa capacidad del hombre para elaborar sus vivencias conscientemente y la extrema complejidad del mundo” (LUHMANN, 2006. p. XI).

Para Rocha (2005), a referida teoria procura explicar a sociedade como um Sistema Social. Esse sistema é composto por Sistemas Parciais da Sociedade (Economia, Saúde, Política, Direito, entre outros). Nesse sentido, comporta a análise da realidade levando-se em conta a construção de comunicações diante de uma conjuntura de uma sociedade complexa. Isso, ocorre, pois, “não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Tudo está dentro da sociedade” (ROCHA, 2009. p. 19).

<sup>3</sup> Uma compreensão mais aprofundada da Teoria Sistêmica de matriz Luhmanniana pode ser adquirida visitando-se as inúmeras obras do autor Niklas Luhmann. Dentre elas, sugerimos “La Sociedad de la Sociedad” e “Complejidad y Modernidad”.

Campilongo (2011), na mesma linha de raciocínio, igualmente mantém o mesmoposicionamento ao afirmar que os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais, a exemplo do Sistema Parcial da Política, do Sistema Parcial do Direito, do Sistema Parcial da Saúde, dentre outros. Cada Sistema Parcial da Sociedade atua com o seu código específico e binário em suas operações específicas de reprodução de comunicações.

Assim, informações que circulam pelo ambiente da sociedade adquirem particular relevância para os Sistemas Parciais (sensíveis ao tema da saúde) quando estes conseguem identificá-las como sendo acessíveis e compreensíveis por eles. Essa operação transcorre por intermédio de um processo sistêmico interno de distinção/diferenciação. De fato, os fluxos comunicacionais exercem função essencial na irritabilidade dos diversos Sistemas Parciais da Sociedade que detêm condições de decidir (contribuir) a favor da efetivação dos direitos fundamentais (saúde).

Com esse propósito, pretendemos investigar de que forma a participação social pode contribuir, ou mesmo, auxiliar os sistemas parciais da sociedade a filtrar/selecionar informações que circulam pelo ambiente da sociedade, bem como quais sistemas podem ter acesso, ou mesmo, compreender ou se utilizar das informações selecionadas por esse sistema de filtros como opção decisional do sistema apto a contribuir a favor da efetivação dos direitos fundamentais da população.

É, ainda, objetivo trazer a contenda o tema do controle social, cuja relevância mostrar-se-á de fundamental acuidade para que se possa analisar como os sistemas parciais da sociedade dele podem se utilizar para a função de selecionar informações presentes no ambiente da sociedade. Isso se deve, em grande medida, pela análise da funcionalidade sistêmica que o controle social pode operar, ou seja, atuando como um sistema de “filtros, capaz de operar alterações nos padrões de seletividade de demandas” (CARVALHO, 1997. p. 99),

que são encontradas no ambiente da sociedade, ou mesmo, para operar essa seletividade com relação às expectativas atinentes aos direitos fundamentais dos cidadãos.

## 1 A PARTICIPAÇÃO E O CONTROLE O U SOCIAL: A POLISSEMIA DE CONCEITOS

*Todo control es acto de comunicación y sólo puede tener éxito en la medida en que la comunicación tiene éxito. (BAECKER, 2007. p. 23).*

A tentativa a seguir é, pois, a de procurar investigar a polissemia de conceitos que envolvem a participação e o controle social, bem como analisar os padrões distintos de atuação em diversas áreas, tal como as inúmeras contribuições comunicativas para os diversos sistemas parciais da sociedade. Com esse propósito, o ponto de partida será tentar demonstrar, mesmo que de forma concisa, que as expressões ‘participação/controlado social’ tem sido empregada de forma distinta pela doutrina especializada.

Temos então, por um lado, que o conceito de “participação social” se caracteriza pela troca da categoria comunidade ou povo, em seu lugar elegendo a sociedade como uma categoria central. Para um grupo de doutrinadores, o conceito de participação social “está fundamentado na universalização dos direitos sociais, na ampliação do conceito de cidadania e em uma nova compreensão do caráter do Estado, remetendo à definição das prioridades nas políticas públicas com base em um debate público” (CREVELIM, 2005.p. 326).

Por seu turno, Wendhausen (2002) refere-se que o conceito de participação popular igualmente tem sido utilizado por alguns neopluralistas, mas

São os cientistas de tradição marxista que o usam para designar o envolvimento em processos participatórios daqueles que não pertencem à classe social dominante. Pressupõe a representação de

setores populares por meio de líderes legítimos eleitos ou indicados por entidades organizadas. (WENDHAUSEN, 2002, p. 179)

O certo é que o interesse pelo tema tem se intensificado com as transformações ocorridas na relação entre o Estado e a Sociedade, mais precisamente durante a década de oitenta, quando foram sendo intensificadas as propostas de democratização da sociedade, que viria a contemplar a gestão das políticas públicas. O objetivo da democratização era “eliminar as formas autoritárias e tradicionais de gestão das Políticas Sociais, bem como a adoção de práticas que favoreçam uma maior transparência das informações e maior participação da sociedade no processo decisório” (SILVA, 2007. p.684).

Por sua vez, ao longo da história, o termo “Controle Social” igualmente foi utilizado em contextos que correspondem a distintos entendimentos, ou mesmo, definições que variavam de acordo com as múltiplas formas de compreensão entre a relação do Estado e a Sociedade e suas diversas maneiras de intervir nessa relação.

De início, o termo guardou relação com as atuações voltadas para o controle que o Estado exercia sobre a população (WENDHAUSEN, 2002), ou mesmo, com relação aos mecanismos que o Estado utilizava, ou então, tinha a sua disposição para controlar a sociedade (CARVALHO, 1997).

Esse mesmo ponto de vista pode ser conferido quando se analisa Durkheim (2002). Para este autor, o controle social tem o formato de uma ferramenta legitimadora do Estado em seu papel controlador, cujo objetivo é garantir a ordem e a integração social. Outros doutrinadores mantêm posicionamento idêntico, ao ressaltarem que o controle social é a ferramenta pela qual o Estado exerce o controle sobre os cidadãos por meio de suas instituições, cujo objetivo é interferir no “cotidiano da vida dos indivíduos, reforçando a internalização de normas e comportamentos legitimados socialmente” (IAMAMOTO, 1988, p. 109).

Contudo, outro olhar pode acusar uma visão dessemelhante. Nesse ponto de vista, o termo “controle social” é usado como sinônimo de possibilidade de a sociedade civil organizada, em todos os seus segmentos sociais, controlar as ações do Estado (BRASIL, 2003).

Na concepção de Costa (2012), essa nova visão do controle social no seio da sociedade pátria teve início por intermédio das lutas travadas pelos setores sociais, cujo objetivo era aumentar o poder da sociedade frente ao Estado. Isso se deve, em grande parte, em virtude do surgimento de grupos contrários aos governos militares que estiveram à frente do governo brasileiro até meados da década de oitenta (BRAVO, 2012).

Ao final daquela década, ainda sob o comando pelos militares, teve como característica marcante o exaurimento do fenômeno denominado “milagre econômico”<sup>4</sup>. Aliado a isso, o país convivia com o agravamento das crises na área econômica e social. Outra particularidade desse período foi caracterizada pela abertura Política do país. Por conseguinte, possibilitou-se emergirem novos movimentos populares e sindicais que pleiteavam a possibilidade da sociedade interferir na gestão das políticas públicas do Estado (CORREIA, 2000).

Essa (re)organização de forças políticas acabou por auxiliar o desencadeamento da redemocratização do país, uma vez irritado por esses movimentos, o Estado (Sistema Parcial da Política) viu-se obrigado a assumir compromissos com as reivindicações daqueles grupos e a reconhecê-los como interlocutores das demandas oriundas da população (CORREIA, 2000).

<sup>4</sup> No governo Médici fora implantado no Brasil uma política econômica que objetivava o crescimento acelerado da economia. Houve um crescente de capital estrangeiro sendo investido no país. Devido a expectativa criada, foi denominado de “Milagre Econômico”. No entanto, com a crise do petróleo em meados da década de setenta, os efeitos desta chegaram ao Brasil. Com isso, foram sendo diminuídos os investimentos estrangeiros e a balança comercial ficou negativa. Consequentemente, houve o aumento da inflação e uma diminuição drástica do consumo interno, instalando-se uma crise financeira no país (VELOSO, 2008).

## 2 A HISTORICIDADE DA PARTICIPAÇÃO E DO CONTROLE SOCIAL NO BRASIL

Embora a noção de controle social que hoje reconhecemos tenha sido legitimada no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, salienta-se que as primeiras experiências de participação/controle social em nosso país tiveram início num período anterior a este, o qual pode ser datado do início do século passado. O resgate desse processo de participação/controle social reporta-se às lutas travadas por uma parcela da sociedade por acesso aos direitos sociais capitaneados por movimentos urbanos, dentre eles, os sindicatos trabalhistas e as entidades patronais, os quais foram responsáveis pela criação dos IAPs - Institutos de Aposentadoria e Pensões - . (PONTE, 2016).

De fato, na esteira de uma visão em que a participação/controle social tivesse a intenção de atuar como um mecanismo pelo qual a população pudesse almejar o controle das ações do Estado, o referido segmento de sindicatos urbanos que constituíram os IAPs, podem ser alçados como sendo os responsáveis pelo embrião desse fenômeno em nosso país (BRASIL, 2003).

Mais tarde, outras atividades de participação/controle social do Estado foram sendo experimentados por outros atores da nossa sociedade. Para exemplificar, destacamos o fenômeno migratório ocorrido na década de setenta, ocasionando um crescimento populacional desordenado em sentido às grandes cidades, consequência da concentração de renda e desigualdade social. Em decorrência desse processo migratório, houve um:

Grande aumento na criação de associações de moradores, entidades religiosas, movimentos femininos, entidades filantrópicas e vários outros movimentos comunitários, que passaram a exercer atividades e pressões de controle, ainda fracionado por segmento, em função de reivindicações específicas, inclusive serviços de saúde, direcionadas principalmente às prefeituras municipais (BRASIL, 2003, p. 25).

Aquelas formas organizativas, cuja origem remonta às lutas comunitárias, eram tidas como ideias inovadoras de participação da sociedade na elaboração das políticas públicas do Estado brasileiro. A elas foram sendo somadas as experiências dos conselhos populares da Zona Leste de São Paulo, dos conselhos populares do orçamento de Osasco e da Assembleia do Povo de Campinas (CORREIA, 2000).

Muito embora “assumindo significados diversos ao longo do tempo, a que correspondem padrões distintos de práticas sociais, o tema da participação esteve constantemente presente na retórica e na prática do movimento sanitário” brasileiro (CARVALHO, 1997, p. 93). Esse movimento, mais tarde viria novamente atestar a relação ocorrida entre o social e o político na agenda da Reforma Sanitária Brasileira.

Na área da saúde pública, outras irritações comunicativas forçaram o Sistema Parcial da Política a aprimorar as formas de participação/controlar social em nosso país. Um desses processos iniciou nos anos oitenta, quando o Conselho Consultivo de Administração de Saúde Previdenciária (CONASP) aprovou o Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no Âmbito da Previdência Social (Decreto n.º 86.329/81).

O referido plano dispunha sobre a criação do Programa de Ações Integradas de Saúde (posteriormente Ações Integradas em Saúde). Por intermédio dessa (re)organização é que o Sistema Parcial da Política, iniciou a transferência para outros atores governamentais, de encargos e recursos para o custeio de serviços de saúde pública. Em vista disso, além da desconcentração da gestão dos recursos, florescia a intenção da sociedade de controlar essas ações (PIMENTA, 1993).

Ainda com relação às irritações sofridas pelo Sistema Parcial da Política, deve ser ressaltado a criação das primeiras Comissões Interinstitucionais de Saúde (CRIS) e as Comissões Interinstitucionais Locais e/ou Municipais de Saúde (CLIS ou CIMS). A referida (re)organização do Sistema Parcial da

Política, ou seja, com a criação de comissões em formato de colegiado e com representação da sociedade civil organizada, demonstra o objetivo “real de viabilizar a gestão colegiada envolvendo os órgãos públicos prestadores de serviços de saúde” (TANAKA, 1992. p. 187).

De fato, na área da saúde pública

Os ventos democráticos da Nova República somados a um conjunto de propostas articuladas em torno de um projeto alternativo e um conjunto de quadros político-técnicos com ele comprometidos (oriundos do Movimento Sanitário), viabiliza em 1986, a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Com uma característica participativa completamente diferente das conferências anteriores, reuniu cerca de cinco mil participantes, oriundos dos mais diversos segmentos sociais e políticos, marcando o início, na arena estatal, da participação institucional de representações da sociedade civil, no processo de concertação de interesses e pactuação de políticas de saúde (BRASIL, 2009, p. 15).

Verifica-se, assim, que a modelagem da participação da sociedade cujo objetivo era de controle social sobre as ações do governo surgiram apenas como possibilidade fática quando do processo de redemocratização do país. Bravo (2012) confirma essa argumentação quando aduz que essa mudança apenas tomou forma no final da década de oitenta início de noventa, período este em que foram instituídos os primeiros conselhos, dentre eles, os conselhos da área da saúde. Segundo o autor, a lógica almejada na criação dos referidos conselhos era a de que quanto mais a sociedade, por meio dos seus segmentos, pudesse se organizar maior seria a pressão sobre o governo, por conseguinte, maior seria a efetivação do Estado Democrático.

Esse modelo de controle social exercido pelos conselhos de saúde remonta à ideia de a sociedade civil controlar as ações do Estado. Reflexos dessa concepção podem ser encontrados em diversas áreas, dentre elas, ainda hoje, em manuais governamentais. Deles, citamos um que abrange a área da saúde e define o controle social “como o controle sobre o Estado pelo conjunto da Sociedade Organizada em todos os segmentos sociais” (BRASIL, 2002. p. 24).

Igualmente, visualizamos o mesmo ponto de vista conceitual, analisando o Manual do Controle Social, disponibilizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)<sup>55</sup>. Neste, encontramos disposto que o controle social será possível apenas quando a população compreenda a “importância de participar socialmente, ou seja, quando nos tornamos sujeitos de nossa própria história, ‘atuantes’ e capazes de orientar e fiscalizar as ações do Estado, aqui entendido como ‘poder público’ em geral” (BRASIL, 2007. p. 186).

Com efeito, temos que a participação democrática da população representa um avanço nas formas de controle governamental. O tema foi contemplado na Constituição Federal Brasileira de 1988, nos artigos 37 § 3º, 194, VII e 198, III. Dessa forma, o legislador constitucional contemplou diversas áreas com esse importante mecanismo de controle, dentre eles o da saúde, que, mais tarde, foi utilizado com a intenção de fortalecer o Sistema Único de Saúde (SUS). Além desses dispositivos, encontramos nas próprias diretrizes do SUS outros mecanismos que asseguram a participação da sociedade na fiscalização das ações e serviços da saúde em nosso país.

Com esse propósito, o controle social havia sido inicialmente previsto no texto normativo da Lei 8.080/90 - Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS), no entanto, os artigos previstos para esse tema foram todos vetados pelo então presidente da República (WENDHAUSEN, 2002). Foi então, somente com o advento da Lei 8.142/90, que a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde esteve definida. Mais tarde, outras legislações ocuparam-se por aperfeiçoar as temáticas.

No artigo primeiro da referida legislação, está contida a disposição referente à criação de duas instâncias colegiadas de atuação do controle social na área da Saúde Pública. A primeira delas recebe o nome de Conferências

<sup>55</sup> O FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – é um órgão de fomento ligado ao Ministério da Educação.

de Saúde<sup>66</sup>; a segunda, de Conselhos de Saúde. As “Conferências e Conselhos de Saúde são hoje os principais espaços para o exercício da participação e do controle social sobre a implementação da política de saúde em todas as esferas de governo” (BRASIL. 2009. p. 11).

Importante salientar que o legislador não teve o condão de substituir o controle social exercido pelos movimentos sociais da sociedade organizada, bem como aquele exercido pelos partidos políticos, pelos sindicatos, pela defesa do consumidor, dentre outros. Nesse sentido, segundo o CNS - Conselho Nacional de Saúde – (BRASIL, 2003) a Conferência da Saúde e os Conselhos de Saúde foram conquistas oriundas das mobilizações sociais e democráticas ocorridas nos anos oitenta e legitimadas nos anos noventa pelas leis 8.080/90 e 8.142/90.

### **3 A OPERATIVIDADE SELETIVA DE FLUXOS COMUNICACIONAIS EM SAÚDE PRESENTES NO AMBIENTE DA SOCIEDADE**

Os fluxos comunicacionais em saúde que estão presentes no ambiente da sociedade podem ser selecionados pelas Conferências de Saúde através de seus filtros. As conferências são órgãos que estão presentes em todas as esferas do governo, seja na união, nos estados e em cada um dos municípios da Federação. Fazem parte da estrutura organizativa do Poder Executivo (Sistema Parcial da Política). Sua composição tem como característica a pluralidade e a heterogeneidade que espelha a própria sociedade brasileira, cujo objetivo é de:

<sup>66</sup> Embora estejamos nos referindo às Conferências de Saúde previstas na Lei 8.142/90, é certo que elas já estiveram presentes em outros períodos da história brasileira. Exemplo disso, pode ser comprovado com a análise do artigo 90 da Lei 378/37, segundo o qual “Ficavam instituídas a Conferência Nacional de Educação e a Conferência Nacional de Saúde, destinadas a facilitar ao Governo Federal o conhecimento das atividades concernentes à educação e à saúde, realizadas em todo País, e a orientá-las na execução dos serviços locais de educação e de saúde, bem como na concessão do auxílio e da subvenção federais”.

Assegurar a construção de um modelo assistencial baseado nos direitos de cidadania de toda a população, intersetorial, em defesa da vida e da saúde, e com acesso universal e equitativo a todos os níveis da atenção integral à saúde, da coletividade, dos grupos populacionais expostos a riscos específicos e de cada indivíduo. E tudo isso efetivado por um modelo de gestão descentralizado e participativo, que otimiza os resultados com qualidade, a custos perfeitamente viáveis para o PIB e para os orçamentos públicos (MARTINS, 2012. p. 200).

Atento a esse propósito específico, os Conselhos e a Conferência de Saúde foram sendo (re)organizados com o propósito de estarem blindados a pressões ou tendências de grupos específicos da sociedade, ou mesmo, de governos que pudessem desviá-los de suas finalidades precípua. Assim sendo, o controle social, a ser exercido por esses órgãos, tem como incumbência acompanhar a situação da saúde da população, analisando os riscos a que ela está exposta. Além disso, deve analisar as prioridades de intervenção e promoção da saúde, a formulação de diretrizes e estratégias de saúde, além de acompanhar o cumprimento das metas orçamentárias dos governos na área da saúde.

Esse propósito, ou seja, analisarmos as prioridades de saúde da população, podem ser conferidos nos anais das Conferência de Saúde. A exemplo disso, temos a conferência realizada no ano de 1992, na qual o tema central versava sobre a “Municipalização é o caminho” (BRASIL, 1992).

Por seu turno, o controle social figurava como tema secundário da conferência, muito embora havia sido debatido durante a realização desta que era importante que os movimentos populares criem e mantenham seus foros independentes e autônomos, buscando a discussão dos problemas e as soluções para que as questões de saúde, numa perspectiva transformadora. A participação, independente de sua forma, deve se dar como uma prática que busque a transformação da estrutura social. Nesse sentido, é inegável a importância da participação dos sindicatos, partidos políticos e demais organizações populares na luta por essas transformações. A preservação da autonomia e independência dos movimentos sociais é fundamental para evitar

a sua instrumentalização. O controle social não deve ser traduzido apenas em mecanismos formais, e sim refletir-se no real poder da população em modificar planos e políticas, não só no campo da Saúde (BRASIL, 1992. p. 26).

Tendo em vista que a realidade da Saúde Pública se encontra em permanente mudança e evolução, a Conferência de Saúde operará seu sistema de filtros com maior eficiência, quando analisa e seleciona as informações trazidas por segmentos variados da sociedade (ambiente). Desse modo, a participação da sociedade civil organizada permite auxiliar o sistema a potencializar essas informações, conseqüentemente, permitindo a (re) construção da Saúde Pública Brasileira.

Na cronologia das legislações que nos interessam para a análise do controle social na área da saúde, é importante salientar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). A referida legislação lista as ações que são consideradas crimes. Dessa forma, o controle social poderá comunicar para o Sistema Parcial do Direito a ocorrência de crimes contra o patrimônio da Administração Pública. De posse dessas informações, todos os agentes públicos estão sujeitos ao monitoramento a ser realizado pelo controle social.

Ainda na década de noventa, uma nova (re)organização do Sistema Parcial da Política acaba por desencadear um processo de descentralização das ações e dos serviços de saúde. Para tal finalidade, foram editadas várias Normas Operacionais Básicas (NOB/SUS). Dentre elas, a 01/93<sup>7</sup> carrega as diretrizes que haviam sido aprovadas na IX Conferência Nacional de Saúde, demonstrando, dessa forma, a capacidade desse sistema de filtros em captar e potencializar as informações de saúde que circulam pelo ambiente (BRASIL, 1993).

O controle social irá ser beneficiado por outra legislação, pela Lei 8.689/93 é criado o Sistema Nacional de Auditoria do SUS. Essa estrutura descentralizada

<sup>7</sup> Por intermédio da Portaria n.º 545, de 20 de maio de 1993 (Norma Operacional Básica - SUS 01/93) o governo brasileiro disciplinou as normas e os procedimentos reguladores do processo de descentralização da gestão das ações que visam a promoção da saúde pública brasileira.

de controle permite que o exercício do controle passe a contemplar uma avaliação técnico- científica, contábil, financeira e patrimonial do Sistema Único de Saúde (SUS). Por sua vez, com a edição da Norma de Operação Básica (NOB-SUS/96) houve a consolidação da municipalização do SUS, elencando o município como gestor do sistema (BRASIL, 2011). Nessa nova concepção, cada vez mais o Sistema Parcial da Política pode se abastecer das informações selecionadas pelos filtros do controle social.

O tema do controle social permaneceu em pauta nas demais conferências de Saúde. Dentre os temas em discussão citamos um que se referia ao controle social na saúde. De fato, pode-se observar que o sistema buscava direcionar seus filtros de forma diversificada, uma vez que propunha

Estimular a participação dos usuários em todos os níveis do SUS, promovendo formas participativas de planejamento e gestão, visando a estabelecer prioridades de acordo com as necessidades da população, que deverá ser consultada sobre a implantação de programas, unidades e serviços de saúde (BRASIL, 1996, p. 41).

Outro fato a salientar no contexto do controle social é a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio da Lei 9.782/99. Essa estrutura governamental organiza uma forma inovadora na captação de informações oriundas do ambiente. Isso ocorre na medida em que é criado no *website* um canal comunicativo entre os beneficiários das políticas públicas de saúde e o Sistema Parcial da Política. Além desses, podemos citar outros canais comunicativos, dentre eles: Audiências Públicas; Câmaras Setoriais; Câmaras Técnicas; Conselhos Consultivos; Consulta Pública; Ouvidoria (BALBINOT, 2010) e, o Programa Visa Mobiliza<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> No *Website* do programa da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é possível consultar este e outros canais de filtragem de informações que poderiam abastecer o sistema parcial da política com fluxos comunicacionais em saúde que demonstram as demandas e expectativas da população com relação ao seu direito à saúde, conforme preconizado pela CF/88.

O tema do controle social continuou em voga nas demais conferências realizadas. Naquela realizada no ano de 2000, os participantes da Conferência indicaram a necessidade de estimular instrumentos de articulação e ampliação de espaços de controle social. “Essa iniciativa viabilizaria a formulação de estratégias diferenciadas e mais amplas para questões específicas de grupos vulneráveis [...] (índios, mulheres, negros, crianças, idosos, portadores de patologias específicas e portadores de deficiência, etc.)” (BRASIL, 2000, p. 48). Evidente a preocupação em demonstrar a importância do controle social a ser exercido por eles.

Na Conferência Nacional de Saúde realizada em 2003 o tema principal era a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Com dez eixos temáticos, contou com a presença de mais de quatro mil pessoas. Essa foi precedida de 3.100 conferências municipais e 27 estaduais. Do relatório final, é possível observar, mais uma vez, a intenção de direcionar os filtros do controle social para que estes pudessem selecionar informações oriundas de todas as áreas envolvidas com a Saúde Pública (BRASIL, 2003).

Com a edição do Pacto pela Saúde (Portaria GM/MS n. 399/06), um movimento de mudança na área da saúde pode ser visualizado. A referida portaria não tinha característica de norma operacional, mas sim um pacto que articulava três eixos: O Pacto pela Vida, o Pacto em defesa do SUS, e o Pacto de Gestão. Os gestores do Sistema Único de Saúde que aderissem ao pacto pela saúde, passavam a assumir o compromisso, dentre outros, de estabelecer espaços e mecanismos para o exercício do controle social, além de fortalecer as experiências já acumuladas, possibilitando assim a efetiva participação da sociedade civil organizada no controle do sistema da saúde (BRASIL, 2011).

Mais tarde, a calibração e direcionamentos dos filtros do controle social foram novamente retomados durante a realização da 13ª Conferência Nacional de Saúde. A nova diretriz seria implementada por meio da “criação de uma rede de comunicação entre os conselhos de saúde” (BRASIL, 2008, p. 160).

A penúltima Conferência Nacional de Saúde (14ª) foi realizada em 2011. Das propostas aprovadas, uma dispunha a “articulação com o controle social nos municípios e que o Conselho Nacional de Saúde monitore as políticas de saúde em todas as esferas [...]” (BRASIL, 2012, p. 21). A referida proposta teve como fulcro melhorar a eficiência do sistema de filtros das estruturas de controle social.

Por fim, o documento orientador da 15ª Conferência Nacional de Saúde (2015) igualmente contempla a pauta do controle social como uma das discussões travadas por aqueles segmentos da sociedade que estavam participando daquela Conferência. Nesse sentido:

As prioridades aprovadas na 15ª CNS, que comporão a agenda dos próximos quatro anos definirão o campo de atuação do controle social na saúde, deverão ser monitoradas em todas as instâncias de gestão. Vale ressaltar que, por meio das conferências de saúde, a população pode promover mudanças e melhorar o Sistema Único de Saúde, a começar pela realidade local. (BRASIL, 2015, p. 2).

É importante salientar que o controle social na saúde sempre esteve em pauta nos debates dessas Conferências. Para isso, seu sistema de filtros foi sendo calibrado e direcionado para aquelas informações filtradas do ambiente da sociedade pelos diversos participantes desse debate, dentre eles, os movimentos de moradores das grandes cidades, estudantes, profissionais de saúde, professores universitários e funcionários públicos. Nesse sentido, quanto maior a participação da sociedade, maior será o mapeamento territorial nas necessidades relacionadas com a saúde da população (BRASIL, 2016).

Contudo, outro ponto de vista pode demonstrar que esses mesmos fluxos comunicacionais em saúde que estão presentes no ambiente da sociedade igualmente podem ser selecionados através do sistema de filtros presentes nos Conselhos de Saúde. Isso decorre em grande medida, com a aprovação da Lei

de n.º 8080/90<sup>9</sup>, a configuração dos Conselhos de Saúde é alterada de modo radical, principalmente quando eleva a participação da sociedade (art. 7.º, inciso VIII) como um dos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde (SUS). Outra novidade da referida legislação é a criação de Comissões Intersetoriais (art. 12.º), subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, cuja função seria a de articulação de políticas de interesse para a área da saúde. Entretanto, é na Lei 8142/90<sup>10</sup> que o sistema organiza a participação social em instâncias colegiadas de todas as esferas de governo (BRASIL, 1990).

Embora as Conferências tenham exercido importante função como sistemas de filtros igualmente podem observar que esse mesmo sistema pode ser encontrado nos Conselhos de Saúde. De início, a estrutura era composta apenas pelo Conselho Nacional de Saúde, o qual havia sido instituído pela Lei 378, de 13/01/1937 e suas funções atendiam somente a interesses internos do Ministério. Sua função foi alterada com o Decreto n.º 847, de 05/04/1962, que lhe atribuiu uma função consultiva, cujo objetivo era “assistir o ministro de Estado da Saúde, com ele cooperando no estudo de assuntos pertinentes a sua pasta”<sup>11</sup> (BRASIL, 1962). Para tal finalidade, esse conselho necessitava aprimorar seu sistema de filtros, para que fossem eficientes na seleção e potencialização de informações referentes à saúde, que pudessem auxiliar o sistema a decidir as ações a serem tomadas por essa pasta governamental.

De fato, o sistema de filtros operado pelos Conselhos de Saúde pode ser calibrado e direcionados para vários segmentos da sociedade (ambiente do sistema). Diante disso, pois, a composição dos Conselhos contempla os representantes do próprio governo, mas também, por representantes de

<sup>9</sup> A Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes a promoção da saúde.

<sup>10</sup> A Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências

<sup>11</sup> Foi por intermédio do Decreto n.º 847/62 que fora aprovado o Regimento do Conselho Nacional de Saúde.

prestadores de serviços de saúde, profissionais de saúde e usuários (estes últimos com participação paritária)<sup>12</sup> (BRASIL, 2017).

Muito embora o Sistema Parcial da Política tenha organizado esse sistema de filtros em 98,40%<sup>13</sup> do território brasileiro, é importante salientar que o mapeamento completo, ainda que mais abrangente, não significaria que as políticas públicas para o setor tivessem garantia de efetividade, visto que essa é uma função de gestão desse sistema. Todavia, as informações selecionadas e colhidas do ambiente da sociedade teriam potencial para irritá-lo com novas informações sobre a saúde local de cada município (aumento da complexidade interna do sistema), o que faria, de forma paradoxal, por aumentar a probabilidade de o sistema realizar a melhor escolha.

Nesse sentido, precisamos compreender que a gestão de políticas públicas é um processo complexo, exige-se a administrar infinitas possibilidades e, simultaneamente, agir para construir e transformar o futuro. Este não há como garanti-lo, quanto muito, seria possível arquitetar-lo por meio de ações orientadas por estratégias adequadas. Por isso, idealizar o futuro é processo que necessita lidar com incertezas e riscos, haja vista as inúmeras possibilidades de intervenção. A rapidez e a profundidade das transformações contemporâneas ampliam ainda mais as incertezas e tornam cada vez mais complexo para o Sistema Parcial da Política tomar uma decisão.

Além disso, os diferentes olhares dos atores sobre a realidade fazem com que a análise da situação sobre a qual se deseja intervir também apresente diferença. A 'situação' é sempre a apreciação da realidade feita por um determinado ator, correspondendo ao seu ponto de vista, à sua visão dos problemas e de suas interações, ao recorte espacial e temporal que mais lhe

<sup>12</sup> Os referidos dados foram extraídos do Conselho Nacional de Saúde (CNS). Atualmente existem 5541 conselhos cadastrados de um total de 5659 previstos (um nacional + 27 estaduais + 5631 municipais).

<sup>13</sup> Os últimos dados do Ministério da Saúde apontam que 67% dos Conselhos de Saúde ainda não cumprem a resolução 333 do CNS que define as diretrizes de criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos.

interessa. Mas, é importante ter a clareza de que o ator que a enuncia coexiste com outros atores que também intervêm na realidade, têm recursos de poder, e que nem todos estão presentes nos conselhos de saúde. Lidar com essa complexidade é o espaço cotidiano dos conselhos de saúde. Daí a importância de ter clara a direção que se deseja imprimir a ação. [...] Essa imagem-objeto – que mais nada é do que a situação que se deseja alcançar no futuro – será o guia, que orientará a identificação das estratégias e ações mais adequadas, no curto, no médio e no longo prazo (BRASIL, 2009, p. 36).

É certo que cabe ao Sistema Parcial da Política decidir onde, ou mesmo, quais as políticas públicas de saúde devem ser efetivadas. Mudanças nesses processos de decisão dependem de irritações comoventes e generalizáveis, melhor dizendo, essas informações precisam ser selecionadas do ambiente e enviadas para o interior desse sistema. Por sua vez, o referido sistema precisará compreender o que foi comunicado, para que essa informação seja processada, assim, apta a ser selecionada. O sistema de filtros do controle social tem potencial para auxiliar o sistema nesse processo.

Carvalho (1997) considera que a organização no interior do sistema estatal (Sistema Parcial da Política) desse sistema de filtros é um dos feitos de maior notoriedade da Reforma Sanitária. Desse processo, observamos a centralidade que o controle social adquiriu para os sistemas parciais da sociedade. Isso, pois, nesse modelo teórico, os sistemas podem se beneficiar da capacidade seletiva de informações que se valem de um

Sistema de filtros ou sensores que, agindo no interior do aparelho estatal, teriam a função de identificar e classificar as demandas ou *inputs*, segundo seu caráter mais ou menos compatível com a lógica dominante, selecionando assim aquilo que deve ou não ser objeto de políticas públicas (CARVALHO, 1997. P. 98.).

Diante dessa nova concepção teórica, surgem igualmente novos problemas de formulação, variação e controle desse processo. Para Luhmann (1985), grande parte desse controle poderia, ao menos como modelo teórico,

utilizar-se da estrutura do Sistema Parcial do Direito, no entanto, não poderíamos adaptá-la como estrutura desta, uma vez que os sistemas parciais da sociedade operam funcionalmente diferente. Para exemplificar, citamos o possível aproveitamento do conhecimento de um juiz que pudesse fazer parte de um Conselho de Saúde, mas seria tolo querer adaptar estruturalmente o sistema do Conselho a esse mesmo fato.

Segundo o entendimento de Carvalho (1997), esse novo modelo de controle social não pode mais ser analisado como instrumento externo cuja finalidade é controlar o Estado. Mas sim como uma (re)organização do Sistema Parcial da Política, que funciona como um sistema de filtros capaz de selecionar informações do ambiente, ou mesmo, captar alterações nos padrões de seletividade das expectativas relacionadas ao tema da saúde. Esse processo provoca um deslocamento no padrão de seletividade, “no sentido de maior permeabilidade às demandas de setores até então não contemplados”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É chegado o momento de afirmarmos pontualmente os resultados da pesquisa ora apresentada. Para responder, inicialmente relembramos que o objetivo foi analisar sob os fundamentos da teoria sistêmica de matriz luhmanniana o potencial operativo do sistema de filtros que se utilizam da participação e do controle social para selecionar do ambiente os fluxos comunicacionais em relação à saúde, aliado a isso, a preponderância dessa operação comunicativa para a efetivação desse direito fundamental.

Em decorrência disso, ao traçarmos, acima, o nosso objeto de pesquisa, lançamos expomos o problema por nós levantado que indaga: Os Conselhos e as Conferências de Saúde detêm potencial seletivo e comunicativo de fluxos comunicacionais em saúde que estão presentes no ambiente da sociedade?

Antes de responder ao questionamento, cabe afirmar que é por intermédio do potencial comunicativo que residem às probabilidades de avanços ou retrocessos no âmbito social. Por conseguinte, quando as comunicações não sucedem, temos como implicação o abandono dos sistemas parciais da sociedade, que, em última análise, representam uma acepção de estagnação social. Todavia, outro olhar pode demonstrar que é quando acontecem comunicações sociais que afloram as possibilidades de crescimento e desenvolvimento social.

Dito de outra forma, o desenvolvimento social na sociedade sobrevém quando as comunicações são desenvolvidas de forma constante pelos sistemas parciais da sociedade. Por decorrência disso, ou melhor dizendo, em paralelo ao crescimento das comunicações sucede o aumento da complexidade interna de cada um desses sistemas. De forma paradoxal ao aumento da complexidade sistêmica, ocorre internamente a redução dessa mesma complexidade (via uma operação denominada seleção), por conseguinte, igualmente ocorre a redução da complexidade do ambiente que cerca aquele Sistema Parcial da Sociedade.

Cabe ainda destacar, por oportuno, que um dos elementos indispensáveis para que ocorra a comunicação sistêmica é a informação. Chegamos igualmente à conclusão de que a informação no Sistema Parcial da Política é sinônimo de poder, que o poder, por sua vez, faz gerar a disputa por informação. Essa disputa pela informação transcorre de forma idêntica na sociedade atual, possibilitando com isso, que se conclua que a distribuição do poder esteja conectada ao conhecimento, acesso e controle da informação que circula pelo ambiente da sociedade.

Mas qual a importância disso para a efetividade do direito à saúde? Sabemos que os sistemas parciais da sociedade não podem obter informações diretamente do seu entorno (ambiente do sistema), no entanto, sofrem irritações advindas daquele ambiente da sociedade. Nesse artigo, interessamo-

nos pelas irritações advindas de fluxos comunicacionais carregados com as expectativas da população quanto ao direito fundamental à saúde.

O Sistema Parcial da Política utilizar-se-á dessas informações para se basear e decidir como serão gastos os recursos extraídos da sociedade por meio da cobrança de impostos, como serão eles distribuídos entre os diferentes grupos sociais, conforme seu peso, ou mesmo, força política. Por outro lado, a efetividade do direito fundamental à saúde da população dependerá, em grande medida, dos recursos orçamentários que serão destinados às políticas públicas a partir desse processo de decisão.

A referida lógica operativa em torno da comunicação sistêmica tem validade para todos os sistemas parciais da sociedade. Para exemplificar, no caso do Sistema Parcial da Política construir unidades básicas de saúde sem que seja considerada a distribuição da demanda por saúde, provavelmente ocorrerão falhas no atendimento das expectativas da população. Esse fato, provavelmente, resultará num agravamento de situações de saúde que poderiam ter sido resolvidas antecipadamente. Todavia, outro olhar pode demonstrar que, se o Sistema Parcial da Política tivesse acesso a informações de qualidade no momento da tomada de decisão, provavelmente, a decisão teria maior probabilidade de acerto.

Nesse sentido, procuramos demonstrar que esses fluxos comunicacionais que circulam, ou mesmo, encontram-se no ambiente da sociedade carregando as expectativas de saúde são muitos, para não dizer infinitos. No entanto, muitos deles dificilmente chegarão a irritar os sistemas parciais da sociedade. Nesse contexto, justifica-se a função operativa e comunicativa a ser operada pelos filtros do controle social (Conselhos e Conferências de Saúde).

Sem dúvida, pode-se concluir que as políticas públicas em saúde são primordiais para a efetivação do direito fundamental à saúde. Todavia, como já referimos anteriormente, a decisão por esta ou aquela política pública é dependente das irritações comunicativamente a serem exercidas

no Sistema Parcial da Política. Isso se confirma, pois, a simples existência fática de doenças, a necessidade do cidadão por mais leitos hospitalares, bem como a expectativa de serem distribuídos medicamentos para a população somente serão ouvidos pelo Sistema Parcial da Política, quando o objeto desse fluxo comunicacional irritar aquele sistema, e este puder aceitá-la, pois a compreende.

Como já afirmado, o Sistema Parcial da Política (Estado) não dispõe de condições para conhecer todas as demandas de saúde da população, mesmo que as conhecesse, provavelmente não teria ele condições de satisfazê-las na sua totalidade, conforme previsto constitucionalmente. De fato, a efetivação plena e irrestrita da saúde como direito fundamental de todos e dever do estado não depende única e exclusivamente das garantias constitucionais, afinal tal constitucionalização existe e nem por isso é cumprida.

Todavia, o controle social, através das Conferências e os Conselhos de Saúde demonstra possuir potencial para desempenhar uma operação que consiste em selecionar do ambiente os fluxos comunicacionais carregados com informações de saúde por meio de seus filtros e sintetizá-los a ponto de ocorrer a condensação desses em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Após, os referidos fluxos irão irritar os sistemas parciais sensíveis ao tema.

Depois disso, através de uma operação comunicativa os sistemas parciais da sociedade, sensíveis ao tema da saúde, assumem a capacidade de processar as referidas informações por meio de seu código especializado e, com isso, são potencializadas as probabilidades de acerto ao realizar a escolha (seleção) de qual ação (políticas públicas) irão ser postas em prática para efetivar o direito fundamental à saúde.

Dito isso, resta comprovado que o controle social pode operar como um sistema de filtros apto a selecionar, potencializar e enviar para o sistema parcial fluxos comunicacionais em saúde que, uma vez compreendidos e aceitos por esse sistema, faz aumentar o número de possibilidades

(complexidade interna) que o sistema terá para selecionar, aumentando com isso as probabilidades da escolha ser a mais adequada com vistas a efetivação do direito fundamental à saúde da população.

## REFERÊNCIAS

BAECKER, Dirk ¿Por qué una teoría de sistemas? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores, 2007. p. 23.

BALBINOT, Rachele A. A. A participação social na agência nacional de vigilância sanitária. In: AITH, Fernando et al. (org.). **Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível**. 1. ed. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública/MG, 2010. v. 1, p. 250.

BRASIL. Conferência Nacional de Saúde, 3., 1963, Brasília, DF. Relatório final. **CNS**. Brasília, DF: 1963. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_3.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_3.pdf). Acesso em: 16 jan. 2017.

BRASIL. Conferência Nacional de Saúde, 7, 1980. Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: **Centro de Documentação do Ministério da Saúde**, 1980. p. 126. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_7.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_7.pdf).

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde, 2017. Brasília, DF. Composição dos Conselhos de Saúde. *Website do CNS*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/composicao.htm>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. A prática do controle social: conselhos de saúde e financiamento do SUS. **CNS**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002. p. 24.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. A prática do controle social: conselhos de saúde e financiamento do SUS. **CNS**. 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003. p. 24.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. A prática do controle social: conselho de saúde e financiamento do SUS. **CNS**. 1. ed. Brasília, 2003. p. 25.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As conferências nacionais de saúde: evolução e perspectivas. Brasília, DF: **CONASS**, 2009. p. 11.

BRASIL. Lei nº 378 de 13 de janeiro de 1937. Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 15 jan. 1937, p. 1210. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0378.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0378.htm).

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As conferências nacionais de saúde: evolução e perspectivas. Brasília, DF: **CONASS**, 2009. p. 11.

BRASIL. Decreto nº 6.788, de 30 de Janeiro de 1941. Convoca à 1ª Conferência Nacional de Educação e a 1ª Conferência Nacional de Saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 1 fev. 1941, p. 1946. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-6788-30-janeiro-1941-331348-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. A prática do controle social: conselhos de saúde e financiamento do SUS. 1. ed. Brasília, DF: **Ministério da Saúde**, 2003. p. 14.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Legislação estruturante do SUS. Brasília, DF: **CONASS**, 2011. p. 20-21.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Legislação estruturante do SUS. Brasília, DF: **CONASS**, 2011. p. 25-29.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 20 set. 1990, p. 18055. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm).

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1990, p. 25694. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/550018>.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As conferências nacionais de saúde: evolução e perspectivas. Brasília, DF: **CONASS**, 2009. p. 36.

BRASIL. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Unidade IV – Controle social. Brasília, DF: **Ministério da Educação**, 2007. p. 186.

BRAVO, Maria Ines Souza; CORREIA, Maria Valéria Costa. Desafios do controle social na atualidade. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 109, p. 127-128, jan./mar. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000100008&script=sci_arttext).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Antônio Ivo de. Conselhos de saúde, responsabilidade pública e cidadania: a reforma sanitária como reforma de Estado. In: FLEURY, Sônia. **Saúde e democracia, a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, 1997. p. 99.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE (**CEBES**). Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://cebes.org.br/>. Acesso em: 17 jun. 2016.

CREVELIM, Maria Angélica; PEDUZZI, Marina. Participação da comunidade na equipe de saúde da família: é possível estabelecer um projeto comum entre trabalhadores e usuários? **Ciência Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 326. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-8123\\_2005000200010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8123_2005000200010).

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 5., Brasília, DF, 1975. Relatório final. Brasília, DF: **Ministério da Saúde**, 1975. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_5.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_5.pdf).

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 3., 1963, Brasília, DF. **Relatório final**. Brasília, DF: 1963. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_3.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_3.pdf).

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 7, 1980. Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: Centro de Documentação do **Ministério da Saúde**, 1980. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_7.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_7.pdf).

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 11., 2000, Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: **Ministérioda Saúde**, 2001.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 12., 2003, Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: **Ministérioda Saúde**, 2004. p. 35. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_12.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_12.pdf).

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 13., 2008, Brasília, DF. Relatório final: saúde e qualidade devida: políticas de estado e desenvolvimento. Brasília, DF: **Ministério da Saúde**, 2008. p. 160.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 14., 2012. Brasília, DF. Relatório final: todos usam o SUS: SUS na seguridade social: política pública, patrimônio do povo. Brasília, DF: **Ministério da Saúde**, 2012. p. 21.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 9., 1992, Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: **Ministério da Saúde**, 1992. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_9.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf).

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 10., 1996, Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: **Ministérioda Saúde**, 1998. p. 41.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 9., 1992, Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: **Ministério da Saúde**, 1992. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_9.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf).

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). As conferências nacionais de saúde: evolução e perspectivas. Brasília, DF: CONASS, 2009. p. 13. (**CONASS Documenta**; 18). Disponível em: [http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd\\_18.pdf](http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_18.pdf).

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). **Documento orientador de apoio aos debates da 15ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, 15 maio 2015. p. 2. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/web\\_15cns/docs/05mai15\\_Documento\\_Orientador\\_15CNS.pdf](http://conselho.saude.gov.br/web_15cns/docs/05mai15_Documento_Orientador_15CNS.pdf).

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). Composição. Brasília, DF, 2016.

DISPONÍVEL CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 7, 1980. Brasília, DF. Relatório final. Brasília, DF: **Centro de Documentação do Ministério da Saúde**, 1980. p. 126. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_7.pdf](http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_7.pdf).

COSTA, Ana Maria. **Democracia participativa e controle em saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2012. p. 10.

CORREIA, Maria Valéria Costa. **Que controle social?** Os conselhos de saúde como instrumento. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. p. 57.

DURKHEIN, Émile. Lições de sociologia. Tradução Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Orgão de fomento do Ministério da Educação. HISTÓRIAS das Conferências de Saúde. **14ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/14cns/historias.html>.

IAMAMOTO, Marilda Villela; CARVALHO, Raul de. **Relações sociais e serviço social no Brasil**: esboço de uma interpretação histórico-metodológica. São Paulo: Cortez, Celats, 1988. p. 109.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 86.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Universidad Iberoamericana. 2006. p. XI.

MARTINS, Amanda de Lucas Xavier; Sueli Maria dos Reis Santos. O exercício do Controle Social no Sistema **Único** de Saúde: a ótica do enfermeiro como membro do Conselho Local de Saúde. **Revista de Saúde Soc.** São Paulo, v. 21, supl. 1, p. 199-209, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v21s1/17.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

PIMENTA. Aparecida Linhares. **O SUS e a municipalização à luz da experiência concreta**. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 25-40, 1993. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12901993000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901993000100004).

PONTE, Carlos Fidelis. **Saúde pública e medicina previdenciária**: complementares ou excludentes? 2016. Disponível em: [http://www.observatorio.epsjv.fiocruz.br/upload/na%20corda%20bamba/cap\\_4.pdf](http://www.observatorio.epsjv.fiocruz.br/upload/na%20corda%20bamba/cap_4.pdf). Acesso em: 14 fev. 2017.

ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese nodireito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Alessandra Ximenes; CRUZ, Eliane Aparecida; MELO, Verbena. A importância estratégica da informação **em** saúde para o exercício do controle social. **Ciência Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 684, 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232007000300018](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000300018).

TANAKA, Osvaldo Yoshimi et al. Gerenciamento do setor da saúde na década de 80, no Estado de São Paulo, Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 26, n. 3, p. 187, 1992. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101992000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101992000300010).

WENDHAUSEN, Águeda. **O duplo sentido do controle social: (des)caminhos da participação em saúde**. Itajaí: Ed. Univali, 2002. p. 179.

WENDHAUSEN, Águeda. **O duplo sentido do controle social: (des)caminhos da participação em saúde**. Itajaí: Ed. Univali, 2002. p. 119.

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fábio. Determinantes do ‘milagre brasileiro (1968- 1973): uma análise empírica. **Ver. Bras. Econ.** Vol. 62 n.ª 2 Rio de Janeiro apr:June 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-71402008000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402008000200006). Acesso em: 17 fev. 2017.



## CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DIÁLOGOS E REFLEXÕES À LUZ DO SÉCULO XXI

Êmelyn Linhares<sup>1</sup>

Marlei Angela Ribeiro dos Santos<sup>2</sup>

Thaís Janaina Wenczenovicz<sup>3</sup>

**Resumo:** Objetiva-se refletir sobre a condição e teorização do Novo Constitucionalismo Latino-Americano que traz em si a indicação de se agregar valores epistêmicos à perspectiva do bem viver e reconhecer a trajetória sócio-histórico-jurídica da América Latina permeada pelo ideário do colonialismo e colonialidade. Trata-se de superar as diretrizes neoconstitucionalistas eurocêntricas por um paradigma ecológico-constitucional distante do antropocentrismo e dessa forma buscar-se analisar elementos da composição fenomenológica do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Utiliza-se do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo, com aporte de ordenamento jurídico constitucional latino-americano. Divide-se em três partes: Colonialismo, Colonialidade e Cultura jurídica; Novo Constitucionalismo Latino-Americano e Trajetória Histórico-jurídicas; O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e os Direitos da Natureza. Verifica-se uma reestruturação social, política e estatal através do

<sup>1</sup> Discente do Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas da UFFS, campus Erechim/RS. Bolsista do Programa de Demanda Social Capes, para o Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas. Especialista em Direito Público (FURB), em Direito Penal e Processo Penal (Santa Rita). Bacharel em Direito (Facisa/Funoesc). E-mail: emy\_dr@outlook.com.br.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina/UNOESC; Bolsista Proscuc/Capes no curso de Doutorado; Mestra em Direitos Fundamentais. Membro da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos/UNOESC. Graduada em Direito-Faculdades de Ciências Sociais Aplicadas, CELER/FACISA. Tecnóloga em Gestão Ambiental-Universidade Norte do Paraná, UNOPAR. Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual-Universidade do Oeste de Santa Catarina/UNOESC. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. E-mail: marlei.ange.adv@hotmail.com.

<sup>3</sup> Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Membro do Comitê Internacional *Global Alliance on Media and Gender* (GAMAG) - UNESCO. Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD UNOESC. E-mail: t.wencze@terra.com.br.

Novo Constitucionalismo Latino-Americano e a inserção de diversos saberes coletivos e novas cosmovisões.

**Palavras-chave:** América Latina; Capitalismo; Colonialidade; Colonialismo; Direitos da Natureza; Movimento Constitucional.

## INTRODUÇÃO

Pensar a trajetória sócio-histórico-jurídica da América Latina nos traz a lume questões como colonialismo, colonialidade e pluriversalidade. O Estado do Constitucionalismo Latino-americano comumente é o Estado Plurinacional, que reconhece a pluralidade social e jurídica que pretende assegurar os direitos de todas as coletividades. Nesse contexto, o caminho percorrido pelas recentes constituições latino-americanas, um dos elementos de maior visibilidade, é o pluralismo que aponta para uma reapropriação do Estado Constitucional, revisitando de forma crítica e diversificada inúmeros elementos não cumpridos e premissas não consideradas.

O texto objetiva analisar elementos presentes na dialogicidade entre a trajetória histórica da América Latina e alguns elementos dos percursos dos movimentos constitucionais relacionando com o colonialismo, a colonialidade e a cultura jurídica imposta nos países colonizados. Ainda, analisa-se o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e sua trajetória histórico-jurídica e, por fim realiza-se uma reflexão sobre este novo constitucionalismo e o reconhecimento dos direitos da Natureza.

O procedimento metodológico utilizado é o bibliográfico-investigativo, acrescido de fontes primárias e secundárias do ordenamento jurídico internacional latino-americano, trazendo brevemente alguns conceitos jurídicos e questões históricas. Possui como aporte teórico as Epistemologias do Sul e utiliza-se da perspectiva interdisciplinares em face a dialogicidade com o pensadoras/es do Sul global.

## 1 COLONIALISMO, COLONIALIDADE E CULTURA JURÍDICA

Falar de cultura jurídica da América Latina, especialmente do Brasil, é notório o paradoxo, na trajetória histórico-jurídica, entre as culturas que compõem as sociedades dos países latinos. Ao se realizar uma análise além da

América do Sul e após as formas estatais medievais, verifica-se o nascimento, sem Constituição, do Estado Moderno Absolutista, que engendrou condições benéficas ao surgimento de formas de controlar o poder por intermédio de exigências de mecanismos controladores dos poderes do “príncipe”. Frente a isso, iniciou-se o movimento constitucionalizador<sup>4</sup>, que formou as Constituições dos países (CANOTILHO, 2005).

A edificação das Nações é um sistema de eclosão e perpetuação liderado por aqueles que estão em seu interior. Os Estados eram governados por variados graus de autonomia em relação às classes prevaletentes, o que movimentou distintos Constitucionalismos e as derivações dos Estados-Nações forjados. O Constitucionalismo está assentado na teoria que possui a Constituição como a lei primacial e apta a dispor de limitações do poder visando teoricamente beneficiar e assegurar direitos adquiridos conforme as trajetórias históricas e conflitos político-sociais. Dessa forma, o Constitucionalismo assume distintas gradações, possuindo como elementos relevantes a criação da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Após o processo de ocupação e povoamento, por alguns autores nominado de ‘episódio da invasão’<sup>5</sup> da América Latina, verifica-se um cenário de colonização exploratória que objetivava a ‘evolução’ conforme os interesses das classes dominantes/elites, emancipando o capital e processos sociojurídicos estrangeiros, conseqüentemente influíram na implementação da ordem constitucional e seu controle assentadas em bases segregacionistas e excludentes maquiadas pelo princípio do universalismo. A criação dos Estados Nacionais respaldou-se nos processos de violências, exclusões e invasões

<sup>4</sup> Exemplificando, desta forma sucedeu na Inglaterra (século XVII), França (fim do século XVIII), com a declaração da Independência das Colônias Norte-americanas que ascendeu à criação da Constituição de 1787.

<sup>5</sup> Segato (2018) faz uso do termo “invasão”, na escrita literal “intrusión”, com o fim de aludir à chegada dos europeus na América Latina. Durante a escrita – vide *Colonialidad y patriarcado moderno* (páginas 119-138) na obra *La Guerra contra las mujeres* – a autora explora questões e transformações do mundo pré-intrusão e pós a intrusão através da ordem colonial moderna.

concretizadas pela modernidade, a qual, segundo Dussel (1993) surge a partir do momento em que a Europa se firma como o centro da história mundial.

A vivacidade incipiente do Constitucionalismo na América Latina gerou reações viscerais na ordem constitucional e na totalidade do ordenamento jurídico implementado. Contudo, previamente a análise destes reflexos, é necessário retratar a trajetória histórica da invasão europeia, que considerou os povos tradicionais existentes e os territórios encontrados em estado de inurbanidade e incivilidade, tal visão amparou a imperativa inserção das concepções e ideologias europeias e coloniais.

O mecanismo coercitivo de poder<sup>6</sup> foi implementado através da instituição de diferenças raciais, culturais e sexuais, as quais deveriam ser anuladas para o “bem comum”. O Colonialismo – compreendido como uma “relação política e econômica, na qual a soberania de um povo está no poder de outro povo ou nação, o que constitui a referida nação em um império” (MALDONADO-TORRES, 2007, p. 131) – renegou as ambivalências e salientou o processo colonial e mercantil, estabelecendo um “moderno sistema-mundo” (BALDI, 2005, p. 49).

Os discursos difundidos pela modernidade direcionavam as ações emancipatórias e colonizadoras, contando com as dessemelhanças culturais, coloniais e imperiais. A América Latina tornou-se a horta do colonizador, a região do continente americano a fornecer matéria prima e corpos para o crescimento colonial. Junto a isso, introduziu-se a “racionalidade”, a qual seus detentores (apenas os europeus) eram vistos como referência universal nos meios sociais, políticos, econômicos, de saberes e crenças, isto é, referências da “humanidade racional” (QUIJANO, 2006a).

<sup>6</sup> Segundo Gordon (2019), poder é o “desdobramento” de diversos efeitos sobre o mundo social, dispondo de abrangência política e geográfica ilimitada, gerando a impotência social e a segregação de corpos. Como sequela, existem realidades, ou seja, a realidade de um “aqui” e um “lá”. “O poderoso é mais efetivo lá, que inclui o aqui de outras pessoas”. (GORDON, 2019, p. 124).

Assim, com a conquista ibérica instituiu-se o Estado de Direito pelas bases da colonização, civilização, fé europeia, do capitalismo e universalismo. O modelo colonial e capitalista concretizado determinou as disposições constitucionais e jurídicas que permanecem à atualidade. O ramo do Direito foi fortalecido por meio das concepções eurocêntricas, as quais efetivaram regulamentações e políticas integracionistas projetando uma nação uniforme – um só povo branqueado e embranquecedor.

O Colonialismo destinou o recinto à Colonialidade, esta consiste no padrão de poder que surgiu como consequência do colonialismo moderno e se relaciona com a autoridade, trabalho, conhecimentos e as próprias relações intersubjetivas fabricadas pela modernidade ocidental (MALDONADO-TORRES, 2007). A concepção ocidental, colonialista e capitalista deixou bastantes haveres na América Latina, especialmente no movimento constitucionalizador, refletindo nos textos constitucionais e problemáticas de cada território, em resumo, foram adotadas sistemáticas jurídicas e constitucionais que produziram barreiras sociais, de classes, econômicas, sexuais, espaciais e, principalmente, étnico-raciais.

Criaram-se direitos e deveres alienados às perspectivas hegemônicas, ocidentais, capitalistas e, certamente, universais, que intencionavam alicerçar a similitude político-universal. A política social e jurídica foi marcada pelo autoritarismo, controle de discursos, conceitos, territórios, corpos e identidades, admitindo no âmbito jurídico a legitimação de direitos democráticos, políticos e fundamentais caracterizados pelo monismo, isto é, reduzidos a um único princípio, condicionando todos à concepção ocidental hegemônica.

Com o olhar comumente aficionado na Europa e na América do Norte<sup>7</sup> (especialmente, nos Estados Unidos da América) a trajetória histórica, jurídica

<sup>7</sup> Muitos países respaldaram o modelo jurídico e constitucional francês e norte-americano, que possuíam uma Constituição escrita e que limitava os poderes do governante. Sobre isso e fazendo referência ao Continente Europeu, relevante destacar que a primeira Constituição portuguesa é de 1822 e foi elaborada à revelia do rei português – D. João VI – que estava no Brasil (MARTINS, 2022).

e constitucional<sup>8</sup> da América Latina, observando os objetivos exploratórios, foi financiada pelos processos fundados no capital estrangeiro, influenciando diretamente na construção e exercício da alçada constitucional e suas formas de controle.

Considerando que o Constitucionalismo é um movimento político, jurídico e social, cujo intuito central é a limitação do Estado, criaram-se na América Latina sistemas jurisdicionais em Estados considerados ‘paternais’ e autointitulados democratas, contudo com escopos ocultos pelos próprios textos constitucionais, construindo países latinos com suas idiossincrasias e com violências não tão particulares.

Tradicionalmente, os movimentos Constitucionais dos Estados perduraram em colisão com a realidade dos países, em outras palavras, colisões sociais e interculturais que resultaram em situações conflituosas. O desfavorecido grau de incorporação de interesses e direitos de grupos sociais subalternizados originou estas colisões. Inicialmente, os textos constitucionais se desenvolveram conforme as atividades econômicas no interior das perspectivas humanas e sociais dominantes.

A visada ‘racionalidade’, do setor político e jurídico implantados, sustentou a implementação de Constituições que projetava um ‘bem-estar de todos/comum’, ou seja, uma ordem jurídica nacional abrangente, com processos regimentais dirigidos à uma nação igualitária, sem diversidades. As Constituições dos países latinos não possuíam o propósito de adaptar o constitucionalismo europeu às realidades latino-americana (com desígnios da população campesina, indígena e afro-americana) se edificando tão somente no sistema monista jurídico.

<sup>8</sup> Tem-se como marcos histórico os movimentos constitucionais da Europa após a 2ª Guerra Mundial, as constituições da Alemanha (1949), da Itália (1947), bem como a formação dos Tribunais Constitucionais nos citados países em 1951 e 1956 (BARROSO, 2005).

Há estágios estruturalmente distintos na história social, econômica e constitucional dos países Latino-americanos, contudo e, certamente, o método positivista e segregacionista das jurisdições caracterizou-se pela implacável divisão entre o Direito e as demais áreas de conhecimentos/saberes. Melhor dizendo, os Constitucionalismos implantados na América Latina, sobretudo no Brasil, foram sistemáticos na exclusão de conceitos e princípios oprimidos, não jurídicos e que se relacionavam com a história, memória, línguas, culturas e modos sociais regulados por estas concepções consideradas atrasadas.

## **2 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E TRAJETÓRIA HISTÓRICO-JURÍDICAS**

Posteriormente, com a finalização dos regimes autoritários e militares, o movimento constitucional latino-americano começa a se identificar com o momento europeu pós-guerra, estabelecendo modelos análogos aos do constitucionalismo europeu. Resultado dos processos de redemocratização dos países da América Latina, as Constituições estabelecem compromissos institucionais e efeitos jurídicos inautênticos e editados pelos interesses do discurso europeu.

Em razão da redemocratização, foram lançados textos constitucionais preocupados com a proteção dos direitos, teoricamente comprometidos com as convicções democráticas e a fortificação dos direitos humanos. Como exemplo a tais princípios conta o texto constitucional do Brasil de 1988, que deteve influência de constitucionalismos pós-guerra como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

Afastando-se dos constitucionalismos tradicionais, tem-se o recente fenômeno constitucional ocorrido na América Latina, o denominado ‘Novo Constitucionalismo Latino-americano’, o qual demonstra que não há apenas a maneira única e universal de constitucionalismo. Resultado de uma reconstrução teórica de constitucionalistas e reivindicações populares na

pretensão de maior alcance dos direitos fundamentais e plena legitimidade democrática, baseando-se na eficiência, efetividade e equidade da força normativa da Constituição.

O Novo Constitucionalismo Latino-americano não se apresenta homogêneo em todos os países da América Latina, transitando em estágios distintos conforme o avanço da trajetória histórica, social e jurídica dos países. Verifica-se que em alguns textos constitucionais ocorre apenas a revisitação do tradicional constitucionalismo – citando como exemplo o Brasil<sup>9</sup> – diferentemente, outros países que romperam o tradicional texto constitucional, assegurando uma maior legitimidade democrática e emancipação, uma das Constituições que inicialmente pode-se citar é a da Venezuela de 1999<sup>10</sup>. Certamente, há vínculo entre o Novo Constitucionalismo Latino-americano com a emancipação, sobre esta Boaventura de Sousa Santos ensina:

O conhecimento-emancipação tem de converter-se num senso comum emancipatório: um conhecimento prudente para uma vida decente. [...] A transição paradigmática é dupla: epistemológica e social. As duas transições são autônomas, mas intimamente relacionadas. Formas alternativas de conhecimento geram práticas sociais alternativas e vice-versa, A unir as duas transições, existe o conceito de subjectividade – simultaneamente individual e colectiva –, o grande mediador entre conhecimentos e práticas. [...] Tal é a subjectividade emergente: por um lado, tem de se conhecer a si mesma e ao mundo através do conhecimento-emancipação, recorrendo a uma retórica dialógica e a uma lógica emancipatória; por outro lado, tem de ser capaz de conceber e desejar alternativas sociais assentes na transformação das relações de poder em relações de autoridade partilhada e na transformação das ordens jurídicas despóticas em ordens jurídicas democráticas. Em suma, há que inventar uma subjectividade constituída pelos topos de um conhecimento prudente para uma vida decente (SANTOS, 2002, p. 9).

<sup>9</sup> A Constituinte de 1988 apresenta apenas uma revisitação das ideias do “neoconstitucionalismo”, rompendo com o regime ditatorial, instalando um Estado Democrático embrionário, mas sem dispor de mecanismos efetivos de participação popular no projeto do texto constitucional ou na sua reforma (MARTINS, 2022).

<sup>10</sup> Para a elaboração da Constituinte de 1999 foi realizado um referendo que ativou o processo constituinte, um que aprovou o texto constitucional e há no texto a previsão de reforma constitucional que depende da participação popular (VENEZUELA, 1999).

A indispensabilidade de reestruturação Estatal na América Latina necessariamente deverá transcorrer a emancipação constitucional decolonial, rompendo com os procedimentos de controle básicos como a ‘cor’, a identidade, a origem, o sexo, a sexualidade, o trabalho, as crenças e as subjetividades.

São considerados marcos do Novo Constitucionalismo Latino-americano as Constituições dos países do Equador (2007-2008) e da Bolívia (2009), as quais possuem factual participação popular no procedimento de reforma das Constituições, bem como maior protagonismo de grupos excluídos historicamente – cita-se aqui especialmente os povos tradicionais – por meio de vasta positivação dos seus direitos.

Essencial analisar, ainda que de forma breve, os ciclos constitucionais existentes na América Latina: constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural e constitucionalismo plurinacional. O primeiro ciclo constitucional pode ser denominado como Constitucionalismo Multicultural ou Constitucionalismo Monocultural e Liberal Monista, tendo como exemplo a Constituinte brasileira de 1988, que prevê como fundamento da República o pluralismo político (artigo 1º), como objetivos também da República o fim da discriminação (artigo 3º), estabelece o repúdio ao racismo, concede asilo político e apresenta o anseio de formar uma ‘comunidade latino-americana de nações (artigo 4º) (BRASIL, 1988).

O segundo ciclo é o intitulado Constitucionalismo Pluricultural que desfaz o monismo jurídico frente ao reconhecimento das tradições, costumes, autoridades e o direito indígena, com jurisdição autônoma. Cita-se como exemplo as Constituições da Colômbia (1991), do México (1992), do Paraguai (1992), do Peru (1993), Equador (1998) e Venezuela (1999) (MARTINS, 2022). O terceiro e último ciclo é o Constitucionalismo Plurinacional, no qual fazem parte da construção do Estado os povos indígenas que integram o poder

Constituinte Originário<sup>11</sup>. Isto é, trata-se de um Estado Plurinacional<sup>12</sup>. São marcos deste ciclo as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

Destaca-se da constituição boliviana o reconhecimento como idiomas oficiais o castelhano e as línguas dos povos tradicionais e campesinos<sup>13</sup>, ainda são princípios ético-morais da sociedade boliviana os valores de origem indígena como, por exemplo, o bem viver, vida harmoniosa e caminho de vida nobre (BOLÍVIA, 2009). A citada Constituição do Equador, por sua vez, reconhece o castelhano como idioma oficial, contudo, ratifica o ‘castellano, el kichwa y el shuar’ como idiomas oficiais da relação intercultural (artigo 2º). Ademais, a Constituição celebra a natureza – ‘Pacha Mama’ – como parte vital da existência humana (ECUADOR, 2008).

Em análise as referidas constituições, é possível indicar que o terceiro ciclo constitucional da América do Sul coloca os povos indígenas como agentes do poder Constituinte Originário e insere epistemologias próprias destes povos. Sobre isso, menciona-se que dos 400 artigos da constituinte boliviana, 80 fazem menção aos povos originários. Em contrapartida, a constituinte brasileira dos seus 250 artigos, apenas dois – artigos 231 e 232 – fazem referência aos direitos indígenas.

Notável o ato de reconhecer a medicina tradicional dos povos indígenas, de assegurar a propriedade cultural e intercultural (artigo 42), de guarda das línguas tradicionais (artigo 95) e apoio às manifestações culturais (artigos 106 e 107) da Constituição boliviana (BOLÍVIA, 2009). Da mesma forma, a Constituição equatoriana expõe o reconhecimento do direito da população de viver em um

<sup>11</sup> É o poder de criar uma Constituição.

<sup>12</sup> Irigoyen Fajardo (2011, p. 149) afirma que ‘al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que ‘reconoce’ derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia’.

<sup>13</sup> Os idiomas são: aymara, arañona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese eja, guaraní etc. (artigo 5º, inciso I) (BOLÍVIA, 2009).

ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, garantindo a sustentabilidade, o bem viver e o “Sumak Kawsay” (artigo 14) (ECUADOR, 2008).

Verifica-se que ambas as constituições do Equador e da Bolívia aplicam os princípios de grupos étnicos para toda a sociedade, a qual é considerada intercultural. A ação central manuseada pelo terceiro ciclo constitucional nos países latinos é a refundação do Estado. À vista disso, tem-se a afirmação de Quijano:

Por eso hoy, como ocurre en Bolivia, la demanda de las poblaciones que precisamente fueron víctimas de estados no nacionales y no democráticos, es no tanto más nacionalismo y más Estado, sino ante todo otro Estado; esto es des/colonizar ese Estado, que es la única forma de democratizarlo (QUIJANO, 2006b, p. 21).

O novo Estado Plurinacional reconhece a nação indígena coexistindo dentro do Estado, e como efeito, reconhece a jurisdição indígena por exemplo, na Bolívia, na ocorrência de conflito entre a Justiça Comum e a jurisdição autônoma indígena e a solução se dará pelo Tribunal Constitucional Plurinacional, inexistindo subordinação entre jurisdições (artigo 197, BOLÍVIA, 2009).

Inclusive, foram concretizadas modificações nos mecanismos de participação popular no controle da economia e do Estado, citando a constituinte equatoriana e boliviana (artigo 240), é exequível a revogação de mandato por meio de solicitação de percentual mínimo de eleitores (ECUADOR, 2008; BOLÍVIA, 2009).

Em suma, o Novo Constitucionalismo Latino-americano desponta das Assembleias Constituintes enredadas no curso de regeneração jurídica, política e social, promovendo modificações a partir da luta de identidades e coletividades excluídas da trajetória dos países latinos. Desta forma que se originam os novos constitucionalismos assentados em pautas que se

distanciam do tradicional olhar eurocêntrico sobre os direitos fundamentais e a organização do Estado.

O Novo Constitucionalismo Latino-americano mostra-se como defendente de coletividades sociais oprimidas e marginalizadas na trajetória sociojurídica, garantindo efetivamente o direito de indígenas, quilombolas, camponeses etc. O Estado Plurinacional manifesta o respeito às diversidades da população dos respectivos países e evidencia o valor representativo da descolonização da história, da linguagem, das identidades e dos textos constitucionais e legais. Torna existente o pluralismo jurídico, propiciando variados formas de regulamentação e soluções de conflitos através de distintas e existentes cosmovisões.

### **3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS DIREITOS DA NATUREZA**

Em acordo com Boaventura de Sousa Santos (2016), o Novo Constitucionalismo Latino-Americano pode ser denominado como Constitucionalismo Transformador, isso porque as novas Constituições do Equador e da Bolívia possuem um constitucionalismo muito distinto do moderno. A sustentação do princípio da coexistência da nação étnico-cultural desfaz o modelo institucional monolítico e produz variadas autonomias infra estatais (MARTINS, 2022).

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano dá origem à democracia intercultural, ou seja, participativa, representativa e comunitária. Sobre a democracia comunitária, Fernando Mayorga (2017, p. 2) afirma que “se refiere a la utilización de los usos y costumbres de los pueblos indígenas em la elección de representantes y autoridades, así como en la formación de gobiernos autónomos indígenas”.

Além de ser Constitucionalismo Transformador, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é um Constitucionalismo Ecológico, que se compõe de uma proximidade entre os direitos constitucional, internacional, fundamental e ambiental. Basicamente, é a constitucionalização de pautas ambientais, as quais perdem o status de infraconstitucionalidade para o da constitucionalidade em virtude da sua crescente importância.

O Constitucionalismo Ecológico possui três ciclos, o primeiro é denominado como o constitucionalismo ecológico embrionário, no qual as constituições estabelecem normas programáticas com o fim de preservar o ambiente, o patrimônio histórico e a cultura. Neste ciclo, o ambiente e a natureza não são estabelecidos como direito das pessoas, mas apenas um dever do Estado (MARTINS, 2022).

O segundo ciclo, denominado constitucionalismo ecológico antropocêntrico, o dever do Estado em proteger a natureza, o patrimônio histórico e a cultura passam a ser também um direito fundamental de todos. Ressalta-se que aqui o ambiente é um direito de titularidade tão somente do ser humano, sendo a Constituição brasileira exemplo deste ciclo porque em seu artigo 225<sup>14</sup> dispõe que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, demonstrando a concepção antropocêntrica do direito e do constitucionalismo do país, onde a natureza é mero objeto de direito e não sujeito (BRASIL, 1988).

O último ciclo é o constitucionalismo ecológico biocêntrico, sendo exemplares deste ciclo as já citadas Constituições do Equador e da Bolívia, que formalizam a proteção do ambiente e dos animais não humanos, ambos deixando de ser objeto de direito para serem considerados sujeitos de direito. Destaca-se também a criação de uma jurisdição agroambiental pela constituinte boliviana em seu artigo 186. Vejamos alguns artigos dos textos constitucionais aludidos:

<sup>14</sup> “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

*Capítulo séptimo. Derechos de la naturaleza*

**Art. 71.-** *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.*

**Art. 72.-** *La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.*

**Art. 73.-** *El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.*

**Art. 74.-** *Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado (ECUADOR, 2008).*

**Artículo 186.** *El Tribunal Agroambiental es el máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad.*

**Artículo 189.** *Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley: 1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales. 2. Conocer y resolver en única instancia las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales. 3. Conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas. 4. Organizar los juzgados agroambientales. (BOLIVIA, 2009).*

Seguramente, pela análise dos textos constitucionais do Equador e da Bolívia é viável afirmar que a adesão ao Constitucionalismo Ecológico Biocêntrico, que ultrapassa a visão antropocêntrica, auxilia na ponderação dos direitos fundamentais e quando da sua aplicação, contudo com a balança com pesos distintos havendo de um lado o direito do ser humano e do outro o direito da natureza.

Além de ser inclinação na América Latina, o direito da natureza passa a ser necessário nos ordenamentos jurídicos e constitucionais dos países latinos. Evidencia-se o recente projeto de lei n. 2226-2021/CR apresentado por Ruth Luque Ibarra que propõe reconhecer a mãe natureza, os ecossistemas e as espécies como sujeitos de direitos no Peru, garantindo que todos os seres vivos coexistam em equilíbrio. Ainda, o projeto prevê o princípio do *in dubio pro natura* como eixo fundamental da norma estabelecendo que medidas devem ser adotadas com o fim de produzir menores impactos negativos na natureza (PERU, 2022).

Nesse contexto, observa-se que a natureza, os ambientes, os ecossistemas e animais não humanos são mais do que meros instrumentos para os seres humanos, precisam ser tutelados juridicamente e, principalmente, constitucionalmente através de uma proteção autônoma e independente de elementos externos. O pluralismo e as diversidades étnicas e culturais são transformados em princípios constitucionais com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, fortalecendo e equilibrando os direitos dos povos originários e demais grupos descartados historicamente e, em reflexo, oficializa e concretiza os direitos da natureza.

O reconhecimento da natureza como sujeito de direitos é essencial para se alcançar uma pluralidade de princípios jurídicos expostos a epistemologias diversas e não segregacionistas, que tutelam direitos de coletividades indígenas, quilombolas, ribeirinhas e campesinas que lutam desde o

colonialismo por uma democracia plurinacional e pela justiça ambiental e comunitária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que, por entre falácias, a América Latina “descoberta” e “desocupada” converteu-se em mercado eurocêntrico sendo explorada pelo colonialismo, pela colonialidade e capitalismo, os quais implantaram as visões e concepções jurídicas e legais. As dinâmicas destes mecanismos estabeleceram as realidades e os direitos que, na verdade, beneficiavam os anseios hegemônicos.

O Constitucionalismos introduzidos nos países latinos foram o princípio das violações aos direitos de coletividades originárias, vulnerabilizadas e excluídas, o que evidenciou a real intenção dos Estados em construir uma Nação uniforme e, além de oprimir de forma social e política, tiranizou também juridicamente/constitucionalmente a trajetória, saberes, línguas, memórias e direitos dos povos tradicionais.

É notória a não influencia das coletividades dos países latinos sobre os textos constitucionais tradicionais e impostos sem a participação da população, em reflexo, maior era a expansão entre o direito e a justiça coletiva do direito e justiça empregada. O modelo tradicional e antropocêntrico do Constitucionalismo na América Latina passou a ser impraticável frente as questões jurídico-sociais e ambientais. A luta pela evolução das constituintes vai além do mero reconhecimentos de epistemologias e visões das coletividades, mas sim contorna a reescrita da trajetória histórico-jurídica da América Latina com a inserção de constitucionalismos transformadores, ecológicos, biocêntricos e sobretudo do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que é plurinacional.

O movimento constitucional da América Latina posiciona-se contrário aos processos exploratórios/segregadores, colonizadores e capitalistas ainda executados, utilizando de mecanismos que resultem na transformação política, social e jurídica por meio do conhecimento emancipatório e da participação ativa de comunidades subalternizados nestes países com suas distintas perspectivas e diálogos.

Ocorre o direcionamento da ignorância/“ordem” para os diferenciados saberes/solidariedade, ou seja, uma emancipação de direitos pluralistas, coletivos e participativos, associados à democracia plena. Percebe-se que, a existente amplitude dos direitos previstos nas Constituições do Equador e da Bolívia não representa uma efetivação significativa, haja vista que as liberdades e direitos dispostos também são pesados pelas intervenções e atos estatais no âmbito social, político, econômico e jurídico, originando conflitos a serem solucionados. Contudo, isso não significa que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano não superará suas antigas raízes impostas pelo colonialismo, colonialidade e capitalismo, até porque este novo movimento constitucional já vem se manifestando de forma benéfica à concretização de direitos de coletividades e da natureza.

Os Constitucionalismos pós-coloniais, especialmente o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, anunciam novas conquistas e percepções de direitos fundamentais, políticos, civis, ambientais e humanos. A transfiguração e remodelação dos poderes são atos esperados de Constituições Plurinacionais, distanciando a população da colonialidade do poder, do saber e ser.

Dessa interpretação, a invasão da América Latina e a rígida máquina prescrita pelo colonialismo e o sistema-mundo ainda incidem tendencialmente na ancestralidade, cosmologia dos saberes, intersubjetividades, territórios e vivências dos países latino-americanos. Assim, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano apresenta-se para

ressignificar e por fim com as imposições de classificação social, racial, étnica na busca de uma nova identidade constitucional.

## REFERÊNCIAS

- BALDI, César Augusto. Mulheres, direitos e histórias: repensando narrativas, reconfigurando espaços e tempos. *In: Mulheres: história e direitos*. Jeferson Selbach [et al]. Cachoeira do Sul: Editora do autor, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 jun. 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](http://w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html). Acesso em: 15 jun. 2022.
- BOLIVIA. **Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia**. 25 de enero de 2009. Disponível em: [https://www.mindef.gob.bo/mindef/sites/default/files/Consitucion\\_2009\\_Orig.pdf](https://www.mindef.gob.bo/mindef/sites/default/files/Consitucion_2009_Orig.pdf). Acesso em: 16 jun. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001; 5. ed. 2002; 7. ed. 2005.
- DUSSEL, Enrique. 1492: o Encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: **Conferencias de Frankfurt** / tradução Jaime A. Clasen – Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.
- ECUADOR. Constitución de La Republica del Ecuador 2008. **Registro Oficial** 449 de 20 oct. 2008. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_ecuador\\_6002.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf). Acesso em: 16 jun. 2022.
- GORDON, Lewis R. Antropologia Filosófica, Raça e a Economia Política Da Privação De Direito. **Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico**. Organizadores Joaze Bernardino-Costa, Nelson Maldonado-Torres, Ramón Grosfoguel. 2ª ed. Belo Horizonte/MG: Editora Autêntica, 2019.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSFUGUEL, R. (org.) **El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, -Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 127-167. Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MAYORGA, Fernando. **Estado Plurinacional y Democracia Intercultural en Bolivia**. RBCS, v. 32, n. 94, jun. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcso/a/5tttBCnbvGVHPn4p3j4FgTw/?format=pdf&lang=es>. Acesso em: 18 jun. 2022.

PERU. Congreso República. Proyecto de Ley n. 226/2021-CR. **Congreso de la República**: Recibido em 01 jun. 2022. Disponível em: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/06/Proyecto-Ley-2226-2021-CR-LPDerecho.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade e modernidade-racionalidade. In: BONILLA, Heraclio (org.) **Os conquistados: 1492 e a população indígena das Américas**. São Paulo: Hucitec, 2006a.

QUIJANO, Aníbal. Estado-nación y movimientos indígenas en la región Andina: cuestiones abiertas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. OSAL, **Observatorio Social de América Latina** (año VI n. 19, ene-abr 2006b). Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110327050057/02Quijan.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo. 2016.

SEGATO, Rita. **La guerra contra las mujeres**. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999.**

Autor institucional: Poder Legislativo. Ano de publicação: 1999. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/588/constitucion-republica-bolivariana-venezuela>. Acesso em: 14 jun. 2022.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. In: GARAVITO, César Rodríguez (org.).

**El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível em: [http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/el\\_horizonte\\_del\\_constitucionalismo\\_pluralista\\_yrigoyen.pdf](http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/el_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista_yrigoyen.pdf). Acesso em: 15 jun. 2022.

## O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PROSPECÇÕES PARA O ESTADO PLURINACIONAL

Natália Cerezer Weber<sup>1</sup>

Daniel Rubens Cenci<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

O presente texto aborda os caminhos históricos na formação das Constituições, sobretudo no que se refere as latino-americanas, sendo mecanismo imprescindível para a garantia da ordem jurídica e da efetivação dos direitos fundamentais tutelados após um longo período de lutas e reivindicações sociais, guerras e abalo da democracia por consequência de regimes autoritários de ditadura militar que assolaram a América Latina, principalmente no Brasil com a duração de cerca de 20 anos, lapso em que muitos direitos humanos foram gravemente violados.

Para chegar até os dias atuais se fez um breve percurso pela formação do Estado moderno, decorrendo da Idade Média com a ruptura do poder e influência de controle social da Igreja até marcos históricos que tiveram grande significado para os direitos humanos como por exemplo o Renascimento, onde pela primeira vez coloca-se o homem como o centro, sendo autossuficiente para determinar e concretizar suas vontades até as Constituições e o Estado Democrático de Direito advindo da modernização, onde antigamente tão somente o homem possuía deveres e agora encontra-se digno de deter direitos.

<sup>1</sup> Bacharela em Direito e Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. <http://lattes.cnpq.br/2858669485010022>. Contato: [nataliacweber@gmail.com](mailto:nataliacweber@gmail.com).

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Geopolítica Ambiental Latino-americana (Universidade de Santiago do Chile – USACH). Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento (UFPR). Mestre em Direito (UNISC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e do curso de Graduação em Direito (UNIJUÍ). Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq): Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade. <http://orcid.org/0000-0001-7919-6840>. E-mail: [danielr@unijui.edu.br](mailto:danielr@unijui.edu.br).

Fato é que um novo processo sempre rompe com o antigo, esse é o caso do chamado novo constitucionalismo, que ainda que não abarque um conceito determinado entre os doutrinadores trata-se de um movimento de cunho filosófico com o intuito de promover mudanças no cenário do debate do Direito.

Tem-se como objetivo analisar a proposta de um Estado plurinacional que englobe a participação popular e a representação justa e igualitária, de maneira legítima, essencialmente quando versar acerca de direitos e decisões de um determinado grupo, notadamente quanto aos indígenas, objeto de investigação deste texto após a Declaração da ONU versas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Esse novo movimento busca sob o contexto dos movimentos sociais surgidos na década de 1980 propor a fundação de um novo Estado capaz de ser inclusivo com as diversas culturas e tradições dos diferentes povos que abrange dentro da mesma nação.

Dessa forma, percebe-se as diferentes transformações estruturais e na forma de organização estatal que esse movimento e a necessidade da implementação deste novo Estado que seja plurinacional vem ocasionando, ensejando na demanda por uma reforma constitucional e social e na vigência dos direitos fundamentais como princípio básico de uma ordem justa que integre a população na tomada de decisões.

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ORIGENS DO DEBATE**

O novo constitucionalismo latino-americano trata-se de um modelo constitucional distinto dos demais, essencialmente porque comporta o contexto da América Latina e abraça os traços especiais históricos destes países, principalmente no tocante às populações indígenas que sempre estiveram presentes durante o processo da colonização até os dias atuais.

Para falar do novo constitucionalismo latino-americano e a proposta plurinacional regressa-se brevemente a uma retrospectiva histórica acerca do nascimento do Estado Moderno e da constituição do modelo individualista de sociedade, o qual inclusive dá origem ao neoliberalismo.

O Estado Moderno teve sua origem, de acordo com Bedin (2013) a partir de um longo período de transformações, iniciando com a ruptura após o império da Idade Média que durou cerca de um milênio e subdividiu-se em vários períodos de menor duração.

Nessa época, a sociedade era predominantemente agrária ou rural, ou seja, o homem era vinculado ao solo e ao plantio, marcada pela economia de subsistência e a Igreja detinha o controle social, ditando as regras a serem seguidas pelos membros dessa formação de sociedade medieval.

Durante os séculos passou por intensa transição, surgindo os feudos, no sistema feudal, compostos por vassalos (súditos) e os senhores feudais que eram os soberanos e recolhiam tributos.

Esse período foi sinalado por acontecimentos como a Idade das Trevas, Inquisição, a Peste Negra e o Renascentismo. Devido ao controle exercido pela Igreja se dissipou diversos ideais retrógrados e primitivos que geravam medo na sociedade e conseqüentemente incidiu na queima, tortura e morte de hereges, bem como a Peste Negra alastrou-se em razão de que na Idade das Trevas acreditava-se que era um castigo de Deus pelos pecados dos fiéis.

Ao romper com o sistema feudal, a sociedade passou a ser monarquista, com a figura do rei soberano e absolutista, doravante ocorreu o declínio do controle da Igreja que foi enfraquecida e agora não mais detinha poder sobre o mundo físico, mas somente sobre as leis espirituais.

Com isto, o Renascimento e os ideias humanistas foram consolidadas e o homem descolocou-se como o centro (antropológico), autossuficiente

para escolher suas motivações pessoais, consequentemente fragilizando os poderes locais.

Com o enfraquecimento dos poderes locais e a concentração de poder, adentrando no mundo moderno, assim como o início de viagens para descobrir novas terras, fez-se necessário a concepção de um pacto político entre os indivíduos que garantisse a legitimidade de um Estado, arrecadação de impostos e delimitação territorial (BEDIN, 2013).

Dessa forma, estabeleceu-se o que Hobbes chama de contrato social, onde os homens pactuavam entre si um acordo para a formação de um Estado forte, a fim de evitar o estado de natureza em que a ausência deste resultaria em guerra e com o mesmo seria possível estipular a paz entre os indivíduos.

Nesse mesmo sentido, Bedin (2013) observa que

[...] esse processo de centralização e concentração política que deu origem ao Estado moderno esteve também sempre referido a um grupo humano específico (um povo, uma nação, em termos atuais. É que sem esse elemento não é possível falar em Estado, pois Estado é, para lembrar de Max Weber, uma comunidade humana (1999). Essa comunidade humana pode ser homogênea ou heterogênea. Quando esta comunidade humana for homogênea, pode-se afirmar que o Estado moderno configura, em sentido estrito, um Estado-nação (BEDIN, 2013, p. 87-88).

Outrossim, a formação do Estado Moderno rompe com o passado, tanto com a Igreja, com o poder local, o feudo e a Idade das Trevas, surgindo o Renascimento e posteriormente os direitos do homem.

Segundo Bedin (2002) todo o Estado é anterior e superior aos indivíduos, onde primitivamente consistia em uma sociedade organicista com a submissão dos indivíduos em deveres e sanções, como por exemplo menciona O Código de Hamurabi, As Lei das XII Tábuas e Os Dez Mandamentos, com a ascensão de do Estado Moderno se tem pela primeira vez guarnecido o individualismo no modelo de sociedade individualista, conduzindo os deveres para os Direitos adquiridos primeiramente com a declaração de direitos de

1776 (Declaração de Virgínia) e de 1789 (Declaração da França), chamados “revolução copernicana”.

Portanto, com o surgimento do Estado Moderno solidifica-se também uma Era de Direitos voltados para o homem que agora possui um contrato social em troca da subordinação às leis e sanções adquire a paz, segurança, justiça e liberdade.

Além disso, a principal característica do Estado Moderno que influencia na soberania de um país até os dias de hoje trata-se do acordo de um determinado grupo de cidadãos que se identificam entre si, compartilham da mesma língua e cultura, com a delimitação de um território e subordinados as mesmas normas.

De acordo com Bedin (2002, p. 35) “Essa inversão entre os deveres e os direitos representa, neste sentido “o triunfo do individualismo no sentido mais amplo” (Lafer, 1991, p. 36), ou seja, representa a supremacia da perspectiva *ex parte populi* ou do modelo individualista de sociedade [...]”.

Estes fatores históricos estão intrinsecamente ligados a predominância de um constitucionalismo advindo de uma lógica colonial e eurocêntrica disposta na América Latina. É notório que o constitucionalismo atual encontra suas raízes no processo histórico desde os deveres dos homens da antiguidade que se moldou por séculos até a necessidade axiológica de assegurar os direitos fundamentais que foram feridos durante das duas grandes Guerras Mundiais como base de um ordenamento jurídico.

Contudo, ao tratar de um constitucionalismo moderno tem-se em contraposição um constitucionalismo antigo para que um mais recente possa se sobrepor. Isto significa que ainda com preceitos e ideais distintos, havia a existência de um constitucionalismo retrógrado sob a égide do Estado, seja pela forma de governo da época para a garantia do exercício de suas atividades.

## 2 ENTRE O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ALGUMAS CARACTERÍSTICAS

O constitucionalismo moderno tem sua origem apoiada nas revoluções burgueses da Inglaterra em 1688 (Revolução Inglesa), Revolução Americana em 1776 e na Revolução Francesa em 1789.

Apesar dos ideais das revoluções burguesas, em primeira instância o constitucionalismo emerge de maneira aliada as propostas liberais, garantindo aos homens brancos e ricos a proteção da liberdade individual, assim como as demais participações na vida política e econômica, assegurando-lhes a atuação direta nos debates e manifestação de vontades.

Ocorre que, para o restante da parcela social não houve a iniciativa da busca pela participação universal política nem a defesa do voto universal, de modo que o constitucionalismo não era democrático, vindo a se conectarem no século XIX, alicerçado as reivindicações das classes operárias e a luta por direitos que incluíssem toda a população.

Essa objeção da classe operária, associada as outras camadas da população pela demanda dos direitos sociais, se deu em virtude da inexistência dos mesmos que foram pleiteados por partidos políticos e pelos sindicatos, dessa forma rompendo com o constitucionalismo liberal que deu lugar ao constitucionalismo social, que tem como símbolo histórico as constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, onde os Estados incumbem-se de salvaguardar os direitos sociais de bem-estar.

Além do mais, a efetivação dos direitos sociais a toda a população não foi o suficiente para impedir que ocorra duas grandes Guerras Mundiais no mesmo século. Após o cenário da Segunda Guerra Mundial, que acometeu demasiadamente violações de direitos humanos através do holocausto, bem como por meio do nazismo e do fascismo consecutivamente viu-se

a necessidade de assegurar os direitos fundamentais que garantissem a dignidade da pessoa humana como norma fundamental de valor constitucional dentro de seus respectivos ordenamentos jurídicos de maneira explícita.

Dessa forma, as constituições criadas em um contexto atual viram que era intrínseco aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana introduzir em seus textos de forma cristalina os valores que compreendem o bem-estar social a partir de políticas que garantam uma existência digna prestadas pelo Estado, a fim de evitar a violação de direitos sociais.

Analogamente, na América Latina cresceu o apoio a ditaduras militares, sobretudo no Brasil que se propagou o golpe militar no período de 1964 a 1985, comprometendo os direitos políticos através de censura, torturas e perseguições aos opositores do regime.

Embora a conjuntura do pós-guerra tivesse contribuído para que se buscasse fixar no texto constitucional os valores sociais com o objetivo de evitar a opressão dos direitos fundamentais e as constituições tivessem se avizinado dos ideais democráticos, deixando para trás o liberalismo constitucional, enfrentou-se cerca de 20 anos de ditadura militar que reproduziu muitos horrores da Segunda Guerra Mundial no que tange a perseguições e torturas para afirmar o regime autoritário aos que se opusessem.

Ulteriormente, a ditadura militar já debilitada e a queda do regime abalado, em um amplo debate com a população tomou-se a iniciativa de elaborar uma Constituição voltada para os direitos e obrigações dos cidadãos entrelaçado aos direitos fundamentais, inspirada na Declaração de Direitos Universais do Homem.

Essa mudança de paradigma trouxe grandes alterações para o país no que tange a organização social e do Estado como ente político, tencionando um novo modelo constitucional.

Dessa forma, emerge o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado de bem-estar social, buscando tornar a existência de seus cidadãos digna enquanto viverem, a partir da garantia de direitos fundamentais por parte do Estado eleito democraticamente que atenda direitos como o da vida, saúde, moradia, educação, lazer, previdência, entre outros.

Esse ideal ao transformar o novo modelo social e político abraçou os moldes democráticos, trazendo o “neoconstitucionalismo” em vigor, que diz respeito a um movimento filosófico, com o intuito de promover mudanças nos debates jurídicos. No entanto, ainda não foi possível entrar em um consenso claro e definido acerca do termo.

Para Sarmiento (2009, n.p.)

[...] Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo (s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003 (SARMENTO, 2009, n.p.).

Dentre as características fundamentais para a caracterização do neoconstitucionalismo Luís Roberto Barroso aponta: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional” (BARROSO, 2006, p. 5).

Na mesma percepção, Ana Paula de Barcellos (2005) analisa do ponto de vista metodológico-formal que:

[...] o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui

de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega. (DE BARCELLOS, 2005, p. 127).

Nesse mesmo sentido, Ana Paula de Barcelos (2005) ao tratar das premissas fundamentais e da particularidade do neoconstitucionalismo observa que

A particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia a dia da aplicação do direito. O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica (DE BARCELLOS, 2005, p. 127).

Para Barroso (2006, p. 4) o neoconstitucionalismo interpreta e aplica as normas jurídicas através da teoria de justiça, a fim de que os valores do direito positivado sejam materializados.

Entre os doutrinadores é sabido que o neoconstitucionalismo busca fazer uma releitura da interpretação do Direito positivado, tendo como principal alvo a constituição, que é o elemento maior de uma ordem jurídica e centralizando o Estado Democrático de Direito, capaz de englobar e efetivar todos os direitos fundamentados nos valores humanos, ainda que não exista uma harmonia entre os conceitos empregados.

Isso posto, conforme mencionado o constitucionalismo atual sofreu um profundo processo de transformações, dado o contexto histórico, essencialmente no que se refere a primordialidade de assegurar a dignidade da pessoa humana.

### 3 LIMITES E POSSIBILIDADES NA PROSPECÇÃO DO ESTADO PLURINACIONAL

Os países da América Latina consequentemente também enfrentaram esse processo de mudanças que atingiu seu ápice com o marco das constituições do Equador e da Bolívia em 2009 e a promulgação de uma Constituição que abrangesse os direitos fundamentais, crucial após os longos anos do regime autoritário da ditadura militar e a luta social das camadas postas às margens da sociedade, acima de tudo quanto a população indígena.

As populações indígenas sempre estiveram presente no território latino-americano e são anteriores a colonização, da qual sofreram diversos abusos físicos, sendo forçados ao trabalho escravo até a catequização, a fim de que fossem “domesticados” nos moldes de vida europeus, pois eram vistos como inferiores pelos portugueses.

Assim, muitos indígenas foram mortos, escravizados ou acometidos por doenças durante a chegada dos portugueses ao Brasil, fator que reduziu a população indígena, restando pequenos grupos em relação ao restante da parcela populacional, mas ainda existentes até os dias atuais.

Quando os portugueses chegaram no Brasil residiam pelo território nacional cerca de cinco milhões de indígenas, que logo em seguida foram reduzidos em virtude do extermínio e das doenças trazidas pelos portugueses em quatro milhões.

O último censo demográfico realizado no Brasil em 2010 apontou que a atual população indígena brasileira consiste em cerca de 900 mil, perfazendo aproximadamente 0,5% da população total.

No documento denominado “Carta de Caminha” Pedro Vaz de Caminha descreveu os indígenas como: “[...] pardos, todos nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Nas mãos traziam arcos com suas setas. [...] A

feição deles é serem pardos, maneira de avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem-feitos.”

Com tudo, é notório que os povos indígenas possuem suas particularidades que se distinguem da população após o traço marcante da colonização, incluindo os costumes, língua, cultura e tradições, entre outros.

Diante disto, percebe-se que a América Latina abrange uma multiculturalidade e diversos povos com culturas e traços singulares dividindo o mesmo espaço da Nação.

A Constituição em seu texto buscou abordar a multiculturalidade, a partir de uma ótica de diversidade cultural, essencialmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, dedicando um capítulo exclusivo para legislar no que concerne a sua unicidade.

Ademais, entre as premissas do seu art. 1º a Constituição Federal da República de 1988 prevê que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o **pluralismo político**. (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Além disso, o dispositivo constitucional também abrange em seu art. 3º como objetivos fundamentais:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- [...]
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Outrossim, destaca-se também na Carta Magna o art. 4º em seu parágrafo único que tratou de trazer expressamente como princípio a integração dos povos da América Latina

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Dessa maneira, ao tratar da cultura na seção II prenuncia o pleno exercício dos direitos culturais existentes no território nacional, com a valorização de tais manifestações culturais, principalmente no que diz respeito aos povos indígenas e afro-brasileiros, a fim de promover a proteção das multiculturas. Dessa forma o texto constitucional traz que

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (BRASIL, 1988).

E por fim, destaca-se o capítulo VIII que versa acerca dos Índios reconhecendo sua originalidade e direitos de preservação da sua forma de se relacionar frente ao restante da população, de maneira que lhes assegurem seus costumes.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

Destarte, analisa que ao longo do texto constitucional sob a perspectiva de integração multicultural procurou-se incorporar mecanismos de proteção às particularidades essenciais aos povos presentes na América Latina.

Em vista disto, o novo constitucionalismo decorrente das transformações dos paradigmas sociais pode ser entendido como constitucionalismo pluralista, visto que reconhece a existência de diferentes grupos sociais com culturas diferentes umas das outras.

Destaca-se que é essencial para a efetivação do pluralismo jurídico ético e igualitário, bem como a concretização deste garantindo a preservação cultural a consultoria dos mesmos, com a ativa participação política, visto as adoções de medidas legislativas ou de qualquer natureza tratem-se de suas essencialidades, devendo ser consentidas pelos mesmos no que versar acerca de seus direitos.

Buscando que essa premissa fosse levada em conta, assim como garantir a execução dos direitos fundamentais em um Estado pluralista a Declaração das Nações Unidas aprovou o texto acerca dos Direitos dos Povos Indígenas, a fim de reconhecer a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos dos povos indígenas frente ao Estado.

Sendo assim, o novo constitucionalismo latino-americano deve inovar na participação popular legítima, promovendo uma ressignificação dos direitos fundamentais das populações oprimidas e excluídas socialmente pelos processos históricos, como a população indígena pela colonização e estruturação social.

Nesse mesmo sentido Bello (2015, p. 56) observa que

Desde os anos 1960, as formulações do pensamento descolonial têm por finalidade a compreensão dos saberes ocultos que foram marginalizados ou mesmo suprimidos pelo processo de colonização, com vistas à promoção do seu desvendamento e/ou resgate. Dessa maneira, vislumbra-se pensar possíveis alternativas, parciais ou integrais, ao paradigma hegemônico

da modernidade europeia, para que se possa intervir na realidade social e modificar a condição de uma série de sujeitos, conhecimentos e poderes do patamar de oprimidos para o de emancipados. (BELLO, 2015, p. 56).

Ou seja, nesses parâmetros o Estado plurinacional deve abrigar os diferentes conceitos de nação dentro do mesmo Estado, respeitando e contemplando a diversidade de culturas inseridas dentro de uma única nação.

Na mesma finalidade, Alves (2012, p. 142) analisa que

O paradigma para a implantação do Estado plurinacional é justamente o novo constitucionalismo latino-americano surgido nos países historicamente dominados, sem tradição constitucional e com uma grande parte da população sem direito a representantes efetivos. O novo constitucionalismo latino-americano é uma resposta plural, uma tentativa de efetivar respeito e garantia de pluralidade, participação popular e democracia nos países que vem o adotando (ALVES, 2012, p. 142).

Em suma, para a efetivação da democracia se faz necessário a adoção de um Estado plurinacional que abranja sobretudo a singularidade heterogênea presentes dentro de uma nação que garanta os direitos consagrados por meio da representação e participação popular nos processos decisivos dos povos, principalmente dos indígenas, excluídos socialmente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado ao exposto, o processo da formação do Estado Moderno que rompeu com a Idade Média posteriormente culminou no constitucionalismo em primeiro momento liberal que era voltado aos direitos dos burgueses, sendo eles homens ricos e brancos e a partir de reivindicações operárias passou a ser elemento fundamental para a população e de ordem jurídica na garantia de direitos sociais.

É evidente que este fator deu lugar ao constitucionalismo democrático, contudo este último não foi suficiente para evitar os grandes horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial, tornando ainda mais visível a inevitabilidade da valorização dos direitos da dignidade da pessoa humana explícitos nos textos constitucionais.

Assim, integrando a ordem jurídica trouxe à tona o novo constitucionalismo, baseado nas teorias de justiça que enquadram conteúdos valorativos dos direitos sociais e princípios voltados a esta finalidade para a garantia de uma vida digna a todos.

De outra banda, na América Latina evidenciou-se a presença dos povos indígenas anteriores à colonização pelos portugueses, que sofreram demasiadamente com esse processo, ocasionando da diminuição drástica deste povo demograficamente.

Dessa maneira, determinou-se a exclusão dos povos indígenas da camada social e iniciou-se a necessidade de um movimento social que previsse a anterioridade desses povos à colonização e assim sendo ratificasse a construção de um Estado que abrace o plurinacionalismo de diferentes culturas, tradições, línguas, dentre outros traços particulares dentro da mesma nação, com o respeito e o reconhecimento da efetivação dos direitos concernentes a esses povos com a ativa participação popular democrática nas decisões que os atinjam.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo**. (org.) LIMA, Martonio MontAlverne Barreto.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Democracia, direito e justiça: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

BEDIN, Gilmar Antonio. A Idade Média e o Nascimento do Estado moderno: aspectos históricos e teóricos / Gilmar Antonio Bedin. – 2. Ed. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. – 144 p. – (**Coleção direito, política e cidadania**; 28).

BEDIN, Gilmar Antonio. Os direitos do homem e o neoliberalismo / Gilmar Antônio Bedin. – 3. Ed. Ver e ampl. Ijuí: Ed. Unijui, 2002. – 200 p. – (**Coleção Ciências Sociais**).

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 1, p. 49-61, 2015.

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: [w2camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html](http://w2camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html). Acesso em: 13 jun. 2022.

DE BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 5, 2005.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

# CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E AÇÕES DE ENFRENTAMENTO À COVID-19 NA DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE NO BRASIL

Fernanda Analú Marcolla<sup>1</sup>

Rodrigo Marchiori Pereira<sup>2</sup>

Fernando Knaesel Arrabal<sup>3</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem por objeto de investigação o fenômeno da origem da conceituação de Constitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro. Em um segundo momento se discute a importância do Constitucionalismo Moderno na atuação do Estado como forma de garantir direitos fundamentais, mais especificamente, nas ações de enfrentamento da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, no Brasil o enfrentamento das consequências diretas e indiretas da Covid-19 carece de políticas públicas integradas que erradiquem a extrema vulnerabilidade, na perspectiva do Constitucionalismo contemporâneo.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Democracia; Covid-19; Vulnerabilidade.

- <sup>1</sup> Mestranda em Direito pela FURB - Universidade Regional de Blumenau. Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela UNIFEBE - Centro Universitário de Brusque. Advogada inscrita na OAB/SC nº. 53.746. Membro da Comissão Criminal da OAB/SC da Subseção de Brusque. Membro da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina. Sócia fundadora do escritório Marcolla e Fachi Advocacia e Assessoria Jurídica. Endereço eletrônico: f.marcolla@furb.br.
- <sup>2</sup> Mestrando em Direito pela FURB - Universidade Regional de Blumenau. Especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo pela UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí — Graduado em Direito pela FURB - Fundação Universidade Regional de Blumenau. Advogado inscrito na OAB/SC sob o nº. 21.926. Endereço eletrônico: rmp@furb.br.
- <sup>3</sup> Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPQ-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT - Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau - FURB. E-mail: arrabal@furb.br.

## INTRODUÇÃO

A historicidade do constitucionalismo envolve grandes debates doutrinários, assim como a sua própria origem também é alvo de críticas. No entanto, destaca-se que o constitucionalismo brasileiro surge com a declaração de independência em 1822, tendo em sua base, os princípios da revolução francesa de 1789, quais sejam liberdade, igualdade e fraternidade.

A divergência quanto a origem do Constitucionalismo se deve ao fato de que, parte da doutrina afirma que a influência desse fenômeno adveio das ideias liberais de Locke, colocadas em prática no Constitucionalismo inglês.

Na história do constitucionalismo contemporâneo, a busca para a preservação de valores humanistas e por soluções mais justas vão além do quadro legislativo, adentrando na esfera dos princípios. Nesta perspectiva, para além de um balizador da atuação do Estado, o Constitucionalismo é percebido como uma forma de ampliar as garantias individuais e preservar direitos humanos em seu sentido mais amplo, desempenhando assim papel essencial na proteção dos mais vulneráveis.

Com a pandemia ocasionada pelo Covid-19 em esfera global, a humanidade procurou meios de enfrentamento e novos modos de convívio e superação. A velocidade e o alcance com que a transmissibilidade do vírus evoluiu, acabou por atingir de forma significativa as camadas mais carentes da sociedade.

Partindo desses pressupostos, o objetivo geral do presente trabalho é investigar as diversas concepções de Constitucionalismo e sua origem no Brasil, assim como, averiguar sua extensão quanto a ações de combate ao Covid-19 em prol das pessoas vulneráveis.

Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos de fontes indiretas, o estudo resultou estruturado em duas unidades.

A primeira trata do conceito de Constitucionalismo adotado no Brasil. A segunda unidade aborda especialmente as ações adotadas pelo Estado no enfrentamento da Covid-19, em relação aos mais vulneráveis.

## 1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A doutrina majoritária entende que o Constitucionalismo, em seu contexto clássico, teve sua origem com a Revolução Francesa. No entanto, para Santi Romano o Constitucionalismo tem origem inglesa, sendo, portanto, mais antigo do que a Revolução Francesa (LEITE, 2011).

De modo semelhante, Alarcón (2017) explica que o marco do Constitucionalismo liberal foi com a Revolução Francesa em 1789, ainda que as ideias liberais de Locke já fossem colocadas em prática no Constitucionalismo inglês:

[...] embora América Latina não tenha conhecido de fato o Estado social, não destoa argumentar que essa forma de Estado corresponde a um Constitucionalismo caracterizado pela incorporação das necessidades humanas à maneira de autênticos direitos nas constituições a partir da terceira década do século XX. Que esse Constitucionalismo foi bloqueado pela experiência nazifascista na Europa e que logo renasceu ao final da Segunda Guerra. (ALARCÓN, 2017, n.p)

No Brasil, os primeiros passos do Constitucionalismo só ocorreram 33 anos após a Revolução Francesa, ou seja, após a declaração de independência em 1822. A luz do Constitucionalismo clássico ou histórico e da declaração dos direitos do homem e do cidadão, foi necessário criar uma Constituição que dispusesse sobre garantias de direitos e separação de poderes (SIMÕES, 2014).

O Constitucionalismo é visto por alguns doutrinadores como um poder libertador aos cidadãos, enquanto para o Estado, é percebido como um poder limitador de atuação. Neste mesmo sentido, Bobbio (1998, p. 257-258) afirma que o Constitucionalismo diz respeito a técnica de divisão de poder:

[...] o Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último: é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas. [...] A definição mais conhecida de Constitucionalismo é a que o identifica com a divisão do poder ou, de acordo com a formulação jurídica, com a separação dos poderes.

Ainda neste contexto, ao interpretar a separação de poderes dentro de um poder limitador sob a ótica do Constitucionalismo, Bobbio afirma ser este um conceito imperfeito, haja vista a analítica entre direito e poder, racionalidade e força:

[...] esta limitação do Constitucionalismo à separação dos poderes é imperfeita sob o ponto de vista histórico, dado que compreende apenas um dos seus aspectos, o Estado misto, dando realce à sua versão mais moderna, a divisão dos poderes. Convém ainda determo-nos um pouco em uma nova definição do Constitucionalismo, não muito frequente na nossa literatura política, que se baseia na oposição entre direito e poder, racionalidade e força (BOBBIO, 1998, p. 257-258).

Canotilho (2010, p. 51) entende o Constitucionalismo como um princípio do governo limitado, ou seja, é uma técnica específica de limitação estatal com fins garantistas que exprime também uma ideologia de que “o liberalismo é Constitucionalismo, é o governo das leis e não dos homens”:

[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o Constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de Constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Importante destacar, que o conceito de Constitucionalismo vem passando por constante evolução histórica, em especial no período que marca o pós-guerra até os dias atuais. Segundo Alarcón (2017), é possível distinguir

várias etapas desta evolução, entre elas cita-se: a dos Antecedentes, o Constitucionalismo Liberal, o Constitucionalismo de princípio, ou como também é conhecido, Constitucionalismo Contemporâneo.

Neste viés contemporâneo, Streck (2018, p. 16), afirma que o Constitucionalismo, por possuir características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder político:

O Constitucionalismo é, assim, um movimento que objetiva colocar limites no político. E essa limitação assume diferentes matizes, chegando ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito.

Barroso (2020, p. 33) por sua vez, afirma que, para haver Constitucionalismo, não basta a existência de uma ordem jurídica qualquer, é preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade a partir da adesão voluntária e espontânea de seus destinatários: “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira”.

O Constitucionalismo faz parte da própria evolução de uma Constituição Democrática, o que pressupõe, conforme defende Habermas (1997, p. 162-165) na teoria do agir comunicativo, que a população/comunidade aceite e se submeta as regras estatais para que haja a facticidade e validade normativa:

A luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade da aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei, etc. [...] O princípio do discurso só pode assumir a figura do princípio da democracia, se estiver interligado com o médium do direito, formando um sistema

de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca.

Conforme observa Mendes (2019, p. 76), em que pese a Constituição garanta autonomia aos poderes, ela também oferece mecanismos de controle de constitucionalidade, sendo este um importante instrumento limitador do poder estatal e no combate a possíveis arbitrariedades:

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes.

Entretanto, Neves (1994, p. 45) defende um Constitucionalismo mais liberal em favor de uma concepção democrática do Estado Constitucional (inclusive social democrática). Ainda assim permanece como núcleo do conceito a “garantia” dos chamados direitos fundamentais e a limitação jurídica do poder Estatal:

O “Constitucionalismo aparente” implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional.

Dentro destas várias linhas conceituais, o Constitucionalismo contemporâneo é considerado mais que uma categoria filosófica ou um conceito estritamente jurídico, é observado “como um movimento que traduz uma luta ideológica e política”, que tem como objetivo à limitação da

arbitrariedade estatal como instrumento para a proteção e salvaguarda dos direitos do ser humano (ALARCÓN, 2017).

Importante ressaltar ainda que, parte da doutrina faz grandes críticas aos que se utilizam da terminologia “Neoconstitucionalismo” para se referir ao Constitucionalismo Contemporâneo/Moderno ou até mesmo, como conceitua Neves (2014), ao “transconstitucionalismo”.

No “transconstitucionalismo” de Neves, a evolução do constitucionalismo decorre das várias mudanças sociais que ocorrem de forma global, ou seja, na visão do autor, existe o “entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional” (ALARCÓN, 2017).

Ainda neste sentido, Neves (apud ESPÍNDOLA, 2014, n.p) faz críticas ao emprego da expressão Neoconstitucionalismo no Brasil:

[...] o neoconstitucionalismo é mais uma retórica jurídica para afirmar espaço no ambiente acadêmico e judicial. Mas é pouco consistente. Porque as afirmações do neoconstitucionalismo, com a de que não há um direito constitucional no passado e que o direito constitucional que foi construído no Brasil só foi concebido recentemente por uma teoria constitucional é um tanto ingênuo.

Na mesma linha crítica, Streck adere a expressão “Constitucionalismo Contemporâneo”, pois entende que houve uma ruptura com o positivismo jurídico, rejeitando desta forma a nomenclatura neoconstitucionalismo, que na sua visão acabou por ser identificada com a tese que privilegia a discricionariedade do judiciário. O Neoconstitucionalismo, afirma:

[...] acabou por incentivar/ institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano [...] passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características

desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual “contribuem” para a corrupção do próprio texto da Constituição. (STRECK, 2009, p. 35)

Não há qualquer demérito para quem utiliza a nomenclatura Neoconstitucionalismo. No entanto, Streck prefere utilizar o termo Constitucionalismo Contemporâneo, por entender ser mais adequada pela continuidade histórica constitucional que reflete, identificando um período de desenvolvimento de tradições, culturas e experiências jurídicas, de convergências, divergências e influências mútuas no terreno da limitação da arbitrariedade e a defesa dos direitos fundamentais.

## **2 AÇÕES DE ENFRENTAMENTO A COVID-19 E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

Muito embora o Brasil tenha um Constitucionalismo representado pela consolidação de uma Constituição formal, com elevado grau de atenção a garantias individuais e sociais, a situação pandêmica da Covid-19 expôs ainda mais a vulnerabilidade social, a muito tempo latente no país (SCHERER; KELNER, 2021).

O cenário pandêmico gerou inúmeros impactos a realidade global e trouxe consigo a alteração do cotidiano e dos cuidados com a saúde em todas as classes sociais, principalmente, das pessoas menos favorecidas. As classes minoritárias ficam à beira da invisibilidade, o que as deixam ainda mais vulneráveis, colocadas “à margem das políticas públicas brasileiras, com lutas constantes para que se reconheça suas peculiaridades e a diversidade de seus sujeitos sociais” (LIMA NETO; AGUIAR; CAVALCANTI NETO, 2021, p. 84).

As ações de enfrentamento a Covid-19 apresentadas à sociedade, não apontam medidas que possam garantir com segurança os direitos das minorias e daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social:

Nesse contexto, sabe-se que uma catástrofe como a Covid-19 atingirá muitos, mas afetará de modo mais grave os mais vulneráveis, pois os riscos catastróficos não são homogêneos, mesmo que globais [...]. Os fatores de vulnerabilidade são variados, traduzindo-se em vulnerabilidades físicas, decorrentes, por exemplo, da constatação de incidência e agravamento da infecção por SARSCoV-2 em determinados grupos etários e portadores de comorbidades. Outro fator é a vulnerabilidade social, que se relaciona à injustiça social dos desastres, em que características demográficas como classe social, raça, local de moradia e mobilidade urbana influenciam em maior ou menor grau a exposição à infecção. Este fator de vulnerabilidade mostra-se, ao final, determinante para o agravamento da síndrome e para a magnitude de seus danos, como é o caso de perdas de vidas humanas (SCHERER; KELNER, 2021, p. 69-70).

Como forma de enfrentamento ao Covid-19, o Brasil mesmo que tardiamente, adotou algumas medidas sanitárias para tentar conter o avanço da pandemia e gerenciar a capacidade dos serviços do sistema único de saúde, tais como: o distanciamento social; a obrigatoriedade do uso de máscara facial. O Governo Federal para tanto, delegou aos Estados e aos Municípios que, em comunhão de esforços, com base na realidade de cada região, gerenciassem o próprio caos pandêmico (PIRES, 2020).

Dada a competência concorrente entre Estados, Distrito Federal, Municípios e União para combater a pandemia da Covid-19, várias foram as medidas isoladas propostas por cada ente federativo com intuito de amenizar a situação caótica do sistema de saúde. A grande maioria dos Estados aderiram como medida de enfrentamento a Covid-19 o isolamento e confinamento social obrigatório, fechando o comércio e deixando somente os serviços considerados essenciais funcionando (PINHEIRO, 2020).

Ocorre que a recomendação de medidas como o confinamento e o distanciamento social produziram efeitos catastróficos nas populações de baixa renda, pois, além da precariedade que estão sujeitos, muitos vivem na informalidade e tiveram suas fontes de renda comprometidas. De fato, as opções que esses cidadãos tiveram foram: não ter alimentação em seus lares para sustentar suas famílias, ou arriscar suas vidas e não respeitar o isolamento social.

Segundo Foucault (2014, p. 152), países que possuem como poder Estatal a prática de gerir vidas, ou deixá-las morrer, são denominadas como uma forma de biopolítica ou biopoder, ou seja, tanto na ação quanto na omissão, o controle populacional é realizado a partir “de tecnologias e saberes endereçados à manutenção de controle, endereçadas a produção da morte de determinados grupos sociais”.

Esta concepção, em que o Estado se torna omisso, como foi o caso Brasileiro no combate a pandemia ocasionado pelo Covid-19, também pode ser observado sobre a perspectiva da teoria da necropolítica de Mbembe (2018, p. 5), o qual afirma que, “matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder”.

Enquanto Foucault apresenta como terminologia de extermínio de minorias por entes Estatais o “biopoder” e “biopolítica”, Mbembe denomina tais atos como formas de necropolítica. No entanto, já é possível observar na doutrina, uma nova corrente relativa ao necrocapitalismo, o qual apresenta como base as duas teorias anteriores, porém aborda o capitalismo como uma modalidade mortífera populacional (MIRANDA, 2021, p. 43).

Para Miranda (2021, p. 53), para se manter as classes dominantes “precisam de uma organização que possa garantir o direito à propriedade privada e a exploração do trabalho, alicerces do modo de produção capitalista”, pouco importando se, para manter o capital, vidas sejam colocadas em risco.

Diante do negacionismo quanto a letalidade da pandemia e o foco na economia política do país, os resultados foram catastróficos, e bem como assegura Pires (2020), os grupos sociais historicamente submetidos a processos de vulnerabilização sofrem em intensidade desproporcional os efeitos adversos da pandemia.

Desta forma, as guerras contemporâneas não são mais constituídas unicamente de armamento de fogo, mas sim, de sistemas biopolíticos de controle e manipulação populacional dos grupos minoritários, ou bem como afirma Agamben (2007, p. 126) “em nosso tempo a política se tornou integralmente biopolítica, ela pôde constituir-se em uma proporção antes desconhecida como política totalitária”.

Na busca de manter o capital Estatal do país em circulação, mesmo contra a recomendação da OMS, o governo brasileiro preferiu alicerçar-se na produção de mortes, ou seja, além do negacionismo pandêmico, incentivou que as classes trabalhadoras retomassem suas atividades laborais sem que houvesse segurança quanto ao contágio (MIRANDA, 2021, p. 10). Nesta perspectiva, a partir de Bauman (2017), destaca-se a importância de um país ser governado por pessoas capazes de suportar e superar adversidades, principalmente em tempos líquidos. Uma sociedade desesperada, vulnerável e com anseio de mudanças drásticas é capaz de não perceber os retrocessos advindo da ausência de políticas públicas com viés social:

[...] sociedades fracassadas que investem suas esperanças num salvador, num homem (ou mulher) providencial, estão procurando uma pessoa nacionalista de forma incondicional, militante e belicosa: alguém que prometa barrar o planeta globalizado e trancar portas que há muito tempo perderam as dobradiças (ou melhor, cujas dobradiças foram quebradas), tornando-se assim inúteis (BAUMAN, 2017, p. 37).

Sem analisar o contexto histórico político do passado de seus governantes, qualquer país viverá as margens de um destino totalitário e incerto. Sendo que muitas vezes, conforme é o caso brasileiro, no desespero e na busca rápida por uma gestão diferenciada fomentada por eleitores despreparados, elegem-se líderes sem qualquer percepção de gestão governamental. Na compreensão de Schopenhauer (2016, p. 19), estamos diante de uma população que busca por respostas rápidas, sem aprofundamento, ou seja, “desponta no mundo uma nova geração, pessoas que não sabem de nada e agora devoram os resultados

do saber humano acumulado durante milênios, de todo sumário e apressado, depois querem ser mais espertas do que todo o passado”.

O país neoliberal presente no governo brasileiro, não inaugura a necropolítica no Brasil. No entanto, “eleva tal modo de gestão do Estado a níveis nunca vistos desde 1988, contribuindo assim para a constituição de um ambiente mais hostil” para moradores de periferias e todos os grupos de minorias políticas (MIRANDA, 2021, p. 73).

Sob essa ótica, o Brasil apresenta uma vulnerabilidade social superior se comparado aos países desenvolvidos, e conforme explica Scherer e Kelner (2021, p. 70) a falta de informações ou a “desinformação induzida”, aumenta ainda mais a exposição de comunidades e indivíduos ao risco de infecção. Outro aspecto relevante, também abordado por Scherer e Kelner (2021, p. 70-71), diz respeito a um terceiro cenário conceitual que se refere:

[...] ao papel do Direito como um sistema social capaz de aglutinar e estimular os diversos ramos do conhecimento a apresentarem respostas à catástrofe da Covid-19 cujo horizonte de sentido seja o de reduzir as vulnerabilidades, o que, necessariamente deve ser operacionalizado: i) por planejamento e adaptação na gestão da catástrofe, por meio de normas internacionais coordenativas; ii) pela existência de instituições resilientes; iii) por produção legislativa interna coesa; e iv) por decisões judiciais de contextualização da catástrofe e de responsabilização de pessoas ou grupos por ações ou omissões que contribuíram para os resultados de agravamento das vulnerabilidades e do cenário catastrófico.

O avanço do projeto econômico neoliberal “cerceia as condições de desenvolvimento da população brasileira, precariza as condições de trabalho e limita a garantia de direitos”, e tudo isso associado a um perfil de governo que tem como foco o capital de giro e a indiferença com anos de conquistas de direitos fundamentais (MIRANDA, 2021, p. 74).

Nesta perspectiva, o Brasil conta atualmente mais de 600 mil óbitos ocasionados pelo Covid-19 e registradas mais de 29 milhões de pessoas

contaminadas desde o ano de 2020 (CORONAVIRUS BRASIL, 2022)<sup>4</sup>. Para Miranda (2021, p.74), o estilo do governo Jair Messias Bolsonaro é entusiasta em necropolítica, e tal posicionamento pode ser observado em seu negacionismo frente a pandemia, revelado em declarações públicas tais como, “covid-19 é uma gripezinha”, ou ainda, “a gente lamenta todas as mortes, mas é o destino de todo mundo”, ainda, “se tomar vacina e virar jacaré, eu não tenho nada a ver com isso”, na sequência “o cara que entra na pilha da vacina é um idiota”.

Muitas das manifestações presidenciais contrárias à vacinação fomentam incredulidade e desinformação sobre a ciência e a saúde pública brasileira. Segundo Miranda (2021, p. 77) “se o Brasil fosse um espetáculo teatral, Bolsonaro seria um ator atrapalhado, as circunstâncias históricas seriam o palco e a burguesia seria o diretor”. Ademais, em que pese o Brasil ter iniciado o processo de vacinação contra a Covid-19 a um pouco mais de um ano, segundo pesquisa desenvolvida pela Fiocruz (BEZERRA, 2021), a campanha de vacinação vem sendo marcada por desigualdades sociais:

[...] na primeira dose, o grupo de municípios com IDH muito alto apresentava, no último dado disponível, percentual de imunização de cerca de 80%, enquanto no grupo de municípios com IDH baixo, esse percentual é de 60%. Na segunda dose, o grupo de municípios com IDH muito alto apresenta cerca de 70% da população com esquema vacinal completo, enquanto no grupo de municípios com IDH baixo, é cerca de 50%. Em relação à terceira dose, o grupo de municípios com IDH muito alto apresenta cerca de 10% da população imunizada; no grupo de municípios com IDH baixo esse percentual é de somente 2,5%” (BEZERRA, 2021, n.p).

A referida pesquisa aponta que as regiões Sul e Sudeste revelam elevado percentual da população já imunizada, enquanto regiões com maiores desigualdades sociais como as áreas da região Norte, Nordeste e Centro-Oeste ainda apresentam baixa imunização para Covid-19. Tais números integram o quadro da desigualdade presente em todo território nacional. Regiões mais

<sup>4</sup> Considerando os dados obtidos até o fechamento do artigo.

desenvolvidas possuem maior condição econômica e estão menos expostas a situações de vulnerabilidade, enquanto outras regiões estão em situação de grande risco social. Os ensinamentos de Bauman (2017, p. 14) se enquadram perfeitamente na atual realidade, ou seja, “a humanidade está em crise e não existe outra saída para ela senão a solidariedade dos seres humanos”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos elementos teóricos aqui apresentados, em relação ao conceito e origem do Constitucionalismo, observou-se que os autores colecionados listam para o mesmo tema as expressões Novo Constitucionalismo, Constitucionalismo Contemporâneo ou Moderno e Neoconstitucionalismo, sendo que a expressão com mais adeptos no Brasil é Constitucionalismo Contemporâneo, defendida tanto por Lenio Streck quanto por Marcelo Neves. Importante frisar que a expressão Neoconstitucionalismo sofreu fortes críticas, sendo que, na visão de Streck, ela não respeita toda a trajetória histórica de constitucionalidade.

O Constitucionalismo revela importância nas questões que integram a vulnerabilidade social, o sistema de saúde pública e os direitos fundamentais. Nesta perspectiva cabe aos entes Estatais comandarem ações e políticas públicas de combate ao Covid-19. O Covid-19 além de ser uma doença infecciosa de fácil transmissão, revela também um alto grau de letalidade, principalmente quando associado a questões de desigualdade estrutural e vulnerabilidade social.

Embora esta pesquisa tenha trazido além de conceitos, uma breve evolução histórica do Constitucionalismo, aliado a uma reflexão acerca das ações de enfrentamento ao Covid-19 voltadas as pessoas em situação de vulnerabilidade, observou-se que medidas ou ações de enfrentamento ao Covid-19 foram comprometidas ante ao negacionismo do Governo Federal.

Assim, o quadro pandêmico da Covid-19 revela o quão necessária é a formulação e o aperfeiçoamento de políticas públicas que atuem de forma integrada e efetiva na erradicação de vulnerabilidades.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>. Acesso em: 24 abr. 2021. Não paginado.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BEZERRA, André. MonitoraCovid-19 avalia desigualdades no processo de vacinação. **Fiocruz**, 22 dez. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/monitoracovid-19-avalia-desigualdades-no-processo-de-vacinacao>. Acesso em: 19 jan. 2022. Não paginado.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário político**. 11. ed. Brasília: Unb, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. É preciso rever o neoconstitucionalismo pois defendê-lo seria uma contradição. **Conjur**, 13 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com>.

br/2014-jul-13/ruy-espindola-preciso-rever-neoconstitucionalismo- pois-defende-lo-seria-contradicao. Acesso em: 9 out. 2022. Não paginado.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

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

LEITE, Gisele. Constitucionalismo e sua história. **Âmbito Jurídico**, 1 nov. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/constitucionalismo-e-sua-historia>. Acesso em: 24 abr. 2021.

LIMA NETO, Alexandre Moura; AGUIAR, Alessandra Anchieta Moreira Lima de; CAVALCANTI NETO, Haroldo Corrêa. A ineficácia de políticas públicas voltadas para os povos indígenas durante a pandemia da COVID-19. In: MORAES, Thiago Perez Bernardes de (org.). **Covid-19 no Brasil e no mundo: impactos políticos, sociais e econômicos**. Curitiba: Bagai, 2021. p. 83-97. Disponível em: <https://editorabagai.com.br/product/covid-19-no-brasil-e-no-mundo-impactos-politicos-sociais-e-economicos/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus Brasil**. Óbitos por Covid-19: painel de controle. 2022. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 30 maio. 2022.

MIRANDA, Gabriel. **Necrocapitalismo**: ensaio sobre como nos matam. São Paulo: LavraPalavra, 2021.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08>. Acesso em: 25 abr. 2021.

PINHEIRO, Regina. STF reconhece competência de estados e municípios em regras de isolamento. **Rádio Senado**, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/04/16/stf-reconhece-competencia-concorrente-de-estados-df-municipios-e-uniao-no-combate-a-covid-19>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PIRES, Roberto Rocha Coelho. Os efeitos sobre grupos sociais e territórios vulnerabilizados das medidas de enfrentamento à crise sanitária da COVID-19: propostas para o aperfeiçoamento da ação pública. **Nota Técnica 33. IPEA**, abr. 2020. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9839/1/NT\\_33\\_Diest\\_Os%20Efeitos%20Sobre%20Grupos%20Sociais%20e%20Territ%3b3rios%20Vulnerabilizados.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9839/1/NT_33_Diest_Os%20Efeitos%20Sobre%20Grupos%20Sociais%20e%20Territ%3b3rios%20Vulnerabilizados.pdf). Acesso em: 10 jan. 2021.

SCHERER, Kátia Ragnini; KELNER, Lenice. A natureza jurídica da sindemia da Covid-19: um olhar sobre a vulnerabilidade dos encarcerados a partir dos direitos fundamentais. In: DIAS, Feliciano Alcides, LIXA, Ivone Fernandes Morcilo, MELEU, Marcelino (org.). **Constitucionalismo democracia e direitos fundamentais**. Blumenau: LAWeducare, 2021.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução Pedro Sússekind. Porto Alegre: L&PM, 2016.

SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. **A evolução do constitucionalismo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31038/a-evolucao-do-constitucionalismo>. Jus, ago, 2014. Acesso em: 24 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet**, n. 1, 2009. Disponível em: [http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 24 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



# A CONTRIBUIÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA LATINO-AMERICANO

## *THE CONTRIBUTION OF LEGAL PLURALISM TO THE LATIN AMERICAN JUSTICE SYSTEM*

Aleteia Hummes Thaines<sup>1</sup>

Marcelino da Silva Meleu<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho discute a contribuição do pluralismo jurídico para o sistema de justiça latino-americano. Para a discussão, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: É possível realizar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, a partir da participação dos povos indígenas e tradicionais? Tem por objetivo geral, discutir a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, a partir do reconhecimento dos povos indígenas e tradicionais. E, por objetivos específicos: a) estudar a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, o que tange a questão indígena e o pluralismo jurídico, e; b) analisar o novo sistema de justiça boliviano e a implementação do Tribunal Indígena a partir da Constituição de 2009. O aprofundamento teórico pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, apoiando-se no método dedutivo. Como resultado, se observou que o pluralismo jurídico assegurou uma reconfiguração do sistema de justiça latino-americano, reconhecendo os direitos dos povos tradicionais como forma de efetivação dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo latino-americano; Pluralismo jurídico; Sistema de justiça; Tribunal indígena; Convenção n. 169 da OIT.

<sup>1</sup> Doutora em Direito com estágio Pós-doutoral em Direito. Faculdades Integradas de Taquara/RS (FACCAT). Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da FACCAT. Vinculada a linha de pesquisa: Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional, do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, da Faccat. Endereço eletrônico: aleteiathaines@faccat.br.

<sup>2</sup> Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Unisinos. Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da FURB. Coordenador adjunto do Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Líder do grupo de pesquisa CNPq “Direitos fundamentais; Cidadania & Justiça”. E-mail: mmeleu@furb.br.

**Abstract:** *The paper discusses the contribution of legal pluralism to the Latin American justice system. For the discussion, the following research problem was formulated: Is it possible to carry out a reconfiguration of the Latin American legal system, based on the participation of indigenous and traditional peoples? Its general objective is to discuss the reconfiguration of Latin American legal culture, based on the recognition of indigenous and traditional peoples. And, for specific objectives: a) to study the reconfiguration of the Latin American legal system, which concerns the indigenous issue and legal pluralism, and; b) analyze the new Bolivian justice system and the implementation of the Indigenous Court as of the 2009 Constitution. The theoretical deepening is based on bibliographic research, embodied in the readings of several works, based on the deductive method. As a result, it was observed that legal pluralism ensured a reconfiguration of the Latin American justice system, recognizing the rights of traditional peoples as a way of enforcing Human Rights.*

**Keywords:** *Latin American Constitutionalism; Legal pluralism; Justice system; Indigenous court; Convention no. 169 of the ILO.*

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade analisar a recepção do pluralismo jurídico, demonstrando a existência de uma reconfiguração do sistema jurídico na América Latina, especialmente, no que tange à participação dos povos indígenas partindo de uma análise do sistema jurídico boliviano. No intuito de se verificar uma resposta ao tema proposto, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: É possível realizar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, a partir da participação dos povos indígenas e tradicionais? Nesse sentido, a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, especialmente a partir da implementação do Tribunal Indígena, uma vez que a sociedade latino-americana faz surgir um Novo Constitucionalismo Latino-Americano<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> “A trajetória de [re]apropriação histórico-cultural das populações indígenas na América Latina provocou uma onda de constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais orientadas agora por uma leitura moral do Direito, voltada para o reconhecimento do outro, acomodando a diversidade étnico-racial e a pluralidade de culturas no discurso do multiculturalismo. *In.*: NASCIMENTO, Sandra. **Constituição, Estado Plurinacional e Autodeterminação Étnico-Indígena**: um giro ao constitucionalismo latino-americano. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c5a93a042235058>. Acesso em: 04 out. 2018.

colocando em xeque diversos conceitos das teorias clássicas. Esse movimento apresenta em comum, a introdução, naquelas sociedades, do conceito de diversidade cultural e reconhecimento de direitos indígenas específicos, incorporando um largo catálogo de direitos indígenas, afro e de outros coletivos, em especial como reflexo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>4</sup>, no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Tal cenário propõe a “refundação do Estado”, com reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos e discutindo o fim do colonialismo. Nesse sentido, a Bolívia representa um marco no novo constitucionalismo na América Latina, especialmente por implementar em sua estrutura normativa um Tribunal Indígena. Esse estudo se justifica pela necessidade de implementação de ações sociais dirigidas às comunidades indígenas, de modo a responder juridicamente os anseios desta parcela da sociedade comumente esquecida pelos sistemas políticos e jurídicos, o que leva à diversas disputas, principalmente no que tange ao seu direito de autodeterminação e autonomia. Além disso, este trabalho tem por objetivo geral, discutir a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, a partir do reconhecimento dos povos indígenas. E, por objetivos específicos: a) estudar a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, o que tange a questão indígena e o pluralismo jurídico, e; b) analisar o novo sistema de justiça boliviano e a implementação do Tribunal Indígena a partir da Constituição de 2009. O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras,

<sup>4</sup> “A Convenção n° 169, sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989, revê a Convenção n° 107. Ela constitui o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. A Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se, também, a povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da população nacional.” *In.*: Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT - Organização Internacional do Trabalho**. Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf). Acesso em: 05 out. 2018.

apoiando-se em um método dedutivo. Este trabalho está estruturado em duas partes: na primeira parte será discutida a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, abordando a questão indígena e sua abertura para o pluralismo jurídico e, num segundo momento, se analisará o novo sistema jurídico boliviano a partir da implementação do Tribunal Indígena.

## 1 A RECONFIGURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO E A SUA ABERTURA PARA UM PLURALISMO JURÍDICO

A sociedade, em especial, a latino-americana, está reorganizando seus fundamentos, sob o influxo da Declaração das Nações Unidas e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), visando reconhecer, por meio de textos constitucionais, um protagonismo indígena, discutindo sua autonomia, pautado numa concepção pluralista. Por esse motivo, faz-se necessário uma sucinta abordagem do que consiste na ideia de pluralismo jurídico.

Como já mencionado, Antonio Carlos Wolkmer propõe a superação do monismo jurídico por meio da recepção de um pluralismo jurídico comunitário-participativo<sup>5</sup>. As concepções pluralistas questionam as instituições estatais, pois entendem que estas são incapazes de dar respostas os novos anseios sociais e a resolver os conflitos de massa, considerando o monismo como verdadeiro obstáculo para a efetivação dos direitos humanos<sup>6</sup>.

Por esse motivo, “o pluralismo comunitário constitui um modelo normativo [...] que concebe determinadas condições básicas e ideais para o desenvolvimento de uma nova cultura no direito, plural e participativa.”<sup>7</sup>

<sup>5</sup> CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In.: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid; p. 29.

Essa nova concepção ganha relevância, a partir do momento em que devolve o poder de ação à comunidade, visando efetivar os direitos das minorias, pautada na interpretação plural de fontes<sup>8</sup>.

Wolkmer também entende o pluralismo jurídico numa perspectiva de alteridade e de práticas sociais participativas, constituindo um locus privilegiado para a compreensão de elementos multiculturais, ou seja, no intuito de “conceber uma pluralidade de culturas na sociedade, de estimular a participação de grupos culturais minoritários e de comunidades étnicas que se aproxima da temática do ‘multiculturalismo’”.<sup>9</sup>

No âmbito jurídico, essa pluralidade retrata

[...] a coexistência de normatividade diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como intento práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado.<sup>10</sup>

Ou seja, o reconhecimento do pluralismo jurídico-ético passa pelo reconhecimento das minorias e dos povos indígenas originários como atores essenciais da integração do desenvolvimento e da consolidação da democracia e da defesa dos direitos fundamentais.<sup>11</sup> Tal afirmação reflete a realidade de alguns países da América Latina, onde a demanda por estabelecer autonomias territoriais indígenas, constitui, hoje em dia, uma substantiva relação entre os povos indígenas e os Estados. Atualmente, cerca de seis países incluíram, em suas respectivas Constituições, alguma forma de autonomia territorial

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid; p. 41.

<sup>10</sup> Ibid; p. 222.

<sup>11</sup> DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. **A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009**. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

indígena ou multiétnica: Panamá (1972), Nicarágua (1987), Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009).<sup>12</sup>

Os regimes autônomos na América Latina não são regras, mas sim exceções. Apesar do Direito Internacional estabelecer e garantir que os povos indígenas tenham uma autonomia, especialmente a territorial, muitos Estados ainda consideram isso uma ameaça aos princípios da integridade e da soberania, e por via de consequência, à norma jurídica e ao monismo.<sup>13</sup>

Esses regimes autônomos se caracterizam pela inclusão, na organização estatal, de entidades indígenas, inserindo, assim, mecanismos normativos que reconheçam, constitucionalmente, a autonomia dessas entidades. No caso em que existem autonomias territoriais e regimes autônomos constituídos e funcionando pode-se destacar algumas características comuns. Dentre esses elementos comuns, pode-se enfatizar: a transferência de níveis variados de capacidade na tomada de decisão e competências administrativas pelos indígenas; criação de estruturas políticas que funcionam dentro de uma jurisdição legalmente reconhecida, e, principalmente a delimitação de um território onde se exercem direitos coletivos sobre a terra e os recursos naturais.<sup>14</sup>

Nesse contexto, observa-se que os regimes autônomos formalmente reconhecidos nas Constituições Políticas, como é o caso da Bolívia, com o Tribunal Indígena, e do Equador, são a expressão de novas formas de articulação entre as autonomias como regime de governo e o paradigma do Estado Plurinacional<sup>15</sup>, sendo que estes mecanismos protegem e garantem o direito à autonomia e a autodeterminação dos povos indígenas. Direitos esses

<sup>12</sup> GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonómicos (desde El Estado) em América Latina. In: GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. **La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina**. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social – CIESAS: Universidad Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010.

<sup>13</sup> Ibid; p. 37

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid; p. 58.

que vão de encontro ao que disciplina a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas.

Esse cenário “[...] de complexidade não nos impossibilita de admitir que o principal núcleo para qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito”<sup>16</sup>. Tal postura minimiza ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, como aquela oriunda da própria comunidade. “Além de não se revestir da única ordenação jurídica existente, o Estado convive com outras ordenações, ora em relação de coexistência social, ora em relação de luta”<sup>17</sup>, que não obstaculiza a sua juridicidade.<sup>18</sup>

Tais fatos, evidenciam a incapacidade dos atuais sistemas jurídicos de relacionar a pragmática jurídica e a teoria jurídica, apresentando espaços em branco entre a dogmática jurídica e sua incidência social. Por esse motivo, como já tratado, faz-se necessária uma releitura do Direito, especialmente em uma sociedade multicultural, onde há uma maior incidência de complexidades. Exemplo disso, foi vivenciado pela Bolívia onde ocorreu uma reestruturação no ordenamento jurídico, por meio de uma nova Constituição, reconhecendo assim, o protagonismo indígena, através da criação de um Tribunal Indígena, a fim de considerar suas raízes e suas crenças. Tal situação, estaria revelando que conceitos e estruturas tradicionais merecem uma nova análise com vistas a efetivar o Estado Democrático de Direito que prima pela dignidade

<sup>16</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 168.

<sup>17</sup> *Ibid*; p. 173.

<sup>18</sup> Para Wolkmer, “a crise e o exaurimento das estruturas centralizadoras do Estado moderno favorecem o desenvolvimento de limitações a este poder”, com “a reordenação do espaço público comunitário participativo e a consolidação hegemônica do poder de autorregulação dos sujeitos sociais possibilita a retomada, o alargamento e a difusão de procedimentos de intervenção popular direta na Justiça penal, na Justiça civil e na Justiça do trabalho”. In.: *Ibid*; p. 278-279.

da pessoa humana e, assim, efetivando o Direito das minorias, em especial o Direito Indígena.

## 2 O SISTEMA DE JUSTIÇA BOLIVIANO COMO MODELO PARA A RECONFIGURAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA LATINO-AMERICANO

A Convenção Internacional mais importante que vem a garantir e reconhecer os direitos dos povos indígenas e tribais respeitando a diversidade étnica e cultural é a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho.<sup>19</sup> Essa Convenção objetiva garantir aos povos indígenas, o direito à terra e ao território; o direito à autodeterminação e a autorregulação, bem como, o direito à saúde e educação com o reconhecimento de sua língua e a proteção do Estado. Há décadas a Bolívia tinha como projeto integrar os indígenas à sociedade nacional, contudo, inúmeros problemas surgiram e várias dessas políticas indigenistas foram frustradas.<sup>20</sup>

Por esse motivo, para se pensar num pluralismo étnico-jurídico, tem-se que superar alguns desafios, um deles é realizar uma releitura da teoria jurídica moderna, a fim de rediscutir conceitos dogmáticos, tais como: princípio da soberania do Estado, conceito de nação<sup>21</sup>, bem como, conceito de Direito.

A promulgação da Constituição Boliviana se deu, após intenso e extenso processo constituinte, a qual teve a participação de diversos setores políticos e sociais, incluindo representantes de 16 nacionalidades indígenas, que contrapôs governo e oposição, o que resultou na ratificação de um novo Texto Constitucional, o qual foi aprovado em referendo popular no mês de janeiro de 2009.

<sup>19</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT - Organização Internacional do Trabalho.** Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: < [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2018.

<sup>20</sup> DAN, Vivian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos; op. cit.

<sup>21</sup> Ibid.

A referida Constituição é a mais avançada em termos de incorporação da temática indígena, sendo considerada uma inovação no que tange as novas figuras de autonomia dos povos indígenas. O artigo 2º do referido ordenamento disciplina que, em virtude da existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários campestres e sua dominação ancestral sobre seus territórios, é garantido a eles a livre determinação que consiste em seu direito a autonomia, ao autogoverno, a sua cultura e ao reconhecimento de suas instituições e a consolidação de sua identidade territorial.

A Carta Magna Boliviana de 2009 se apresenta como um marco ao Constitucionalismo latino-americano e, desde seu preâmbulo<sup>22</sup> deixa clara a ruptura com a forma de Estado vigente até então, seja colonial, republicano ou neoliberal e funda um Direito plurinacional, uma vez que constitucionaliza o pluralismo étnico e cultural, “assim como sua aplicabilidade no sentido de promover o desenvolvimento econômico e social reestabelecendo a nível jurídico o vínculo entre a mãe terra/natureza com as comunidades humanas”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Preâmbulo da Constituição da Bolívia de 2009. Em tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia. **BOLÍVIA. Constituição da Bolívia de 2009**. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf). Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>23</sup> DAN, Vivian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos; op. cit.

Nesse viés, “o Estado Plurinacional seria a síntese maior de cada identidade que o compõe fundado na pluralidade cultural, jurídica e política”<sup>24</sup>, pois “[...] a Bolívia, ao reconhecer-se enquanto Estado pluriétnico e multicultural pôs fim a ficção de Estado enquanto uma única nação”<sup>25</sup>.

Além disso, esse novo ordenamento proporcionou uma radicalização democrática da própria estrutura da justiça constitucional, com a previsão de eleições diretas por voto popular para os seus membros, os quais terão um mandato e não serão vitalícios. O Tribunal também, passaria a ser plurinacional, pois teria membros eleitos pelo sistema eleitoral ordinário e pelo sistema indígena, uma vez que, o novo Texto Constitucional considera que a soberania se encontra no povo boliviano e se exerce de forma direta e delegada, emanando dela as funções e atribuições dos órgãos do poder público. Tal soberania entende ser inalienável e imprescritível<sup>26</sup>.

Esse novo contexto prevê, o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, que se pretende consolidar por meio da inserção de uma educação democrática, participativa, comunitária e descolonizadora (art. 78, I), entre outras, sendo intercultural e intracultural em todo o sistema educativo (art. 78, II; 91, II, em relação ao Ensino Superior), fomentando o diálogo intercultural, a igualdade de gênero, a não violência e a vigência de Direitos Humanos (art. 79). A erradicação do analfabetismo deve respeitar a realidade cultural e linguística da população (art. 84), e é garantida a liberdade de fé, de consciência, de ensino da religião, “assim como a espiritualidade das nações e povos indígenas campesino originários.” (art. 86). Os saberes, conhecimentos, valores, espiritualidades e cosmovisões tradicionais são reconhecidos como patrimônio nacional (art. 98, II e 100, I), inclusive com registro de propriedade intelectual (art. 100. II c/c 99, II).<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Como se observa do art. 7º da Constituição Boliviana. BOLÍVIA; op. cit.

<sup>27</sup> Artigos da Constituição boliviana. BOLÍVIA; op.cit.

A nova Constituição boliviana representa um novo “pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas”<sup>28</sup> e, que se propõe a um pluralismo, o qual, para de fato se caracterizar, deve englobar “fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no direito”.<sup>29</sup>

E, nesse contexto, a Carta da Bolívia, ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propõe a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

### **2.1 AS PECULIARIDADES DO TRIBUNAL INDÍGENA**

O novo Texto Constitucional da Bolívia reconhece direitos às nações e povos indígenas originários e campesinos, considerando tal parcela como toda a coletividade humana que compartilha identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, e, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola (art. 30, I) ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propondo a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

Os inseridos nesta condição gozam de direitos como: a livre existência; o reconhecimento de sua identidade cultural, religiosa e espiritual, práticas e costumes; a livre determinação e a territorialidade; a proteção do Estado no que tange as suas instituições; a criação e administração de sistemas, meios e redes de comunicação próprios; a garantia de que seus saberes e

<sup>28</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (org.) **Constitucionalismo latinoamericano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19.

<sup>29</sup> *Ibid*; p. 21.

conhecimentos tradicionais, sua medicina tradicional, seu idioma, seus rituais, seus símbolos e vestimentas serão valorizados, respeitados e promovidos; direito de viver em um meio ambiente sadio, com manejo e aproveitamento adequado do ecossistema; direito à propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciências e conhecimentos, assim como a sua valorização, uso, promoção e desenvolvimento; direito a uma educação intracultural, intercultural e plural em todo o sistema educativo; direito a um sistema de saúde universal e gratuito que respeite suas práticas tradicionais; direito ao exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com seus costumes; direito a ser consultados mediante procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições, cada vez que se preveem medidas legislativas ou administrativas que afetem seu povo; respeito e garantia do direito a uma consulta prévia obrigatória, realizada pelo Estado, centrada na boa-fé e no respeito a exploração dos recursos naturais não renováveis no território que habitam; direito a participação e aos benefícios da exploração dos recursos naturais de seus territórios; direito à gestão autônoma do uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis existente em seu território, sem prejuízo aos direitos legitimamente adquiridos por terceiros; e, direito a participação nos órgãos e instituições do Estado (art. 30,II).

Diante deste rol de direitos, se observa que as instituições indígenas passam a integrar a estrutura estatal (art. 30, II, 5), e tais sujeitos passam a exercitar seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão (art. 30, II, 14), com plena participação nos órgãos e instituições daquele Estado. A participação cidadã em um sistema de justiça que prima pela independência, imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, probidade, celeridade, gratuidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, equidade, com harmonia e respeito aos direitos (art. 178). Sendo que naquele contexto, o sistema de justiça é composto por uma jurisdição agroambiental, por uma jurisdição indígena originária campesina, além de uma jurisdição ordinária (art. 179, I), sem que haja influência de uma sobre a outra, uma vez que, todas

gozam de igualdade de hierarquia (art. 179, II), e estão sujeitas apenas ao Tribunal Constitucional Plurinacional.

Assim, as nações e povos indígenas possuem a legitimidade para exercerem funções jurisdicionais que lhes competem, por meio de suas autoridades, com liberdade para aplicarem seus princípios, valores culturais, através de normas e procedimentos próprios (art. 190, I). Tal sistema de justiça deve primar pelo direito à vida, entre outras garantias previstas no texto boliviano, mas, sem dúvida, marca um novo contexto para se repensar o modelo de jurisdição vigente na América Latina.

Importa ainda destacar naquele modelo, que toda a autoridade pública, deve respeitar as decisões oriundas da jurisdição indígena (art. 192, I), sem interferência, a não ser quando seu apoio for solicitado por aquele órgão independente, para fins de viabilizar o cumprimento de suas decisões (art. 192, II), sendo que a jurisdição indígena originária e campesina é exercida no âmbito de vigência pessoal, material e territorial.

A novidade nesse modelo reside, portanto, no fato de sua gestação estar vinculada a uma reordenação do espaço público participativo, através do surgimento de novos sujeitos de direito, “em substituição ao sujeito individual abstrato liberal”<sup>30</sup>, de modo a evidenciar uma ressignificação na jurisdição, através da participação das comunidades. Nesse contexto, o desafio proposto pelo modelo boliviano, entre outros, consiste em se repensar, em termos de América Latina, “um projeto social e político contra-hegemônico, apto a redefinir os procedimentos clássicos entre os poderes estatal e societário”<sup>31</sup>, especialmente, no que concerne “as formas tradicionais de normatividade e as manifestações plurais não formais de jurisdição”<sup>32</sup>, de modo a promover

<sup>30</sup> PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (org.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 147.

<sup>31</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; op.cit.; p. 37.

<sup>32</sup> Id.

o respeito as diversas culturas existentes nas sociedades que compõe este continente, o que provoca e justifica um repensar do modelo brasileiro, que se constitui como o maior da América Latina, não só em extensão territorial, como em diversidade cultural.

No Brasil, guardadas as devidas proporções, a questão indígena ainda não foi bem tratada, como demonstram os diversos conflitos que ora se apresentam, conflitos esses que dizem respeito, especialmente, a disputa de terras. Aliás, esses conflitos, em nosso país, provocaram o surgimento de uma ação específica voltada ao etnodesenvolvimento<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Em 24 maio 2011 foi “lançado no Centro Makunaim, na Terra Indígena São Marcos em Pacaraima (RR), o primeiro Plano Territorial de Etnodesenvolvimento Indígena (Ptei) do Brasil. O Território da Cidadania Terra Indígena Raposa Serra do Sol e São Marcos abrange os municípios de Normandia, Pacaraima, Uiramutã e parte de Boa Vista, onde estão demarcadas duas terras indígenas: São Marcos e Raposa Serra do Sol. O Ptei começou a ser desenvolvido em junho de 2009 pelo Colegiado Territorial do Território da Cidadania Raposa Serra do Sol e São Marcos. O plano tem como objetivo promover o desenvolvimento econômico sustentável da região, a universalização do acesso a políticas públicas de cidadania e o crédito produtivo, priorizando a participação social e a integração das diversas esferas dos governos. A elaboração do plano, estruturado em três partes – histórico e contexto geral dos indígenas, diagnóstico territorial e plano territorial - começou após a região ser inserida no Programa Territórios da Cidadania, iniciativa desenvolvida pelo governo federal em parceria com estados, municípios e sociedade civil. A delegada do Ministério do Desenvolvimento Agrário em Roraima, Célia Souza, destaca que o plano reafirma a identidade, a autonomia e o protagonismo dos povos indígenas da região. “O documento respeita a cultura, a língua e a forma de viver dos índios. O plano foi produzido por eles, para seu território, e isso reflete a postura do governo federal, de não impor uma política pública, mas construir coletivamente”, destaca. Participaram da construção do Ptei o Conselho Indígena de Roraima (CIR), o Conselho do Povo Ingariko (Coping), a Associação dos Povos Indígenas do Estado de Roraima (Apirr), a Aliança de Integração e Desenvolvimento das Comunidades Indígenas de Roraima (Alidicir), a Organização das Mulheres Indígenas de Roraima (Omirr), a Organização dos Professores Indígenas de Roraima (Opirr), a Associação dos Povos Indígenas da Terra São Marcos (APITSM), a Sociedade de Defesa dos Índios Unidos de Roraima (Sodiur), a Sociedade para Desenvolvimento Comunitário e Qualidade Ambiental dos Taurepang, Wapichana e Macuxi (TWM), as prefeituras municipais de Normandia, Pacaraima, Uiramutã, o governo de Roraima, instituições federais como Funai, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Pesca e Aquicultura, Universidade Federal de Roraima, Embrapa, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entre outros.” BRASIL. Cidadania e Justiça. Território da Cidadania lança primeiro plano de etnodesenvolvimento indígena do Brasil. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/05/territorio-da-cidadania-lanca-primeiro-plano-de-etnodesenvolvimento-indigena-do-brasil>. Acesso em: 10 out. 2018. Sobre um desenvolvimento voltado ao respeito étnico consultar: MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Etnopoiese: o acesso à justiça por meio da efetivação do etnodesenvolvimento nas sociedades multiculturais. In: CONPEDI/UNICURITIBA. (org.). 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República (Acesso à Justiça I). 1ed.Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2013, v., p. 30-52.

A preocupação com a identidade cultural, portanto, ganha relevo, e, nesse contexto, convém destacar que a cultura pode ser observada por meio de diversas perspectivas. Particularmente, no caso brasileiro, o conflito que motivou a implementação do programa de etnodesenvolvimento, reside nos diferentes pontos de vista que possuem, de um lado os indígenas, de outro os agricultores não índios (fazendeiros, pequenos agricultores etc.). Mas, como se extrai dos diversos modelos analisados, o conflito reside em uma diferença de pontos de vista, e, assim, a cultura para os fins de tratamento de conflitos, que é o ponto que se analisa na presente, deve ser considerada como uma observação escolhida dentre outras possibilidades. Isso permite que, a partir da distinção cultural, se estimule formas de observação reflexivas que indicam a ideia de que o ponto de comparação é, ele próprio, contingente, porque há sempre a opção de escolher outros pontos de vista, uma vez que comparações culturais estimulam a reflexão e a reflexão da reflexão.

Transitar por outras culturas e ao mesmo tempo manter a sua, como um modo de relacionamento, significa a outorga de liberdade e reconhecimento aos indivíduos. Nessa linha, a Bolívia, ao garantir constitucionalmente a identidade cultural das comunidades indígenas, e, ao mesmo tempo que seus membros possam requerer que tal identidade se registre junto com sua cidadania boliviana nos documentos pessoais, tais como carteira de identidade; passaporte, etc. (art. 30, I, 2 e 3), abre o diálogo com vistas a identificar os requisitos para a implementação de uma efetiva reconfiguração na sua cultura jurídica e a manutenção de um Estado Plurinacional.

Esse novo olhar deve passar pelo diálogo entre outras fontes do Direito, uma vez que na atual conjuntura, não se admite mais o Estado como único produtor do Direito ou a norma jurídica como soberana das fontes do Direito, passando a substituir o monismo jurídico pelo pluralismo jurídico. A efetivação dos direitos dos povos indígenas proposto na Convenção n. 169 da OIT, acarretará num diálogo constante entre o direito interno e o direito

internacional, e, nesse sentido, haverá a necessidade de uma redefinição do suporte fático, a fim de consagrar o pluralismo jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar, de forma sucinta, o debate a respeito do pluralismo jurídico, trazendo à tona as transformações evidenciadas na América Latina, voltando os olhos para um novo paradigma emergente.

Nesse contexto, procurou-se demonstrar a relevância da reconfiguração da cultura jurídica ocorrida em alguns países latino-americanos, onde os direitos dos povos indígenas ganham destaque, sendo que o Estado passa a assumir um compromisso com a garantia da autonomia e da autodeterminação desses povos. Tal movimento é evidenciado por alguns doutrinadores, como Novo Constitucionalismo Latino-Americano que reconhece e efetiva a diferença como fontes essenciais para a produção do Direito, como ocorre com o Tribunal Indígena da Bolívia.

A reconfiguração observada na Bolívia, após a promulgação da Constituição de 2009, evidencia uma ruptura com a forma de Estado vigente até aquele momento e a preocupação com o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, onde os direitos dos povos indígenas são respeitados. Assim, tal compromisso deve permear a atuação desta Sociedade, seja pelo seu ente político, o Estado, seja pelos órgãos deste, ou pelas instituições.

Na reestruturação da cultura jurídica, os sujeitos envolvidos e as comunidades, especialmente as indígenas, ganham espaço para “dizerem o seu direito”, fato esse que ocorreu com a implementação do Tribunal Indígena na Bolívia, sendo que essa justiça indígena boliviana se sujeita apenas ao Tribunal Constitucional Boliviano. Tal prerrogativa esta inserta no texto

constitucional da Bolívia que dentre outros dispõe em seu art. 289<sup>34</sup> que a autonomia indígena consiste em um autogoverno como exercício da livre determinação das nações e dos povos indígenas de origem campestre, cuja população compartilhe território, cultura, história, línguas e organização ou instituições jurídicas, políticas, sociais e econômicas próprias.

A comunidade indígena boliviana ainda goza (art. 30, “16”) do exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão. Isso demonstra uma reestruturação do sistema jurídico-político e da forma de comunicação entre estas comunidades inseridas em seus contextos, com repercussões no próprio desenvolvimento daquelas sociedades.

A ideia de autonomia e autodeterminação está ligada à existência de condições necessárias para a capacidade autônoma de uma sociedade multicultural, que assim pode se manifestar, definindo e guiando seu desenvolvimento, ou seja, se tornem gestoras de seu próprio desenvolvimento, tanto no campo educacional e de formação técnica, quanto no campo político-administrativo à gestão de seus próprios territórios, e também no campo jurisdicional.

Nesse sentido, percebe-se o avanço do sistema boliviano, especialmente no que concerne ao Tribunal Indígena implementado a partir da Constituição da Bolívia de 2009, o qual rompe com uma tradição excludente e discriminatória em se tratando da questão indígena, e surge como um novo paradigma na América Latina, o qual pode subsidiar outros sistemas com vistas a uma reconfiguração da cultura jurídica.

Aliás, tal subsídio pode auxiliar no debate brasileiro, especialmente para fins de efetivação do Plano Territorial de Etnodesenvolvimento<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Art. 289 - La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias. BOLÍVIA; op.cit.

<sup>35</sup> A ideia de “etnodesenvolvimento” na América Latina é desenvolvida por Rodolfo Stavenhagen e Guillermo Bonfil Batalla. Aliás, estes autores consideram que esta ideia está ligada ao “exercício da capacidade social dos povos indígenas para construir seu futuro em consonância com suas

proposto neste cenário em 2011, o qual cria o Território da Cidadania Terra Indígena Raposa Serra do Sol e São Marcos e tem como objetivo promover o desenvolvimento econômico sustentável da região, a universalização do acesso a políticas públicas de cidadania e o crédito produtivo, priorizando a participação social e a integração das diversas esferas dos governos.

Nesse aspecto, o pluralismo jurídico vem respaldar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, em especial, na Bolívia, onde essa recepção se concretizou a partir da Constituição de 2009, reconhecendo e efetivando os direitos dos povos indígenas originários e campesinos, direitos esses já elencados na Convenção n. 169 da OIT. Tal reconhecimento somente foi possível, em virtude de um novo conceito para as Constituições, ou seja, não se admite mais as Constituições como simples pactos políticos, mas sim, instrumento para efetivação de Direitos Fundamentais, bem como, com um diálogo entre as fontes do Direito.

## REFERÊNCIAS

BATALLA, Guillermo Bonfil. Los pueblos indios, sus culturas y las políticas culturales. **Anuário Indigenista**, XLV: 1985.

BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia de 2009**. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf). Acesso em: 11 set. 2014.

BRASIL. Cidadania e Justiça. **Território da Cidadania lança primeiro plano de etnodesenvolvimento indígena do Brasil**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/05/territorio-da-cidadania-lanca-primeiro-plano-de-etnodesenvolvimento-indigena-do-brasil>. Acesso em: 10 out. 2018.

---

experiências históricas e com os recursos reais e potenciais de sua cultura, de acordo com projetos definidos segundo seus próprios valores e aspirações”. Assim, o etnodesenvolvimento pressupõe a existência de condições necessárias para a capacidade autônoma de uma sociedade culturalmente diferenciada, que assim pode se manifestar, definindo e guiando seu desenvolvimento. Nesse sentido consultar: BATALLA, Guillermo Bonfil. **Los pueblos indios, sus culturas y las políticas culturales**. Anuário Indigenista, XLV: 1985, p. 129-158.

CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In.*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. **A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009**. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonómicos (desde El Estado) em América Latina. *In.*: GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. **La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina**. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social – CIESAS: Universidad Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Etnopoiese: o acesso à justiça por meio da efetivação do etnodesenvolvimento nas sociedades multiculturais. *In.*: **CONPEDI/UNICURITIBA**. (org.). 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República (Acesso à Justiça I). 1ed. Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2013.

NASCIMENTO, Sandra. **Constituição, Estado Plurinacional e Autodeterminação Étnico-Indígena: um giro ao constitucionalismo latino-americano**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c5a93a042235058>. Acesso em: 04 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT - Organização Internacional do Trabalho**. Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf). Acesso em: 05 out. 2018.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. *In.*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (org.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (org.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na américa latina. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (org.) **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

# A PRESENÇA DA FRAGMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SENADO GALÁCTICO DA FRANQUIA STAR WARS<sup>1</sup>

## *THE PRESENCE OF CONSTITUTIONAL FRAGMENTATION IN THE GALACTIC SENATE OF FRANCHISE STAR WARS*

Pedro Ernesto Neubarth Fernandes<sup>2</sup>

Leonel Severo Rocha<sup>3</sup>

Rosele Joaquim Centeno<sup>4</sup>

Difícil ver. Sempre em movimento o futuro está. (STAR WARS)

**Resumo:** Na história de Star Wars, em que pese a República Galáctica tenha instituído um ordenamento jurídico universal, há planetas com leis próprias, direitos não-oficiais, em um exemplo claro de pluralismo jurídico. Na contemporaneidade, é possível constatar que, assim como no filme, os atuais modelos de direito não conseguem mais abranger a todos os problemas presentes na sociedade, motivo pelo qual se faz necessária uma matriz teórica capaz de analisar esse fenômeno. Diante disso, tem-se que a problemática do presente estudo está relacionada ao

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado pelos autores na Revista de Direito Brasileira, v. 30, n. 11, 2021.

<sup>2</sup> Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989), Revalidado como Doutor na área do Direito, pela UFSC, em 13/02/2003, conforme processo 23080.025472/2002-06 e Resolução n.01/CNE/2001 e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce - Itália. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo (2012-2018) do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), Professor Visitante da Furb, e Professor Visitante da Faculté de Droit da Universidade de Paris 1. E-mail: leonel@unisinobr.

<sup>3</sup> Possui mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2018), especialização em Gestão pela FGV (2021) e graduação em Direito pela Universidade Feevale (2015). Pesquisador nos projetos de pesquisa “Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina”, “AUTOORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile” e “Teoria do Direito e Evolução Social – UNISINOS”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. E-mail: pedroneubarth@gmail.com.

<sup>4</sup> Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Membro do grupo de pesquisa Teoria do Direito, sob coordenação do Professor Leonel Severo Rocha. Pesquisadora nas temáticas de Mediação de Conflitos e Teoria dos Sistemas Sociais. E-mail: ro-centeno@hotmail.com.

fato das Constituições não darem mais conta dos acontecimentos sociais, motivo que tornariam necessárias as suas Fragmentações, a fim de abarcar os diversos acontecimentos do mundo globalizado. Busca-se, portanto analisar de que forma o referencial teórico de Gunter Tubner e o Senado Galáctico, sistema esse presente na série de filmes Star Wars, em especial na segunda trilogia de George Lucas, podem ser associados. Nessa toada, tem-se que o cenário de Star Wars pode ser analisado como o exemplo perfeito de uma sociedade global, bem como analogamente o contexto dessa obra cinematográfica pode estar presente na realidade social atual. Por fim, tem-se que para a concretização deste estudo optou-se, pela realização de uma pesquisa com abordagem qualitativa, utilizando-se, ainda, como método de pesquisa o observativo-sistêmica.

**Palavras-chave:** Sociedade; Sistemas Autopoiéticos; Fragmentação; Direito Constitucional; Cinema.

**Abstract:** *In the Star Wars story, despite the Galactic Republic having instituted a universal legal order, there are planets with their own laws, direct non-official, a clear example of legal pluralism. In contemporaneity, it is possible to verify that, as well as not film, you are direct models and do not get more open to all the problems present in society, which is why a theoretical matrix capable of analyzing this phenomenon is necessary. On the other hand, I fear that the problem in the present study is related to the fact that the Constitutions do not have more than two social events, a reason that would make its Fragmentation necessary, in order to cover the various events of the globalized world. It seeks, therefore to analyze in what form or theoretical reference of Gunter Tubner and the Galactic Senate, system is present in the series of Star Wars films, especially in the second trilogy of George Lucas, we can be associated. The Star Wars scene can be analyzed as a perfect example of a global society, as analogously or the context of this cinematographic work can be present in the current social reality. Finally, I know that for the concretization of this study, it is possible to carry out a research with a qualitative approach, using it as a research or observational-systemic method.*

**Keywords:** *Society; Autopoietic Systems; Fragmentation; Constitutional Law; Cinema.*

## INTRODUÇÃO

Numa galáxia muito distante, o sistema jurídico era fragmentado como o proposto no aporte teórico de Gunther Teubner. Assim, na história de Star

Wars, em que pese a República Galáctica tenha instituído um ordenamento jurídico próprio e universal, há planetas com leis próprias, direitos não-oficiais, em um exemplo claro de pluralismo jurídico, onde determinados setores sociais criam seu próprio Direito.

Destarte, é possível perceber que, assim como no filme, na contemporaneidade jurídica o atual modelo jurídico não consegue mais abranger todos os problemas presentes na sociedade altamente complexa, motivo pelo qual se faz necessária uma matriz teórica capaz de envolver a análise de todos os fenômenos sociais .

Diante desses fatos, tem-se que em um primeiro momento, pretende-se no presente artigo introduzir o leitor no mundo criado por George Lucas, bem como fazer a conexão necessária entre o sistemas do Direito e da Arte (cinema). Na sequência, buscar-se-á demonstrar, de que forma será possível a construção de um caminho que possibilitará a resolução da problemática a seguir apontada.

Dito isso, tem-se que o problema do presente estudo está relacionado ao fato das Constituições não darem mais conta dos acontecimentos sociais, motivo esse pelo qual se faria necessária a Fragmentação dessa, a fim de abarcar os diversos acontecimentos do mundo globalizado. Busca-se, ainda através do referencial teórico de Gunter Tubner, a saber a Fragmentação Constitucional, analisar de que forma o Senado Galáctico, presente na série de filmes Star Wars, pode ser associado ao referido referencial. O cenário de Star Wars, pode ser um exemplo perfeito, portanto de uma sociedade global, situação essa análoga a realidade da social atual.

Além disso, busca o estudo mostrar a relevância de analisar o direito por outras perspectivas, bem como verificar o fato dele estar presente, nas mais diversas áreas e que podemos observá-lo fora do sistema de códigos, aproximando com isso esse das pessoas. A arte surge assim como um sistema

contestador, capaz de mostrar justamente isso ao Direito, isto é que ele pode aprender/observar além de si mesmo.

Dessa forma, para a concretização deste estudo optou-se pela realização de uma pesquisa com abordagem qualitativa, através de consulta realizada em doutrinas nacionais e internacionais, utilizando-se ainda como método de pesquisa o observativo-sistêmico, presente na Teoria de Niklas Luhmann.

Os resultados preliminares desse estudo, apontaram para uma possível comunicação entre o aporte teórico de Teubner, mais especificadamente sua Fragmentação Constitucional, e o Senado Galáctico, presente nos filmes da franquia Star Wars, que na prática pode ser observado como sendo a comunidade internacional, como figura de referência de um Direito Constitucional Mundial, ao mesmo tempo em que se observa emergir da sociedade um direito próprio.

## **1 STAR WARS: QUANDO A ARTE E O DIREITO SE ENCONTRAM**

Em Star Wars, o Senado Galáctico surge como um espaço para diálogo entre os mais diversos seres, diante da alta complexidade existente na República, que instituiu um ordenamento jurídico próprio e universal, a fim de tentar criar paz entre todos os seres do universo. Em sua primeira aparição (STAR WARS, 1999), verificamos que o Senado Galáctico, bem como a República em si, encontram-se cindidos, face os interesses próprios de cada um, dando assim espaço para o surgimento de uma nova ordem, a saber a Federação do Comércio, que foi criada na série com o objetivo de formar grupos comerciais, bem como a taxação das zonas de comércio livre, vindo a atingir uma expansão tão ampla que lhe garantiu espaço de fala no Senado Galáctico, além de outros objetivos relacionados ao lado negro da força. Trazendo o contexto cinematográfico para a realidade, podemos notar que o Senado Galáctico seria uma representação do Poder Legislativo Brasileiro, por

exemplo onde os representantes de diversos Estados se reúnem para analisar seus interesses locais, com base nos seus fatores sócio-culturais próprios, ou ainda em âmbito internacional, algo semelhante a ONU, que busca chegar a um consenso global quanto a determinados temas em suas reuniões, como por exemplo o aquecimento global e a erradicação da fome no mundo.

Nessa toada, os problemas internacionais que dependem de cooperação entre os países, surgem como um objeto de observação mais próximo ao filme, em comparação ao legislativo brasileiro, uma vez que em Star Wars, o planeta Naboo, logo em seu início sofre uma invasão/cerco por parte da Federação do Comércio, que lhe impôs um embargo econômico. Nessa toada, com o fim de tentar acabar com o problema, dirigiram-se os protagonistas ao Senado, já que possuíam representação nesse, contudo a pretensão desse planeta restou frustrada, diante da vasta influência na política universal da Federação em relação ao planeta em si, que possuía menor expressão, fato esse que igualmente ocorre com países com menor influência, no âmbito da Nações Unidas, que se tornam reféns do interesse dos Estados maiores e dominantes.

Já no segundo filme da franquia, vemos o Senado Galáctico sofrendo com uma série de problemas políticos internos e externos, como a corrupção, que faz com que esse sofra pressões separatistas, a fim de acabar com a República, a qual supostamente não estava mais atingindo os fins que se esperava dela, no entanto graças a uma série de reformas estruturais internas ela se manteve (STAR WARS, 2002). Nesse contexto, a crise institucional suportada pela República, nos remete em muito as instabilidades democráticas presentes, ainda hoje em pleno Séc. XXI, na América Latina, que em razão dos elevados níveis de corrupção, levam os cidadãos a questionarem não só o modelo político adotado, mas também a dimensão dos Estados, dentre diversos outros pontos estruturais.

Por fim, no terceiro e último filme da primeira parte cronológica da franquia (STAR WARS, 2005), vemos um Senado Galáctico reformado, mas não

necessariamente fragmentado, como visto no primeiro episódio, esse novo Senado, se é que assim pode ser chamado, encontrava-se unido contra uma suposta nova/antiga ameaça da República, e usava o medo para conseguir apoio social, embasando seu discurso na necessidade de segurança, propondo ainda como solução a todos os problemas impostos a transformação da República em um Império Galáctico, que acabou, oportunamente, mostrando-se totalmente diferente do que se propunha, pondo fim a todas as liberdades individuais da sociedade que alegava estar protegendo, fato este visto nos três filmes seguintes da franquia.

Tal qual os anos da história humana nos contam, muitos regimes foram derrubados e substituídos por outros, sendo que estes acabaram mostrando-se melhores algumas vezes, mas em sua grande maioria iguais ou piores aos quais criticavam, como por exemplo a queda do último Czar e ascensão dos Bolcheviques, como bem retratado por George Orwell (2007) em “A Revolução dos Bichos”, outro exemplo de que a literatura como parte do Sistema da Arte pode nos trazer densas reflexões, muitas vezes de maneira leve, mas nunca sem tecer críticas profundas ao *status quo*, e que independentemente da ideologia desses regimes, seja de “direita” ou de “esquerda”, não podemos mais aceitar que pessoas sejam privadas de seus direitos e que não tenham o mínimo de dignidade, mesmo diante de possíveis mudanças estruturais.

Assim, diante desse breve resumo dos três primeiros filmes cronológicos da saga e comentários tecidos, tem-se que o que mais nos chame atenção neles seja o fato de que tais acontecimentos que “aparentam ser uma transcrição de alguma situação específica da geopolítica internacional dos séculos XX ou XXI, na verdade são o pano de fundo da franquia Star Wars” (BARBOSA, 2018), lançada em 1977 e que é um campo fértil para reflexão nas mais diversas áreas sociais, tal qual o Direito, que atualmente está passando por um severo processo de mudanças em seu paradigma normativo, diante

da superação da idéia de democracia representativa, graças a cada vez mais presente globalização.

Nessa toada, a perspectiva da teoria sistêmica surge como sendo uma nova forma de se compreender a sociedade cada vez mais complexa, superando, assim o modelo cartesiano de pensamento jurídico, que passou a ser observado sob uma perspectiva sistêmica que busca sentido na estrutura, abandonando “[...] as visões metafísicas da verdade atomizada” (ROCHA, 2013, p. 141 e 142).

A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann (2009), portanto representa uma sofisticada teoria sociológica para a observação da complexidade da sociedade, sobretudo na temática da complexa interação entre o sistemas sociais. Luhmann, explica que as múltiplas possibilidades de ocorrências dentro da sociedade produzem os sistemas sociais funcionalmente diferenciados como o Direito, a Economia, a Política e a Arte, os quais tem autonomia, a qual surge dela em relação à sociedade. Essa autonomia do sistema se dá a partir de seus elementos que o diferencia dos demais sistemas. Na formulação de Luhmann, um sistema capaz de se auto-produzir de forma independente (que se feche operativamente) é um sistema autopoiético. Esse sistema, que parte de um espaço próprio de sentido, se auto-reproduz a partir de um código e de uma programação próprias, que no caso do Direito, consiste no código Direito/não-Direito (ROCHA, 2008, p. 169 e 170).

A escolha pela Teoria dos Sistemas nos possibilita assim ter uma compreensão mais avançada em relação a hipercomplexidade da sociedade atual, trazendo a noção de uma observação de segunda ordem com relação aos aspectos internos e externos da teoria jurídica, bem como entre a práxis e a teoria (ROCHA, 2013, p. 141 e 142). Nesse mesmo sentido, Luis Gustavo Gomes Flores escreve que:

A Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann significa uma alternativa de observação que nos dá uma boa noção da sociedade e de cada contato social. Trata-se de uma observação de segunda ordem, que não despreza a complexidade social na construção de uma teoria construtivista caracterizada pela observação da diferença entre sistema e ambiente. (FLORES, 2014, p. 06)

Desse modo, considerando que tal teoria nos possibilita a realização de uma nova observação acerca dos sistemas parciais da sociedade, tem-se ser possível a verificação por meio dessa ótica de segunda ordem de um acoplamento estrutural entre o Direito e a Arte (cinema).

Nessa toada, diferentemente de Kelsen, que defendia a ideia de uma Norma Fundamental para o sistema jurídico, a Teoria dos Sistemas surge com a ideia de demarcação contínua do Direito em relação a tudo que for diferente. Supera-se, portanto a orientação pela unidade e passa-se a utilizar a diferença, justamente através da distinção entre o sistema e o ambiente (VESTING, 2015, p. 131). Em outras palavras, Luhmann classifica a sociedade como “[...] uma rede de comunicações: nessa rede tudo o que é social está incluído na sociedade. A diferença é que os indivíduos estão em outra parte, a qual faz parte da forma ‘sistema/ambiente’” (ROCHA; MARTINI, 2016, p. 28).

No que se refere à comunicação, é relevante explicar-se que para Luhmann a função dela é:

[...] lograr que os estímulos indeterminados – nem por isso carentes de forma – provindos de todos os âmbitos do mundo nos quais é utilizado o filtro da consciência, sejam transformados em sequências compreensíveis de comunicação. Essa função é cumprida pelo princípio primordial da sociedade, caracterizado por Luhmann com o conceito de *redução da complexidade*. (NAFARRATE, 2000, p. 151)

Na concepção luhmanniana a diferenciação da sociedade é portanto o resultado da combinação entre o sistema e o ambiente, assim como é consequência da igualdade e desigualdade entre os sistemas parciais da sociedade. Nesse viés, cabe esclarecer que sistema e ambiente não existem

um sem o outro, e a diferenciação reside em cada sistema parcial. Mas, a complexidade é maior no ambiente, haja vista que é nele que estão os indivíduos. (ROCHA; MARTINI, 2016, p. 28)

Há que se levar em consideração ainda o fato de que a interpretação nessa teoria tem como ponto de partida o conceito de comunicação, que sempre mantém ligação com uma teoria da ação. Os pressupostos sistêmicos partem da ideia de que a sociedade é um sistema “[...] permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade” (ROCHA; MARTINI, 2016, p. 13).

Existe, portanto uma “[...] interdependência entre os subsistemas sociais [...]” (SCHWARTZ, 2014, p. 29), sendo que a comunicação é que tornará possível a conexão entre eles, uma síntese de três seleções: informação, enunciado dessas informações e a compreensão, que poderá ser a seleção ou a distorção das outras duas (LUHMANN, 2002, p. 157).

Dessa forma, o conceito de acoplamento estrutural que utiliza-se para explicar a conexão entre o Direito e Arte (cinema) se faz presente, mesmo sendo os sistemas autopoieticos operacionalmente fechados, ou seja, que executem a autopoiese com suas próprias operações, todavia sua unidade se reproduz com operações que são, também inerentes ao sistema, isto é entre o sistema e o ambiente, relação essa que se denomina de acoplamento estrutural (LUHMANN, 2016, p. 590).

Essas relações recebem esse nome a fim de contrapor os acoplamentos operativos, pois estes ocorrem entre operações “[...] para distingui-lo das causalidades em curso que, se podemos expressá-lo dessa forma, ignoram ou transgridam os limites do sistema” (LUHMANN, 2016, p. 590). Nesse viés, a comunicação seria feita de maneiras diferentes entre o Direito e a Arte (cinema), aquele produz uma comunicação jurídica própria, enquanto este produz comunicação artística. O que também é válido no âmbito da diferenciação interna desses subsistemas. A exemplo da Constituição Federal

que possui uma comunicação que lhe é particular no sistema jurídico, o cinema e a literatura seguem o mesmo norte, mas em relação ao sistema da arte. (SCHWARTZ, 2014, p. 29).

Conceitualmente existe reciprocidade entre os conceitos de “acoplamento estrutural” e “irritação” do sistema. A última refere-se à percepção do sistema, que não possui uma correlação com o ambiente, mas que sofrerá a irritação por parte deste. O ambiente não será irritado, contudo é prerrogativa de um observador o enunciado de que o ambiente exerce irritação sobre o sistema. E este por si mesmo irá identificar essa irritação, a exemplo do sistema do Direito que em um litígio terá que dar a resposta acerca de a qual das partes assiste razão (LUHMANN, 2016, p. 593).

Nessa toada, é importante explicar, ainda que os acoplamentos estruturais trabalham com um “[...] duplo efeito de inclusão e exclusão, facilitam a concentração da irritabilidade e mesmo preparam-se, no âmbito de suas possibilidades, para eventualidades” (LUHMANN, 2016, p. 594).

Os sistemas que possuem diferença funcional como o Direito, por exemplo, desenvolvem-se através dos acoplamentos estruturais com outros sistemas que também são diferenciados. O desenvolvimento deles é feito de forma coordenada e de dependência mútua.

Os sistemas sociais desenvolvem-se na sociedade e com a sociedade. Nesse sentido, a realização dos sistemas funcionais autopoieticos e a instauração de acoplamentos estruturais que incrementam as irritações só podem evoluir de maneira conjunta. (ROCHA; FLORES, 2016, p.44)

Verifica-se, portanto, que o acoplamento entre os sistemas artístico e do direito é um ambiente de irritação recíproca, algo que possibilita novas perspectivas para ambos. Em especial pelo fato da arte conseguir trazer respostas. (SCHWARTZ, 2006, p.52)

Para o Direito o desafio que se impõe é justamente ser capaz de estabelecer uma comunicação eficaz com outros sistemas sociais. Assim, partindo do modelo sistêmico é possível determinar acoplamentos entre diversos sistemas parciais da sociedade, sendo necessário para tanto que haja comunicação e constância nas operações do sistema. Assim, quando aproximamos o Direito e a Arte (cinema), temos a aproximação de dois sistemas parciais da sociedade, quais sejam, o jurídico e o da arte (FLORES, 2014, p. 08).

Abordar a ciência do direito pela perspectiva do sistema artístico é, portanto superar o modelo positivista, bem como uma nova forma de observação transdisciplinar, que Luhmann chama de observação de segunda ordem, essa leitura a partir de um outro ponto nos permite constatar e ultrapassar a distância temporal que o sistema jurídico cria para com a sociedade (SCHWARTZ, 2006, p.50).

Essa abordagem também é objeto de estudo por Teubner (2005), que ao analisar a obra de Gabriel García Márquez (1998) “Crônica de uma morte anunciada”, consegue nos mostrar um claro exemplo de pluralismo jurídico, onde apesar de não ser desconhecida a norma jurídica, os atores acabam por se afetados pelos fatores culturais, que talharam uma espécie de direito não oficial, reconhecido socialmente e que pode prevalecer em detrimento da norma oficial, fato esse presente no “Direito à honra”, que prevaleceu, sobre o Direito penal, ainda que esse fosse claro em relação a morte de um ator, através do homicídio e a consequência de se vir a ter sua liberdade cerceada.

Logo, ainda que os dois sistemas sejam fechados operativamente e que possuem seus códigos próprios, a arte pode ensinar muito ao Direito, “[...] tanto no que diz respeito certos aspectos da operacionalização quanto em relação a alguns aspectos em relação à elaboração das comunicações” (FLORES, 2014, p. 24).

Luhmann (2005, p. 13) em sua obra “El arte de la sociedad”, diz que sua ideia não é a de oferecer uma teoria auxiliar da arte, todavia se mantém a possibilidade de que o sistema da arte, através de sua própria operação, possa explicar seus contexto e contingência através de uma análise sócio-teórica.

A sociedade contemporânea pode ser descrita, portanto como um sistema que é funcionalmente diferenciado, ou seja, ao orientar-se por funções específicas catalisa a formação dos sistemas parciais, os quais determinam com preponderância a face da sociedade. Para saber que consequências isso traz e quais efeitos se seguem nas áreas particulares da comunicação social, e aqui no caso da arte, se faz necessário ajustar o aparato conceitual de maneira mais exata. É necessário que se esclareça como em tudo as funções que servem de “atrator” evolutivo para formar sistemas, e também que em sentido exato esses sistemas parciais são por sua vez sistemas (LUHMANN, 2005, p. 224).

A arte é um dos muitos sistemas da sociedade e possui uma primazia funcional válida somente para si mesma. Entretanto, essa característica é justamente a que permite que ela mantenha o seu fechamento operacional e, conseqüentemente, consiga observar com maior alcance os limites do possível conforme combina formas.

Por consiguiente, se podría decir también que la función del arte es hacer que el mundo aparezca dentro del mundo - y esto con la vista colocada en la ambivalencia de que todo hacer observable sustrae algo a la observación; es decir: todo distinguir y señalar dentro del mundo oculta el mundo. Sería absurdo -y esto se entiende de por sí- aspirar en algún sentido a la plenitud de totalidad o a limitarse a lo esencial. (LUHMANN, 2005, p. 249)

Um fato relevante a se considerar no que se refere à reação que cada sistema apresenta, quando recebe estímulos externos, é a temporalidade. Conforme Schwartz (2014, p. 44), “[...] a responsividade interna do sistema jurídico é diferente daquele presente no sistema artístico e assim por diante. Logo para que cada sistema reaja às influências externas há uma questão

temporal”. A questão temporal resta tão importante em razão de que nem todas as comunicações conseguirão modificar o interior dos outros sistemas.

Diante desses fatos, é sempre oportuno trazer o pensamento de Warat acerca da possibilidade concreta de comunicação entre o Direito e a Arte:

Desprendo do exposto que surgem novos espaços de pensamento que, junto ao questionamento das metáforas e premissas que orientam a epistemologia e a ciência da modernidade, vão destacando a importância para a ciência de temas tradicionalmente vinculados com a arte, tais como a subjetividade, a criatividade, a singularidade e os espaços gerais para o encontro com o outro. (WARAT, 2004, p. 529)

Em outras palavras, precisamos superar as amarras impostas pela lei, que em muitas vezes se encontra em um lugar vazio, o que só é possível através dessa nova observação, através de um novo olhar, do contrário estaremos fadados a decisões reducionistas dos senhores que detém o poder e que Warat, nos adverte quando escreveu que “[...] a lei se encontra como um lugar inicialmente vazio por onde transitam os doutores, fazendo desse vazio seu lugar de poder” (WARAT, 2002, p. 79).

Assim, considerando ser evidente a conexão entre o Direito e Arte (cinema), podemos nos direcionar ao problema do presente estudo, qual seja, o fato das Constituições não darem mais conta dos acontecimentos sociais, motivo que tornam necessárias as suas Fragmentações, a fim de abarcarem os diversos acontecimentos do mundo globalizado, tal qual em outros tempos, na história de Star Wars se fez necessária a criação Senado.

## **2 “E SE A DEMOCRACIA QUE PENSÁVAMOS ESTAR SERVINDO JÁ NÃO EXISTIR”**

Em determinado ponto do primeiro capítulo nos deparamos com o fato de que o Direito atualmente está passando por um severo processo de mudanças em seu paradigma normativo, transformação essa que está

diretamente relacionada a superação da idéia de democracia representativa, graças a presença cada vez maior da globalização nos Estados. Diante desse fato, Teuber (2016) nos mostra que o processo constitucional já não é mais o mesmo de tempos modernos, fazendo-se necessária a fragmentação desse processo, a fim de que se possa alcançar todas as partes da sociedade, bem como responder a todos seus anseios.

Teubner (2016, p. 96 a 98), como base para defender tal ideia, afirma que a sociedade hoje é global, em outras palavras essa não é mais formada por um grupo de indivíduos, mas sim um rede mundial de comunicação, o que é descrito por Javier Torres Nafarrete (2000, p. 158 a 161) como uma galáxia de comunicação, noção essa que coincidentemente nos remete a saga de Star Wars e seu Senado Galáctico.

Desse modo, analogamente a saga Star Wars, podemos perceber-se que tanto a sociedade, quanto:

O Direito não são, igualmente, limitados ao tempo. Uma implicação é a de que, no Direito, inevitavelmente surgirão circunstâncias e problemas novos e imprevisíveis, tornando difícil – se não impossível – alcançar a coerência (considerando o surgimento do telefone e da internet, a expansão nos mercados nacionais, a mudança do papel da mulher, as novas normas referentes à orientação sexual). (SUNSTEIN, 2015, p. 09)

Nesse sentido, vemos que a ideia do pluralismo jurídico de Teubner se encaixa de maneira perfeita aos filmes da saga de Star Wars, uma vez que mostram esse que o direito oficial do Estado é algo secundário, como atualmente tem sido possível se perceber ocorrer na sociedade contemporânea:

O pluralismo jurídico fascina os juristas pós-modernos, que não se preocupam mais com o direito oficial do Estado centralizado e suas aspirações de abstração, generalidade e universalidade. É na 'lei do asfalto' das grandes cidades norte-americanas ou no, quase 'direito' das favelas do Brasil, nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas dos grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da 'justiça privada' e, ainda nos regulamentos internos

de organizações formais e redes informais que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural, o subversivo. A diversidade dos discursos fragmentados e hermeneuticamente fechados pode ser identificada por meio de numerosos tipos informais de regras, Geradas quase independentemente do Estado e operando em várias esferas informais. O pluralismo jurídico descobre, assim, no, lado obscuro 'do direito soberano, o potencial subversivo dos discursos reprimidos. As mais diversas quase-normas informais e locais são tidas como *supplément* ao moderno ordenamento jurídico oficial, formal, centralizado. Exatamente esta ambivalência, esse caráter dúplice, faz o pluralismo jurídico tão atraente aos olhos dos juristas pós-modernos. (TEUBNER, 2005, p. 81)

Sunstein vê na obra de George Lucas, o subsistema social do Direito como sendo um sistema deveras complexo, que aumentou sua complexidade com o passar dos tempos, noção essa que é em muito semelhante com a de Niklas Luhmann, e por consequência da proposta de Teubner de Fragmentos Constitucionais, os quais buscam tentar mitigar a complexidade social existente.

Além disso, tem-se que na concepção de sociedade mundial de Teubner, que por vezes também é chamada de sociedade global, desenvolve-se essa de forma diferenciada funcionalmente e que a partir da globalização, passou a ser observada, igualmente de forma global (COSTA; ROCHA, 2018, p. 09 e 10).

Nesse cenário de globalização, Teubner (2016, p. 91) afirma que alguns dos subsistemas mencionados por Luhmann se estabelecem facilmente em nível mundial, fato esse que pode ser visto na franquía Star Wars, na Federação do Comércio, que na obra conseguiu de forma fácil se adaptar a República, tal qual o subsistema da Economia em nossa realidade o fez com a noção de globalização, fato esse que não ocorreu de forma tão simples com outros subsistemas, como o do Direito, que depende, ainda do Estado.

Esse ponto em específico, pode ser observado, ainda de forma comparativa na obra de George Lucas, no Senado Galáctico que tal qual na contemporaneidade tem a ONU como ponto de centralização de propostas, mas que diferentemente do filme, no atual mundo globalizado, encontra-se ainda deveras frágil face a hegemonia de alguns Estados. Contudo, mesmo

diante de tal fato, a sociedade mundial, mesmo ante a falta de convergência dos Estados, encontra-se produzindo ilhas de constitucionalidade paralelas, com o intuito de tentar mitigar suas necessidades (TEUBNER, 2016).

Tais Fragmentos estão cada vez mais presentes, diante do surgimento de regimes transnacionais, onde os processos políticos de poder deslocam-se para as mãos de atores coletivos privados (TEUBNER, 2016).

O sistema da economia é um dos exemplos utilizados por Teubner para caracterizar a tendência expansionista de determinados sistemas sociais ante a ausência da forte presença dos sistemas da política e do Direito no cenário global. Caracterizado pelo código binário lucro/não lucro e utilizando-se do meio de comunicação simbolicamente generalizado do dinheiro, o sistema da economia, como sistema autopoietico, representa um dos sistemas com inclinações expansionistas na sociedade mundial, formando o que Teubner denomina constituição econômica autônoma. (COSTA; ROCHA, 2018, p. 11)

Essa concepção expansionista presente, em virtude da falta de um subsistema global de Direito, pode ser muito bem observada na saga Star Wars, no momento em que a Federação do Comércio, passa a tentar fazer com que seus interesses prevaleçam sobre todos os demais interesses da Galáxia. Nessa toada, fazendo uso das palavras Rocha e Costa (2018, p. 12) “[...] a tendência expansionista de alguns dos sistemas sociais no cenário global. Entre os fatores que determinam a tendência expansionista do sistema da economia, encontra-se a emancipação constitucional [...]”.

Ocorre que na obra de George Lucas, tais acontecimentos nos levaram a inúmeras consequências que fizeram com que a Democracia até então presente fosse subjugada pelo Império (STAR WARS), contudo não se pode dizer que tal fenômeno nos levará na mesma direção dos acontecimentos da saga, uma vez que haviam “fatores obscuros” por trás da Federação do Comércio. Sunstein, nesse sentido escreve a respeito do impacto das obras no mundo global que:

Vimos que, quando escreveu *Uma nova esperança*, Lucas não tinha ideia dos grandes desenvolvimentos de enredo que ocorreriam em *O Império contra-ataca* e *O retorno de jedi*. Teria sido disparatado para ele e seus coautores e sucessores, escrever mais episódios com referência a esta pergunta: Qual era o entendimento original de Lucas? No que diz respeito a questões centrais da série *Star Wars*, não existe tal entendimento; [...]. Para o direito [...], o problema é imensamente agravado por causa da defasagem temporal (muitas vezes, de séculos) entre aquele entendimento e os problemas atuais, e por causa do inesperado aumento de circunstâncias de vários tipos [...]. (SUSTEIN, 2016, p. 181)

O aumento dessa complexidade, em outras palavras busca coagir de forma dirigida o próprio problema, a fim de ser possível realizar análises passíveis de proporcionar uma oportuna redução, preservando assim de forma autônoma e paradoxal a própria complexidade (NAFARRETE, 2000, p. 155).

É evidente o fato de nos encontrarmos, ainda vivendo um processo de evolução, não apenas econômico, ambiental, dentre outros, mas também sistêmico da sociedade, que ainda não atingiu o ápice da sua capacidade evolutiva, no entanto não há ainda uma certeza “[...] se os fragmentos de direito constitucional global irão sustentar essa comparação, pois dependeria – não apenas – de fatos externos, mas também do apoio que tal direito constitucional parcial receberia de seu meio ambiente, isto é, de tribunais nacionais [...]” (TEUBNER, 2016, p. 110 e 111).

Por fim, é importante se asseverar ainda que os acontecimentos, em especial do primeiro filme da franquia *Star Wars*, embora se aproximem sim da ideia de *Fragmentos Constitucionais*, nos levam à conclusão de que tanto a realidade se direciona às obras de ficção, quanto estas se baseiam nela, como pano de fundo de suas próprias narrativas.

Fator esse que, por conseguinte, nos leva a acertiva de que conforme adentramos no Séc. XXI, percebemos que o nacionalismo vem perdendo força, havendo o crescente número de pessoas que creem na humanidade como uma força politicamente legitimada, as quais acreditam que o norte da política seja atender as necessidades dos seres humanos (HARARI, 2018, p. 280), em outras

palavras, diante do fato do “Estado protetor e fornecedor dos meios para a boa sociedade lava suas mãos as questões morais e sociais. [...] Essa situação altera os postulados fixos da modernidade sólida, de que o indivíduo estava vinculado ao nacional, causando a crescente perenidade do indivíduo” (OLIVEIRA, 2012, p. 31).

Bauman, nessa toada já nos advertia quanto às mudanças estruturais que a sociedade contemporânea passaria, quanto ao atual modelo social, haja vista ser essa rígida, imodificável, e que não possui mais espaço, que:

[...] todas as sociedades são agora plena e verdadeiramente abertas, em termos materiais e intelectuais, [...]. No mundo líquido-moderno, os perigos e os medos são também de tipo líquido – ou seriam gasosos? Eles flutuam, exsudam, vazam, evaporam... Ainda não se inventaram paredes capazes de detê-los, embora muitos tentem construí-las. (BAUMAN, 2008, p. 128)

Em outras palavras, com o advento de um novo modelo social não há mais a intenção de se manter um modo sólido, já que é somente através da quebra radical de paradigmas que se faz possível o desenvolvimento de novos padrões (OLIVEIRA, 2012, p. 29), como exemplo disso podemos citar os problemas que até pouco tempo atrás eram locais e hoje passaram a se tornar globais, como o aquecimento global, fato esse que faz desaparecer a noção de “estados-nação independentes”. Vemos assim que o mundo em sua conjuntura política encontra-se fragmentado, a independência dos Estados, por sua vez vem apresentando um declínio acentuado, pois estão a cada dia mais abertos às intervenções do Mercado, de ONGs, normas internacionais, em uma clara desconsideração dos limites estado-geográficos (HARARI, 2018, p. 280 e 281).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há quem diga que a arte imita a vida, ou ao contrário, talvez as duas afirmativas sejam corretas, mas também poderíamos dizer que o Direito aprende mais do que ensina quando o comparamos ao sistema artístico.

A arte é livre de amarras e serve para desconstruir as verdades instituídas, questionar, fazer pensar, etc. Esse pode ser o grande legado que a franquia Star Wars nos deixou, hajavista o claro acoplamento estrutural presente entre o Direito e a Arte no contexto dos filmes.

As histórias que se desenvolveram ao longo da saga podem muito bem retratar a realidade de muitas nações ao longo do globo, inclusive a brasileira, tanto no que se refere ao direito quanto em relação à corrupção. A crise democrática que o filme traz, atrelada à fragmentação do ordenamento jurídico, nos mostra que a sociedade nunca será estática, conseqüentemente o Direito também não poderá ser, do contrário estaria fadado a ser uma norma impositiva que de maneira pragmática não possuiria aplicabilidade.

Na obra Star Wars vemos que a sociedade, em que pese participasse de uma espécie de ordenamento jurídico universal, fazia suas próprias leis e acordos, conforme fosse necessário para o desenvolvimento de cada nação. Outrossim, analogamente na atualidade é possível se constatar que o Direito não tem, necessariamente como uma regra paradoxal a aplicação das Constituições, mas que conjuga essa com os regulamentos que estão fora dele, por isso a ideia de um Direito Constitucional Fragmentado, proposto por Teubner se mostra tão adequada para a complexidade social global.

Além disso, direcionando nossa conclusão à obra de George Lucas, ao que tudo indica estamos nos encaminhando, como na história de Star Wars, para um novo modelo social que não é Estatal e tampouco controlado por um grupo específico. Esse modelo possui várias etnias e sua manutenção se dá pela cultura e interesses compartilhados (HARARI, 2018, p.281). Há um número crescente de pessoas chamadas a fazer parte desse “império”, todavia ao fazer essa escolha surge aqui uma nova questão, estariam essas pessoas obrigadas a deixarem de ser fiéis aos seus Estados(?).

Enfim, tudo indica que esse seja um caminho lógico, o de um Direito Constitucionalmente Fragmentado, mas ao mesmo tempo universal, com

o fim de nos possibilitar lidar com a complexidade, que reside nesse vasto ambiente chamado Sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gustavo Freire. **É REALMENTE DIFÍCIL SER REACIONÁRIO E FÃ DE STAR WARS. Justificando**, 04 jan. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/01/04/e-realmente-dificil-ser-reacionario-e-fa-de-star-wars/>. Acesso em: 06 jul. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. FRAGMENTOS DE CONSTITUIÇÃO E TRANSCONSTITUCIONALISMO: CENÁRIOS ATUAIS DA TEORIA CONSTITUCIONAL. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 01, 2018. Disponível em: [https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista\\_artigo.php?artigo=291&volume=Leonel](https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=291&volume=Leonel). Acesso em: 14 set. 2018.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. SOCIOLOGIA DO DIREITO EM “TEMPOS MODERNOS”: CHAPLIN COMO UM SÍMBOLO REFLEXIVO PARA INOVAÇÃO DO DIREITO. **Encontro Nacional do CONPEDI – UFSC**, Florianópolis, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8031e8f282c78983>. Acesso em: 29 jul. 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2018.

LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes: 2016.

LUHMANN, Niklas. **Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 2002.

NAFARRETE, Javier Torres. Galáxias de Comunicação: O Legado Teórico de Luhmann. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 51, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n51/a09n51.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

OLIVEIRA, Larissa Pascutti de. Zygmunt Bauman: a sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. **Revista Sem Aspas**, [S.l.], p. 25-35, may 2012. ISSN 2358-4238. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/semaspas/article/view/6970/4996>. Acesso em: 08 aug. 2020.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**: um conto de fadas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José L. Bolzan (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre; São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. EPISTEMOLOGIA JURÍDICA: REVISITANDO AS TRÊS MATRIZES. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 05, n. 02, 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>. Acesso em: 14 set. 2018.

ROCHA, Leonel Severo; FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Resiliência do direito**. Curitiba: Prismas, 2016.

ROCHA, Leonel Severo; MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SCHWARTZ, Germano. **Direito e rock: o brock e as expectativas normativas da constituição de 1988 e do junho de 2013**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SCHWARTZ, Germano. Luhmann, sistema jurídico e sistema artístico: a mirada germânica sobre o ponto cego da observação do direito (e da literatura!). **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 20, n. 01, 2006. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2175/1406>. Acesso em: 26 set. 2020.

STAR WARS. Star Wars: **Episode I** The Phantom Menace. 1999. Disponível em: <https://www.starwars.com/films/star-wars-episode-i-the-phantom-menace>. Acesso em: 14 set. 2018.

STAR WARS. Star Wars: **Episode II** Attack of the Clones 2002. Disponível em: <https://www.starwars.com/films/star-wars-episode-ii-attack-of-the-clones>. Acesso em: 14 set. 2018.

STAR WARS. Star Wars: **Episode III** Revenge of the Sith 2005. Disponível em: <https://www.starwars.com/films/star-wars-episode-iii-revenge-of-the-sith>. Acesso em: 11 out. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. HOW STAR WARS ILLUMINATES CONSTITUCIONAL LAW. **Michigan Law Review**, [S.l.], 2015. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16148344>. Acesso em: 14 set. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **O mundo segundo Star Wars**. Rio de Janeiro: Record, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

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

VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Fabris, 2002. v. 2.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.