XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE: A ALTERNATIVA DO PLURALISMO JURÍDICO LATINO AMERICANO FRENTE A DESUMANIDADE CONTEMPORÂNEA

HUMAN RIGHTS IN MODERNITY: THE ALTERNATIVE OF LATIN AMERICAN LEGAL PLURALISM VERSUS CONTEMPORARY INHUMANITY

Adenevaldo Teles Junior [1]

Resumo

Discute-se a efetividade dos Direitos Humanos no mundo moderno globalizado, marcado pela hegemonia, exclusão e padronização. São abordados conceitos e marcos históricos, utilizando elementos externos à ordem jurídica, como a economia e a política, que exercem forte influência sobre a aplicabilidade normativa. No Brasil os dados expostos retratam altos índices de concentração de renda e violência, com um Poder Judiciário que não se mostra capaz de promover justiça social e participação popular. O Pluralismo Jurídico é apontado como alternativa para a crise da normatividade estatal que estrutura a exclusão social, a apatia política e a inaplicabilidade dos Direitos Humanos

Palavras-chave: Direitos humanos, Democracia, Pluralismo jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

It discusses the effectiveness of Human Rights in the globalized modern world, marked by hegemony, exclusion and standardization. Concepts and historical milestones are addressed, using elements external to the legal order, such as economics and politics, which exert a strong influence on normative applicability. In Brazil, the data presented portray high levels of concentration of income and violence, with a Judiciary that is not able to promote social justice and popular participation. Legal Pluralism is pointed out as an alternative to the crisis of state regulation that structures social exclusion, political apathy and the inapplicability of Human Rights

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Democracy, Legal pluralism

[1] Professor da Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG). Advogado inscrito na OAB-GO. Mestre em Direito Agrário.

Introdução

Em tempos de constante recessão econômica, os Estados Democráticos Liberais, como é o caso do Brasil, reagem adotando políticas de austeridade econômica que reduzem investimentos em políticas públicas estratégicas para o combate à desigualdade socioeconômica, como são os serviços de saúde, educação e segurança pública (RESENDE, 2018). Justamente os principais instrumentos para o combate à exclusão social e que cerceia a efetividade dos Direitos Humanos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O presente artigo propõe uma análise da atual conjuntura do mundo moderno, principalmente no tocante à aplicabilidade e efetividade dos Direitos Humanos. São abordados conceitos, teorias e marcos históricos capazes de estimular uma compreensão ampla e crítica sobre a situação global e, mais detidamente, a respeito da realidade brasileira, em que se percebe uma crônica desigualdade socioeconômica responsável por alarmantes índices de concentração de renda, violência e exclusão social.

Nesse sentido, a discussão sobre Direitos Humanos no mundo moderno, requer uma metodologia dialética e participativa que não apenas lance mão de estatísticas, balanços e projeções financeiras. Mas que, principalmente, investiga a origem e a consequência dos discursos, das ideologias e das práticas que sustentam essa conjuntura jurídica, econômica e política, que ignora as desigualdades socioeconômicas causadoras da exclusão, da violência e da desigualdade.

Com base em Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2013), toda opção metodológica supõe uma concepção provisória da realidade a ser conhecida. E, para atuar sobre essa realidade é preciso um conjunto de três elementos de grande importância que condicionam a escolha dos procedimentos científicos a serem utilizados em uma análise que se pretende científica e jurídica ao mesmo tempo.

O primeiro elemento é a ideia de que a realidade jurídica está condicionada pela trama das relações de natureza econômica, política, ética e ideológica. O segundo elemento na necessidade de questionar os institutos positivados no ordenamento jurídico nacional que, em boa parte, reproduzem o *status quo* e, que praticamente desconhecem as demandas de transformação da realidade. O terceiro elemento se refere ao fato de que a escolha da metodologia significa a adoção de uma postura político-ideológica perante a realidade. (GUSTIN, 2013).

Considerando a opção metodológica abordada, pretende-se discutir os direitos estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que inclusive inspirou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada de constituição cidadã. Todavia, numa realidade econômica capitalista moderna e hegemônica que explora os mais pobres e a natureza, ignora a diversidade e a participação política popular, assiste-se a ausência da efetividade dos Direitos Humanos, que caracteriza um mundo moderno cada vez mais acelerado, desigual e desumano.

O trabalho ainda ressalta o surgimento de um Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano que consagra uma quebra do paradigma jurídico baseado no monismo, na centralidade e na padronização. O Pluralismo Jurídico é apontado como alternativa ao sistema jurídico moderno, incapaz de promover justiça social em consonância com os valores democráticos e assegurar a continuidade da existência de vida no planeta.

A Situação da Constituição e dos Direitos Humanos na Modernidade Capitalista

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo político como fundamentos do Estado brasileiro[1], pretendeu-se consagrar o direito à vida, à dignidade, à cidadania, à liberdade, à diferença e à participação popular como valores essenciais ao espírito democrático e republicano brasileiro. (DA SILVA, 2019)

A promoção da justiça social, do fortalecimento das instituições públicas e do senso de dignidade, coletividade e diversidade que partilhamos, constituem efeitos da aplicação desses direitos que em maior ou menor medida, são reconhecidos como Direitos Humanos.

Por outro lado, a garantia formal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988, não se mostra eficaz no seu sentido material. O sistema mundo econômico e jurídico moderno comanda e direciona a atuação do Estado e das empresas e não considera, nem reconhece, a existência de diferenças socioeconômicas. Essa estrutura se repete em praticamente todos os países capitalistas que tem experiência na concentração de riquezas e partilha dos passivos socioambientais.

Achille Mbembe (2016) afirma que a era do humanismo, iniciada depois da Segunda Guerra Mundial e da Guerra Fria, acabou no século XXI. Segundo Mbembe, o triunfo do

[1] Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

capitalismo e da democracia liberal contra o fascismo em 1945 e o socialismo em 1990, favoreceu a criação de uma hegemonia do capital financeiro e a anexação do núcleo dos desejos humanos, transformando-se na primeira teologia secular global. Isso significa que o culto à ciência, à tecnologia e à razão, a liberdade individual, a competitividade, as regras da mercadoria e da propriedade, se tornaram dogmas do capitalismo.

José Luiz Quadros de Magalhães (2015) esclarece que vivemos na modernidade há mais de 500 anos, e que o desenvolvimento até então defendido, estabelece uma ideologia e uma lógica de uniformização, normalização e homogeneização. Isso acarreta em um sistema de negação das diferenças, de cometimento de injustiças, de distorções ideológicas, extermínios e supressão dos direitos daqueles que não se enquadram nos padrões impostos.

O processo de intensificação do crescimento econômico, de acumulação do capital e de precarização de direitos, tem forçado a produtividade ao máximo, sacrificando recursos naturais e causando a morte de vários grupos sócio e economicamente vulneráveis. A constante atuação do mercado para a monetarização dos recursos naturais, essenciais para a sobrevivência humana e de outras espécies vivas no planeta, tem ameaçado os direitos humanos e a própria existência de vida no planeta.

Apenas tem o direito pleno à moradia, à alimentação saudável e equilibrada, de acesso à serviços de saneamento, educação e saúde, quem possui condições financeiras para efetivamente acessar e pagar por direitos. A disputa mercadológica em torno do conceito dos direitos humanos reflete um conflito em torno do significado ideológico das palavras que legitimam uma grande distorção dos direitos humanos fundamentais, favorecendo alguns e justificando levianamente a fome, a pobreza e a violência contra grupos sociais considerados minoritários e contra a natureza.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2018) assevera que a efetividade dos direitos fundamentais depende das condições políticas que movimentam as interpretações constitucionais, nesse caso, se apropriando do discurso constitucional para legitimar uma tentativa fraudulenta de abusos. Convém reconhecer, de acordo com Cattoni de Oliveira, que as controvérsias constitucionais não devem ser tratadas como questões de especialistas, pois elas não são monopólio de ninguém. E que:

> O sentido *de* e *da* Constituição é uma questão da cidadania em geral, ou seja, toda disputa acerca de como devemos compreender enquanto cidadãs e cidadãos os direitos fundamentais é uma disputa interpretativa pública e política na qual o que está em questão é quem nós somos e quem gostaríamos de ser enquanto sociedade política e

> diz inclusive respeito a como nos posicionamos responsavelmente aqui e agora em relação às gerações passadas e futuras (CATTONI DE OLIVEIRA, 2018, p. 06).

Cattoni de Oliveira (2018) propõe ainda que ao invés de vivermos uma democracia possível, dentro de um sistema capitalista que ordena a economia e o direito a legitimar a desigualdade, os abusos e a concentração, seja de riquezas ou conhecimento, seja construída uma democracia sem espera. Ou seja, uma democracia que não se esgota nas instituições existentes, mas que exige uma ação aqui e agora para os problemas do passado, contra uma leitura conservadora, reacionária e fechada dos potenciais democráticos.

Para uma compreensão mais crítica e aprofundada sobre o problema dos direitos humanos no Brasil e no século XXI de modo geral, Rubén Martínez Dalmau (2013) associa a discussão da constituição com a globalização e as novas tecnologias de informação e comunicação. Segundo ele, os efeitos da globalização sobre o constitucionalismo incluem uma hegemonia econômica, que constitui um imenso corpo normativo produzido *extramuros* do Estado e que está integrado por numerosas regras de duvidosa intenção democrática que obedecem e respondem a exigências da razão econômica capitalista.

Tampouco é possível negar que provém desta razão econômico capitalista, as forças que operam e incidem de maneira muito mais decisiva para o sentido da qualidade de vida que acreditamos. Os princípios do constitucionalismo moderno podem resultar inviáveis no contexto do processo de mundialização inspirado nos dogmas do neoliberalismo tecnocrático, posto que o constitucionalismo como ideologia encontra no princípio democrático seu inexcusável fundamento (DALMAU, 2010, p. 319).

Eduardo Fagnani (2017, p. 02) pontua que no Brasil a cidadania social iniciada pela Constituição Federal de 1988, tem sido atacada por classes hegemônicas antidemocráticas e antipopulares, desde antes de sua publicação. Há menos de cem anos, a sociedade brasileira era majoritariamente formada por uma massa de analfabetos rurais, brancos e negros, submetidos aos resquícios da escravidão e destituídos de direitos elementares, como o direito a própria vida.

O período 1988-2015 constituiu um ciclo democrático inédito com a ampliação dos espaços públicos, abrindo brechas para um processo civilizatório improvável que avançou moderadamente quase que por um devaneio. O desabrochar dessa onda democrática correu na contramão da concorrência capitalista sob a dominância das finanças, por menosprezar as travas do passado, e, sobretudo, por ousar arranhar o *status quo* secularmente dominado pelos donos do Brasil (FAGNANI, 2017, p. 03).

A radicalização do projeto liberal em curso no país, caminha no sentido de levar ao extremo a reforma do Estado iniciada nos anos 1990 com as contrarreformas do governo Fernando Collor de Melo (1990-92), aprofundando a arquitetura institucional ortodoxa na gestão macroeconômica e destruindo as bases do embrionário Estado social, para implantar o Estado mínimo e fazer retroceder os direitos sociais e trabalhistas (FAGNANI, 2017, p. 03).

Durante o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) a ofensiva foi retomada e a "solução" incluiu elevar a taxa de juros básicos da economia, para atrair o capital especulativo e acumular reservas cambiais. A centralidade do ajuste macroeconômico e da reforma liberal do Estado exigia que o foco *nos pobres* fosse a única política social possível para o Brasil, ao mesmo tempo em que saciava a *financeirização* pela ampliação da oferta privada de serviços sociais para os *não pobres* (FAGNANI, 2017, p. 05).

Com esse pano de fundo, houve a supressão de direitos trabalhistas, a regressão dos direitos previdenciários, o descumprimento dos preceitos constitucionais da seguridade social, a fragilização das políticas urbanas (habitação popular, saneamento ambiental e mobilidade) e o avanço das privatizações das políticas sociais (saneamento, mobilidade, saúde, previdência e educação) e a realização da reforma agrária nos moldes do mercado, bem como, a mecanização do campo e a exclusão da mão de obra (FAGNANI, 2017, p. 05).

As contradições entre o capitalismo financeiro globalizado e a democracia estão se acirrando em escala global e o *novo autoritarismo* está erodindo as democracias liberais, impedindo que transformações progressistas ocorram (FAGANANI, 2017, p. 06). Isso significa que falar de direitos humanos na contemporaneidade requer um entendimento cauteloso sobre sua efetividade nos espaços públicos, onde as tensões políticas e ideológicas se travam de maneira mais direta.

Para José Luiz Quadros de Magalhães (2014, p. 104) o aparato constitucional da democracia representativa majoritária é hoje, em muitos Estados nacionais, um mecanismo de limitação das escolhas democráticas, uma limitação da democracia real, popular. Este aparato constitucional impede que as pessoas enxerguem alternativas ao sistema socioeconômico e político em que vivem, funcionando o Legislativo, o Judiciário e o Executivo como máquinas processadoras de falsas legitimidades.

Os sistemas constitucionais modernos e suas instituições, seus processos e suas normas servem como elemento de padronização e legitimação de decisões previamente tomadas por aqueles que efetivamente detêm o poder. As instituições modernas, são, dessa forma, máquinas

processadoras de falsas legitimidades que permitem que as pessoas aceitem condições, decisões e padrões de vida que não aceitariam se não existissem essas instituições (MAGALHÃES, 2014, p. 104).

O Poder Judiciário se apropria da Constituição criptografando seu sentido teleológico em uma linguagem codificada e hermética, a qual poucos tem acesso, afastando as pessoas dos processos decisórios e de construção das normas para os casos que se manifestam na realidade histórica social. Assim, o poder permanece sob o controle de poucos, e, enquanto mecanismo processador de legitimidades, faz com que as pessoas aceitem as decisões com o mínimo questionamento possível, sem ameaçar a continuidade do sistema (MAGALHÃES, 2014, p. 105).

A pessoa que tem seu direito violado ou ameaçado aciona o Poder Judiciário por meio de uma petição que desenvolve o processamento por meio de documentos, testemunhos, perícias e da defesa da parte ré. O juiz, representando o Estado, interpreta e aplica as leis e a Constituição ao caso concreto com a possibilidade recursal. Este formato de *solução* de conflitos dificilmente trará uma resposta satisfatória para dirimir o litígio, pois incentiva a concorrência de argumentos cujo objetivo é a vitória de uma das partes. (MAGALHÃES, 2014, p. 105).

> A busca da vitória dificulta muito (talvez inviabilize) a possibilidade de consenso e de solução da causa onde as partes se sintam contempladas nas suas expectativas. O perigo deste sistema é que sempre haverá alguém não satisfeito com a decisão estatal da controvérsia. Na prática, as partes (acusação e defesa) não ficam satisfeitas. O resultado é que o conflito, embora formalmente extinto com o processo, permanece latente. O pior é que o estado (por meio do juiz) não se interessa pela satisfação das partes, mas se contenta em dizer o direito para o caso e extinguir o conflito formalmente no processo, sem que se chegue efetivamente a uma solução real que poderia acabar efetivamente com o conflito, o que só ocorrerá com a construção do consenso. Este consenso pode ser obtido por meio da mediação, que obedece outra lógica e estabelece outra prioridade. Os problemas, entretanto, não acabam aí. A forma como este Judiciário se construiu nos Estados modernos, não só incentiva a concorrência (e logo a perpetuação do conflito) como sustenta a hegemonia de um grupo de interesses (uma classe social, um grupo étnico, uma percepção de direito) sobre outros subalternizados e radicalmente excluídos. (MAGALHÃES, 2014, p. 106)

Carolina Costa Resende (2018) explica que o contexto de crise constante, agravado pela exclusão social nas democracias ocidentais, faz com a contemporaneidade seja marcada pela exclusão social. Isso se dá em razão de o cidadão viver num Estado altamente precarizado, cada vez mais tomado pelos imperativos econômicos da cidade.

Nunca antes, na história da humanidade, o ser humano foi tão instado a produzir e a consumir. O direito de cidade está ligado à lógica de mercado, que não hesita em excluir as

vidas inexploráveis. Essa experiência de sobrevivência, em um ritmo rápido, mercantiliza a possibilidade de conduzir uma vida plenamente humana. Nessa condição, o sentimento próprio de pertencer a uma comunidade de vidas humanas é tomado pelo terror da exclusão. (LE BLANC, 2011).

O Estado da Obra: Reflexões sobre a Importância da Transformação

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), juntamente com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), lançou o Atlas da Violência 2018 que reúne informações de 2006 a 2016 no Brasil. Os dados revelam que 33.590 jovens brasileiros foram assassinados apenas em 2016, aumento de 7,5% em relação ao ano de 2015. A taxa de homicídios de jovens a cada 100 mil jovens, foi de 65,5%, sendo que entre 2006 a 2016 a taxa de mortalidade de jovens negros cresceu 23,1% e de brancos reduziu 6,8%, desse total, 71% dos homicídios ocorreram com a utilização de arma de fogo.

Sendo que, no Brasil apenas 1% da população detém 27,8% de todas as riquezas produzidas pelo país. Isso faz do Brasil o país com a maior concentração de renda no mundo (PIKKETY, 2018). Segundo o IBGE (2018) 54,8 milhões de brasileiros viviam em situação de pobreza em 2017, ou seja, tinham menos de R$ 406 por mês para sobreviver. A situação é ainda pior para 15 milhões de brasileiros, que sobrevivem com renda de até R$ 140 por mês.

A partir dos dados selecionados percebe-se a precarização de direitos, especialmente dos que visam assegurar as condições básicas de humanidade. Essa situação reflete que, dentre outras coisas, a atuação do Estado brasileiro para reduzir e erradicar a pobreza, a violência e a exclusão social, tem falhado terminantemente. Pode-se assim afirmar que a efetividade dos direitos constitucionais e democráticos, não são considerados na sociedade brasileira já que o sistema capitalista cerceia e afasta a população, notadamente os jovens, negros e pobres, causando uma desumanização catastrófica.

José Luiz Quadros de Magalhães (2018) assinala que é fundamental compreender o sistema mundo moderno colonial para rompê-lo. Haja vista que não é mais possível reformá-lo, uma vez que utiliza a negação da diversidade; a uniformização; o individualismo; a fragmentação do conhecimento e do universo e a ignorância de conhecimentos que nos chegam, mesmo por intermédio da ciência moderna, e por esse motivo mesmo, não se comunica com outros ramos do conhecimento.

A formação do Estado e de um Direito moderno uniformizado e uniformizador começa em 1492 com um conjunto de instituições que tem um comum a ideia de uniformização, homogeneização, normalização e a negação da diversidade, assim como a existência do (MAGALHÃES, 2012, p. 119):

> (...) exército nacional, das moedas, dos bancos , do capitalismo, do povo nacional, da polícia, da burocracia estatal, do direito internacional, das ideias de democracia representativa, da separação de poderes, do liberalismo, do fascismo e do nazismo, do socialismo e do stalinismo, das constituições nacionais, dos direitos humanos entre outras ideias e instituições que marcam a modernidade.

De acordo com Maria José Fariñas Dulce (2005) o excesso da concentração de riqueza, assim como a distribuição extremamente desigual e não equitativa, bem como as desigualdades sociais, culturais, sanitárias e econômicas não representam algo novo na história da humanidade. A novidade desta etapa do capitalismo global e do neoliberalismo politizado e globalizado, está no fato de que agora, o modelo global de economia especulativa é imprevisível e quer se impor socialmente como o único, inevitável e irreversível modelo possível.

A ideologia neoliberal se conflagra como um império cultural, tecnológico e midiático que o sustenta, anulando e excluindo qualquer diferença ou alternativa que não seja capaz de se domesticar diante do modelo de civilização dominante. Sua legitimação vem dada, pois, pela profecia de um futuro sem alternativas melhores por falta de uma alternativa possível, isto é, por sua pretendida inevitabilidade histórica. (DULCE, 2005).

O sistema capitalista e sua atual estratégia política de globalização encerra, sem alternativa possível em uma jaula de ferro que destrói qualquer aspiração utópica e qualquer crítica contra o sistema. A ideologia da globalização neoliberal se apresenta como o triunfo do pragmatismo econômico, da racionalidade instrumental e da eficácia técnico formal dos mercados livres, do controle da técnica e do monopólio da informação e da comunicação. (DULCE, 2005).

A novidade dessa etapa de globalização neoliberal não está na estrutura bipolar e assimétrica da globalização econômica capitalista, desde o descobrimento do Novo Mundo há 500 anos atrás. E sim nas práticas oligopólicas e no unilateralismo econômico do atual imperialismo econômico e político, entendido como um novo aparato de mando único, soberano, sem limites e sem fronteiras. (DULCE, 2005).

José Luiz Quadros de Magalhães (2012) explica que após a descoberta do continente americano e o surgimento do Estado moderno na europa, foram criadas estruturas para explicar e pensar o mundo de forma padronizadora, encobrindo a real possibilidade de uma vivência plural, diversificada e humanizada.

> É preciso compreender alguns dos vários mecanismos postos em marcha para sustentar a hegemonia ideológica europeia (ocidental). Em primeiro lugar, a defesa de uma história linear foi fundamental para construir a justificativa de uma suposta missão civilizatória. A ideia de que os povos e suas culturas se encontram em est[ágios distintos de evolução resultou na compreensão de que a cultura mais desenvolvida (obviamente a que tem mais poder militar e econômico para dizê-lo), ao intervir em outras culturas está levando desenvolvimento e avanços civilizacionais. Esta missão civilizatória será a justificativa, especialmente para os que cometem os assassinatos, invasões e espoliações, mas também, de certa forma, para os espoliados, aceitarem sua condição. Desde então o discurso vai se tornando mais sofisticado, mas desde o discurso da evangelização até o discurso da intervenção humanitária, para levar direitos humanos e democracia, estes discursos encobrem as reais motivações que movimentam os civilizadores.

A instalação de uma subjetividade hegemônica (a partir de parte da Europa) será gradualmente e violentamente universalizada. Isso significa que a forma de ver e interpretar o mundo foi padronizada com a exportação de idiomas, livros, teorias, formando centros de produção e discussão do conhecimento, onde também são ensinados a economia como sendo a única forma econômica possível. (MAGALHÃES, 2012).

Quem, portanto, controla o aparato construído pelo estado moderno e suas instituições, é capaz de construir compreensões do mundo que fazem parte do senso comum, através do qual as pessoas interpretam o mundo. A despolitização do mundo é uma ideologia recorrente utilizada pelo poder que se tornou hegemônico manter sua hegemonia. (MAGALHÃES, 2012).

A despolitização do mundo torna as conquistas dos períodos históricos anteriores passíveis de reinterpretação e uma consequente apropriação de termos políticos pelo sentido subjetivo hegemônico. Como por exemplo temos os direitos humanos que são históricos e logo políticos, sua naturalização sempre se mostrou um perigo, pois realça essa categoria como tendenciosa a legitimar seu livre uso democrático, mas que, dito pelos autores da história, tornam-se direitos intocáveis. (MAGALHÃES, 2012).

Antônio Carlos Wolkmer (2001) propõe o pluralismo jurídico como paradigma de fundamentação para uma cultura política e jurídica capaz de projetar alteridade e participação política popular, diante de um cenário saturado pelo modelo liberal de representação política e do esgotamento dos instrumentos jurídicos estatais.

O surgimento de orientações práticas-teóricas insurgentes e paralelas que questionam e superam o reducionismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora, representa a quebra dos mitos sacralizados do instituído e o surgimento da expressão mais direta dos reais interesses e exigências da experiência interativa histórico-social.

O pluralismo jurídico deve ser visto como um fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, como modelo que incorpora condicionantes inter-relacionados e adequados às condições históricas de micro e macro sociedades políticas. (WOLKMER, 2001)

A análise de sociedades periféricas como a latino-americana, marcada por instituições frágeis, histórica de exclusão social e intervenção estatal, torna imperiosa a opção por um pluralismo inovador, inserido nas contradições materiais e nos conflitos sociais. (WOLKMER, 2001)

Pluralismo Jurídico: A Alternativa pela Vida

A discussão de um constitucionalismo latino americano capaz de erradicar a pobreza, a exclusão social e a violência, promovendo a coexistência, a valorização da participação popular e a preservação da natureza, mais do que um caráter utópico propõe a continuidade da vida e tem como fundamento teórico o Pluralismo Jurídico.

A sociedade de mercado que mercantiliza tudo, inclusive os próprios seres humanos, tem se mostrado incapaz de assegurar a existência de vida no planeta, ao mesmo tempo em que promove a desumanização das relações. Quanto ao Pluralismo Jurídico, sua territorialidade incorpora proposições que se pautam pela rejeição de toda e qualquer forma de concentração e unificação do poder ou força de ação monolítica (política, ideológica ou econômica). (WOLKMER, 2001).

O reconhecimento das variadas formas de sentir, pensar e fazer, podem orientar não apenas a transformação das relações entre o Estado brasileiro e sua população, mas igualmente, promover um novo paradigma de coexistência pacífica e harmoniosa. Se a cultura monista se desenvolve numa tradição de procedimentos representativos, o pluralismo propicia mais diretamente a prática da participação de base. (WOLKMER, 2001).

Significa dizer que a reinvenção do pluralismo como um novo paradigma, implica transpor as diretrizes da cultura sócio-política identificadas com o tradicionalismo dos pluralismos “orgânico-corporativista” e “neoliberal-capitalista”. Trata-se de uma visão

antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais. (WOLKMER, 2001).

Desta forma a legislação formalista e hegemônica do Estado perde espaço para instâncias multiformes de conteúdo concreto gerado por movimentos sociais organizados, semiautônomos que compõem a vida social. O pluralismo jurídico deve representar a reação das formas vivas da sociedade contra a onipotência funcional do moderno Estado capitalista. (WOLKMER, 2001).

Jairo Vladimir Llano Franco (2012) aponta que a Constituição colombiana de 1991 instituiu o reconhecimento da diversidade cultural, que tem suporte em vários direitos fundamentais plasmados no texto constitucional. Essa concepção de diversidade se refere as minorias diferenciadas, como os indígenas e as comunidades negras que tinham caráter secundário diante dos direitos fundamentais perante as instituições públicas.

> (...) o reconhecimento da diversidade que propunha desde a Constituição a vários membros dos partidos tradicionais e de certas elites eram direitos que incentivavam os movimentos sociais e a organização destas comunidades que difundiam um pensamento coletivo e de críticas às instituições públicas, colocando em perigo a estabilidade política e o *status quo*, também eram os aliados de disputas pelo reconhecimento direitos a estes coletivos estaria se promovendo a insurgência e seus postulados comunistas. (FRANCO, 2012).

A proposta de reconhecimento da diversidade e do multiculturalismo favorece o debate sobre *minorias* com práticas culturais distintas às concebidas como identidades de caráter nacional. E, ao contrário do que se diz, encontra suporte em teorias liberais e não em teorias comunistas ou marxistas como se chegou a considerar por parte de certas elites, devido a esses grupos adotarem práticas comunitárias, como a coletividade do território e por fazer parte de movimentos sociais que reclamam uma proposta de Estado onde os direitos coletivos sejam reconhecidos, a marginalidade desapareça e a inclusão se converta em seu objetivo essencial. (FRANCO, 2012).

Ideais que estão na contramão do individualismo, da propriedade e da acumulação que tem beneficiado a certas elites empresariais e proprietárias de terras por várias décadas na Colômbia. Situação que levou a tensões entre elites com interesses particulares e comunidades indígenas com concepções culturais específicas onde a coletividade é prioritária. (FRANCO, 2012).

Em um processo paulatino de reconhecimento da diversidade cultural começou com a implementação pelas instituições públicas quando as sentenças da Corte Constitucional de

forma inovadora determinaram a existência de diversos grupos étnicos indígenas aos quais se devia garantir os direitos fundamentais. Especialmente os que se referem à dimensão cultural onde o respeito pela diversidade adquiriu relevância, impulsionando a autonomia dos povos indígenas em suas crenças e seus respectivos territórios. (FRANCO, 2012).

A jurisdição indígena passou a ser reconhecida como a instância de regulação das comunidades, em que se realizava desde os costumes e as tradições próprias de cada um dos grupos étnicos, até a relação entre das práticas das comunidades e os procedimentos jurídicos que se implementavam desde o Estado de Direito, entre outras temáticas dos direitos culturais que seriam resolvidas por parte dos juízes constitucionais. (FRANCO, 2012).

As decisões constitucionais passaram a provocar debates sobre distintas disciplinas sociais de caráter cultural que passaram desconhecidas por várias décadas pelo espaço acadêmico. As comunidades indígenas afetadas diretamente pelas decisões constitucionais passaram a refletir internamente sobre o novo contexto e que transformava, em certa medida, as exigências que haviam construído como movimento social no decorrer do século XX. (FRANCO, 2012).

Essa proposta de Estado em relação com o multiculturalismo tem seus defensores e críticos. Pelo lado dos que promovem um Estado multicultural se encontra a possibilidade de que diversas culturas opostas possam conviver num mesmo espaço. Essa proposta encontra suporte em ideias liberais que fomentam a diversidade cultural e a convivência, tendo se originado precisamente nos Estados Unidos e no Canadá. (FRANCO, 2012).

O multiculturalismo vem fomentando sua aplicação por parte de distintos Estados como os europeus e os latino-americanos, sendo considerada como essencial para a convivência entre os diferentes grupos no interior dos Estados como no caso colombiano onde os grupos étnicos são diversos. (FRANCO, 2012).

Por outro lado, há interpretações sobre o multiculturalismo que afirmam que seu conceito não se origina com as ideias liberais que caracterizam a tradição anglo-saxônica, mas que é fruto das reivindicações de diversos movimentos e organizações sociais. Essas manifestações representam as lutas populares causadas pela insatisfação com as estruturas econômicas e jurídicas que estabeleciam políticas hegemônicas de exclusão, pobreza e violência. (FRANCO, 2012).

Nos Estados Unidos essas reivindicações floresceram nos anos 1970 com os movimentos populares reclamando igualdade de direitos para os coletivos afro americanos, os movimentos de imigrantes latino-americanos sem documentação que pediam sua inclusão como cidadãos, as mobilizações universitárias pelas ciências jurídicas e sociais das distintas universidades que se preocuparam com as temáticas da diversidade como prioridade. (FRANCO, 2012).

A eclosão de novos movimentos sociais nas últimas décadas do século passado, impulsionou a institucionalização de constituições que se baseiam na fundação de Estados Plurinacionacionais. Como é o caso do Equador (2008) e da Bolívia (2009) que diante de cenários propícios para mudanças paradigmáticas no campo político, favoreceu uma guinada intercultural e descolonizadora denominada como Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano. (WOLKMER &RADAELLI, 2015).

De forma geral, a identidade latino-americana foi e continua sendo marcada por duros processos de ocupação territorial violentas que se exterioriza em um campesinato marginalizado, nas populações indígenas, na subalternidade feminina, na miséria e na opressão, cuja negação se constrói através de um colonialismo político e cultural sustentado por elites exógenas e infiéis ao povo. (WOLKMER &RADAELLI, 2015).

Diante desse cenário, a afirmação da identidade através do Direito Constitucional se faz efetiva por meio da consolidação de mecanismos de igualdade material, de instrumentos jurídicos que restringem os interesses estrangeiros, de uma ordem democrática que disponha de procedimentos que garantam a participação dos grupos marginalizados na condução do Estado e que, ao mesmo tempo, permita, por meio de regulamentações, a possibilidade de que cada grupo viva conforme sua cultura que é uma incontestável fonte de costumes, práticas políticas e juridicidade própria. (WOLKMER &RADAELLI, 2015).

As novas constituições *andinas* contêm opções políticas substanciais que se convertem em ditames jurídicos da forma de atuar do Estado, agora pautados por elementos políticos e culturais próprios, não vinculados aos horizontes da teoria constitucional estabelecida até aqui. (WOLKMER &RADAELLI, 2015).

É preciso ainda contextualizar as diferenças de um constitucionalismo *de cima* proveniente de um pensamento liberal que propõe a fragilização do Estado e de sua estrutura reguladora em prol da lei mais forte e com hegemonia de mercado, e um pluralismo *de baixo*, fundamentado popularmente e orientado para a organização social dos grupos em emancipação

e que competem com o Estado para organizar um modo de vida justo e igualitário. (WOLKMER &RADAELLI, 2015).

Há também que reconhecer que a existência de diferenças culturais entre as pessoas, assegura um equilíbrio biológico presente na natureza e que se manifesta em todos os animais, plantas e ciclos naturais que permitem a vida no planeta. Dessa forma, a instituição de constituições populares não assegura apenas a efetividade dos direitos humanos, mas também, a própria continuidade da vida e dos ciclos naturais no planeta.

Conclusão

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura de forma exaustiva, e até repetitiva, a dignidade da pessoa humana e a importância da participação popular na discussão dos planos e políticas dirigentes do Estado, contudo, diante da estrutura liberal que se apodera das instituições públicas, especialmente do Poder Judiciário, percebe-se que os direitos humanos são os últimos a serem observados quando se discute o desenvolvimento.

O continente latino-americano tem em comum diversas mazelas sociais que tem origem em processos históricos de colonização, expropriação e violência. O surgimento de novas constituições concatenadas com os reais interesses e necessidades populares, tem o condão de permitir uma nova ordem jurídica, que, associada com as reivindicações de movimentos sociais, pode produzir um novo estado de bem viver em harmonia com a natureza e capaz de tornar possível os direitos humanos em toda a sua extensão e complexidade.

No Brasil ainda se vislumbra casos de omissão estatal ou de um intervencionismo fatal para a democracia e, especialmente, para a efetividade dos direitos humanos. Propor uma nova Constituição não significaria necessariamente a mudança esperada, já que é preciso reinventar as relações de mercado, sociais e culturais, contudo, discutir essa nova proposta socorre inúmeras vidas saqueadas de sua dignidade pela sociedade de mercado liberal globalizado.

O Pluralismo Jurídico é uma ponte para a efetividade dos direitos humanos que busca assegurar não somente a dignidade humana nas relações de mercado, mas propiciar a própria existência e continuidade da vida por meio do multiculturalismo, do bem viver e da participação política direta. Representa também uma reparação às várias formas de exclusão que causam e motivam a destruição, a violência e a apatia estatal com os mais necessitados.

Referências Bibliográficas:

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

DA SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Malheiros, São Paulo, SP. 2019.

DALMAU, Rubén Martínez. **Constitucionalismo y Democracia ante las nuevas Tecnologias de la Información y la Comunicación.** FERNÁNDEZ, Albert Noguera. Tirant to Blanck. Valência: 2013.

DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Constitucionalismo por vir e democracia sem espera: contribuições para um diálogo entre a teoria crítica da constituição e a teoria performativa da política.** Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. I Colóquio Políticas da Perfomatividade. Belo Horizonte, MG: 2018.

DULCE, Maria José Fariñas Dulce. **Mercado sin ciudadanía: las falácias de la globalización neoliberal.** Biblioteca Nueva, Madrid. 2005.

FAGNANI, Eduardo. **O Fim do Breve Ciclo da Cidadania Social no Brasil (1988-2015).** Instituto de Economia, UNICAMP. São Paulo, SP: 2017.

FRANCO, Jairo Vladimir Llano. **Pluralismo Jurídico y Estado: Transformaciones del Estado de Derecho y el reconocimiento de la diversidade en Latinoamérica.** Lap Lambert Academic Publishing GmbH & Co. KG. Germany, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4ª ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; (FBSP) Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência.** 2019.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais (SIS)**. 2018.

MBEMBE, Achille. **The age of Humanism is ending.** Mail & Guardian, África do Sul: 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A alienação da política nas democracias constitucionais modernas e as alternativas democráticas consensuais na América Latina.** In. : O Pensamento Pós e Descolonial no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. (Org. Eduardo Manoel Val, Enzo Bello). EDUCS. Caxias do Sul, RS: 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Ideologias da Modernidade: como pensar o futuro? Revista Crítica do Direito.** Nº 05, vol. 65. 2015.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Crime e Direito: entendendo a lógica moderna pela visão do Novo Constitucionalismo Decolonial.** Congresso Internacional sobre Democracia, Decolonialidade e Direitos Humanos. LIMA, Bárbara Nascimento de; GONTIJO, Lucas de Alvarenga; BICALHO, Mariana Ferreira [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948.

PIKETTY, Thomas (org.). **Pesquisa Desigualdade Mundial.** 2018.

RESENDE, Carolina Costa. **A Exclusão Social em Questão.** Congresso Internacional sobre Democracia, Decolonialidade e Direitos Humanos. LIMA, Bárbara Nascimento de; GONTIJO,

Lucas de Alvarenga; BICALHO, Mariana Ferreira [Orgs.] - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

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

WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel Mânica. **Refundación de la Teoria Constitucional Latinoamericana: pluralidad y descolonización.** Revista Derechos y Libertades Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. 2015.