

A stylized illustration of a person with dark skin and hair, wearing a white fringed garment and a blue sash, carrying a large woven basket filled with white calla lilies. The person is looking down at the basket. The background is dark.

Francisco Quintanilha Veras Neto
Carlos Alexandre Michaello Marques

Sheila Stolz
(Organizadores)

Hermenêutica, Sociedade e Natureza:
**ANÁLISE CRÍTICA DOS
PARADIGMAS (PÓS)MODERNOS**

1ª Edição - Revisada

OLHARES E REFLEXÕES SOBRE
DIREITOS HUMANOS E
JUSTIÇA SOCIAL

Hermenêutica, sociedade e natureza:
análise crítica dos paradigmas (pós) modernos

1ª Edição Revisada

Francisco Quintanilha Vêras Neto
Carlos Alexandre Michaello Marques
Sheila Stolz
(Organizadores)

Reitora

CLEUZA MARIA SOBRAL DIAS

Vice-Reitor

DANILO GIROLDO

Pró-Reitora de Extensão e Cultura

LUCIA DE FATIMA SOCOOWSKI DE ANELLO

Pró-Reitor de Planejamento e Administração

MOZART TAVARES MARTINS FILHO

Pró-Reitor de Infraestrutura

MARCOS ANTÔNIO SATTE DE AMARANTE

Pró-Reitora de Graduação

DENISE MARIA VARELLA MARTINEZ

Pró-Reitor de Assuntos Estudantis

VILMAR ALVES PEREIRA

Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas

MARIA ROZANA RODRIGUES DE ALMEIDA

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

EDNEI GILBERTO PRIMEL

Diretora da Secretaria de Educação a Distância

IVETE MARTINS PINTO

Diretor da Faculdade de Direito

CARLOS ANDRÉ HUNING BIRNFELD

Vice-Diretor da Faculdade de Direito

EDER DION DE PAULA COSTA

Coordenadora do Curso de Especialização em

Educação em Direito Humanos

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

Organizadores:

FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO

CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES

SHEILA STOLZ

Editora da FURG

Coordenador Editora, Livraria e Gráfica

JOÃO RAIMUNDO BALANSIN

Chefe Divisão de Editoração

CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

Campus Carreiros

CEP 96.203-900 – Rio Grande – RS – Brasil

Integrante do PIDL

Editora associada à



@Sheila Stolz, 2013.

Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social, Volume 4.

Hermenêutica, sociedade e natureza: análise crítica dos paradigmas (pós) modernos

Núcleo de Revisão Linguística

Responsável: Rita de Lima Nóbrega

Revisores: Rita de Lima Nóbrega, Gleice Meri Cunha Cupertino,

Micaeli Nunes Soares, Ingrid Cunha Ferreira, Eliane Azevedo e

Luís Eugênio Vieira Oliveira

Núcleo de Design e Diagramação

Responsável: Lidiane Fonseca Dutra

Capa: Lidiane Fonseca Dutra, sobre a obra "Woman with Basket of White Lilies", de Diego Rivera (1942)

Diagramação: Bruna Heller e Carolyne Azevedo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Daiane Schramm CRB10/1882

H553 Hermenêutica, sociedade e natureza: análise crítica dos paradigmas (pós) modernos. / Francisco Quintanilha Vêras Neto, Carlos Alexandre Michaello Marques, Sheila Stolz, organizadores. – 1. ed. rev. – Rio Grande : Editora da FURG, 2015.

346p.:il.; 20cm. – (Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social; v.4)

Vários autores.

ISBN 978-85-7566-320-2 (Coleção Completa)

ISBN 978-85-7566-357-8 (Volume IV)

1. Temática. 2. Hermenêutica Jurídica. 3. Direito ambiental. I. Vêras Neto, Francisco Quintanilha. II. Marques, Carlos Alexandre Michaello. III. Stolz, Sheila.

CDU: 341.3

HERMENÊUTICA, SOCIEDADE E NATUREZA:
ANÁLISE CRÍTICA DOS PARADIGMAS
(PÓS) MODERNOS

Coleção Olhares e Reflexões sobre
Direitos Humanos e Justiça Social
Volume IV

Comitê Científico e Editorial

Membros Externos

ALEXANDRE WALMOTT BORGES
Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

ALFREDO ALEJANDRO GUGLIANO
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

ALVARO SANCHEZ BRAVO
Universidad de Sevilla (Espanha)

ANTONIO CARLOS WOLKMER
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

ANTÔNIO HILÁRIO AGUILERA URQUIZA
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

BERENICE ROJAS COUTO
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

CASTOR MARI MARTÍN BARTOLOMÉ RUIZ
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

DAVID ALMAGRO CASTRO
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

DRAITON GONZAGA DE SOUZA
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

EDUARDO GOMES
UNIBRASIL/Paraná

ELISABET LEAL
Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL)

FERNANDA FRIZZO BRAGATO
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

GABRIELA KYRILLOS
Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSC)

GIUSEPPE TOSI
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

GONZALO AGUILAR CAVALLLO
Universidad de Valparaíso (Valparaíso-Chile) e Universidad Andres Bello (Santiago-Chile)

HECTOR CURY SOARES
Fundação Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA)

HUMBERTO NOGUEIRA
Universidad de Talca e Centro de Estudios Constitucionales de Chile

JOACHIM ENGLISHCH
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Steuerrecht / Professor für Öffentliches Recht und Steuerrecht
Universität Münster (UM/Alemanha)

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA
Universidade Católica de Pernambuco

JOÃO RICARDO WANDERLEY
DORNELLES
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ)

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

JOSÉ OSVALDO JARA GARCÍA
Universidad de Valparaíso (UV/Chile)

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Permanente do CEBRAP

JULIÁN SAUQUILLO
Universidad de Autónoma de Madria (UAM/Espanha)

JULIO CESAR LLANAN NOGUEIRA
Universidad Nacional de Rosario (UNR/Argentina)
Membro do Comitê Internacional del Programa de Educación para la Paz No violencia y los Derechos Humanos

LÚCIA DE FÁTIMA GUERRA FERREIRA
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA
Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

MARIA DE NAZARÉ TAVARES ZENAIDE
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

MIRIAM COUTINHO DE FARIA ALVES
Sociedade de Ensino Superior de Sergipe (SESS)

PAULO RICARDO OPUSZKA
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

ROBERTO BUENO
Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

ROBISON TRAMONTINA
Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

SOLEDAD GARCIA MUÑOZ
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

Inter-American Institute of Human Rights (IIHR)

TAYSA SCHIOCCHET
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

THADEU WEBER
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

TIAGO MENNA FRANCKINI
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

VERA KARAM DE CHUEIRI
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

Membros da Universidade Federal do Rio Grande - FURG

CARLOS ANDRÉ HÜNING BIRNFELD
CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES
CLARICE GONÇALVES PIRES MARQUES
EDER DION DE PAULA COSTA
FRANCISCO QUINTANILHA VERÁS NETO
JAIME JOHN
JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA
JÚLIA MATOS
LIANE HÜNING BIRNFELD
RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER
RENATO DURO DIAS
SALAH HASSAN KHALED JUNIOR
SHEILA STOLZ
SUSANA MARIA VELEDA DA SILVA

Sumário

Prefácio	7
Apresentação.....	9
▪ O pluralismo jurídico comunitário participativo: o cooperativismo popular autêntico da economia popular solidária como possíveis horizontes utópicos de uma democracia fundada na práxis da libertação latino-americana	
<i>Francisco Quintanilha Vêras Neto</i>	13
▪ Hermenêutica e o espelho da realidade: um olhar para o constitucionalismo latino-americano e o bem-viver	
<i>Raquel Fabiana Lopes Sparemberger</i>	65
▪ Nunca seremos felizes: crônica de uma história anunciada em matéria de Direitos Humanos na América Latina – encobrimento, dor, memória, esquecimento e resgate	
<i>Fernanda Frizzo Bragato & João Luiz Rocha do Nascimento</i>	119
▪ A autodeterminação dos povos indígenas brasileiros e o direito à consulta prévia: uma análise a partir do caso Belo Monte	
<i>Taysa Schiocchet & Gleirice Machado Schütz</i>	151
▪ Perspectivas de uma (trans)constitucionalidade em Direitos Humanos: ensaio de uma proposta para além da centralidade estatal	
<i>Rafael Fonseca Ferreira & Celine Barreto Anadon</i>	189
▪ Ontologia e simulacro na pós-modernidade de Janus: alteridade e impossibilidade em face à Síndrome de Perseu	
<i>Ricardo Aronne</i>	227
▪ A interpretação do direito como violência simbólica: notas a partir de Pierre Bourdieu	
<i>João Paulo Allain Teixeira & Silvana Mattoso Gonçalves de Oliveira</i>	259
▪ Do social ao ambiental: a transição constitucional	
<i>Carlos Alexandre Michaello Marques & Bruno Cozza Saraiva</i>	279
▪ A aplicação do princípio da precaução no gerenciamento do risco: a ponderação acerca do risco ambiental diante da análise probatória no processo judicial	
<i>Gabrielle Tesser Gugel</i>	311
Sobre os autores	341

Prefácio

Apraz-me prefaciá-lo o livro intitulado HERMENEUTICA, SOCIEDADE E NATUREZA: ANÁLISE CRÍTICA DOS PARADIGMAS (PÓS)MODERNOS, produzido e pesquisado pelos colegas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, principalmente do Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG e do Grupo de Pesquisa Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS). A obra é composta por textos interessantíssimos que refletem de forma crítica e transdisciplinar sobre a centralidade da interpretação da sustentabilidade na sociedade atual pós-moderna.

Parabenizo os autores e organizadores que, através da Editora da FURG, estão proporcionando aos estudantes, docentes, pesquisadores e leitores um excelente livro, de qualidade e bem aprofundado. Ressalto, por outro lado, que a obra publicada mostra, com certeza, a qualidade científica da investigação dos pesquisadores da FURG, especialmente do programa de Mestrado em Direito, recém aprovado no ano de 2013 pela Capes/MEC.

Florianópolis, 21 de agosto de 2014.

José Rubens Morato Leite

Apresentação

É com grande entusiasmo que os organizadores deste trabalho apresentam essa obra realizada a várias mãos e que demonstra que o esforço da produção acadêmica de qualidade está cada vez mais descentralizado pelos mais diversos estados e cidades brasileiras. A Hermenêutica, a Sociedade e a Natureza se consubstanciam em apresentar temas extremamente estimulantes, na medida em que a proposta pretende realizar uma análise crítica dos paradigmas modernos e pós-modernos.

O presente trabalho que ora se apresenta é composto, primeiramente, pelo texto **O pluralismo Jurídico Comunitário participativo: o cooperativismo popular autêntico da economia popular solidária como possíveis horizontes utópicos de uma democracia fundada na práxis da libertação latino-americana**, de Francisco Quintanilha Vêras Neto, aportando uma leitura de convergência entre os temas elencados, com vistas a propostas transformadoras das realidades existentes em consonância a um discurso de resistência.

Na sequência, encontra-se o texto, **Hermenêutica e o espelho da realidade: um olhar para o constitucionalismo latino-americano e o bem-viver**, de autoria de Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, o qual aborda um novo paradigma de reconstrução de conhecimento no Direito, partindo de perspectivas críticas e de um aporte teórico dos estudos decoloniais, o que conduz a um rompimento com a hermenêutica neoliberal.

O terceiro capítulo, **Nunca seremos felizes: crônica de uma história anunciada, em matéria de direitos humanos na América Latina – encobrimento, dor, memória, esquecimento e resgate**, de autoria de

Fernanda Frizzo Bragato e João Luiz Rocha do Nascimento, trata de uma estimulante narrativa crítica ao contar a história da América Latina sob a perspectiva do colonizado.

O quarto trabalho, intitulado **A autodeterminação dos povos indígenas brasileiros e o direito à consulta prévia: uma análise a partir do caso Belo Monte**, de Taysa Schiocchet e Gleirice Machado Schütz, traz a importante reflexão de uma temática que anda esquecida nas esferas oficiais de poder, tendo em vista que a questão indígena é relativizada no íterim do paradigma moderno, em especial em favor do capital e das "mega-obras".

No quinto capítulo, apresenta o trabalho **Perspectivas de uma (trans)constitucionalidade em Direitos Humanos: ensaio de uma proposta para além da centralidade estatal**, de autoria Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon, o qual trata das novas e contemporâneas dinâmicas, em que se percebe discussões acerca da posição onipresente do Estado e da autossuficiência circular do Direito.

O sexto trabalho, intitulado **Ontologia e Simulacro na pós-modernidade de Janus: alteridade e impossibilidade face à síndrome de Perseu**, de autoria de Ricardo Arone, representa uma verdadeira obra de reflexão filosófica dos paradigmas que nos prendem à modernidade e suas conseqüências. Com redação peculiar e aproximações teóricas indispensáveis, o autor nos conduz ao mais importante objetivo da academia, o pensar.

O capítulo sete, de autoria de João Paulo Allain Teixeira e Silvana Mattoso Gonçalves de Oliveira, **A interpretação do direito como violência simbólica: notas a partir de Pierre Bourdieu**, propõe, através do conceito desenvolvido por Pierre Bourdieu, desvelar a realidade dos fatores de poder que permeiam o universo da dogmática jurídica.

O penúltimo capítulo, de autoria de Carlos Alexandre Michaello Marques e Bruno Cozza Saraiva, trata **Do Social ao Ambiental: a transição**

constitucional, com o objetivo discutir e refletir sobre a complexidade da relação homem-natureza, oriunda de processos econômico-desenvolvimentistas, globais e neoliberais.

O nono e último capítulo, de autoria de Gabrielle Tesser Gugel, trata sobre **A aplicação do Princípio da Precaução no gerenciamento do risco: a ponderação acerca do risco ambiental diante da análise probatória no processo judicial**, e convida o jurista a repensar sobre a importância do princípio da precaução no gerenciamento do risco a partir da dificuldade de avaliação da prova no processo judicial.

Assim, essa obra busca fomentar presentes e futuras análises dos paradigmas que orientam contemporaneamente a Hermenêutica, a Sociedade e a Natureza. Isto é o que esperam os organizadores desta obra, com a certeza da concordância dos demais autores, a contribuição para a produção de saberes críticos, conscientes e comprometidos com o processo de mudança social e no Direito.

Os organizadores

Ilha de Florianópolis/SC, Rio Grande e Porto Alegre/RS

*O pluralismo jurídico comunitário participativo:
e cooperativismo popular autêntico da economia
popular solidária como possíveis horizontes utópicos
de uma democracia fundada na práxis da libertação
latino-americana*

The legal pluralism in participatory communities and the authentic popular cooperative system of the solidary popular economy as possible utopian horizons of a democracy founded on the praxis of latin-american liberation

El pluralismo jurídico comunitario participativo, el cooperativismo popular autentico de la economía popular solidaria como posibles horizontes utópicos de una democracia fundada en la praxis de la liberación latinoamericana

Francisco Quintanilha Vêras Neto

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- Convergência histórica do cenário da formação da economia solidária e da proposição do pluralismo jurídico comunitário participativo; 3- Formas de articulação do pluralismo jurídico comunitário participativo e a economia solidária; 4- O pluralismo jurídico comunitário participativo e a economia solidária como ferramentas para a construção de uma nova estatalidade político-jurídica e um novo mundo econômico; 5- Para uma contextualização do direito cooperativo e do direito relativo ao terceiro setor, no intuito de formar marcos balizadores do pluralismo jurídico neoliberal, que geram a necessidade de diferenciação do modelo comunitário participativo; 6- Considerações finais; Referências.

1- Introdução

O texto objetiva estabelecer uma leitura de convergência entre o pluralismo jurídico comunitário participativo e a economia popular solidária, utilizando como ponto de partida a forma do cooperativismo de viés autêntico popular. A justificativa deste estudo é a de criar uma perspectiva em que estas realidades se configurem em instrumentos de transformação social utópica do quadro societal em face da sua corrosão pela implementação do ideário conservador do neoliberalismo imposto pela internacionalização capitalista globalitária das últimas décadas.

2 - Convergência histórica do cenário da formação da economia solidária e da proposição do pluralismo jurídico comunitário participativo

A economia popular solidária é um dos mais importantes vetores de emancipação social existentes. O cooperativismo popular pode constituir-se em meio de proposição de um novo viés autogestionário, para os excluídos pelo processo neoliberal das últimas décadas [1], ou para os incluídos na perspectiva da inclusão produtiva assalariada subordinada.

O pluralismo jurídico, por sua vez, edifica uma teoria da história e da práxis social que demonstra o caráter fetichista e ideológico do modelo do monismo jurídico emanado das grandes revoluções burguesas do século XVIII e XIX. Essa modelagem jurídica eurocêntrica cristalizou uma forma jurídica axiologicamente sustentada pela metanarrativa do positivismo jurídico de cunho tecnicista e conservador [2].

Historicamente, o monismo jurídico era o corolário do processo pós-absolutista dentro da processualidade não linear ditada pela contextualização histórica de ruptura com o mundo medievo, que levou a consolidação da

forma jurídica monista estabelecida através do nacionalismo jurídico do século XIX, consolidado após o processo de ruptura revolucionária representado pelas revoluções burguesas: Gloriosa Inglesa, de 1688, Americana, de 1776, e Francesa, de 1789, a primeira no século XVII e as duas últimas no século XVIII.

A burguesia, ao instalar-se no poder, não só coíbe as formas herdadas de organizações corporativas, como, sobretudo, cria uma moderna instituição burocrática centralizadora (Conselho de Estado) e implementa, mediante o controle do poder estatal, um corpo orgânico de normas abstratas, genéricas e sistematizadoras, visando constituir um Direito nacional unificado [3] dentro do modelo de dominação racional legal, centrado no “monopólio legítimo da violência pela estatalidade” [4]. Assim, ocorre a consolidação do modelo jurídico centrado exclusivamente em sua fonte estatal, mantida segundo o intento da revolução socioeconômica, criada no processo de constituição da modernidade capitalista, conduzida pela burguesia vitoriosa nas etapas de constituição deste modo de produção, nas fases mercantilistas, concorrencial, monopolista financeira e, hoje, da mundialização neoliberal.

Neste quadro, o pluralismo tipificado como certo direito espontâneo popular não está isento de manipulações do poder oligárquico instituído, podendo, por manobra de juristas comprometidos com a ordem do *status quo*, assumir a transparência de uma não oficialidade pseudo-insurgente e paralegal de cunho comunitário, quando, em realidade, tem a função de esvaziar os conflitos, mascarar as genuínas expressões populares e reforçar o controle por parte do Direito oficial em níveis de absorção que permitem a recomposição do próprio sistema dominante [5]. Como estratégia pluralista comunitária, participativa e emancipatória, Antônio Carlos Wolkmer define a conceituação que diferencia o pluralismo jurídico conservador inviabilizador das organizações de massa (pluralismo jurídico mercatório neoliberal, por

exemplo) do pluralismo jurídico comunitário participativo, que, como estratégia democrática, procura promover e estimular a participação múltipla dos segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos de base [6].

Neste sentido, Wolkmer propõem a ampliação e o alargamento da sociedade democrática descentralizadora como caminho para completar a efetiva autogestão e o controle descentralizado realizado com associações voluntárias, movimentos sociais, grupos comunitários e redes de organizações representativas. Na medida em que a democracia formal burguesa e o sistema convencional de representação (partidos políticos) envelhecem e não conseguem absorver e canalizar as demandas sociais, e as necessidades da justiça, criam-se condições para a participação de identidades coletivas insurgentes [7].

O processo de globalização neoliberal planejado no bojo da ascensão das forças multilaterais, fortalecidas pela queda do socialismo real, permitiu um processo de quebra da esfera pública estatal nos mais variados níveis. Tal fato ocorreu com as privatizações, a criação de agências reguladoras, a enfatização da celeridade processual das instâncias de conciliação, a mediação e arbitragem, que em alguns casos se comprometeram com a disponibilização, por exemplo, de direitos trabalhistas e do sucateamento dos serviços sociais estatais já erguidos no mundo periférico, sem a ajuda do Plano Marshall. Estes serviços sociais beneficiaram a reconstrução da Alemanha, Itália e Japão, incluindo a reforma agrária como estratégia de contenção geopolítica do comunismo soviético sob o modelo da cidadania seletiva e tutelada.

O neoliberalismo ortodoxo com os seus extremos baseados na doutrina ortodoxa de Milton Friedman se consolida por meio da doutrina privatizante do consenso de Washington e é implementado por Carlos Saúl Menen, Alberto Fujimori, Fernando Collor de Mello, Fernando Henrique Cardoso, Salinas de Gortari, dentre outros na América Latina. Nesse sentido, a

ditadura de Pinochet, orientada pelos Chicago Boys, inaugura no 11 de setembro chileno de 1973, com a implementação deste modelo antes de Thatcher e de Reagan [8].

Atualmente, esta governança de fratura social está sendo implementada na Europa pela Troika (Banco Central Europeu, FMI e Banco Mundial), com força equiparável ao ajustamento estrutural latino-americano, guardando as proporções ao que ocorreu na nossa região nos anos 90. Como herança maldita desse modelo, nós tivemos os processos que culminaram na ampliação do desemprego estrutural e da economia informal [9], que eram identificados pela mídia conservadora, propagadora da cantilena neoliberal como um caminho natural e evolutivo da sociedade dentro da longa tradição do mito sacrificial latino-americano.

Outra consequência da entropia social e ambiental gerada pela desarticulação neoliberal se deu pelo crescimento exponencial de antimovimentos, como o do tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, utilizados para reforçar a criminalização das supostas classes perigosas, identificadas com as camadas populares marginalizadas, e para ampliar o controle social e o panoptismo social das sociedades orientadas pelo “medo líquido” e pela ostentação consumista da modernidade tardia ou da pós-modernidade passivadora e celebradora da alienação coletiva. Esta pós-modernidade conservadora, embala ideologicamente a superestrutura cultural do neoliberalismo como cultura do dinheiro [10], guardadas as rupturas do pós-modernismo de combate e de transmodernidade, capazes de conferir cunho autêntico e revolucionário às demandas das populações oprimidas da América Latina.

Estes fenômenos foram ampliados pela concentração de renda arregimentada pelas oligarquias beneficiadas pelo processo de financeirização

econômica rentista, desnacionalização do parque produtivo, estabelecida pela entrada de capitais voláteis e pelo endividamento externo e interno:

A dívida consumiu R\$ 708 bilhões em 2011, ou seja, quase dois bilhões de reais por dia! Essa façanha é possibilitada pela crescente expansão de privilégios que compõem o Sistema da Dívida. Durante os trabalhos da CPI da Dívida Pública, sequer chegou a ser aprovado o Requerimento de Informações que requisitava dados sobre detentores dos títulos da dívida pública brasileira. A informação que a CPI obteve foi extremamente limitada e está reproduzida no gráfico a seguir, que indica que a quase totalidade dos títulos da dívida mobiliária brasileira se encontram em poder do setor financeiro nacional e internacional, revelando que grande parte da dívida interna está em mãos de estrangeiros (ou de brasileiros no exterior), ou seja, é também externa. Em resumo, não são conhecidos os beneficiários da Bolsa Rico, que receberam quase R\$ 2 bilhões por dia durante o ano de 2011. A sociedade brasileira sabe somente que está pagando uma elevadíssima dívida, mas não sabe para quem paga [11].

Assim, a economia solidária e o cooperativismo sinalizam para um duplo movimento com a construção de um cooperativismo tradicional associado ao agronegócio, direcionado pela internacionalização, desde o ciclo das ditaduras militares dentro do espectro da Guerra-Fria, e, posteriormente, nos anos 90, pelo programa privatizador do consenso de Washington como meio de concentração agrária, viabilizador de superávits primários e destinado especialmente para a contenção de movimentos sociais como o dos sem-terra.

Por outro lado, o cooperativismo popular de cunho autêntico autogestionário apareceu como saída dos excluídos para o desemprego e como

forma de geração de renda em um contexto de acentuação das formas selvagens de capitalismo possibilitadas pelas políticas macroeconômicas de cunho neoliberal, desde a autogestão de empreendimentos falidos, com o apoio de sindicatos, até a formação de redes de economia solidária, em parcerias com sindicatos e universidades.

Este processo foi acentuado no cenário de desestruturação do mundo do trabalho dos anos 90 e, também, como parte de manobras de delegação de serviços públicos sociais para outros atores sociais não estatais, também embaralhados no jogo clientelista e patrimonialista, com a criação de um falso espaço público não estatal. Ambiente originário de ONGs criadas para consolidar o processo de dominação neoliberal [12] dentro do espectro conservador do terceiro setor e da ideologia da terceira via [13], com o formato de Oscips e outras formatações jurídicas destinadas a substituir o estado social, já que o Estado Paternalista Penal sofre nítido endurecimento Hobbesiano.

No próximo item, demonstrar-se-á como as duas formas de organização societária alternativa no plano jurídico comunitário participativo e econômico associativo comunitário popular se articulam como vias abertas de empoderamento social.

3- Formas de articulação do pluralismo jurídico comunitário participativo e da economia solidária

As práticas e as experiências do pluralismo sedimentam modelos com suas consequências sociais totalmente negativas no campo da delegação jurídica descentralizadora neoliberal ou da busca emancipatória da autonomia libertadora por novos sujeitos coletivos plurais, emancipatórios e

propagadores de um verdadeiro conjunto de práticas jurídicas contrárias aos sistemas de regulação e metabolização capitalistas hegemônicos.

Tal reflexão se liga à busca de um novo patamar de constituição do direito. Nesse sentido, a economia solidária pode ser apreciada como alternativa ao neoliberalismo excludente, inclusive no plano do combate da desarticulação das políticas públicas estatais, embora esta se caracterize por funcionar no circuito inferior da economia capitalista urbana dos países subdesenvolvidos. De acordo com o geógrafo Milton Santos [14], este processo se dá especialmente em períodos de crise, quando o capital delega aos excluídos a sobrevivência na sociedade providência [15].

Esta é a sociedade dos pobres sem recursos, mais rica em solidariedade gerada pelas demandas ocasionadas pela omissão estatal nas políticas públicas sociais desintegradas ou ausentes pela lógica privatizante do neoliberalismo, em que o emprego vai ser buscado nos circuitos da economia informal e subterrânea. Gerada pelo exército de reserva ampliado, a sobrevivência, inclusive em cooperativas, bicos e pequenos negócios informais, acentua-se. Por sinal, tendência histórica que também ocorria no contexto das crises geradas pela Revolução Industrial e por guerras. Dessa maneira, as cooperativas surgem no contexto histórico de crise gerado pelo capitalismo em períodos de extrema transformação social, propiciados por grandes mudanças provocadas pela Revolução Industrial e pelas guerras europeias, com suas graves consequências sobre a desestruturação da economia e da força de trabalho:

Nesta altura, é preciso introduzir as cooperativas, que tinham sua origem também em reações defensivas de trabalhadores, no caso contra preços altos de bens de primeira necessidade. A mais antiga cooperativa, com existência documentada, parece ter sido iniciativa

de trabalhadores empregados nos estaleiros de Woolwich e Chatham, que em 1760 fundaram moinhos de cereais em base cooperativa para não ter de pagar os altos preços cobrados pelos moleiros, que dispunham de um monopólio local. No mesmo ano, o moinho de Woolwich foi incendiado e os padeiros da localidade foram acusados de serem os culpados. Graças ao incidente, a história registrou a existência destas duas cooperativas de produção [16].

Neste cenário de crise do capital, especialmente em sociedades periféricas, as próprias classes marginalizadas têm que criar uma rede de assistência e segurança social própria, quando a sociedade esta afundada em grandes crises recessivas do capital. Sendo assim, suas redes de solidariedade social, como a produzida pela crise da dívida externa nos anos 80 e pela abordagem das contrarreformas neoliberais dos anos 90 se pronunciam.

Não devemos esquecer que a economia solidária é também desestabilizada pela concorrência do desemprego estrutural com seu gigantesco exército de reserva ou pelo pleno emprego Keynesiano, obtido pela gestão macroeconômica desenvolvimentista contemporânea, amparada no crescimento econômico que é baseado no incremento do mercado interno através do planejamento estatal, complementada atualmente por políticas de renda mínima e compensatórias dirigidas aos grupos mais vulneráveis. Processo que já reduziu consideravelmente a economia informal e subterrânea, que capturava boa parte da população economicamente ativa dos anos 90, mas que também reduz a sedução da economia solidária para amplos segmentos de trabalhadores incorporados ao mercado do trabalho pelo pleno emprego:

A primeira década do século XXI passará para a história como um ponto de inversão na trajetória socioeconômica brasileira. As duas últimas décadas do século passado foram muito difíceis, com sinais de regressão econômica e social do país. No ano de 2000, a economia brasileira era a 13ª do mundo, o desemprego atingia 11 milhões de pessoas e o rendimento do trabalho respondia por somente 39% da renda nacional. Vinte anos antes, em 1980, O Brasil encontrava-se entre as oito maiores economia do mundo, com menos de 2 milhões de desempregados e o rendimento do trabalho representava metade da renda nacional. O Brasil recuperou o dinamismo econômico, e o rendimento das famílias cresceu generalizadamente nos anos 2000. Mas, vale notar, isso também ocorreu nos anos 1970 – e de forma mais intensa –, sem ter resultado na diminuição simultânea da pobreza e da desigualdade de renda do trabalho [17].

O cooperativismo, como forma coletivista autogestionária, pode emergir como práxis sócio-jurídica pluralista, comunitária e participativa [18] e não como foco de criação de flexibilização e precarização do trabalho através das cooperativas [19] tônicas do período neoliberal, especialmente das décadas perdidas, ostentadas pelos governos Collor e FHC. Neste quadro, a economia popular e solidária oferece uma oportunidade única de inclusão social com sustentabilidade ambiental, o que implica uma alteração do processo de desenvolvimento econômico crematístico, confundido com o processo de formação de riqueza econômica pela economia burguesa [20] (PORTO; GONÇALVES, 2006). Este que é vulgarmente chamado de crescimento econômico dentro da crematística expansão econômica não sustentável – geração de riqueza concentrada, sem equilíbrio, canibalizadora da natureza e do homem.

No entanto, a economia popular e solidária não reverterá o subdesenvolvimento social histórico de países como o Brasil, se no prisma qualitativo não ocorrer, investimentos em serviços públicos, como educação, saúde e segurança, devido à extrema desigualdade e à transferência de riqueza para o exterior, com reflexões na mortalidade infantil (ARROYO, 2006). Embora vários indicadores nestes campos tenham tido avanços nas últimas décadas, em relação ao desenvolvimentismo do período militar e do neoliberalismo dos anos 90, o empoderamento social e a cultura solidária e participativa ambicionados pelo pluralismo jurídico comunitário emancipatório não se firmaram no plano macrossocial. Isto porque o padrão de inclusão produtivo e de concessão de direitos sociais, embora melhor edificado, ainda são hierárquicos e verticais, metabolizados pelas forças do mercado, mesmo que estas estejam agora reguladas pelo capitalismo de Estado.

Assim, o desafio da distinção da economia solidária das práticas conservadoras do terceiro setor [21], ou mesmo fraudulentas de atores empresariais capitalistas, é premissa essencial para a formação de uma autêntica economia alternativa capaz de desafiar a lógica do mercado neoliberal. Impõe-se como polo de resistência dentro do campo do solidarismo emancipador, também objetivado por um pluralismo jurídico comunitário participativo na esfera da democratização cidadã do direito:

O segundo desafio a ser enfrentado pela economia solidária é a demarcação precisa entre as verdadeiras alternativas e as práticas conservadoras no chamado terceiro setor. As elites dominantes vêm desenvolvendo uma ardilosa estratégia para assegurar a hegemonia nesse campo. Sob o charme cativante do trabalho voluntário, das parcerias cidadãs, das empresas sociais, observa-se a

tentativa de preservar privilégios, assegurando a legitimidade elitista na condução dos processos sociais. Os estragos do capitalismo foram tão grandes que se nada for feito, a exclusão, a marginalização e o empobrecimento de largas faixas da população trazem o risco de convulsão social ou do direcionamento da violência contra os poderosos. Como demonstrou Bronislaw Geremek em *A piedade e a força* (1978), ao longo da história ocidental, para frear essa ameaça, as elites se valem hora da força, hora da piedade. Atualmente, a ofensiva caritativa conservadora disputa terreno com as verdadeiras iniciativas do solidarismo emancipador, mas se não der resultados, a estratégia poderá ser outra [22].

As comunidades atingidas pela lógica neoliberal também se organizam de variadas formas para resistir à barbárie, em algumas ocasiões surgem movimentos que edificam novas experiências, as quais permitem vislumbrar oportunidades emancipatórias em face da crise dos polos tradicionais de regulação jurídica e social:

Os movimentos das massas não controladas pela esquerda pragmática cresceram de importância, à primeira vista, como estratégia defensiva contra o aprofundamento das políticas de privatizações. Porém, mais importante, a nova resistência vincula a novas formas de produção: as ocupações de terras e as cooperativas de trabalhadores do campo no Brasil e no Paraguai, e também os produtores de coca na Bolívia, relacionam-se com formas de produção cooperadas que buscam alianças com organizações de trabalhadores urbanos [...] [23].

Em outros contextos, o pluralismo jurídico remete a barbárie de sociedades vitimadas pela ausência do aparato estatal assistencialista, que busca garantir a sua sobrevivência em situação de violência estrutural gerida por uma lógica, que não deve ser romantizada pela pesquisa acadêmica. O direito insurgente, por outro lado, como ponto de reflexão epistemológica, representa uma ameaça ao Direito estatal, mais do que o crime organizado, o banditismo ou a lavagem de dinheiro.

O Estado teme a violência fundadora, isto é, capaz de justificar, de legitimar (begründen) ou de transformar as relações de direito (Rechtsverhältnisse) e, portanto, apresenta-se como tendo um direito ao direito. O que ameaça o direito pertence já ao direito, ao direito ao direito, à origem do direito. A greve geral, por exemplo, fornece um fio condutor precioso, já que ela exerce o direito concedido para contestar a ordem do direito existente e criar uma situação revolucionária, na qual se tratará de fundar um novo direito, se não, sempre veremos em um instante, um novo Estado [24].

Neste cenário, o próprio pluralismo jurídico comunitário participativo, estando conduzido por novos sujeitos coletivos de direito, pode-se prestar a esta interpretação de choque com o sistema jurídico estatal, principalmente quando o mesmo está reconvertido pela lógica neoconservadora contemporânea de privatização e redução da democracia. Processo desencadeado pela lógica vigente na concepção do Estado Mínimo neoliberal na área social e de repressão ampliada aos sujeitos coletivos de direito quando representam um poder social que suprime a lógica de financeirização dominante. Entretanto, a insurgência é também necessária nos momentos de expansão econômica, propondo horizontes autogestionários e de mobilização social, capazes de superar a alienação gerada pelo consumismo e individualismo excessivos produzidos pelas sociedades capitalistas

contemporâneas e gerenciar a democracia direta e participativa, radicalizando a democracia.

Os movimentos sociais assumem historicamente uma posição contestadora a exemplo dos movimentos dos Sem Terra, que lutam pela democratização da terra, ou dos movimentos urbanos, que lutam pela socialização da moradia ou coletivização da produção.

4- O pluralismo jurídico comunitário participativo e a economia solidária como ferramentas para a construção de uma nova estatalidade político-jurídica e um novo mundo econômico

Outra questão vital é a da contribuição da problemática ecológica para redimensionar as novas perspectivas e os horizontes possíveis do mundo do trabalho dentro da busca de condições sociais dignas de reprodução da humanidade e do entorno ambiental, o que exige outra estratégia para responder pelos danos sociais e ecológicos que ameaçam ao planeta. Desta forma, o papel do marxismo e de outras concepções socialistas inclusive as da Filosofia da Libertação devem ser mudadas em face às novas demandas e aos novos desafios colocados pela dimensão ecológica da crise planetária atual, cindida com a crise econômica e de sociabilidade, inerentes ao atual estágio de desenvolvimento da crise do capital.

Isso não permite tratar as questões ecológicas e sociais de forma independente, incluindo aí uma nova ecologia dos saberes jurídicos e econômicos que podem ser legitimados pelo pluralismo jurídico comunitário participativo em sinergia com a práxis da economia solidária.

Tem cada vez menos sentido tratar as questões ecológica e social de forma independente, tanto no plano político quanto

reivindicativo. Não podemos aceitar ou estaremos correndo o risco de contradições explosivas, desenvolver dois conjuntos paralelos de medidas, um para responder às necessidades sociais (salvar a humanidade) e outro para responder aos danos ecológicos (salvar o planeta). O objetivo atual é combinar estas duas exigências solidárias em um mesmo programa de ação que seja, de fato, coerente. Isto vale também para o plano teórico: a ecologia não deveria ser reduzida a um capítulo adicionado, a uma peça importada para um programa fundamental de transformação social imutável, ela faz parte dos questionamentos contemporâneos que impõem uma revisão geral das concepções socialistas e marxistas [25].

Esta premissa básica é ditada pelo cenário contemporâneo e futuro, desenhado pela perspectiva que implica em uma ruptura do paradigma cartesiano mecanicista imposto pelo saber matematizado e quantitativo do capitalismo naturalizador da realidade social e da “civilização” capitalista [26]. Estas vão rumo a uma nova articulação epistemológica dos saberes, demarcada pelo suleamento no sentido Paulo Freiriano da autonomia pedagógica popular libertadora.

Esta busca implica na perspectiva de um novo Estado forte na questão social e ambiental, que seja passível de seu controle transparente pelas ações democrática e pluralista dos sujeitos sociais coletivos insurgentes, os quais moldam práticas sociais e jurídicas pluralistas. Um Estado não baseado no monismo jurídico, mas na pluralidade de fontes jurídicas, na pluralidade dos poderes sociais, e não apenas na dualidade de poderes – que vá além da dualidade de poderes preconizada pelo marxismo leninismo, com seus soviets subordinados ao “centralismo democrático”.

Isto pode ser efetuado pela pluralização das esferas jurídicas a partir dos movimentos sociais, o que implica na quebra do modelo do monismo jurídico conservador imposto hierarquicamente para consolidar uma dominação racional legal, desenhada a favor das oligarquias ou das classes dominantes. Esta nova esfera social dialógica insurgente implica também na reconstrução de um novo mundo das solidariedades culturais, econômicas e étnicas, situadas em um novo marco ético da alteridade, capaz de desconstruir as premissas do produtivismo capitalista antissocioambiental, induzindo a uma solidariedade dialógica, plural, horizontal e basista, formada por redes de troca solidária e por uma cultura da partilha fundada na ética da alteridade.

Esta nova maneira de conceber a economia de uma forma indivisível em relação às outras realidades sociais fundamentais se edifica pela busca de um plano emancipatório libertador, o qual somente pode ser consolidado pela ação da práxis de intelectuais e da própria comunidade de vítimas, sujeitos coletivos e intelectuais orgânicos coletivos. Além disso, também se constrói pelas lógicas do partido ou do príncipe, defendidas por Gramsci e Lênin, que não precisam ser eliminadas, mas devem ser subordinadas à base da espontaneidade dos movimentos sociais que os criaram, mitigando a lógica de burocratização institucional, típica da chegada ao poder estatal, com a cooptação da guerra de posição e a fragilidade da guerra de movimento no sentido gramsciano.

Estes sujeitos coletivos buscam romper com os modelos de dominação eurocêntrico e etnocêntrico, postos pela colonização econômica, simbólica e cultural. Em outras palavras, efetivam o movimento dialético de ruptura descolonizadora com o imperialismo e o colonialismo cultural. Este novo projeto se funda em uma nova ética da libertação, o qual cede ao conteúdo empírico do mundo da vida, superando o procedimentalismo vazio e o puro do formalismo da ética do discurso, ao produzir uma simetria crítica em meio

à situação de assimetrias hegemônicas, através do recurso a uma ética do conteúdo ou material [27].

Esta virada antropológico-filosófica civilizacional em prol de uma nova política assentada nas bases societárias populares somente pôde ser obtida a partir da descolonização das premissas utilitárias impostas sobre “o mundo da vida”, as quais impediram a via dialógica intercultural emancipatória da América Latina através do processo de espoliação secular, criado secularmente sobre a região. Este processo remonta a dominação ibérica, passando pela dominação inglesa antilhana e estadunidense da América do Norte, que suprimiu todos os marcos revolucionários que se tentaram pôr contra a dominação colonial [28].

A racionalidade instrumental colonial foi imposta sobre a base de genocídios etnocidas sem escala comparativa no plano da constituição da modernidade, explorando riquezas como o pau-brasil, o açúcar, o café, o ouro, os diamantes, a prata, o cobre, a bauxita, o manganês, o zinco, bem como os povos indígenas, os africanos trazidos em navios negreiros e os imigrantes integrados às *plantations*. Hoje, a busca do domínio energético geopolítico se volta para o Petróleo, o “ouro negro”, tão visado pelas tentativas de privatização da década de 90, e que sabemos ser insustentável do ponto de vista ambiental e geopolítico, assim como sobre a água de rios e aquíferos, a biodiversidade.

Hoje a nova monocultura do bioetanol com seus efeitos sociais e ecossistêmicos entrópicos edificam a visualização da troca ecológica desigual e do Mito do Desenvolvimento Sustentável, despertado em Estocolmo em 1972. A troca ecológica desigual realizada no plano internacional entre Norte e Sul cria uma relação em que a falha metabólica entre Capital e Natureza se acentua e, complementarmente, a existente entre Capital e Trabalho. Os países beneficiados por esta troca se tornam sintrópicos, sendo consumidores

da energia e matéria produzida nos países periféricos, exportando entropia para os países que recebem os investimentos operados pela externalização da poluição, dos resíduos e do extrativismo orientado para os centros consumidores imperiais mundiais [29].

Os canaviais de São Paulo, a expansão da fronteira da soja no Cerrado, no Centro-oeste e na região norte ocasionaram novos holocaustos ambientais com a grilagem e o assassinato de posseiros e indígenas, por madeireiros, fazendeiros e pecuaristas. Este processo foi demonstrado no episódio da Raposa Serra do Sol [30], na flexibilização do Código Florestal e nas propostas de emenda constitucional – PEC-215/2000, que pretende alterar o art. 231 da Constituição de 1988, o qual visa retirar do executivo e deixar para o legislativo a prerrogativa da demarcação de terras indígenas, assediadas pela agroindústria e pelas mineradoras, sempre insaciáveis e clamando pela liberdade plena para o saque.

Não há a mínima preocupação com a formação de novos etnocídios contra os povos indígenas, tudo isso é baseado nos velhos preconceitos eurocêntricos e na busca de lucros desmesurados pelas oligarquias rurais do país e por empresas estrangeiras exportadoras de soja, minérios, carne e madeira, com o apoio conveniente da mídia monopólica patrocinada pela publicidade ligada a estes grandes grupos. Essa é a nova faceta do colonialismo, que hoje designamos por injustiça e racismo ambiental, demarcada pela falta de alteridade antropológica, incapaz de ver a sabedoria epistemológica da cosmologia dos povos indígenas em sua relação de reciprocidade com a natureza.

Esta ideologia conservadora se funda na inevitabilidade do choque cultural, de forma que a cultura mais forte deve prevalecer em detrimento dos direitos dos diferentes, das minorias, isto é, aplicado entre nações com empreendimento de guerras preventivas e, também, entre grupos culturais,

étnicos, utilizando a diferença cultural como estereótipo [31] legitimador da violência e da dominação dos grupos minoritários. Estão aí os mesmos grupos, que privatizam o patrimônio público brasileiro e forjam um discurso nacionalista contra os indígenas. Esta modelagem societal capitalista eurocêntrica é incapaz de valorizar algo situado fora da esfera da troca, como o mosaico de um país sociobiodiverso como o nosso, no plano cultural, com mais de 100 grupos linguístico na Amazônia e 200 no Brasil inteiro.

Há a desvalorização dos saberes etnobotânicos e da epistemologia do sul, através da rejeição dos saberes locais, por não terem validação progressiva do etnocentrismo religioso, do sociodarwinismo colonialista ou, hoje, do universalismo científico da monocultura eurocêntrica dos saberes. De acordo com Boaventura de Sousa Santos [32], é negada a verdade local dos indígenas, dos povos da floresta, dos quilombolas, inclusive, são ocultadas suas existências pela invisibilidade social ditada pelo encobertamento vigente, desde as encomendas e bandeiras de apressamento até o desrespeito contemporâneo com a identidade cultural dos povos indígenas e de suas terras. O processo de aniquilamento físico, cultural e espiritual perpassa o ocultamento, os encobrimentos cultural e epistemológico, efetuados desde as invasões europeias.

A busca de vetores simbólicos não antropocêntricos é vista como superstição, já que, para os indígenas, o homem pertence a terra, e não o contrário; como a visão da modernidade eurocêntrica da propriedade privada sustenta. A visão deles para o reino botânico e zoológico é também demarcada por uma tradição não antropocêntrica de espiritualização e sacralização do ambiente e de sociedades contra a autoridade hierárquica estatal, de acordo com Pierre Clastres [33] em “As famosas sociedades contra o Estado”. Diante disso, quem tem a ensinar e quem tem a aprender, ou melhor, porque o bloqueio do diálogo intercultural?

5- Para uma contextualização do direito cooperativo e do direito relativo ao terceiro setor, no intuito de formar marcos balizadores do pluralismo jurídico neoliberal, que geram a necessidade de diferenciação do modelo comunitário participativo.

O atrelamento das cooperativas ao espectro da regulação neoliberal, que determina a formação de uma sociedade civil moldada pelo príncipe mercado sob o domínio dos seus intelectuais coletivos privatizadores, incluindo a mídia monopólica neoliberal, bem como o uso do disfarce latente no ideário da responsabilidade social e ambiental do empresariado e a formação de redes, em que as cooperativas dissipam o ideal da sua autonomia coletiva e da sua independência das conexões empresariais, tornam-se meros mecanismos de legitimação publicitária e social dos agentes mercatórios.

Na medida em que, dentro do mercado capitalista, atrelam-se os propósitos da legitimação dos *players* privilegiados do mercado neoliberal, ligados ao terceiro setor e afastados da formação de uma economia alternativa ao capitalismo popular e solidária, o cooperativismo tradicional se afasta de qualquer ideal pluralista e emancipatório. Nesse sentido, forma-se o *marketing* social empresarial, atento à promoção de processos comunitários de participação social subordinada, através do envolvimento “voluntário” de habitantes de comunidades como fornecedores baratos de mão de obra e de matérias-primas para a indústria de cosmético, por exemplo.

O capitalismo sempre catalisa um processo de supersubordinação, inclusive com a apropriação do tempo livre para a descoberta de novas habilidades anteriormente desconhecidas. Assim, a lógica do “moinho satânico” capitalista polanyiano continuará dominante [34] dentro das práticas enganosas do capitalismo verde – novo disfarce utilizador do rótulo embutido como marca das práticas sustentáveis do mundo empresarial –, sem

querer satanizar seus agentes aprisionados à mentalidade do moinho satânico acima descrito:

O investimento e a inserção na comunidade, incentivando o desenvolvimento social com o intuito de criar mais identidade e justiça, constituem uma vantagem competitiva e um diferencial para a empresa. Com o desenvolvimento do trabalho voluntário pelas empresas, é possível observar progressos nas atitudes de seus trabalhadores. Estes tornam-se pessoas mais humildes, dispostas a ouvir o próximo e ajudá-lo, tornam-se mais animados e mais criativos, valorizando sobremaneira a sua realidade, podendo a empresa detectar novas habilidades anteriormente desconhecidas [35].

O discurso da terceira via, consubstanciado na ideologia do terceiro setor, parece atraente, por sinalizar uma utopia pragmática centrada na própria economia capitalista globalizada neoliberal:

[334] A utopia e o projeto possível, racional, com a colaboração da ciência e da técnica, fruto da discursividade democrático-intersubjetiva, não é então: a) a utopia impossível do anarquista, b) nem tampouco a utopia do sistema vigente, c) nem uma idéia meramente reguladora e transcendental (como a comunidade de comunicação ideal da Ética do transcendental (como a comunidade de comunicação ideal da Ética do Discurso). É uma utopia que passou pela prova da factibilidade a partir do horizonte, das exigências ético-materiais e moral-formais. Neste último aspecto, a utopia da mesma forma que as alternativas em todos os níveis, deve ser alcançada mediante consensualidade da comunidade crítica no descobrimento das alternativas concretas

factíveis, com o uso de técnicas, ciências, peritos críticos etc., para que as alternativas ética e moralmente sejam possíveis empiricamente. Aplica-se aqui o princípio crítico ético de factibilidade transformadora. A utopia se faz projeto possível e, posteriormente, programa empírico [36].

Nestas condições, a subjetividade e a saúde dos trabalhadores, no seu meio ambiente de trabalho, parecem mais do que drenadas pelos processos de assédio moral e pelas novas patologias laborais, como a depressão, o suicídio, etc. Nesse contexto predatório, a principal concorrência está difusa entre os próprios trabalhadores, devido ao gerenciamento das técnicas organizacionais desdobradas por meio do padrão toyotista, cooptadoras da subjetividade dos trabalhadores, e adensadas pela aceleração do processo de produção oportunizada pelas novas tecnologias, como a internet, o celular, etc.

Este novo processo é chamado por alguns de fluxo tênsil [37]. Talvez a explicação esteja mais próxima das novas formas de extração da mais valia relativa, agora realizadas de maneira mais sutil, já que estão naturalizadas pela nova ideologia patronal hegemônica. Nessa concepção estão difusos e impregnados todos os tecidos sociocomunitários da sociedade do espetáculo, em um processo de fragmentação laboral emergente do emprego das novas tecnologias, que converge para a sociedade global do entretenimento e do espaço narcisista do individualismo privado. Este é o único campo societal compatível com as formas de produção, advindas do padrão criado pelo modelo neoliberal orientado pelo consumo [38] – a ideologia é alimentada pela esfera circulacionista informacional.

Para uma maior inteligibilidade da esfera jurídica cooperativa, para se situar neste contexto amplo, é necessário estabelecer quais pontos são utilizados para defini-la como sociedades cooperativas – preceitos retirados

dos quadros da própria Aliança Cooperativa Internacional: a) tratar-se de uma entidade com dupla natureza, é ao mesmo tempo uma sociedade de pessoas e uma empresa econômica; b) apoia-se na ajuda mútua dos sócios; c) possui um objetivo comum e predeterminado de afastar o intermediário e propiciar o crescimento econômico e a melhoria da condição de seus membros, os quais possuem na união a razão de sua força; d) visa prestar serviços aos próprios associados [39].

O espectro legal do cooperativismo está centrado na Lei cooperativa que é a lei 5764/71 [40], parcialmente alterada pela lei 6981, de 30 de março de 1982 [41], que hoje rege a política nacional do cooperativismo. Dessa forma, a lei foi constituída no quadro do período militar, que visava fortalecer o cooperativismo agrário [42] suportado por grandes proprietários. A lei não foi projetada em um contexto de participação comunitária ou de movimentos sociais, mas em um período refratário às demandas sociais sob os anos de chumbo da ditadura civil-militar brasileira.

A dinâmica formal do tratamento jurídico do cooperativismo está também expressa no Código Civil de 2002, que instituiu a indivisibilidade do fundo de reserva, visando fortalecer o patrimônio da cooperativa para os credores através do art. 1094. Este também ampliou a previsão do art. 28, inciso I da lei cooperativa, que estabelecia o fundo para a garantia da solvência de eventuais passivos, ou mesmo, para a realização de investimentos nas melhorias das atividades da cooperativa a partir da formação do fundo com o valor mínimo de 10% das sobras líquidas, sendo captadas pela dedução de um pequeno percentual do retorno a quem tem direito, cada cooperado [43]. Em outros termos, o tratamento jurídico é voltado à incorporação destas sociedades pessoais para as práticas de mercado e comércio.

A responsabilidade dos cooperados, no artigo 1095, pode ser limitada ao valor de suas cotas do capital social ou ilimitada, sendo que, em ambos os

casos, a responsabilidade será subsidiária nos termos do art. 13 da lei 5764/71 do cooperativismo [44]. Talvez o ponto vital das modificações introduzidas pelo novo Código Civil esteja no inciso II do art. 1094, que diz: “são características da sociedade cooperativa: II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo”, pois este eliminou o óbice da constituição das cooperativas por 20 membros, o que era próprio da lei criada sob o viés da lei 5764/71, feita no bojo do incentivo do setor primário, como a empresa rural ou o latifúndio extensivo – um pequeno passo na democratização incipiente, ainda totalmente metabolizada pelo espectro do capital.

Este é o contexto de dominação racional-legal, expresso na racionalização legal procedimental e evidenciado pelos dispositivos legais acima retratados, partes integrantes da tecnocracia normativa, que estabelece o modelo abstrato de regulação legal, necessário à racionalização formal capitalista. Outra questão se refere aos contextos material, social e cultural, em que estas organizações emergem. Dessa forma, no caso das cooperativas, considera-se essencial, mais uma vez, utilizar a máxima de que o rótulo jurídico nivelador mais confunde do que identifica. Está aí a necessidade do estudo metuculoso do suporte fático:

O rótulo jurídico confunde pois, mais do que identifica, o que é cooperativismo. Sobretudo se quiser distinguir o cooperativismo conservador do renovador. O cooperativismo dos grandes daquele dos pequenos. O cooperativismo dos latifundiários daquele dos sem-terra. O cooperativismo capitalista, do de perfil socialista. A prática efetiva e não a mera etiqueta jurídica é o critério identificador da associação cooperativa, a qual pressupõe as seguintes características: propriedade, gestão e repartição cooperativas. Essas características, e não o registro junto aos

“órgãos competentes”, são os reais indicadores de uma prática cooperativista [45].

O cooperativismo tradicional se remete ao espectro formal, não ao transformador, a sua visão é a da interligação com as redes capitalistas convencionais, que se constituem em uma forma de arregimentação da escala de redes empresariais de grande porte, sustentadas pelo aporte legal convencional [46]. Tal base se difere completamente do pluralismo jurídico emancipatório identificado, com a proposta transformadora da autêntica economia solidária, que busca a transformação social através da práxis reconhecedora da alteridade do ser humano que edifica a formação ética de cooperativas, associações, entidades comunitárias motivadas pelo conduto material do solidarismo, arregimentando um direito pluralista comunitário e participativo, dito como informal apenas dentro do plano do convencionalismo legal burguês.

A exemplificação de tal dilema transparece pela homogeneização, embora esta não seja clara para a maioria das pessoas integrantes destes movimentos, que buscam apenas a difícil sobrevivência cotidiana, a preservação ou construção de uma identidade através de empreendimentos focados na sua existência no mundo das necessidades [47], dentro de um meio social periférico matizado pela concentração de renda:

Uma nota ideológica queremos exteriorizar. O movimento cooperativista é, muitas vezes, associado à ideia anticapitalista, como uma forma de precedência à sociedade capitalista ou comunista. Não ingressaremos nessa seara, principalmente porque, se a doutrina cooperativista, muitas vezes, traz tal conotação, não se pode afirmar que os cooperativistas, na prática, busquem tal finalidade ideológica. E podemos exemplificar isso por intermédio

do movimento cooperativista que mais se desenvolveu no Brasil ao longo do período que antecedeu à Constituição Federal de 1988, o cooperativismo agrícola, cujos membros, fazendeiros, constituem uma classe reconhecidamente conservadora. E mais, as sociedades cooperativas desenvolvem-se muito em países notoriamente capitalistas, como a Inglaterra e os EUA. Ao largo de toda discussão filosófica que cerca o tema, afirmamos que nossa análise restringir-se-á a aspectos normativos, tratados com neutralidade enquanto objetos de outras áreas do conhecimento científico [48].

A declaração dos princípios cooperativos de Rochdale pela doutrina do cooperativismo jurídico tradicional demonstra a desconexão entre o verniz jurídico e a contextualização histórica. Assim, são proclamados os princípios emergentes do modelo de evolução principiológica de Rochdale [49], como o princípio da adesão livre, o controle democrático pelos sócios, a participação econômica dos sócios, a autonomia e a independência, a educação, o treinamento e a informação, bem como a cooperação entre cooperativas [50].

Na prática, evidencia-se o uso das cooperativas para estruturar práticas neoescravistas de subcontratação nas malhas da terceirização ou próximas do assalariamento convencional. Estas questões são negligenciadas, para que se possa ceder apoio às premissas neoliberais de ampliação do lucro por práticas neoliberais induzidas por falsas cooperativas ou pelo cooperativismo mantido por grandes proprietários rurais, cristalizadores do agronegócio centrado na monocultura capitalista.

Dentro dessa orientação, uma série de legislações cooperativas da América Latina têm-se adaptado ao contexto social para exprimir um apoio ao cooperativismo popular autêntico [51], tendo em vista as dificuldades do transplante dos marcos principiológicos cooperativos, situados no molde

cultural eurocêntrico de Rochdale para o contexto específico das comunidades latino-americanas [52]:

No caso das cooperativas populares, tendo em vista sua formação comunitária, familiar ou cultural, como regra, seus integrantes fazem parte de um grupo restrito e bem determinado por relações pessoais. Não se pode imaginar que uma cooperativa familiar possa ser obrigada a aceitar indivíduos estranhos ao seu núcleo. Exemplificativamente, também não é razoável imaginar artesãs que trabalhem por prazer de convívio, com relações de décadas, obrigadas a aceitar o ingresso de novas mulheres, sem laços afetivos com o grupo [53].

Outro ponto fundamental a ser discutido na questão do cooperativismo tradicional conservador e nas organizações sociais do terceiro setor como um todo é o do reposicionamento do poder estatal, de maneira que os serviços essenciais deste migrem para a órbita de um pluralismo jurídico policêntrico neoliberal infrajurídico, dentro do espectro amplo do terceiro setor, que gera o marco regulatório legal de desconstrução plena do Estado Social. Nesse caso, ocorre a quase total delegação da prestação destes serviços sociais públicos para as entidades constituintes do terceiro setor, como Fundações, OSCIPS, Organizações sociais, cooperativas, etc..

Não se nega o possível e bem-vindo papel suplementar dessas instituições, mas, sim, a total substituição das políticas públicas estatais por estas entidades captadoras dos fundos públicos, com a privatização do planejamento estatal, por este modelo delegativo. Dentro dessa configuração conservadora neoliberal se terá como objetivo a cooptação, a competição e o combate do autêntico pluralismo jurídico comunitário participativo emergente, dos sujeitos coletivos plurais da sociedade civil, aqui,

interpretados enquanto movimentos sociais compromissados com a transformação socioeconômica profunda e contrária ao espectro das políticas neoliberais:

Ao contrário do ideário do terceiro setor que proclama o Estado prestador de serviços como antidemocrático e o Estado neoliberal que apenas exerce a regulação como democrático, opinamos que um Estado pode ser radicalmente democrático apenas buscando um engajamento da sociedade civil na discussão e constituição de políticas públicas sem, necessariamente, utilizar-se do chamado terceiro setor para atendimento das demandas de responsabilidade direta do Estado. Ou seja, um Estado pode ser substancialmente democrático, conforme lição já esplanada de Celso Antônio Bandeira de Mello, sem necessariamente privatizar os seus serviços públicos, principalmente os sociais, às entidades sem fins lucrativos, ou mesmo realizar a atividade de fomento junto ao terceiro setor [54].

Esta visão, de subvenção neoliberal da terceira via, sustentada na ideologia do público não estatal, está evidenciada na contratualização neoliberal das políticas públicas pelas reformas de Estado da América Latina. Iniciadas durante a governança neoliberal de Bresser Pereira, a síntese da sua configuração jurídica se dava pela prestação de serviços sociais por organizações sociais regidas através de contratos de gestão mediante subvenções sociais do Estado, dentro de mais um modelo de pluralismo jurídico policêntrico infrajurídico neoliberal:

Então a figura do contrato de gestão ocupa lugar de destaque na estratégia administrativa preocupada em alterar o perfil do Estado.

A relação entre núcleo estratégico do Estado e demais setores deixa de ser disciplinada pela lei, na qual impera uma relação de mando, de subordinação, e passa a ser disciplinada pelo contrato, no qual impera uma relação de coordenação, de cooperação, sendo que, por intermédio do contrato de gestão, o núcleo estratégico do setor do Estado apresenta aos demais núcleos os objetivos que devem ser cumpridos [55].

Tendo em vista a contextualização singularizadora dos processos de regulação neoliberal sobre o cooperativismo tradicional do setor primário ou das cooperativas de trabalho arremetedoras de mão de obra, do pluralismo jurídico mercatório neoliberal, assim como das experiências do cooperativismo autêntico popular dentro da busca de um pluralismo jurídico comunitário participativo de cunho emancipatório libertador, partimos para as considerações finais.

6- Considerações finais

O tema do pluralismo jurídico deve-se conectar com as propostas de transformações sociais possíveis no atual cenário da globalização, por meio da busca de uma globalização alternativa, basista, pluralista e pós-colonialista. O fatalismo de uma via única e inexorável do processo de internacionalização neoliberal já foi parcialmente rompido por novos projetos manifestos na Venezuela, Bolívia, Equador, Nicarágua.

Embora estes processos não tenham ainda consolidado uma via pluralista totalmente libertária e emancipatória dentro de um projeto utópico pós-colonial latino-americano. Tais países introduziram a expectativa de um constitucionalismo latino-americano que cede espaço para os povos

indígenas, para outros grupos marginalizados e para a própria natureza como sujeitos coletivos que expressam este pluralismo societal.

O período áureo do neoliberalismo parece ter perdido temporariamente intensidade em nossa região, excluindo totalmente países como Colômbia e Paraguai, os quais estão imersos neste universo globalitário. As propostas de reconstrução do mundo econômico e jurídico se evidenciam, porém, limitam-se pela forma jurídica ainda controlada pelo capitalismo de Estado, algo distante da emancipação preconizada nos Fóruns Sociais Mundiais, que expressa um novo internacionalismo emancipatório insurgente.

A democratização ética, possibilitada pela autogestão das formas de produção da economia popular e solidária, dentre as quais se incluem o cooperativismo popular autêntico preocupado com a produção e o consumo éticos e materialmente sustentáveis, torna-se um meio viável para alcançar uma sociedade baseada no paradigma de gestão democrática. Esta que é partilhada do ambiental e do social, a partir dos grupos sociais excluídos: sem terra, sem teto, indígenas, quilombolas, trabalhadores, etc.

A ligação desta nova economia com o pluralismo dialógico de movimentos sociais camponeses, comunidades indígenas, quilombolas, povos da floresta permitem pensar na possibilidade de emergência de uma nova ética de libertação, capaz de ir além da civilização capitalista. Seu viés retifica fetichismo de acumulação pela propriedade privada, bem como da militarização e criminalização dos movimentos sociais representativos da população marginalizada pelo eurocêntrismo, colonialismo, etnocentrismo e racismo, esboçados como marcas culturais indelévels pela civilização capitalista colonial invasora, imposta aos nativos, escravos e trabalhadores.

No entanto, o mundo econômico não pode ser transformado sem uma proposta de mudança no plano jurídico, cuja democratização passa pela

reconfiguração do plano da estatalidade e pelo anúncio de um novo direito comunitário forjado pelo cotidiano dos povos de nossa região e do mundo, silenciados pelo poder econômico e pelas formas culturais eurocênicas, edificadoras da servidão e do extermínio. A democratização da “esfera pública”, melhor seria dizer das práticas comunitárias pluralistas emancipatórias insurgentes, pode ser atingida pelo pluralismo jurídico comunitário participativo, em que os novos sujeitos coletivos plurais e mesmo os movimentos sociais tradicionais configurarão um direito calcado no ideário da democratização direta e participativa, orientada pelo controle sociojurídico comprometido com a justiça social e ambiental.

Tal legitimidade possibilita a efetivação de novas formas sociais, jurídicas e epistemológicas, voltadas para uma consolidação não antropocêntrica dos direitos humanos, rompendo com a cultura jurídica dogmática, conservadora e elitista, própria de nossa tradição sócio-histórica e forjada pelo modelo colonialista eurocêntrico e etnocêntrico e pelas novas formas de gestão neoliberal, multilaterais e neocoloniais, sequestradoras do tempo e das riquezas de nossa região. Esta proposta conjunta se pauta em um novo plano de alteridade ético-material, que se chocará com a cultura político-jurídica do bloco histórico hegemônico conservador, performado nas últimas décadas por um neocolonialismo que busca sempre criar um monismo jurídico do Estado, mínimo na área social e máximo na esfera repressiva. A referida política é exposta pelo multilateralismo, que se preocupa unicamente com o comércio e a segurança jurídica estabelecida em prol de investimentos efetivados pelas transnacionais e encontra o seu corolário máximo contemporâneo no Velho Continente abduzido pelo neoliberalismo, com o seu sacerdócio multilateral a serviço do sistema financeiro e da geopolítica militarizada pelos EUA, ONU e OTAN.

Esta sociabilidade vigiada, delega há apenas uma participação residual tímida e tutelada da população em relação aos processos sociais de controle político e jurídico, pode ser superada por modelos coletivistas, solidários e comunitários de gestão social, econômica e cultural. Representações que são capazes de organizar demandas e constituir formas “institucionais” democratizadas e acessíveis a práticas comunitárias plurais, com potencial de consolidar uma esfera dialógica e participativa de gestão dos povos e não de corporações privatizadoras.

Os novos mundos possíveis poderão constituir novas formas utópicas que, em um plano de compreensão e transformação da complexidade, poderão sedimentar-se pela edificação do Princípio Esperança, da conjugação de novas formas econômicas e jurídicas plurais e do caminho do plano utopístico da autogestão jurídica e econômica. Isto gera a autonomia coletiva de grupos até hoje vitimados pela exploração colonialista e neocolonialista do capital, sem incorrer nos vícios do neoliberalismo com suas reformas, visando um Estado mínimo para as oligarquias beneficiadas pela financeirização econômica.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; Braga, Ricardo Peake (coord.). *Cooperativas à luz do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARROYO, João Cláudio Tupinambá; Flávio Camargo Schuch. *Economia popular e solidária: a alavanca para um desenvolvimento sustentável e solidário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006 (Coleção Brasil Urgente).

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Formação do Império Americano*. Da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque. 2. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2006.

BECHO, Renato Lopes. *Tributação das cooperativas*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado*. Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. *Direito do Trabalho no Terceiro Setor*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CATTANI, Antonio David (Org.) A outra economia: os conceitos essenciais. 1. ed. In: CATTANI, Antonio (Org.). *A outra economia*. Porto Alegre: Veraz, 2003.

CIMADAMORE, Alberto D.; Antonio David Cattani. *Produção da pobreza e desigualdade na América Latina*. Porto Alegre: Tomo Editorial/Clacso, 2007.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. Rio de Janeiro: ERCA, 1990.

COLAÇO, Thaís Luzia. *Incapacidade Indígena*. Tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Civilização Capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do Trabalho: A passagem de um regime despótico para um regime hegemônico. In: WALDRAFF, Célio; COUTINHO, Aldacy R. (Orgs.) *Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho*: temas atuais. Curitiba: Juruá, 1999. p. 18.

CRÚZIO, Helnon de Oliveira. “Por que as cooperativas agropecuárias e agroindustriais brasileiras estão falindo?” *Revista de Administração de Empresas*. v. 39, n. 2, abr./Jun. 1999.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Traduzido por Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURAND, Jean Pierre. A refundação do trabalho no fluxo tensionado. Traduzido por Leonardo Gomes Mello e Silva. In: Tempo Social. *Revista de Sociologia da USP*. Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. v. 15, n. 1, abr. 2003. São Paulo: USP, FFLCH, 1989.

DUSSEL, Enrique. *De Medellín a Puebla uma Década de Sangue e Esperança: de Sucre à crise relativa do Neofaciscismo – 1973-1977*. Traduzido por Luis João Gaio. São Paulo: Edições Loyola, 1982.

_____. *Ética da Libertação*. Traduzido por Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Traduzido por René Ernani Gertz. Revisado por Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FATTORELLI, Maria Lucia. Bolsa Rico. In: Antonio David Cattani; Marcelo Ramos Oliveira. *A sociedade justa e seus inimigos*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2012.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. 45. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

JAMESON, Fredric. *A cultura do dinheiro*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001.

KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque*. A ascensão do capitalismo do desastre. São Paulo: Nova Fronteira, 2008.

LIMA NETO, Arnor. *Cooperativas de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2004.

MANCES, Euclides. *A revolução das redes*. A colaboração solidária como uma alternativa pós-capitalista à globalização atual. Petrópolis: Vozes, 2001.

MAUAD, Marcelo. *Cooperativas de trabalho e sua relação com o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e Questão Social*. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O Mito do desenvolvimento sustentável*. Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: UFSC, 2008.

MUÑOZ, Luis. *Cooperativismo e Direito*. Identidade Latino-Americana das Cooperativas Populares. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

PETRAS, James. *Armadilha Neoliberal e alternativas para a América Latina*. São Paulo: Xamã, 1999.

POCHMAN, Márcio. Políticas públicas e situação social na primeira década do século XXI. In: SADER, Emir. *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 145,

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. As origens da nossa época. Traduzido por Fanny Wrobel. Revisado por Ricardo Benzaquen de Araújo. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

RAMPINELLI, Waldir José. *A história: uma arma de dominação*. In: RAMPINELLI, Waldir José (Org.). Florianópolis: Insular, 2003. p. 23-48.

RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a Civilização*. Processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

RIOS, Gilvando Sá Leitão. *O que é cooperativismo*. São Paulo: Brasiliensi, 1987.

ROCHA, Sílvio Ferreira da Rocha. *Terceiro setor*. 2. ed. Revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROUSSET, Pierre. O ecológico e o social: combates, problemas, marxismos. In: CATTANI, Antonio David. *Fórum Social Mundial: a construção de um mundo melhor*. Porto Alegre/Petrópolis: Universidade/UFRGS/Vozes/Unit rabalho/Corag/Veraz Comunicação, 2001. p. 223.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política. Coleção Para um novo senso comum*, v. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. Traduzido por Myrna T. Rego Viana. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979.

SCHNEIDER, João Elmo. “O cooperativismo agrícola na dinâmica social do desenvolvimento periférico dependente: o caso brasileiro”. In: Loureiro, Maria Rita (Org.). *Cooperativas agrícolas e capitalismo no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1981.

SINGER, Paul. *Uma utopia militante*. Repensando o socialismo. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

VEPPO BURGARDT, Victor Hugo. Embates Políticos na Fronteira Setentrional do Brasil: A difícil digestão da Raposa Serra Sol. Jundiáí/ SP: Paco Editorial, 2011.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Cooperativismo*: Nova abordagem sócio-jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública*: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

WEBER, Max. Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva. v. 1. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (a partir da quinta edição, revista anotada e organizada por Johannes Winckelmann). Revisado por Gabriel Cohn. Brasília: UNB, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. Editora Alfa-Ômega: São Paulo, 1991.

_____. Sociedad civil, poder comunitário y acceso democrático a la justicia. In: *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. El outro derecho. Bogotá-Colômbia: ILSA-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. abr. 2002. p. 137-138.

_____. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio em América Latina. In: RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Pluralismo Jurídico*: Teoria y Experiências. Cenejus, 2007. p. 25.

Notas de fim

[1] Apesar de atentarmos para as proposições críticas de autores como Carlos Montaña, que focalizam a economia solidária dentro do espectro das políticas do terceiro setor, o terceiro setor se refere à ajuda ao próximo e à própria autoajuda, no conceito expresso por uma sociedade civil, apenas cooperativa, situada fora do conceito de sociedade civil classista, em que deve aparecer o conjunto de organizações de classe e de luta político-econômica. No primeiro caso (terceiro setor), o termo é parceria, no segundo, caminho classicista se inclui a dimensão do confronto, do combate; no primeiro caminho ocorre um impasse no desenvolvimento democrático, e não há a possibilidade de superação da ordem do capital posta, Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e Questão Social*. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002, p. 158. Para Paul Singer, “[...] Nessas condições a economia solidária se integra ao terceiro setor tomando a forma de organizações não governamentais (ONGs), sustentadas primordialmente pelo poder público mediante contratos. In: SINGER, Paul. *Economia Solidária*, p. 116. In: CATTANI, Antonio David (Org.) *A outra economia: os conceitos essenciais*. 1. ed. In: CATTANI, Antonio (Org.). *A outra economia*. Porto Alegre: Veraz, 2003.

[2] Neste sentido, Antônio Cattani define o intervencionismo estatal de forma crítica: “O intervencionismo estatal foi, em primeiro lugar, uma tradução política dos conflitos de interesse que já não podiam continuar se desenvolvendo no marco da esfera privada. Mais tarde, incrementou-se como resposta aos desafios e reajustes colocados pelo crescimento econômico, pela reestruturação agrária, pela hiper-urbanização, pelas mudanças ocorridas na estratificação e mobilizações sociais e pelos conflitos ideológicos e políticos,

alternando-se ciclos de autoritarismo e democracia. In: CUNILL apud CIMADAMORE, Alberto D.; Antonio David Cattani. *Produção da pobreza e desigualdade na América Latina*. Porto Alegre: Tomo Editorial/Ciaco, 2007. p. 133.

[3] Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1991. p. 53.

[4] Weber, dentro de sua visão do tipo ideal, descreve a dominação legal como quadro administrativo burocrático dentro dos limites das normas legais como a imposição da impessoalidade; a hierarquia racional fixa; o formalismo burocrático, gestão racional significa dominação pelo conhecimento; o princípio da organização documental; a separação entre o quadro administrativo e os meios de administração; a execução utilitarista pelos funcionários das tarefas pessoais. In: WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Fundamentos da Sociologia Compreensiva. v. 1. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (a partir da quinta edição, revista, anotada e organizada por Johannes Winckelmann). Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: UNB, 2000, p. 142-147. Ou na acepção marxista, como comitê de negócios da burguesia devido à consolidação dos interesses materiais (econômicos, políticos, ideológicos, jurídicos) das classes dominantes dentro da superestrutura jurídica.

[5] WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit, 2001. p. 229.

[6] Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio em América Latina. In: RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Pluralismo Jurídico: Teoria y Experiencias*. Cenejus, 2007. p. 25.

[7] WOLKMER, Antônio Carlos. Sociedad civil, poder comunitário y acceso democrático a La justicia. In: *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. El outro derecho. Bogotá-Colômbia: ILSA-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, abr. 2002. p. 137-138.

[8] KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque*. A ascensão do capitalismo do desastre. São Paulo: Nova Fronteira, 2008.

[9] Deve-se diferenciar a economia informal, subterrânea, da economia popular que sinaliza um novo projeto social de solidariedade e de novos valores dentro da cooperação comunitária. In: GADOTTI, Moacir apud VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Cooperativismo*: Nova abordagem sócio-jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 93.

[10] JAMESON, Fredric. *A cultura do dinheiro*. Petrópolis: Rio de Janeiro, Vozes, 2001

[11] FATTORELLI, Maria Lucia. Bolsa Rico. In: Antonio David Cattani; Marcelo Ramos Oliveira. *A sociedade justa e seus inimigos*. Porto Alegre: Tomo, 2012. p. 63.

[12] Euclides Mance define que muitas ONGs podem sistematizar uma atuação defensora de versões neoliberais de atuação social, sendo solidárias ou não as ONGs, aglutinam um número extremamente expressivo de recursos. In: MANCES, Euclides. *A revolução das redes*. A colaboração solidária como uma alternativa pós-capitalista à globalização atual. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 21

[13] O sociólogo do trabalho da Unicamp, Ricardo Antunes, define criticamente o denominado liberalismo social e a sua elaboração empírica através da terceira via de Tony Blair. A terceira via se constitui no marco teórico e simbólico para a consecução das políticas do terceiro setor, pois permitiu reconstituir a racionalidade conservadora, dentro de um novo projeto, agora conhecido por liberalismo social, que conciliaria a inevitável hegemonia do mercado, combinando-a com a busca dos valores retóricos da justiça social, da democracia e dos direitos humanos, pleiteados por uma sociedade civil reinventada por esse novo marco político da terceira via, consistindo ecleticamente em um viés da preservação do fundamental do neoliberalismo, com um verniz discursivo socialdemocrático. Na política internacional, essa terceira via implicou uma adesão sem precedentes às políticas externas da era Bill Clinton e George Bush, assim como implicou uma política pragmática de gestão da crise social capaz de preservar os interesses do capital britânico. In: ANTUNES, Ricardo. A “terceira via” de “Tory” Blair: a outra face do neoliberalismo inglês. São Paulo: *Revista de Estudos Socialistas*. Out./maio, 1999, n. 03, p. 50-1.

[14] SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. Traduzido por Myrna T. Rego Viana. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979.

[15] SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.

[16] SINGER, Paul. *Uma utopia militante*. Repensando o socialismo. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 90.

[17] POCHMAN, Márcio. Políticas públicas e situação social na primeira década do século XXI. In: SADER, Emir. *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 145.

[18] Essa discussão é ampliada por autores como Eugen Ehrlich, que define a gênese social das normas de conduta nas associações, a norma legal brotaria dos fatos sociais, a sua função é a de definir a posição e a função de cada membro da associação. Nesse sentido, Eugen Ehrlich distingue o direito individualista do comunitário, sendo que o primeiro não conseguiria aniquilar totalmente as comunidades. Nas cooperativas familiares, nas corporações, nas instituições beneficentes, no Estado, na medida em que se constitui em uma comunidade militar, de funcionários ou de bem estar. Não há prestações e contraprestações delimitadas, segundo propriedade e contrato: os indivíduos prestam serviço segundo suas forças e capacidades e são recompensados segundo suas necessidades. A ideia comunitária não visa estruturar toda a sociedade segundo princípios, como o socialismo ou o comunismo, mas procura introduzir alguns dos princípios que já parecem realizados nas comunidades existentes. Em lugar da livre aplicação da posse e do trabalho, através do contrato, deve ser colocado em ordem, no qual o indivíduo, ao menos em casos de necessidade, põe suas forças e habilidades à disposição da totalidade e em contrapartida à totalidade contribui com o indivíduo, ao menos em caso de necessidade. In: EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Traduzido por René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.184.

[19] VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Op. cit., p. 278.

[20] PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

[21] A re-instrumentalização da sociedade civil está ainda sendo definida, mediante a docilização dos atores sociais, a ideologização de ser um setor (o terceiro) que integra diversos sujeitos que perseguem o mesmo fim (a ajuda ao necessitado), a desarticulação das lutas sociais e, ainda mais, a sua retirada do horizonte de seu agente, transformando luta em agir comunicativo, em interação, o confronto de interesses em procura do consenso. In: MONTAÑO, Carlos. Op. cit., 2002. p. 232.

[22] CATTANI, Antonio David. CATTANI, Antonio David (Org.). *Outra economia: os conceitos essenciais*. Porto Alegre: Veraz, Editores, 2003. p. 12-13.

[23] PETRAS, James. *Armadilha Neoliberal e alternativas para a América Latina*. São Paulo: Xamã, 1999. p. 71.

[24] DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Traduzido por Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81-82.

[25] ROUSSET, Pierre. O ecológico e o social: combates, problemas, marxismos. In: CATTANI, Antonio David. *Fórum Social Mundial: a construção de um mundo melhor*. Porto Alegre/Petrópolis: Universidade/UFRGS/Vozes/Unitrabalho/Corag/Veraz Comunicação, 2001. p. 223.

[26] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A Civilização Capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

[27] Cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*. Traduzido por Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 217.

[28] Vide a Guerra do Paraguai no século XIX; a repressão dos movimentos sociais no Brasil (Cabanagem, Canudos, Contestado, etc.); a Guerra do Chaco, na década de 30 do século XX; a revolta dos Gaúchos na Argentina, no século XIX; no governo de Mitre, a política de matança das experiências nacionalistas da América Central nos anos 30, por multinacionais americanas como, a United Fruit e, novamente, nos anos 80; as políticas do Evil Empire de Reagan sobre os sandinistas. Anteriormente, a escravidão negra, os mais de 70 milhões de índios mortos desde a invasão da América. A derrubada do governo Chileno de Allende, promovida pela International Telephone and Telegraph, as ditaduras militares latino-americanas mantidas sob o gerenciamento norte-americano. As políticas neoliberais de Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo, Carlos Menen, Alberto Fugimori, Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso nos anos 90, que privatizaram o patrimônio estatal, energético, mineral e natural; no caso do Brasil, o setor telefônico, elétrico, a Vale do Rio Doce, a CSN, a Belgo Mineira, a Aço Minas, a maioria dos Bancos de Fomento estaduais, estabeleceram avultosas concessões de Pedágio para inescrupulosas empresas estrangeiras. E hoje as políticas ainda se materializam com o combate aos movimentos sociais organizados como os Sem-Terra, os Zapatista e os governos nacional-populares de Hugo Chávez, Rafael Corrêa, Evo Morales, conforme estampado na capa na reacionária revista *Veja* do mês de março de 2008, da

editora Abril, ver RAMPINELLI, Waldir José. *A história: uma arma de dominação*. In: RAMPINELLI, Waldir José (org.). Florianópolis: Insular, 2003. p. 23-48.; GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. 45.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. In: BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Formação do Império Americano*. Da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque. 2. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2006.; RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a Civilização*. Processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.; BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado*. Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999. 48 p.; DUSSEL, Enrique. *De Medellín a Puebla uma Década de Sangue e Esperança: de Sucre à crise relativa do Neofacismo – 1973-1977*. Traduzido por Luis João Gaio. São Paulo: Edições Loyola, 1982.; MUÑOZ, Luis. *Cooperativismo e Direito*. Identidade Latino-Americana das Cooperativas Populares. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2008.

[29] MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O Mito do desenvolvimento sustentável*. Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: UFSC, 2008.

[30] VEPPO BURGARDT, Victor Hugo. *Embates Políticos na Fronteira Setentrional do Brasil: A difícil digestão da Raposa Serra Sol*. São Paulo/Jundiá: Paco Editorial, 2011.

[31] Respeitando o relativismo razoável e o anacronismo historiográfico, tais estereótipos no passado colonial estavam calcados no estranhamento das práticas da antropofagia, poligamia, aborto, infanticídio, liberdade sexual e socialização coletivista sem Rei, fé e lei, ou seja, sem os valores da sociedade

européia. COLAÇO, Thaís Luzia. *Incapacidade Indígena*. Tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2000.

[32] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006 (Para um novo senso comum, v. 4).

[33] Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. Rio de Janeiro: ERCA, 1990.

[34] Ora, em uma sociedade agrícola, tais condições não surgiram naturalmente – elas teriam que ser criadas. O fato de terem sido criadas gradualmente, de maneira alguma afeta a natureza surpreendente das mudanças envolvidas. A transformação implica em uma mudança da motivação da ação por parte dos membros da sociedade: a motivação do lucro passa a substituir a motivação da subsistência. Todas transações se transformam em transações monetárias e estas, por sua vez, exigem que seja introduzido um meio de intercâmbio em cada articulação da vida industrial. Todas as rendas devem derivar da venda de alguma coisa e, qualquer que seja a verdadeira fonte de renda de uma pessoa, ela deve ser vista como resultante de uma venda. É isto que significa o simples termo “sistema de mercado”, pelo qual designamos o padrão institucional descrito. Entretanto, a peculiaridade mais surpreendente do sistema repousa no fato de que, uma vez estabelecido, tem que se lhe permitir funcionar sem qualquer interferência externa. Os lucros não são mais garantidos e o mercador tem que auferir seus lucros no mercado. Os preços devem ter a liberdade de se autorregularem. É justamente esse sistema autorregulável de mercados o que queremos dizer com economia de mercado, in: POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. As

origens da nossa época. Traduzido por Fanny Wrobel, Revisão Técnica de Ricardo Benzaquen de Araújo. Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 58.

[35] CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. Direito do Trabalho no Terceiro Setor. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60.

[36] DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 477.

[37] O toyotismo teria inaugurado um novo tipo de manejo da produção, caracterizado pela pilotagem pelo fim, definida conceitualmente como fluxo tensionado, caracterizado por um fluxo informacional descendente. Tal conceito generalizado a toda cadeia de produção significa que cada posto de trabalho é cliente daquele logo acima, o qual, na incerteza do que lhe será demandado, não constitui mais estoques como no fluxo fordiano. Basta estar em condições de entregar à jusante, no momento certo (*just in time*), e, segundo a quantidade demandada, os produtos ou serviços necessários. Historicamente, na Toyota – que é a inventora desse sistema – cada posto de trabalho era prevenido por um *ticket* (um *kanbam*) do pedido à jusante. Onde um duplo fluxo: matéria, de cima para baixo da cadeia (com uma ausência ou uma quase ausência de estoque comercial), e informacional, de baixo para cima. É preciso assinalar que, de todo modo, há um fluxo informacional descendente, qual seja: o da planificação das matérias-primas e das disponibilidades dos meios para tornar a produção possível. O fluxo informacional puxado é que determina a produção, in: DURAND, Jean Pierre. A refundação do trabalho no fluxo tensionado. Traduzido por Leonardo Gomes Mello e Silva. In: Tempo Social. **Revista de Sociologia da USP**. Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências

Humanas, Universidade de São Paulo. v. 15, n. 1 (abril de 2003). São Paulo: USP, FFLCH, 1989. p. 143.

[38] Essa nova objetivação social está refletida na pouca representatividade das organizações sindicais, em que o trabalhador, diante desse novo contexto de risco de desemprego, passa a se identificar mais facilmente com o empregador, seu parceiro na luta, e disputa pelo consumidor, portanto responsável pela sua sobrevivência dentro das estruturas competitivas do mercado. Desta forma, como parceiros, devem canalizar seus esforços mútuos para a cooperação voltada a derrotar os seus competidores comuns. Os próprios sindicalistas aderem a esses modelos de cooptação e se transformam em agentes de gestão assimiladora, visando à cooperação e à facilitação da estratégia empresarial, in: COUTINHO, Aldacy Rachid. *Direito do Trabalho: A passagem de um regime despótico para um regime hegemônico*, p. 18. In: WALDRAFF, Célio; COUTINHO, Aldacy R. (Orgs.). *Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho: temas atuais*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 19.

[39] LIMA NETO, Arnor. *Cooperativas de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 135.

[40] No Brasil, o conceito legal de cooperativa está no art. 4º da Lei 5764/71, de 16 de dezembro de 1971: “As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados”, in: LIMA NETO, Arnor. *Op. cit.*, p. 134.

[41] *Idem*, p. 135.

[42] Porém, segundo o sociólogo João Elmo SCHNEIDER, o cooperativismo, ao longo dos anos, confinou-se especialmente no setor primário, tendo se relegado à integração produção-consumo, ou seja, as cooperativas de consumo pioneiramente sedimentadas nos centros urbanos tinham a clara função de baratear a aquisição de produtos alimentícios, no entanto, sucumbiram ao poderio das grandes redes de supermercados, nascidas com o mercado consumidor de massas, sedimentado ao longo da industrialização, e com a modernização capitalista do país, principalmente com a internacionalização da economia nos anos 70, in: SCHNEIDER, João Elmo. O cooperativismo agrícola na dinâmica social do desenvolvimento periférico dependente: o caso brasileiro. In: *Cooperativas agrícolas e capitalismo no Brasil*. Loureiro, Maria Rita (Org.). São Paulo: Cortez, 1981. p. 14.

[43] CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. Op. cit., p. 176.

[44] Idem, p. 177.

[45] RIOS, Gilvando Sá Leitão. *O que é cooperativismo*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 61.

[46] O óbice à autogestão torna-se desta forma evidente. Por exemplo, a “Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB” defende que “o cooperado, através de sua participação ativa, direcione as atividades da cooperativa para os interesses que lhes dizem respeito”. Por outro lado, estabelece que “o sistema, através da coordenação nacional, definirá as diretrizes que embasarão a execução da auto-gestão [sic], in: CRÚZIO, Helnon de Oliveira. “Por que as cooperativas agropecuárias e agroindustriais

brasileiras estão falindo?” *Revista de Administração de Empresas*. v. 39, n. 2, abr./Jun. 1999. p. 21.

[47] As possibilidades e motivações no interior de cada empreendimento de Economia Popular são diversas, e não se deve querer transformar uma ideologia totalizante (o capitalismo) com outra (o solidarismo). Há que buscar valores neste movimento que permitam uma ampla identificação das ocorrências, para aglomerá-las e, somente então, tentar construir uma nova força política, in: MUÑOZ, Luis. Op. cit., p. 19.

[48] BECHO, Renato Lopes. *Tributação das cooperativas*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 83.

[49] 22º Lei 8.949. de 09-12-1994, acrescentou parágrafo único ao art. 442 da CLT, para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados e entre estes e os tomadores de serviços daquelas, in: MAUAD, Marcelo. *Cooperativas de trabalho sua relação com o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 36.

[50] Cf. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; Braga, Ricardo Peake (coord.). *Cooperativas à luz do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 214-215.

[51] Uma conceituação abrangente e materializadora de um modelo social de cooperativismo pode ser extraído de Arnor Lima Neto: “Identificando-se as cooperativas como instrumento de desenvolvimento econômico e meio eficaz de promoção humana, elas se constituem ainda como fórmula capaz de gerar e manter postos de trabalho que dignifiquem e valorizem o trabalhador,

repelindo-se expressamente a sua utilização na medida em que, de alguma forma, sirvam para furtar a aplicação da legislação, de modo a violar direitos trabalhistas”, in: LIMA NETO, Arnor. Op. cit., p. 159

[52] MUNOZ, Luis. Op. cit., p. 33.

[53] Idem, p. 33.

[54] VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 146.

[55] ROCHA, Sílvio Ferreira da Rocha. *Terceiro setor*. 2. ed. Revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

Hermenêutica e o espelho da realidade: um olhar para o constitucionalismo latino-americano e o bem-viver

*Hermeneutics and the mirror of reality: looking at the latin-american
constitutionalism and the good life*

*Hermenêutica y el espejo de la realidad: una mirada para el constitucionalismo
latinoamericana y el bien vivir*

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

SUMÁRIO: 1-Introdução; 2- Novos desafios e a Hermenêutica criativa: as contribuições de Richard Rorty; 3- A Hermenêutica crítica e o espelho da realidade: a crise do modelo universalista/colonialista: rumo ao bem-viver; 4- Considerações finais; Referências.

1- Introdução

Este texto visa compreender como se estrutura(ria) um novo paradigma de reconstrução do conhecimento na área do Direito, ou seja, a partir da leitura de que sendo o Direito a ciência social que é, este não pode(ria) ser olhado como algo pronto, objetivo, fechado em si mesmo, sem possibilidades de adaptações, como estátua, mas se caracterizaria como um espelho que reflete a realidade. Para tanto, o presente texto demonstra, em um primeiro momento, o florescimento de uma nova hermenêutica proposta por teóricos, como Heidegger, Gadamer e Rorty. Isto ocorre na tentativa de abrir novos caminhos e subverter a concepção de centralidade da

epistemologia e da hermenêutica tradicional/colonial, bem como de buscar novas formas de reflexão capazes de dar conta das mudanças na sociedade, na ciência e na cultura, características de uma época, por meio do **rompimento** de um modelo liberal de interpretação para um modelo social de transformação. Modelo este em que a dicotomia sujeito-objeto, estabelecida e defendida pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência, vê-se superada em prol de uma nova relação sujeito-objeto.

Esta nova relação estabelecida de matriz heideggeriana entende que o sujeito não está isolado do mundo, mas é um ser inserido nele desde sempre, de maneira a interpretar envolto em pré-juízos desenvolvidos ao longo de sua vida. O que se quer com o novo paradigma de cunho criativo/produtivo é solucionar os problemas reais e necessários, reconhecidos como tais pela comunidade, refletindo de fato o que se quer como mudança, em busca da Justiça e da paz social, bem como garantir a preservação da capacidade de resolver problemas, para, com isso, manter-se como força viva de compreensão do fenômeno jurídico.

Nesse sentido, enfatiza algumas tendências do chamado constitucionalismo latino-americano, o qual visa, conforme extraído da análise dos processos constituintes equatoriano e boliviano, uma busca pela transformação, assim como pela necessidade do bem-viver, pela real concretização das necessidades sociais, que são sintetizadas em um ordenamento normativo, fruto da reivindicação dos Outros por sua soberania e novas formas de participação democráticas. Assim, a análise dos novos textos constitucionais deve revelar as mudanças – ou desejos de mudanças – substanciais para o direito (bem-viver) latino-americano, sobretudo, porque é pensada como a forma política que sintetizaria as aspirações da sociedade real – não a imaginada e subalternizada como associação de indivíduos abstratos.

2- Novos desafios e a hermenêutica criativa: as contribuições de Richard Rorty

O filósofo americano Richard Rorty, discípulo de Dewey e defensor de uma perspectiva neopragmática, é um dos teóricos da pós-modernidade, ao lado de Jürgen Habermas e François Lyotard. Sua construção teórica tem como base a rejeição aos fundamentos éticos e metafísicos da modernidade Iluminista.

A tese central desse autor é a de que precisamos romper com a ideia de que a mente se caracteriza por espelhar a natureza e garantir, assim, a possibilidade do conhecimento e da representação correta da realidade. Para Rorty [1], isso é (foi) possível por meio da epistemologia e das contribuições teóricas de Descartes [2], Locke [3], Hume [4] e Kant [5], mas precisam ser repensadas, eis que significavam a fundamentação e a legitimação do conhecimento e das teorias científicas.

O repensar de tais teorias, ou mesmo a tentativa de superá-las, teve origem com o desenvolvimento das ciências humanas e sociais a partir do século XIX, como a Psicologia, a História e a Antropologia, que teriam levado a concepção tradicional a um impasse, a um esgotamento, ou mesmo a uma tentativa de superação. É nessa linha de argumentação que apareceria a hermenêutica, ou seja, o seu papel seria o de preencher o campo deixado pela epistemologia tradicional, possibilitando, assim, o abandono de qualquer restrição ao texto. Isto quer significar que a epistemologia trabalha a partir de um enfoque discursivo comensurável, ou seja, um discurso que pode ser medido, controlado. Essa comensurabilidade do discurso é que pretende ser derrubada pela hermenêutica crítica, pois esta não trabalha com tal suposição, mas luta contra a mesma [6].

Foi na tentativa de abrir novos caminhos e subverter a concepção tradicional, bem como de abandonar a centralidade da epistemologia tradicional que Richard Rorty, a partir das contribuições de teóricos como Dewey [7], Heidegger e Wittgenstein [8], buscou formas de reflexão capazes de dar conta das mudanças, características de uma época, na sociedade, na ciência e na cultura.

Rorty enfoca a epistemologia tradicional como um desejo por uma teoria do conhecimento, um desejo de restrição – “um desejo de encontrar ‘fundamentos’ aos quais poder-se-ia aderir, estruturas para além das quais não se deve aventurar, objetos que se impõem a si mesmos, representações que não podem ser contestadas” [9].

É justamente essa concepção de nãopossibilidade de contestação das representações que leva este autor a questionar a epistemologia (jurídica/colonial) fundamental (tradicional), ou seja, é a partir da discussão no campo da hermenêutica filosófica que se observa um certo rompimento da ideia de percepção (centrada no paradigma epistemológico da filosofia da consciência) à compreensão. Para Rorty:

Sente-se com frequência, entretanto, que a extinção da epistemologia fundamental deixou um vácuo que deve ser preenchido, [...]. [...] não estou colocando a hermenêutica como um “objeto sucessor” da epistemologia, como uma atividade que preenche a vaga cultural outrora preenchida pela filosofia epistemologicamente centrada. Na interpretação que estarei oferecendo, “hermenêutica” não é o nome da disciplina, nem do método para alcançar o tipo de resultados que a epistemologia não conseguiu alcançar, nem de um programa de pesquisa. Pelo contrário, hermenêutica é uma expressão de esperança em que o espaço cultural deixado pela extinção da epistemologia não seja

preenchido – de que a nossa cultura se tornasse tal que a exigência de restrição e confrontação não seja mais sentida [10].

A epistemologia prossegue na suposição de que todas as contribuições a um dado discurso podem ser medidas, controladas [11]. Para Rorty, a hermenêutica (crítica) é, em grande parte, uma luta contra essa suposição [12]. Como se pode exercer controle sobre as contribuições dadas a um discurso, se bem sabemos que no caso do Direito as palavras da lei são vagas, ambíguas, permitem uma multiplicidade de interpretações? Além de que, o objeto dado, quando interpretado, já é anteriormente definido a partir da ideia de pré-compreensão que todo sujeito (intérprete) possui a respeito das coisas (norma, termos, palavras, discursos, práticas).

Assim, a

noção dominante da epistemologia tradicional é que para sermos racionais, para sermos plenamente humanos, para fazer o que deveríamos, precisamos ser capazes de encontrar a concordância com outros seres humanos. Construir uma Epistemologia é encontrar a quantidade máxima de terreno comum com os outros [13].

Nesse sentido, “sugerir que não há tal terreno comum parece colocar em perigo a racionalidade.” [14]. Esse terreno comum, essa concordância, entretanto, tem sido possível porque bem sabemos que o campo do Direito exige precisão, rigor científico, mas também uma abertura para o histórico, o social e o humano. Isso é possível por meio do paradigma hermenêutico crítico, ou seja, da ideia de linguagem, ou mais especificamente da significação da linguagem, que é aberta e permite também a interpretação/compreensão de todo conteúdo possível e universal.

Pode-se dizer, nesse contexto, que “os pensadores herméticos são desencantados de suas práticas fechadas em si mesmas” [15]. Esse desencantamento com as práticas fechadas em si mesmo nos possibilitam tomar a linguagem como experiência e negar a sua concepção de objetividade de sentido de referência única e fixa. Para Gadamer, citado por Lixa [16], “o decisivo na linguagem é sua íntima relação com a reflexão enquanto fenômeno global e complexo da experiência histórica”.

Tal reflexão nos faz pensar que “Gadamer toma a linguagem não como mera capacidade ou apetrecho humano, mas como representação que o ser humano possui do mundo. A existencialidade é constituída através da linguagem, não sendo, portanto, autônoma” [17]. Para Gadamer [18], “não somente o mundo é mundo, apenas na medida em que vem à linguagem – a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo”. Nesse sentido, para Lixa: “Ter mundo é ter linguagem, característica própria do homem, já que, através dela, compreende o passado, presente e futuro” [19]. A linguagem permite, desta forma, a realização da experiência humana e o rompimento com a reprodução do sentido, produzindo-se assim a chamada compreensão das coisas. É a partir de uma perspectiva hermenêutica, portanto, que se dará o que se pode chamar de fusão de horizontes, “a linguagem é o ‘chão’ comum em que a tradição se oculta e se transmite. A linguagem é algo que se difunde no modo de estar-no-mundo do homem histórico” [20].

Sobre a importância da linguagem no processo de construção do conhecimento, explica Gadamer que:

A linguagem, na qual o ouvir participa, não é somente universal no sentido de que nela pode vir à fala. O sentido da experiência hermenêutica reside, antes, no fato de que, face a todas as formas de experiência no mundo, a linguagem põe a descoberto uma dimensão completamente nova, uma dimensão de profundidade, a partir da qual a tradição alcança os que vivem no presente. Tal é a verdadeira essência do ouvir, já desde tempos remotos, e inclusive antes da escrita. O ouvinte está capacitado a ouvir a lenda, o mito, a verdade dos antepassados. A transmissão literária da tradição, como a que conhecemos, não significa, face a isso, nada de novo, apenas altera a forma e dificulta a tarefa do verdadeiro ouvir [21].

Este trecho de Gadamer demonstra a importância da linguagem para a configuração do paradigma hermenêutico crítico, ou seja, é necessário buscar novas dimensões para a solução de certas complexidades/realidades. A linguagem permite isso e a hermenêutica pelo processo de compreensão/interpretação/aplicação pelo sujeito torna possível a concretização dessas realidades. A experiência hermenêutica, um pertencimento interrogativo da tradição é, portanto, um desafio à ideia tradicional metódica da ciência de viés colonial, pois a linguagem não é um mero fato gramatical, mas um fenômeno que traz à tona o que é tido e transmitido pela tradição, simultaneamente, uma apropriação e interpretação [22].

Para a autora, “[...] o sujeito participa ‘com’ e ‘na’ linguagem no processo compreensivo, porque a linguagem, de um lado, modela, ordena e confere sentido ao mundo e, de outro, esconde a tradição” [23]. Nessa linha, pode-se dizer que a nova hermenêutica ou a hermenêutica crítica, trabalha com a incomensurabilidade do discurso, não no sentido de incontabilidade, descontrolo, mas com a permissão de busca de sentidos não objetivados ou

racionalmente assentes sobre opiniões pré-estabelecidas, que são constantemente compreendidas pelo sujeito. Daí, a necessidade de “romper” com a epistemologia tradicional em prol da hermenêutica crítica. Assim, para Rorty,

A epistemologia vê a esperança de concordância como um sinal da existência de um terreno comum que, talvez, desconhecido para os interlocutores, os une numa racionalidade comum. Para a hermenêutica, ser racional é estar disposto a abster-se da Epistemologia – de pensar que há um conjunto especial de termos nos quais todas as contribuições à conversação deveriam ser colocadas – e estar disposto antes a assimilar o jargão do interlocutor que traduzi-lo para o seu próprio. Para a epistemologia, ser racional é encontrar o conjunto apropriado de termos para os quais todas as contribuições deveriam ser traduzidas, se for necessário que a concordância se torne possível. Para a epistemologia, a conversação é inquirição implícita. Para a hermenêutica, a inquirição é conversação rotineira [24].

A epistemologia encara os participantes como unidos no que se pode chamar de *universitas* – um grupo unido por interesses mútuos para alcançar um fim comum. A hermenêutica os encara como integrantes unidos no que se pode chamar de *societas* – pessoas cujos caminhos através da vida se reuniram, unidas antes pela civilidade do que por uma meta comum e, muito menos, por um terreno comum [25].

Isso significa, primeiro, que a ideia de universalidade aqui quer dizer a noção de um conhecimento com representação precisa, básica, privilegiada; segundo, *societas* refere à compreensão constante de algo, para que a noção de conhecimento seja construída racionalmente, mas não significa a

representação precisa de algo, embora possa partir de um ponto de referência universal.

A sistematização/organização da ideia de argumentação que constitui o paradigma hermenêutico diz que nunca estaremos aptos a evitar o “círculo hermenêutico”, significando que a compreensão é uma operação essencialmente referencial: compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo, como um todo, define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por uma interação dialética entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é, portanto, circular. Logo, o conceito de círculo hermenêutico se justifica pelo fato do sentido aparecer dentro do círculo. Para Rorty, o “fato de que não conseguimos compreender as partes de uma cultura, prática, teoria, linguagem, ou seja o que for, estranhos, a não ser que saibamos algo sobre como a coisa inteira funciona até que tenhamos alguma compreensão de suas partes” [26].

Essa noção de interpretação significa, para Rorty, “que vir a compreender é mais como familiarizar-se com uma pessoa do que acompanhar uma demonstração” [27]. Isso significa que “[...] a Epistemologia toma conta da parte séria e “cognitiva” (a parte na qual cumprimos nossas obrigações para com a racionalidade) e a hermenêutica é encarregada de tudo o mais” [28].

A epistemologia parte de uma cognição genuína, de modo que o que é ‘apenas uma questão de gosto’, ou de opinião, não precisa cair sob os cuidados da epistemologia e, inversamente, o que esta não consegue tornar comensurável é estigmatizado como meramente subjetivo. Essa ideia do meramente subjetivo ou de “tudo o mais”, expressão atribuída à

hermenêutica, significa a introdução de um novo paradigma de explicação e, portanto, de um novo conjunto de problemas. Para Rorty:

A abordagem pragmática ao conhecimento, sugerida pelo behaviorismo epistemológico, irá construir a linha entre os discursos que podem ser tornados comensuráveis e aqueles que não podem, como simplesmente aquela entre discurso ‘normal’ e ‘anormal’ – uma distinção que generaliza a distinção de Kuhn entre ciência ‘normal’ e ‘revolucionária’. A ciência normal é a prática de resolver problemas em contrapartida ao fundo de um consenso sobre o que conta como uma boa explicação dos fenômenos e sobre o que seria necessário para que um problema fosse resolvido. A ciência ‘revolucionária’ é a introdução de um novo ‘paradigma’ de explicação e, portanto, de um novo conjunto de problemas. A ciência normal está tão próxima da vida real quando se trata da noção do epistemólogo do que é ser racional. Todos concordam sobre como avaliar tudo o que todos os demais dizem. Mas geralmente, o discurso normal é aquele que é conduzido dentro de um conjunto combinado de convenções sobre o que conta como uma contribuição relevante, o que conta como responder a uma pergunta, o que conta como ter um bom argumento para aquela resposta ou uma boa crítica da mesma. O discurso anormal é o que acontece quando se junta ao discurso alguém que seja ignorante a respeito dessas convenções ou as coloque de lado [29].

Observa-se, portanto, que o discurso normal, aqui, quer significar que há concordância com o que foi estabelecido, algo que foi dito é verdadeiro e todos o consideram correto, racional. Já o discurso anormal é visto como “bobagem” por alguns ou até mesmo como uma “revolução intelectual” para

outros, não há algo dito anteriormente a respeito de alguma coisa, não há uma disciplina dedicada a explicá-la, é simplesmente a criatividade interpretativa do sujeito pensante que procura encontrar respostas para determinadas realidades que ultrapassam o mero discurso formal. Segundo Rorty, não podemos tolher a criatividade, é ela que dá vida, que nos faz respirar aliviados por podermos encontrar respostas para os problemas do cotidiano. O que o intérprete deseja é “desconstruir” a ideia de uma ciência pura, isenta de influências extranormativas ou neutras, e, por meio de uma nova configuração – hermenêutica – “carnavalizar” (como nos dizia Warat) o discurso tradicional, buscando, a partir de então, soluções concretas para a construção de um novo senso comum de emancipação social. Nesse sentido, assevera Rorty:

[...] a hermenêutica é o estudo de um discurso anormal desde o ponto de vista de algum discurso normal – a tentativa de tirar algum sentido do que está ocorrendo num estágio em que ainda estamos por demais inseguros a respeito para descrevê-lo, e assim começar um relato epistemológico sobre o mesmo. O fato de que a hermenêutica inevitavelmente assume como garantia alguma norma torna-a, daí por diante, “whiggish”. Porém, enquanto avança não redutivamente e na esperança de captar um novo ângulo das coisas, pode transcender sua própria whiggishness [30].

O exposto demonstra que entre os respectivos domínios da epistemologia e da hermenêutica não reside especificamente a diferença entre “ciências da natureza” e “ciências do homem”, nem entre fato e valor, o teórico e o prático, nem entre “conhecimento objetivo” e algo mais escorregadio e dúbio. A diferença consiste em que, de um lado, quando trabalhamos com um discurso tido como normal, seremos epistemológicos,

quando compreendemos perfeitamente bem o que está acontecendo, mas queremos codificá-lo de modo a estendê-lo, ou fortalecê-lo, ou ensiná-lo, ou ainda embasá-lo. De outro, precisamos “ser hermenêuticos em que não compreendemos o que está acontecendo, mas somos honestos o suficiente para admiti-lo em vez de sermos ruidosamente *whiggish* respeito e, nesse sentido, estamos trabalhando com um discurso tido como anormal” [31].

A utilização da hermenêutica como um discurso anormal decorre da necessidade que temos da adaptação do chamado discurso normal a determinadas realidades. Isto é, há momentos/realidades em que talvez o chamado discurso normal/real da ciência dê e encontre respostas comensuráveis, mas, se pensarmos em termos jurídicos, poucos são os discursos que não necessitam passar pelo processo de reconstrução conceitual em face das efetivas mudanças sociais e conjunturais vividas pela sociedade. Para nosso autor, “apenas podemos conseguir a comensuração epistemológica onde já tivermos práticas acordadas de inquirição (ou, mais geralmente, de discurso)” [32].

Sabe-se, no entanto, que as investigações nos mais diversos ramos jurídicos têm um caráter científico, sem se preocupar muito com as justificativas requeridas pelo ponto de vista proposto ou suposto. Isto significa que há uma tendência muito forte de manutenção do chamado discurso normal.

Há, porém, muitas discussões e debates sobre a possibilidade de redefinição de tal discurso, bem como da rediscussão da epistemologia tradicional. O debate sobre a epistemologia enquanto oposta à hermenêutica, todavia, ganhou uma nova concretude com o resultado do trabalho de T. S. Kuhn. Sua obra “A estrutura das revoluções científicas” ficou devendo algo às críticas de Wittgenstein à epistemologia padrão, mas levou essas críticas a se apoiarem na opinião recebida de uma maneira nova. Desde o Iluminismo, e

em particular desde Kant, as ciências físicas vinham sendo vistas como um paradigma do conhecimento, ao qual o restante da cultura devia equiparar-se.

A dúvida sobre esse ponto deixou seus leitores duplamente duvidosos sobre a questão se a epistemologia podia, partindo da ciência, abrir seu caminho para fora, na direção do resto da cultura, descobrindo o terreno comum de tanto discurso humano quanto poderia ser considerado ‘cognitivo’ ou ‘racional’ [33].

Os exemplos propostos por Kuhn de mudança revolucionária na ciência eram, como ele próprio comentou, casos do tipo que a hermenêutica sempre tomou como sua atribuição especial – casos nos quais um cientista disse coisas que soam tão tolas que é difícil acreditar que o compreendemos adequadamente. Nesse sentido, a afirmação de Kuhn de que não existe comensurabilidade entre grupos de cientistas, que têm paradigmas diferentes de uma explicação bem-sucedida, ou que não partilham da mesma matriz disciplinar, ou ambas as coisas, parecia a muitos desses filósofos pôr a perigo a noção de escolha de teorias em ciência. A Filosofia da ciência – o nome que a “epistemologia” adotou quando se escondeu entre os empiristas lógicos – havia visto a si mesma como proporcionando um algoritmo para a escolha de teorias [34]. Kuhn desejava opor-se à afirmação tradicional de que “o que muda com um paradigma é apenas a interpretação, por parte do cientista, das observações as quais, elas mesmas, estão fixadas de uma vez por todas pela natureza do ambiente e do aparelho perceptivo” [35].

Essa afirmação, todavia, torna-se inócua, significa meramente que os resultados de um olhar sempre podem ser enunciados em termos aceitáveis para ambos os lados. Kuhn deveria ter se contentado em mostrar que a disponibilidade de uma linguagem tão inócua não é de nenhuma ajuda para

ocasionar decisões sobre culpas ou inocência em julgamentos por júri sob um algoritmo, e pelas mesmas razões. O problema é que a brecha entre a linguagem neutra e as únicas linguagens úteis para decidir a questão em curso é grande demais para ser transposta por postulados de significado ou quaisquer das outras entidades mitológicas que a epistemologia tradicional empirista invocava. Para Rorty:

Kuhn deveria simplesmente ter descartado o projeto epistemológico inteiro. Mas em vez disso pediu uma alternativa viável para o paradigma epistemológico tradicional e disse que precisamos aprender a tirar sentido das colocações que ao menos se parecem às obras posteriores (após a revolução) do cientista num mundo diferente [36].

O papel da nova hermenêutica é o da mediação entre a produção/atribuição/adjucação do sentido. Segundo Streck, “a contribuição da hermenêutica é de fundamental importância, a partir da ideia de que a ‘verdade’ no campo jurídico é uma verdade-hermenêutica, é dizer, a experiência da verdade a que se atém a hermenêutica é essencialmente retórica, com profundos coloridos pragmáticos” [37]. É também, nesse sentido, que deve ser entendida a tese de Martin Heidegger, ou seja, a de que a ciência não pensa.

Para Gianni Vattimo, nessa mesma linha,

a noção de paradigma de Tomás Kuhn é uma concepção hermenêutica, até porque o fato de que se afirme um paradigma não é, ao seu turno, um fato que possa descrever-se segundo conceitos científicos demonstráveis. Kuhn deixa substancialmente aberto o problema de como deve conceber-se o evento histórico do

câmbio dos paradigmas. Por isso, a hermenêutica pode contribuir de maneira significativa para resolvê-lo e para pensar este problema fora de uma concepção da história como puro jogo de forças ou, por outro lado, como progresso no conhecimento objetivo de uma realidade dada e estável [38].

Do exposto, deduz-se que a construção de um discurso crítico passa pelo rompimento com a possibilidade da existência de conceitos-em-si-mesmos de normas e conceitos-em-si – mesmos. Segundo Carrilho, citado por Streck,

Interpretar não conduz ao conhecimento de algo que pertence a um texto intrinsecamente, essencialmente. Qualquer texto é sempre objeto relacional que se constitui no decurso de um jogo hermenêutico, ou seja, de objetivos e propósitos que com ele e através dele se visam. Não há aqui nenhuma autoridade de essência, e também nenhuma prioridade de coerência. Dito de outro modo, tal como a “essência” é sempre relacional, a “coerência” é sempre funcional: o que se diz sobre um texto é inseparável de quem diz, dos propósitos com que faz e do momento em que tal ocorre [39].

É possível, a partir daí, observar que as discussões perpassam pela ideia de “ruptura”, passagem do paradigma epistemológico para um paradigma hermenêutico crítico, principalmente com novas concepções que surgem da ideia de conhecimento, pré-compreensão e interpretação, em que se observa claramente o rompimento de um modelo liberal para um modelo social (transformador) de interpretação. Modelo este em que a dicotomia sujeito-

objeto estabelecida e defendida pelo paradigma epistemológico da Filosofia da consciência vê-se superada em prol de uma nova relação sujeito-sujeito.

Esta nova relação estabelecida de matriz heideggeriana entende que o sujeito não está isolado do mundo, mas é um ser inserido nele desde sempre, de maneira a interpretar envolto em pré-juízos [40] [pré-conceitos] desenvolvidos ao longo de sua vida. Esse compreender do sujeito/intérprete a partir de determinados pré-conceitos permite, segundo Gadamer [41], que a interpretação tenha um caráter criativo/produtivo e não mais reprodutivo, o qual buscava o sentido originário da norma ou o sentido do texto ou do objeto dado, como quer a teoria tradicional. Nesse sentido, para Menelick de Carvalho Netto:

[...] é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. Para tanto é fundamental que a decisão saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o Positivismo Jurídico [...] [42].

Infelizmente, sabe-se que, na tentativa de chegar a tão almejada segurança jurídica, os operadores continuam adotando uma postura interpretativa tradicional de reprodução/colonial do conhecimento. Essa postura desenvolve-se no seio do paradigma da Filosofia da consciência, na qual a linguagem ainda é vista como uma terceira coisa, que se interpõe entre

sujeito e objeto, e que se encontra instrumentalizada por uma hermenêutica jurídico-normativa, de visível influência bettiana. É preciso, segundo Streck:

Romper com este paradigma antigarantista de dogmática e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade, é tarefa que se impõe aos juristas. É dizer, em outras palavras, que há, hoje, ‘uma valorização das categorias jurídicas [soberania] não só para compreender as atribuições básicas do aparato estatal, como também para apontar no Direito possíveis saídas para superar a crise de legitimidade atinente ao Estado-Providência’. [...], o Direito não pode ser visto como uma mera instrumentalidade [formal]. Direito positivo não deve ser confundido com positivismo jurídico e tampouco podemos colocar como sinônimos a dogmática jurídica e o dogmatismo jurídico [43].

É necessário romper obstáculos para a concretização da [nova] hermenêutica. É preciso questionar o chamado, o sentido comum teórico dos juristas que predomina no mundo jurídico, bem como o chamado teto hermenêutico que limita o agir dos juristas e a sua atividade criativa, que os impede de alcançar e concretizar o Estado Democrático de Direito.

Para isso, é indispensável, primeiro, observar que toda a transição de um paradigma para outro, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência, está longe de ser um processo cumulativo obtido por meio de uma articulação do velho paradigma. Em segundo lugar, que tal transição é, antes, uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações [44]. Precisamos pensar na efetivação de uma hermenêutica jurídica ou mesmo de um Direito

preocupado com a solução dos conflitos sociais, que na atualidade comportam também uma dimensão plúrima, a qual precisa ser adotada pelos operadores jurídicos, fazendo com que estes abandonem a forma tradicional de interpretar, o que tem se mostrado ineficaz na solução e resolução dos problemas.

Durante o período de transição, haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo novo paradigma. Haverá, igualmente, uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos [45]. Para que efetivamente isso ocorra no âmbito jurídico, é preciso também superar o modelo de ensino com conformação profundamente dogmática, o qual lança no mercado um contingente de novos bacharéis que, no primeiro impasse hermenêutico, tornam-se órfãos, ou seja, abrem mão de suas prerrogativas de interpretar e buscam auxílio nos chamados hermeneutas de plantão que, em geral, propõem modelos de interpretação conforme as exigências dos grupos hegemônicos [46].

Romper com a tradição de um tipo de conhecimento fechado em si mesmo, de reprodução do sentido, é a meta do paradigma de cunho hermenêutico criativo, o qual tem como fio condutor as contribuições do pensamento de Heidegger e Gadamer, no sentido de fazer com que o jurista se sensibilize diante do caso concreto e da norma e não faça desta algo rígido, inerte, sufocante e alienado diante das realidades circundantes, pois tal como a opção entre duas instituições em competição, a seleção entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária. “Por ter esse caráter, ela não é e não pode ser determinada simplesmente pelos procedimentos de avaliação característicos da ciência

jurídica tradicional, pois esses dependem parcialmente de um paradigma determinado e esse paradigma, por sua vez, está em questão” [47].

Por fim, podemos dizer que, em primeiro lugar, o novo paradigma de cunho hermenêutico criativo/produtivo deve ser capaz de solucionar os problemas reais e necessários, reconhecidos como tais pela comunidade, refletindo de fato o que se quer como mudança, em busca de Justiça e da paz social. Em segundo, o novo paradigma deve garantir a preservação da capacidade de resolver problemas, para com isso se manter como força viva de compreensão do fenômeno jurídico, uma vez que a tarefa principal da nova hermenêutica de cunho crítico e produtivo é produzir na complexidade da sociedade um sentido democrático para o Direito.

3 - A hermenêutica crítica e o espelho da realidade: a crise do modelo universalista/colonialista: rumo ao bem viver

Mesmo que o caminho seja longo e complexo, é necessário romper obstáculos para a concretização da [nova] hermenêutica/crítica/decolonial. É preciso questionar o chamado, o sentido comum teórico dos juristas que predomina no mundo jurídico, bem como o chamado teto hermenêutico que limita o agir dos juristas e a sua atividade criativa, a qual os impede de alcançar e concretizar as novas demandas e modelos que surgem na atualidade que, “talvez”, consigam refletir as realidades das vozes e saberes subalternizadas.

Percebe-se que é chegado o momento de repensar o Estado, suas instituições, suas práticas interpretativas e hermenêuticas, pois o modelo vigente foi idealizado dentro de um padrão civilizatório universalista e colonial, que enquadrou todos num mesmo padrão de subalternidade.

Para Héctor Ricardo Leis:

O sistema político internacional baseado em Estados soberanos é cada vez menos eficiente na manutenção da ordem. A crise socioambiental global e a erosão dos Estados-nações obrigam a repensar as bases da política e o destino da humanidade. A emergência de um ambientalismo global e multissetorial (com grande amplitude teórica e prática) nos comunica com o passado e o futuro, apostando a gerar uma nova *phylia* que derrube os muros nacionais da política e estenda seus alcances até os limites da humanidade e do planeta. Não se trata de impor uma finalidade à sociedade, rebelando-nos contra o curso dos acontecimentos, mas de expressar em plenitude e efetivamente algumas das alternativas contidas no presente. Acontecimentos de uma história que (excetuando aos costumeiros aprendizes de filósofos) não está nunca acabada nem completa porque, sendo humana, suas possibilidades são infinitas (pelo menos até o fim biológico da nossa espécie [48]).

A América-Latina, com seus países colonizados por europeus, herdou o modelo universalista, que deixou a margem índios, negros, pobres, entre tantos outros que se tornaram vítimas silenciadas de um Estado desigual em oportunidades e distribuição de renda. Apesar disso, é possível comemorar as mudanças e evoluções ocorridas nas três últimas décadas e ter esperança num futuro próximo de menores níveis de pobreza e desigualdades. Por isso, a relevância do “novo” constitucionalismo latino americano e de uma nova hermenêutica de existência que valorize o sujeito e suas realidades. Stuart Hall assevera que

nos primórdios do desmantelamento dos antigos impérios, vários novos Estados-nação, multiétnicos e multiculturais, foram criados.

Entretanto, estes continuam a refletir suas condições anteriores de existência sobre o colonialismo. Esses novos Estados são relativamente frágeis, do ponto de vista econômico e militar. Muitos não possuem uma sociedade civil desenvolvida. Permanecem dominados pelos imperativos dos primeiros movimentos nacionalistas de independência. Governam populações com uma variedade de tradições étnicas, culturais, ou religiosas. As culturas nativas, deslocadas, senão destruídas pelo colonialismo, não são inclusivas a ponto de fornecer a base para uma nova cultura nacional ou cívica. Somam-se a essas dificuldades a pobreza generalizada e o subdesenvolvimento, num contexto de desigualdade global que se aprofunda e de uma ordem mundial econômica neoliberal não regulamentada. Cada vez mais, as crises nessas sociedades assumem o caráter multicultural ou “eticizado” [49].

No aspecto jurídico, desenvolveu-se um sistema voltado para beneficiar os donos do poder, e não para a criação de um sistema justo. O perfil ideológico do constitucionalismo político, enquanto sustentáculo teórico do Direito público do período pós-independência, traduziu não só o jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações de um momento singular da organização político-social, como expressou a junção notória de algumas diretrizes, como o liberalismo econômico, sem a intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a concepção monista de Estado de Direito, a reprodução de sentido e a supremacia dos direitos individuais [50].

O antigo colonialismo foi substituído por um sistema de poder assimétrico e globalizado, cujo caráter é pós-nacional e pós-imperial. Suas principais características são a desigualdade estrutural, dentro de um sistema

desregulamentado de livre mercado e de livre fluxo de capital, dominado pelo Primeiro Mundo, e os programas de reajuste estrutural, prevalecem os interesses e modelos ocidentais de controle [51].

A Globalização, que sabemos que não é algo novo, pois a exploração, a conquista e a colonização europeia foram as primeiras formas de um mesmo processo. Porém, desde os anos 70 do século 20, este processo tem assumido novas formas, ao mesmo tempo em que tem se intensificado, através de mercados financeiros desregulamentados, capital global, grandes fluxos de moeda, formas transnacionais de produção e consumo, crescimento exponencial de novas indústrias culturais, impulsionado pelas tecnologias de informação. Tudo isso tem a marca de um forte desarraigamento irregular das relações sociais e um processo de destradicionalização (no direto a superação da interpretação sujeito-objeto), que não se restringem as sociedades em desenvolvimento. Tanto quanto as sociedades de periferia, as sociedades ocidentais não podem mais evitar esses efeitos. O sistema é global, no sentido de que sua esfera de operações é planetária. Poucos locais escapam do alcance de suas interdependências desestabilizadoras. Esse sistema tem enfraquecido significativamente a soberania nacional e o “raio de ação” dos Estados-nação. Esse sistema provoca desigualdades e instabilidades cada vez mais profundas, sobre o qual nenhuma potência – nem mesmo EUA – possui o controle absoluto. A tendência cultural dominante da globalização é a homogeneização. É um sistema de conformação da diferença, em vez de um sinônimo conveniente de obliteração da diferença culturalmente, as coisas parecem mais ou menos semelhantes entre si, entretanto, concomitantemente, há a proliferação das “diferenças” [52].

A globalização é responsável por grandes transformações em todo o mundo, dentre elas, a tendência de declínio do Estado-nação, isso porque as mudanças promovidas pela globalização situam-se especialmente “no âmbito

da organização econômica, das relações sociais, dos padrões de vida e cultura, das transformações do Estado e da política” [53].

A sociedade evolui na medida em que se intensificam seus fluxos de pessoas, informação, energia e mercadorias. Embora correndo o risco de cair em simplificações, parece-me evidente que as organizações tribais da Idade da Pedra eram menos complexas (com muito menor capacidade de interagir com seu meio ambiente) que as sociedades contemporâneas. Aproximadamente durante dois milhões de anos, os ancestrais do homo sapiens viveram da caça e da pesca, sem provocar grandes transformações na natureza. Foi apenas há uns poucos milênios atrás que o cultivo de grãos e a domesticação de animais permitiram o assentamento de populações, até então, nômades, e o surgimento de centros urbanos.

Esse foi o começo de uma vida social crescentemente complexa, acompanhada por uma produção constante e acelerada de conhecimentos, tecnologias, valores, instituições e cultura em geral. É um fato que o progresso tecnológico é um eixo fundamental e permanente da evolução social, mas não o único. Não se discute o papel da revolução agrícola, iniciada há vários milênios, nem o da industrial, em marcha desde os últimos dois séculos, ou da mais recente revolução informática. Porém, a evolução social depende fortemente do modelo civilizatório ou supersistema cultural que a sociedade adota coletivamente (embora não conscientemente) em determinados momentos cruciais de sua história. Por isso, para compreender o presente, é necessário abrir uma perspectiva analítica multidimensional e temporalmente ampla que possa contextualizá-lo adequadamente. Temos que sair dos condicionamentos de nossa época histórica e transferir nossa restrita perspectiva de final de século XX para outra, situada dentro de marcos civilizatórios de centenas e até milhares de anos [54].

O Estado-nação é um fenômeno historicamente recente, que vincula os direitos e a comunidade ao território, mas sua supremacia sempre foi débil e está cada vez mais questionada por se contrapor a identidades, comunidades e valores mais locais e particularistas, ou mais gerais e não territoriais (democracia e pluralismo) [55].

O certo é que o Estado é fundamental nos processos de desenvolvimento e de emancipação da pessoa humana, havendo necessidade de que os seus agentes e a sociedade, como um todo, promovam políticas públicas priorizando esse viés. Por isso, o Estado não pode ser reduzido a uma única função, embora em determinados momentos históricos e em determinados países isso ocorra, o que limita as possibilidades de promoção do seu desenvolvimento social, econômico, político e cultural [56].

Isso tudo impede que os direitos constitucionais conquistados se aproximem da efetivação, da concretude e da eficácia, para isso, faz-se necessário uma hermenêutica que reflita/espelhe a realidade. Por isso, se reconhece que na prática, há uma flexibilização dos direitos constitucionais que protegem a população mais pobre, assim como o meio ambiente e as comunidades étnicas. Na América Latina, os povos nativos ressurgem como agentes de transformação, atuantes na luta por seus direitos, revendo as instituições, as normas e os modelos, antes excludentes.

Assim, segundo Armengol [57], a nova hermenêutica de reflexão da realidade dá voz aos sujeitos e possibilita por meio das novas tendências paradigmáticas do campo constitucional uma espécie de renovação da dogmática constitucional que contempla os seguintes aspectos:

- a) Enunciación de que no hay jerarquía en los derechos, con lo cual se abre tácitamente la puerta a una hermenéutica de ponderación como vía de solución a la confrontación de derechos.

- b) Validez de los tratados y acuerdos internacionales ratificados cuyo contenido es la protección de derechos.
- c) Se agregan a las tradicionales formas de prohibición de discriminación otras, como la orientación sexual, la identidad de género, el origen, la nacionalidad, la filiación política o filosófica, la condición económica o social, la discapacidad, el embarazo, etcétera.
- d) Extensa legitimación de derechos sociales, económicos y culturales, y consagración junto a éstos de la obligación del Estado respecto a los mismos.
- e) Refrendo del derecho a la identidad cultural de las minorías étnicas y grupos originarios.
- f) Refrendo de derechos a los grupos en situación, como la niñez, los adultos mayores, los discapacitados, los privados de la libertad, los usuarios y consumidores, y las personas con enfermedades catastróficas.
- g) Legitimación de novedosas figuras-derechos, como el derecho al agua y el derecho a la alimentación.
- h) Planteamiento de temas que están en fase de moralidad crítica pero que aún no configuran derecho, como es el caso de las donaciones o trasplantes de células, tejidos u órganos.
- i) Reconocimiento de la titularidad de derechos a personas colectivas, como comunidades, pueblos y nacionalidades.
- j) Inclusión de nuevas facetas en derechos clásicos como el de libertad, en el que se introduce la arista de adoptar decisiones.
- k) Reconocimiento como sujeto de protección a la naturaleza, respecto a la que se identifica la necesidad de fomentar su protección, restauración y reproducción, creando así una justicia ambientalista.

Assim, estes povos se caracterizam pela dependência em relação aos recursos naturais com os quais constroem seu modo de vida; pelo conhecimento aprofundado que possuem da natureza, que é transmitido de geração a geração oralmente; pela noção de território e espaço onde o grupo se reproduz social e economicamente; pela ocupação do mesmo território por várias gerações; pela importância das atividades de subsistência, mesmo que, em algumas comunidades, a produção de mercadorias esteja mais ou menos desenvolvida; pela importância dos símbolos, mitos e rituais associados as suas atividades; pela utilização de tecnologias simples, com impacto limitado sobre o meio; pela autoidentificação ou pela identificação por outros de pertencer a uma cultura diferenciada, entre outras [58].

Percebe-se, a partir desse princípio, o reconhecimento e a importância destes povos, de suas comunidades locais e de seus conhecimentos para o meio ambiente. Porém, em virtude dos interesses econômicos, do desrespeito à identidade e à cultura desses povos e da falta de proteção legal aos seus conhecimentos e territórios, a sobrevivência e os propósitos de conservação ficam à mercê da exploração de multinacionais, interessadas na riqueza da biodiversidade nacional e dos conhecimentos que essas comunidades possuem. Saberes esses obtidos na vivência e interação com os ecossistemas, bem como com os modelos de desenvolvimento econômico, característicos e definidores da sociedade atual.

Nessa linha, segundo Moraes e Freitas, é que emerge nos cenários, social, político e jurídico, na região dos Andes na América Latina,

um constitucionalismo de feição ecocêntrica, o qual ostenta como bandeiras o reconhecimento dos direitos da natureza (*Pachamama*) e a cultura do Bem Viver, tendo como principais centros irradiadores de mudanças, o Equador e a Bolívia, cujas reformas

constitucionais recentes, respectivamente, em 2008 e 2009, a partir da inclusão dos povos indígenas e de outras minorias étnico-raciais, como atores sociais na atualidade, incorporaram vetustos valores resgatados das raízes pré-colombianas comuns, entre os quais sobressai o respeito à natureza e ao ambiente, vale dizer, o respeito prioritário à vida [59].

Esse respeito à natureza e ao ambiente possibilita a estes povos assegurar um dos elementos mais importantes para a caracterização de uma comunidade: o fato de os integrantes do grupo se reconhecerem como tais, como membros de uma cultura singular, um grupo social particular, que possui uma identidade diferenciada dos demais membros da população nacional. Além deste reconhecimento, o reconhecimento dos “outros” (conforme a teoria de Charles Taylor) também influencia na própria legitimidade do grupo historicamente subalternizado pelas interpretações, práticas e saberes coloniais.

A capacidade que estes povos, os grupos, possuem de se relacionar com um meio ecológico complexo, identificando, por exemplo, as diferenciações na fauna e na flora, as diversas espécies existentes, suas formas de vida e funções pode ser considerada prova do patrimônio cultural. Isto se dá graças a um saber prático que valoriza e preserva os ecossistemas que, muitas vezes, são vistos como práticas improdutivas pelas sociedades modernas [60].

É justamente esse aspecto que as novas constituições procuram resgatar, além dos avanços democráticos, da ampliação popular, também há a institucionalização da proposta do bem viver na “vanguarda do giro ecocêntrico, superador do modelo antropocêntrico, que alicerça os atuais

sistemas jurídicos e também a hermenêutica jurídica tradicional de reprodução de saberes e práticas” [61].

Dentre as inovações introduzidas pela Constituição do Equador de 2008, destaca-se o reconhecimento dos direitos da Pachamama (Derechos de lanaturaleza), no cenário maior da constitucionalização do SumakKawsay como direitos do bem viver. O bem viver significa a atribuição de subjetividade de direitos (ser-ai, a existência) à natureza (Pachamama). Essa atribuição possibilita a natureza uma nova condição, a de sujeito de direito e deixa de lado a condição de objeto de apropriação que a modernidade lhe relegou [62]. Nessa linha, os artigos 71 a 74 da Constituição da República do Equador disciplinam *in verbis*:

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 observaran 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.

A partir do exposto, verifica-se que a ideia do bem Viver implica uma nova forma de conceber a relação com a natureza, de maneira a assegurar simultaneamente o bem-estar das pessoas e a sobrevivência das espécies, de plantas, animais e dos ecossistemas. Nesse aspecto, assevera

A adoção do modelo do Bem viver requer uma profunda mudança de consciência, do modo de o ser humano perceber e compreender a vida e nela conduzir-se, a qual demanda a demolição de velhas estruturas, para que, em seu lugar, se reconstrua uma novel civilização pautada no valor central da vida em vez de endeusar-se a economia, como vem sendo feito ainda hoje em dia. Busca o Bem Viver, no dizer de GUDYNAS, romper com as visões clássicas do desenvolvimento associadas ao crescimento econômico perpétuo, ao progresso linear e ao antropocentrismo [63].

Já na Bolívia [64], o bem Viver ou *Suma Qumaña* se oficializou como princípio ético-moral da sociedade plural na Constituição Política do Estado

da Bolívia de 2009 e no Plano nacional de desenvolvimento “Bolívia Digna, Soberana, Produtiva e Democrática para Viver Bem”, no contexto de refundação do Estado, “marcadamente indígena, anticolonialista e plurinacional” [65]. Pode-se observar que, nos dois casos, da Bolívia e do Equador, o bem-Viver é um elemento essencial para reformular o desenvolvimento: ensaia-se um novo marco conceitual e se cuida especialmente de definir a reforma econômica.

Para Eduardo Gudynas [66], há também diferenças importantes. No caso da Bolívia, o *Suma Qumaña* e os demais conceitos associados são fundamentos ético-morais e aparecem no marco de sua definição de plurinacionalidade. Para este autor, no caso equatoriano, diferentemente, o *sumak kawsay* é apresentado em dois níveis: como marco para um conjunto de direitos e como expressão de boa parte da organização e execução desses direitos, seja pelo Estado, seja por toda a sociedade. Trata-se de uma formalização de maior amplitude e profundidade, já que o *sumak kawsay* vai além de ser um princípio ético moral e aparece dentro do conjunto de direitos [67]. Segundo Gudynas,

No texto constitucional boliviano esse vínculo entre *suma qumaña* e os direitos não é explícito; por exemplo, não há uma referência a este conceito na seção dos direitos fundamentais. Por outro lado, o Viver Bem é claramente apresentado como uma das finalidades do Estado. A versão boliviana se apóia um pouco mais sobre o Estado que o texto equatoriano e avança mais sobre a plurinacionalidade. Por outro lado, o *sumak kawsay* equatoriano é plural no sentido de abrigar um amplo conjunto de direitos e se articula de forma simultânea com outros direitos que não se encontram em seu interior. Outras diferenças importantes giram ao redor das abordagens do ambiente. Nesse campo, a nova Constituição de

Equador formalizou o reconhecimento dos direitos da Natureza, o que implica reconhecê-la como um sujeito de direitos (art. 72). Mantém-se em paralelo a postura clássica dos direitos a um ambiente sadio (os que são parte dos chamados direitos de terceira geração e estão enfocados nas pessoas). A formulação dos direitos da Natureza oferece várias particularidades notáveis. Por um lado, utilizam-se como sinônimos e num mesmo nível as categorias de Natureza e Pachamama, com o que se reforça a importância que se outorga ao saber indígena. Por outro lado, seus direitos estão enfocados em respeitar integralmente sua existência, sua estrutura e todos os processos vitais e evolutivos. Esta postura é reforçada com outra inovação que consiste em considerar que a restauração integral da Natureza também é um direito (art. 73). Observe-se que desta maneira, o componente ambiental do Bem-Viver equatoriano se apóia tanto nos direitos dos humanos como nos direitos da Natureza [68].

Para Moraes e Freitas, percebe-se, assim, diferentemente do padrão cultural ainda prevalente de exploração e de dominação da natureza consoante à cultura do bem Viver, ressurgida da milenar civilização dos povos originários ameríndios, que viver em harmonia com a natureza é o propósito principal, o qual se alcança mediante a realização dos seguintes postulados

1. Priorizar a vida;
2. Obter acordos consensuados;
3. Respeitar as diferenças;
4. Viver em complementaridade;
5. Equilíbrio com a natureza;
6. Defender a identidade;
7. Aceitar as diferenças;
8. Priorizar direitos cósmicos;
9. Saber comer;
10. Saber beber;
11. Saber dançar;
12. Saber trabalhar;
13. Retomar o *AbyaYala*;
14. Reincorporar a agricultura.
15. Saber se comunicar;
16. Controle social;
17. Trabalhar em reciprocidade;
18. Não roubar e não

mentir; 19. Proteger as sementes; 20. Respeitar a mulher; 21. Viver bem e NÃO melhor; 22. Recuperar recursos; 23. Exercer a soberania; 24. Aproveitar a água; 25. Escutar os anciãos [69].

Ainda é possível vislumbrar que o “Bem-Viver questiona o dualismo da Modernidade que separa sociedade e Natureza e converte a esta última num conjunto de objetos que podem ser dominados, manipulados e apropriados. Ademais, o Bem-Viver procura evidenciar” outras formas de relacionamento com o meio [70].

Segundo Almeida [71], conforme extraído da análise dos processos constituintes: equatoriano e boliviano, nota-se, desde o princípio, uma busca pela transformação do constitucionalismo latino americano, já que, como visto, as Constituições na modernidade representam (ram) politicamente tanto as formas de dominação, bem como a necessidade do Bem-viver pela real concretização das necessidades sociais. Estas são sintetizadas em um ordenamento normativo, fruto da reivindicação dos Outros por sua soberania e das novas formas de participação democrática. Assim, a análise dos novos textos constitucionais deve revelar mudanças, ou desejos de mudanças, substanciais para o direito (bem-Viver) latino-americano, sobretudo porque é pensada como a forma política que sintetizaria as aspirações da sociedade real – não a imaginada e subalternizada como associação de indivíduos abstratos [72].

A partir da análise das Cartas constitucionais vigentes na Bolívia e nos demais países latino-americanos durante um longo período da república, as populações (indígena e afro) não eram consideradas aptas a participar da política, a menos que lograssem um alto grau de assimilação à cultura nacional. Verifica-se, então, que o novo constitucionalismo latino-americano apresenta uma matriz doutrinária constitucional própria, a qual demonstra a

compreensão da Constituição como ferramenta de reformulação de uma ordem política e social, clamada pelo povo em um contexto de “necessidade” [73].

Uma necessidade que surge não de uma acomodação de classes e forças políticas tradicionais, como de costume ocorria na América Latina (principalmente nos cenários pós-ditaduras), mas sim de uma demanda de movimentos articulados por igualdade social e inserção política a partir de um novo marco constitucional; não apenas como **concessão** das elites, mas como “condição” a ser implementada já no calor das revoluções, com a apropriação da proposta constituinte e seu processo de construção [74].

Percebe-se, assim, que América Latina tende cada vez mais a se renovar no sentido pluralista, através de uma democracia que inclui o “Outro” subalternizado como personagens atuantes, construindo uma sociedade mais humana e mais próxima da igualdade econômica, social e cultural (ambiental). As experiências tanto da Bolívia quanto do Equador demonstram os anseios da população latina americana por uma nova ordem constitucional com outro olhar para as relações com o meio em que vivem.

4- Considerações finais

Desse modo, é possível observar que as discussões perpassam pela ideia de “ruptura”, passagem do paradigma que demonstra exaustão e insuficiência, o qual não está plenamente esgotado, mas exhibe suas possibilidades de satisfazer demandas inusitadas, para um paradigma hermenêutico de cunho criativo/produtivo. Este aliado, principalmente, às novas concepções que surgem da ideia de conhecimento, pré-compreensão, interpretação e aplicação, em que se observa claramente o rompimento de um modelo liberal

para um modelo social (transformador) de interpretação, o qual visa o constitucionalismo latino-americano e a lógica do bem-Viver.

Com este “novo” paradigma, será possível contribuir de forma mais concreta para o agir emancipatório do pensamento jurídico contemporâneo e dar voz aos saberes e às práticas subalternizadas. No entanto, assumir-se como parte de um discurso emancipador para o Direito não é uma tarefa fácil, pois muitas resistências são enfrentadas pelos juristas à transformação, uma vez que tal postura pressupõe criar compromissos éticos e políticos frente a uma tradição prática e histórica que insiste em fechar os olhos para o novo.

Para desenhar este novo modelo, que possibilita um olhar para o Outro e assinala novas formas de participação democrática, é necessário “um novo senso comum teórico”. Tal paradigma não é mera constatação, pois muitos são os autores que caminham para esta perspectiva, demonstrando a insuficiência do paradigma tradicional e das práticas hermenêutico-interpretativas hegemônicas, em que o chamado sujeito-epistêmico opta pela neutralidade e reprodução do conhecimento, em nome do chamado sujeito-hermenêutico crítico, que ataca, através de um novo paradigma, a assim denominada crise do Direito.

Portanto, é por meio do caráter fundamental interpretativo da sua experiência de mundo que o sujeito-hermenêutico crítico pergunta pelo texto (jurídico); é como sujeito do mundo que este compreende o sentido e desvela o novo, ou seja, o caráter transformador do Direito e desconstrói a chamada tradição jurídica inautêntica – refém do paradigma tradicional metafísico-objetivante da filosofia da consciência. Esse novo sujeito desconstrói ao mesmo tempo em que constrói aquilo que a práxis jurídica insiste em não ver, ou seja, a realidade refletida concretamente na existência cotidiana.

Referências bibliográficas

ARMEGOL, Carlos Manuel Villabella. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* Universidad Autónoma del Estado de México, 2012.

ALMEIDA, Marina Costa. *O novo constitucionalismo na América Latina: o descobrimento do Outro pela via do Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Comp.). *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad.* Quito: Abya-Yala, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: UFMG, v.3, 1999, p. 473-486.

CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: DALMAU, Martinez, Ruben. *Assembleasconstituintes y nuevo costitucionalismo em America latina.* *Tempo exterior*, n.17, jul./dez. 2008.

DIEGUES, Antonio Carlos. ARRUDA, Rinaldo S. V. (Org.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil.* Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *El girohermenéutico*. Traducción de Arturo Parada. Madrid: Cátedra, 1998.

_____. *Verdade e método* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

_____. *Verdade e método II* – complementos e índice. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GILES, Thomas. *Dicionário de filosofia* – termos e filósofos. São Paulo: EPU, 1993.

GUDYNAS, Eduardo. *El Mandato Ecológico*. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en La nueva constitución. Quito: Abya-yala, 2009.

HALL, Stuart. *Da diáspora*: Identidades e mediações culturais. Organização Liv Sovik; Tradução Adelaine La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1986.

_____. *Ser e tempo*. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti. Parte II. Petrópolis: Vozes, 1988.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumakKawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano – tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

ORIO, Luiz Henrique. Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. *Crítica jurídica na América Latina*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát. Universidade Federal de Santa Catarina. Aguascalientes/Florianópolis, 2013.

PACHECO, Julio César de Carvalho. *Os direitos sociais e o Desenvolvimento emancipatório: Globalização, crise do estado-nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos*. Passo Fundo: IMED, 2009.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relumê Dumará, 1994.

STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade – niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico y Constitucionalismo Brasileño*. Disponível em: <<http://goo.gl/0x1JyZ>>.

Notas de fim

[1] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro, 1994.

[2] DESCARTES, René (1596-1650). Filósofo e matemático francês. Sua primeira obra foi *Regras para a direção do entendimento*, escrita em fins da década de 1620. Deixada incompleta, foi publicada postumamente em 1701. Nela, Descartes considera o raciocínio matemático como paradigma para o novo sistema do pensamento, pois aqueles que procuram o caminho certo para a verdade não devem se preocupar a respeito de qualquer objeto sobre o qual não possa haver certeza igual àquela da demonstração aritmética ou geométrica. Ademais, tal raciocínio matemático se aplica a todo conhecimento científico (GILES,1993, p.183).

[3] LOCKE, John (1632-1704). Filósofo inglês. “Para este filósofo, conhecer é perceber uma relação entre ideias. Ora, as ideias são de dois tipos. Há ideias simples, que derivam da sensação ou de uma experiência interior, que é a reflexão; e ideias complexas, que são combinações das ideias simples. O próprio entendimento, ou a mente, é como uma *tábula rasa*; é a experiência sensível que nela escreve. Antes de experimentarmos a sensação, não podemos pensar, pois tudo aquilo que se encontra no intelecto deve passar primeiramente pelos sentidos. O que ocasiona uma ideia na mente é a “qualidade” do objeto externo. Qualidades tais como a solidez, a extensão, a forma, o número, etc. são constantes. Apesar de todas as alterações que o corpo ou objeto possam sofrer, essas qualidades não mudam. São primárias e se distinguem das qualidades secundárias. Estas não se encontram no próprio objeto; resultam do impacto de algo nas qualidades primárias sobre o órgão

sensível. [...] Locke afirma a existência do objeto exterior ao sentido, objeto dotado de qualidades primárias que estimulam em nós as secundárias, o que, por sua vez, pressupõe a relação causal, como também algo que é substrato, dotado de qualidades primárias, mas que não se reduz a elas. [...] A Filosofia não deve tentar inquirir em áreas que não se prestam aos métodos que podemos comprovar por meio da observação.” (GILES, 1993, p.223, grifos da autora).

[4] HUME, David (1711-76). Filósofo escocês. “A ideia é sempre a ideia de determinada impressão. Qualquer ideia desprovida de uma impressão ou conjunto de impressões verificáveis é falsa ou fictícia. Toda ideia genuína é cópia de uma impressão prévia. [...]Tudo o que podemos afirmar é que observamos a sucessão de várias vezes, ou que esta se repete continuamente. Da suposta conexão ou ligação entre uma e outra não temos nenhuma impressão. Afirmar que tal conexão existe é afirmar algo para o que não há justificativa na ciência, mas apenas no hábito. Não há explicação para o porquê da associação de ideias: as coisas são como são. Tudo o que sabemos afirmar é que, no decorrer da vida normal, chegamos a confiar que os acontecimentos sigam determinada direção, repetição e regularidade. Mas, se descobrirmos ou não a verdadeira explicação de tais padrões, a vida continuará como se a tivéssemos descoberto, pois o instinto não aguarda a razão. Todo nosso conhecimento, inclusive sobre a existência do mundo exterior e a ideia de identidade pessoal, e mesmo a própria ideia de conhecimento, dependem da nossa confiança em certos instintos” (GILES, 1993, p.205).

[5] KANT, Immanuel. (1724-1804). Filósofo alemão. Segundo Kant (apud GILES, 1993, p.214), foi Hume quem o despertou do seu “sono dogmático”,

pois foi quem lhe mostrou que o dogmatismo racionalista não podia resistir à crítica devastadora, o que deu outra direção ao seu pensamento. Como sua confiança na razão, reforçada pela ciência newtoniana, permanecia inquebrantável, procurou uma fundamentação sólida para o exercício da razão. Sua meta, que se expressa na *Crítica da Razão Pura*, era justificar a Física de Newton contra o empirismo e o ceticismo. Ele compartilha com Descartes e com a “filosofia nova” a ideia de que o grau de ciência presente em uma disciplina é proporcional à quantidade de Matemática que nela existe, pois todas as proposições da Matemática são sempre juízos *a priori*, necessários e anteriores à experiência. A influência dessa ideia, junto com a física de Newton e das demais descobertas científicas da época levam Kant a duvidar se a Metafísica, divorciada das ciências experimentais em geral, teria o direito de existir. Kant se refere a ela em termos “daquele ilusório e pretensoso conhecimento chamado de Metafísica”. O problema que preocupa sobremaneira a Kant é a aparente contradição entre o ceticismo completo e prático de Hume, para quem todas as supostas noções *a priori* são apenas experiências comuns, e a ideia newtoniana do universo como vasto mecanismo, complexo, porém inteligível. É a partir dos seus estudos de Newton que Kant começa a se dar conta de que o princípio ou relação fundamental sobre qual a estrutura toda do conhecimento científico se assenta é o princípio da causalidade, de causa e efeito, princípio que para Newton é objetivo. A relação causa-efeito opera e é observada na natureza. [...] Trata-se de reabilitar a Filosofia, de defender a razão contra o ceticismo, mediante a distinção entre aquilo que a razão pode fazer e aquilo que ela é incapaz, de estabelecer, o valor do conhecimento racional. Kant estende esse exame à razão enquanto princípio das ações (a razão prática) e enquanto fonte dos juízos estéticos e teleológicos. Kant insiste que a percepção dos objetos, ou seja, a percepção sensível não é um processo direto, mas um processo que

exige que o objeto tenha sido sujeitado às condições *a priori* de todo o conhecimento científico, inclusive àquela da causalidade. No ato de percepção, trata-se de algo já organizado, em condições de ser percebido, algo perceptível. O objeto deve submeter-se a um processo que lhe dê forma elementar suficiente para introduzir-se na perspectiva das faculdades superiores da inteligência. É o ato inicial da sensibilidade que realiza esse processo; é um ato de sintetizar aquilo que de outro modo seria (e é) sem forma, disperso e desorganizado, sem coesão. Mais do que uma colocação em ordem, esse ato transforma o caos em ordem (GILES, 1993, p.214).

[6] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

[7] DEWEY, John (1859-1952). Filósofo, psicólogo e pedagogo norte-americano, cujas teorias tiveram repercussão mundial. Em *A experiência da natureza e a natureza* (1929), afirma que o sujeito é apenas um “espectador”, pois é a experiência do sujeito que está na base dos problemas a serem resolvidos. Ademais, o homem apreendeu a modificar a natureza, portanto, não precisa ser sujeito passivo dela (GILES, 1993, p.185).

[8] WITTGENSTEIN, Ludwig (1889-1951). Filósofo austríaco. Preocupava-se constantemente com a linguagem: o seu âmbito e limites, de modo especial, as consequências da análise linguística para o filósofo na sua qualidade de usuário da linguagem comum. No primeiro período, equaciona os atos com as proposições atômicas, enquanto “quadros” destes. Trata-se de um relacionamento de “um a um” entre aquilo que se pode mostrar e aquilo de que se pode falar. No segundo período, para a analogia dos quadros, substitui a análise da linguagem por um conjunto de utensílios, cada conjunto

regido por suas próprias regras, seus próprios critérios de êxito e de fracasso. A criatividade linguística pode e até exige o mesmo processo, pois, para entender e utilizar determinada língua, é preciso saber quais as regras e os objetivos de uso. Julga-se a sua eficácia em função daquilo que é permitido ou possível em termos práticos. Não há normas abstratas. A má filosofia ocorre quando a linguagem tira férias, isto é, quando deixa de desempenhar as suas funções normais, enquanto instrumento de comunicação social, pois a linguagem é por essência social. Nas *investigações filosóficas*, Wittgenstein abandona o ideal da sua primeira formulação e admite a possibilidade de uma multiplicidade de linguagens/atividades linguísticas, como há uma multiplicidade de jogos que não podem ser delimitados em termos precisos, mas que têm um “parentesco-de-semelhança” uns com os outros. Outra ideia fundamental nessa segunda formulação é a impossibilidade de uma linguagem privada, uma linguagem inteligível apenas para mim. O uso das palavras exige, pois, que todos as compreendam. Utilizar uma tal linguagem consistiria em conformar-se a regras sem a possibilidade de comprovar a sua aplicação por meio de um apelo a uma instância independente; a justificação para o seu uso consiste precisamente nessa referência (GILES, 1993, p.261).

[9] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.310.

[10] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.312.

[11] Os vocábulos “medido” e “controlado” foram usados para substituir a palavra comensurável que significa para o autor: “capaz de ser colocado sob

um conjunto de regras que nos diga como pode ser alcançada uma concordância racional, a partir da qual se decidiria a questão sobre todo ponto em que as colocações parecem conflitar”. Essas regras nos revelam como construir uma situação ideal, na qual todas as discordâncias residuais serão vistas como “nãocognitivas” ou meramente verbais, ou ainda pura e simplesmente temporárias – capazes de serem resolvidas a partir de mais alguma coisa. O que importa é o que deveria ser feito se uma resolução tivesse que ser alcançada (RORTY, 1995, p.312).

[12] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.312.

[13] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.312.

[14] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.313.

[15] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.313.

[16] LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p.180.

[17] LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p.180.

- [18] GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Traduzido por Arturo Parada. Madrid: Cátedra, 1998. p.643.
- [19] LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p.180.
- [20] LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p.182.
- [21] GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Traduzido por Arturo Parada. Madrid: Cátedra, 1998. p.670. Grifo meu.
- [22] LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.
- [23] LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p.182.
- [24] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.314.
- [25] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- [26] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.315.

[27] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.315.

[28] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 315.

[29] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 316.

[30] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.316.

[31] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.317.

[32] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.317.

[33] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 1994. p.318.

[34] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

[35] KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.120.

[36] RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Traduzido por Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.320.

[37] STRECK. Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.47.

[38] VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade – niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.21.

[39] STRECK. Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.42.

[40] “O intérprete jamais chega ao texto sem um ter-que-ver-prévio com este: se o texto fala de poder, da justiça ou da vida, o leitor/intérprete entenderá o texto em função de suas próprias experiências sobre o poder, a justiça e a vida. Jamais haverá, pois uma leitura ingênua, porque o interprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto se dá, pois, uma relação de circularidade típica, um círculo que pode frustrar a compreensão definitiva, porém que é certamente algo positivo, porque não há forma de entender uma coisa que não seja inserindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que essa coisa desdobre todo o sentido que encerra” (SAAVEDRA apud STRECK, 1999, p.235).

[41] GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Traduzido por Arturo Parada. Madrid: Cátedra, 1998.

[42] CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: UFMG, v.3, p. 473-486, 1999. p.482.

[43] STRECK. Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.213.

[44] KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

[45] KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

[46] STRECK. Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

[47] KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.127-128

[48] LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999. p.38-39.

[49] HALL, Stuart. *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*. (Org.) SOVIK, Liv; Traduzido por Adelaine La Guardia Resende... et al. Belo

Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003. p.56.

[50] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico y Constitucionalismo Brasileño*. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12598.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

[51] HALL, Stuart. *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*. (Org.) SOVIK, Liv; Traduzido por Adelaine La Guardia Resende... et al. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003. p.57.

[52] HALL, Stuart. *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*. (Org.) SOVIK, Liv; Traduzido por Adelaine La Guardia Resende... et al. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003. p.59.

[53] PACHECO, Julio César de Carvalho. *Os direitos sociais e o Desenvolvimento emancipatório: Globalização, crise do estado-nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos*. Passo Fundo: IMED, 2009.

[54] LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999. p.42-43.

[55] PACHECO, Julio César de Carvalho. *Os direitos sociais e o Desenvolvimento emancipatório: Globalização, crise do estado-nação,*

flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos. Passo Fundo: IMED, 2009. p.35.

[56] PACHECO, Julio César de Carvalho. *Os direitos sociais e o Desenvolvimento emancipatório: Globalização, crise do estado-nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos.* Passo Fundo: IMED, 2009.

[57] ARMEGOL, Carlos Manuel Villabella. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. A. C. Universidad Autónoma del Estado de México, 2012. p.60.

[58] DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. (Orgs.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil.* Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001. p.27.

[59] MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumakKawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano – tendências contemporâneas.* Curitiba: Juruá, 2013. p.109.

[60] CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: DALMAU, Martinez, Ruben. *Assembleas constituintes y nuevo constitucionalismo en America Latina.* In: *Tempo exterior*, n.17, jul./dez. 2008.

[61] MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumakKawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano – tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p.108.

[62] ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Comp.). *Plurinacionalidad*. Democracia en la diversidad. Quito: Abya-Yala, 2009. p.173.

[63] MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumakKawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano – tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p.128-129.

[64] Este país possuía uma maioria de povos originários, ou indígenas, a longa dominação da minoria *criolla* – assim designados os descendentes de espanhóis, principalmente. Com a constituição do Estado-Nação boliviano, traduziu-se a consolidação da estrutura dependente-capitalista e as diversas formas de encobrimento do Outro por meio da colonialidade, que fez com que este país fosse “o resultado do cruzamento e justaposição entre elementos que advém da memória larga (a colonização), da memória mediana (o Estado nacional-popular dos anos 50) e da memória curta (as lutas antineoliberais, a partir de 2000) (SVAMPA; STEFANONI, 2007, p.06).

[65] MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumakKawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano – tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p.139.

[66] GUDYNAS, Eduardo. *El Mandato Ecológico*. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución. Quito: Abya-yala, 2009.

[67] GUDYNAS, EDUARDO. *El Mandato Ecológico*. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución. Quito: Abya-yala, 2009.

[68] GUDYNAS, EDUARDO. *El Mandato Ecológico*. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución. Quito: Abya-yala, 2009. p.46.

[69] MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumakKawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano – tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p.130.

[70] GUDYNAS, EDUARDO. *El Mandato Ecológico*. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución. Quito: Abya-yala, 2009.

[71] ALMEIDA, Marina Costa. *O novo constitucionalismo na América Latina: o descobrimento do Outro pela via do Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

[72] ALMEIDA, Marina Costa. *O novo constitucionalismo na América Latina: o descobrimento do Outro pela via do Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

[73] ORIO, Luiz Henrique. Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos. CORREAS, Oscar. *Crítica jurídica na América Latina*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidade Federal de Santa Catarina. Aguascalientes / Florianópolis, 2013. p. 175.

[74] ORIO, Luiz Henrique. Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos. CORREAS, Oscar. *Crítica jurídica na América Latina*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidade Federal de Santa Catarina. Aguascalientes / Florianópolis, 2013. p. 175.

*Nunca seremos felizes:
crônica de uma história anunciada em matéria de
Direitos Humanos na América Latina –
encobrimento, dor, memória, esquecimento e resgate*

We shall never be happy: “the chronicle of a death foretold” regarding Human Rights in Latin America – concealment, pain, memory, forgetfulness and rescue

Nunca seremos felices: crónicas de una historia anunciada de Derechos Humanos en Latinoamérica – encubrimiento, dolor, memoria, olvido y rescate

Fernanda Frizzo Bragato

João Luiz Rocha do Nascimento

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- A bota espanhola pisa na praia do paraíso pensando no ser-asiático; 3- Quando a lenda é maior que o fato: relação entre história, memória e esquecimento; 4- Em busca dos fatos perdidos: revolvendo o chão batido do esquecimento; 5- Bartolomé de Las Casas e a questão do Olhar sobre o Outro; 6 – As Razões das Histórias Esquecidas; 7- Considerações Finais; Referências.

1- Introdução

No princípio, os verbos foram chegando, um após outro. E foram mudando de nome. Inventar, encobrir, desvelar, conquistar, colonizar, destruir [1]. Estes – os últimos – vieram a cavalo e isso causou espanto. Por fim e em outra perspectiva, apareceram resgatar e revolver.

Este estudo, cujo título livremente se inspira no vaticínio de Simon Bolívar, pretende ser uma crônica de uma história inacabada de um continente que, ontologicamente falando, era um todo, mas, entre caminhos e descaminhos, dividiu-se em duas partes: uma próspera, outra empobrecida. Esta, a que aqui interessa, atende pelo nome de América Latina, uma terra onde, segundo o mito, vive uma raça triste, porque miscigenada pela soma de outras duas ou três.

Vamos, pois, falar de um povo que, ao contrário do vizinho próspero e não obstante ser unido por duas línguas de origem comum, viu fracassar o seu projeto de unidade nacional mal arquitetado, emergindo então um sentimento de nação fragmentada em mil pedaços, tal como a alma de seus habitantes, a maioria deles ainda nus e pobres em quase tudo. Vamos falar, para que não se esqueça, do **Outro** que não viu a própria alteridade reconhecida, do **Outro** não como **algo distinto** e emancipado, mas como projeção do **eu-invasor-dominador-destruidor**, e do **Eu** que submete, sujeita e coloca o **Outro** na periferia, para que o sirva.

Vamos falar também de um **ente** cujo **ser** ficou, durante muito tempo, encoberto e que, apesar de se lhe abrirem as veias em direção ao outro lado do oceano, constituiu-se, ao mesmo tempo, como vítima e condição de possibilidade de retirar o opressor do isolamento e da periferia muçulmana em que até então vivia mergulhado, anunciando assim o mito da modernidade que, mais tarde, proporcionou a consolidação de uma visão eurocentrista de mundo, sempre presente no senso comum teórico.

Mais que isso, e essa é a questão nuclear, pretende-se operar, ainda que como singela contribuição, um alinhamento com o esforço de desconstrução do discurso hegemônico que coloca a Europa em uma posição de centralidade, desde sempre centro e fim do mundo – de acordo com a leitura **hegeliana**, sobretudo na problemática dos direitos humanos. A

proposta é, com o recorte centrado nos direitos humanos, demonstrar e reafirmar, pelo resgate de fatos esquecidos e negligenciados pela História, que a América Latina exerceu importante papel nesse sentido, quando nem sequer havia aportes teóricos sistematizados – uma tradição que remete diretamente ao século XVI e à conquista espanhola do novo mundo, tempo e local onde são gestadas as bases teóricas possibilitadoras do exercício, 450 anos depois do protagonismo latino-americano na internacionalização da questão. Isto se deu especialmente por ocasião da discussão e aprovação da Carta da ONU e, posteriormente, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

2- A bota espanhola pisa na praia do paraíso pensando no “ser asiático”

O mundo era composto de três partes: Ásia, África e Europa. A Europa acabava no mar mediterrâneo, que vivia seu esplendor e também banhava a Ásia e a África. Porém, havia uma quarta parte, encoberta, a qual, quando foi **des**-velada, levou, do que foi encontrado, à invenção de um outro **ser**, o asiático [2]. Assim, quando pela primeira vez a bota espanhola pisou nas praias do Novo Mundo, o destino da América Latina já estava traçado na linha do tempo.

Fernando Báez registra que “sem saber ou sabendo, Colombo, um buscador obsessivo do mítico Cipango [3], depois de cruzar o oceano Atlântico encontrou, em 12 de outubro, um novo mundo, que se converteria na salvação do projeto espanhol” [4]. A América, então, desde o princípio, nascia carente de um nome, de um significado e meio que por acaso. Como o imaginário estava concentrado em **Outro**, o asiático, ela já nasceu esquecida e negada.

A propósito, conta Eduardo Galeano [5], que a América não carecia só de nome. Há tempo que os noruegueses a haviam descoberto, mas

ninguém se dera conta, e o próprio Colombo morreu convencido de que tinha alcançado pelas costas não a América, mas a Ásia. Nascia, assim, a América, ou pelo menos parte do que dela mais tarde resultou (a América Latina), marcada desde sua gênese pelo mito do esquecimento. Curiosamente, quando a partir do século XVIII o conceito de **Europa-ocidente-centro do mundo** se consolidou, Portugal e Espanha, responsáveis pela inauguração da modernidade e por colocar a Europa no âmago do mundo, foram desterrados [6].

3- Quando a lenda é maior que o fato: relação entre história, memória e esquecimento

Giuseppe Tosi [7] assinala que, nas línguas latinas, a palavra **história** tanto significa o “conjunto de acontecimentos do passado” como “relato e interpretação” desses acontecimentos, sendo que, no primeiro sentido, “não existe mais, ela é ‘passado’ e, por isso, ontologicamente deixou de ser, foi engolida pelo abismo do tempo. Para o autor, no segundo sentido, a história não é mais do que a desesperada tentativa humana de trazer de volta o passado que já não é, o que, por ser impossível, trata-se de uma atitude desesperada.

Nessa linha de raciocínio, a história seriam as palavras orais e escritas, nunca os fatos, nunca as coisas, daí o porquê de que é impossível contar a história como ela verdadeiramente é [8]. Se o passado não pode ser reproduzido fielmente e nem é possível escrever n(o) futuro, significa dizer que a história é algo mesmo do presente e o sentido de “tentativa desesperada” leva até Heidegger, para quem a angústia do homem é viver condenado neste abismo (o presente) entre o que ainda não é, mas será, e o

que não é mais, porque já foi, sendo nele, no presente, que nos movemos. Tosi ainda prossegue:

O filósofo italiano Benedetto Croce disse algo parecido quando afirmou que ‘toda história é história contemporânea’. Literalmente, porque são os que vivem no mesmo tempo, os contemporâneos, que escrevem a história dos que os antecederam, os antepassados, os que viverem num outro tempo; mas há também um sentido mais profundo: significa que cada época, ou geração [...] cria, recria, inventa e reinventa continuamente a história. Por isso, a história, enquanto, disciplina, é continuamente escrita e rescrita, interpretada, faz parte das disciplinas ‘hermenêuticas’ por excelência, porque se trata de uma contínua (re)interpretação de textos (já que os fatos não são mais alcançáveis), em diferentes contextos, a partir de diferentes pré-textos [9].

O referido autor diz que é através da história que podemos dar um sentido posterior aos que já morreram, às vidas brutalmente torturadas, humilhadas e destruídas, oferecendo como um exemplo justamente “o genocídio dos povos indígenas, aniquilados durante a conquista da América” [10]. Assim, fazemos a pergunta: como acessar os eventos passados para resgatá-los e conferir-lhes um sentido que se aproxime da verdade dos fatos? Se a história é escrita no presente, o único caminho é a memória. Fernando Báez, ao citar Henri Bergson (2007), diz que “o homem é homem porque tem memória, isto é, tem tradição e tem história” [11].

Nesse mesmo sentido, sustenta Giuseppe Tosi (2012) que “a tarefa de resgatar a história do *oblium*, do esquecimento, do não ser em que se encontra, é confiada à memória [12], grifo do autor”. Adiante, a partir da

célebre afirmação nietzcheniana, Tosi quer saber como fazer a filtragem do que deve ser lembrado e esquecido, já que não há fatos, mas interpretações de fatos. O caráter pedagógico, portanto educativo, da memória coletiva [13] é uma das respostas, dado que, ao se fazer justiça aos que morreram injustamente, também se manda um recado para o futuro e ajuda a evitar no presente a repetição de erros do passado.

Como nos lembra Mignolo [14], a história é uma instituição que legitima a enunciação de acontecimentos, ao mesmo tempo em que silencia sobre outros. Assim, controla as memórias ao redor do mundo através de um conjunto conceitual e, ao criar povos sem história, reativa traços da escravidão, da opressão, do racismo, da marginalização, da falta de reconhecimento e da desumanização, ignorados na tradução de memórias e experiências na “história” que se forjou desde a tradição europeia.

Neste sentido é que, de acordo com a visão hegeliana, que se tornou, para lembrar Luís Alberto Warat [15], o **senso comum teórico**, a ideia corrente é a de que o continente europeu é, ou foi, o primeiro em tudo. Tudo ali aconteceu pela primeira vez. Porém, será este um discurso verdadeiro ou uma falácia? Sempre foi assim? Trata-se realmente de um continente predestinado para ser o *locus* onde tudo acontece prioritariamente, o centro irradiador de tudo? Em verdade, não.

A Europa, que sempre se apropriou de um discurso de centralidade, foi outrora uma periferia do mundo mulçumano, como conta Enrique Dussel [16]. Para o filósofo argentino, a hoje chamada Europa Ocidental só assumiu a condição de centralidade a partir do “descobrimento” da América, em 1492. Eis que, antes disso, não passava de um mundo periférico e de uma cultura provinciana onde orbitava o mundo mulçumano. Até então nunca fora o “centro” da história, haja vista que não ia além de Viena.

Impedidos de controlar o mediterrâneo na sua parte oriental, os europeus viviam condenados ao isolamento – sobretudo após a ocupação de Constantinopla pelos turcos, em 1463 –, sendo a periferia de um mundo mulçumano que se estendia do norte da África até as Filipinas, a qual passavapelo Oriente Médio, Ásia e Norte da Índia, em um domínio que ia do oceano Atlântico ao Pacífico [17]. Segundo Dussel,

nessa situação, falar de uma Europa como começo, centro e fim da História Mundial – como era a opinião de Hegel – era cair numa miopia eurocêntrica. A Europa Ocidental não era o ‘centro’, nem sua história *nunca* foi o centro da história. Será preciso esperar por 1492 para que sua centralidade empírica constitua as outras civilizações como sua ‘periferia’. Este fato da ‘saída’ da Europa Ocidental dos estreitos limites dentro dos quais o mundo mulçumano a prendera constitui, em nossa opinião, o nascimento da Modernidade. 1492 é a data de seu nascimento, da origem da ‘experiência’ do ego europeu de constituir os Outros sujeitos e povos como objetos, instrumentos que podem ser usados e controlados para seus próprios fins europeizadores, civilizatórios, modernizadores [18].

Para Dussel, é nesse momento que, pela primeira vez, a Europa Ocidental se lança à conquista do mundo, cujo ápice se dá com as conquistas empreendidas por Portugal e pela Espanha, os responsáveis diretos pela expansão europeia no Ocidente e pela libertação do domínio mulçumano, que ocorria desde o século VII, há mais de oito séculos [19]. Trata-se, pois, de uma falácia dizer que a Europa sempre foi, e continua sendo, o centro de tudo.

Sendo assim, como já afirmado, nem sempre a história é feita de fatos, mas construída de (falsas) versões, lendas ou fraudes impostas pelo vencedor, quando se trata de uma guerra. Os tribunais de Nuremberg, de Ruanda, de Kosovo, do Iraque e do Afeganistão são exemplos emblemáticos disso. Aliás, quando a lenda é forte, alguns fatos são obscurecidos.

A contribuição latino-americana para a construção dos direitos humanos é mais uma dessas histórias esquecidas e que pouco a pouco vem sendo resgatada. Portanto, aqui pretendemos nos alinhar ao esforço de desconstrução do discurso hegemônico do eurocentrismo em matéria de direitos humanos para demonstrar e reafirmar que a América Latina exerceu importante papel nesse sentido, quando sequer se pensava em uma concepção mínima na construção e afirmação desses direitos, fato este infelizmente esquecido pela História, mas que, por uma questão de justiça, precisa ser resgatado.

De fato, quando o assunto é **direitos humanos**, o discurso hegemônico é o de que a gênese desse movimento surgiu na Europa, que cuidou de exportá-lo para outros continentes. No entanto, isto é uma idêntica falácia, um discurso enganador, conforme adiante se verá e como sustentam Castor Bartolomé Ruiz [20], Paolo G. Carozza [21], Fernanda Bragato [22], Raimundo Panikkar [23], Ane Mary Glendon [24], dentre outros autores.

4- Em busca dos fatos perdidos: revolvendo o chão batido do esquecimento

Voltando ao discurso que põe a Europa na condição de centralidade, quais as razões dessa visão eurocêntrica de mundo? Por que prospera a ideia de que a Europa não tem nada a aprender com outras culturas do resto do mundo? Quando a matéria é direitos humanos ou se relaciona com o seu surgimento, formação e afirmação, a hegemonia do discurso europeu se torna

mais evidente, quase sem discussão, dado que foi na Europa Ocidental que foram gestadas as primeiras declarações de direitos humanos, de matiz liberal-individualista, registre-se [25].

Como já assinalado, há quem discorde. Castor Bartolomé Ruiz defende a ideia de que a origem filosófica dos direitos humanos na modernidade se inicia com os conflitos e lutas políticas na Espanha do século XVI, momento em que o foco da discussão girou em torno da legitimidade, ou não, da conquista das novas terras e do direito dos europeus de submeter à servidão os seus nativos [26]. Para Ruiz,

o discurso dos direitos humanos tem sua origem na interpelação da alteridade das vítimas com uma finalidade estritamente política: desconstruir o discurso legitimador da dominação europeia sobre os povos indígenas. Entre os sujeitos criadores deste novo discurso, devem ser mencionados Bartolomé de Las Casas (1474-1566), Francisco de Vitória (1483-1546) e seus discípulos Melchor Cano (1509-1560) e Domingo Soto (1494-1560) e mais tardiamente Francisco Suarez (1548-1617) [27].

A ideia de direitos humanos centrada na Europa Ocidental encontra seus limites a partir do resgate do significado de um fato amplamente negligenciado na compreensão histórica desses direitos e que se deu por ocasião da colonização e conquista da América pelos espanhóis, no século XVI. Como a eliminação e a opressão das populações indígenas, provocaram reações e discussões sobre a legitimidade e o direito de conquista das então chamadas Índias Ocidentais, surgiram as primeiras afirmações políticas e filosóficas contra a violação e negação da dignidade humana [28].

Em outro estudo [29] aprofundamos a crítica ao atribuir à forma convencional de se estudar a história à concepção equivocada de que os

direitos humanos resultam das revoluções liberal-burguesas e de suas proclamações de direito essencialmente individualistas, de que são exemplos a de Virgínia, nos EUA, e a Francesa, mais tarde exportadas, sobretudo por meio da DUDH, de 1948 [30]. Neste estudo, asseveramos que

lutas históricas, valores e concepções latino-americanas têm contribuído, de forma significativa, para a construção e a consolidação do discurso dos direitos humanos, sobretudo porque referir-se a eles como categoria universal só faz sentido depois da Segunda Guerra Mundial e não depois da Revolução Francesa, que só garantiu direitos à parcela proprietária da sociedade [...]. Apesar do histórico de violações de direitos humanos no continente, inúmeros aspectos confirmam o protagonismo latino-americano para a consolidação teórica deste discurso que, por inúmeras razões, restaram esquecidos em face do discurso hegemônico. Um deles são as teorias de Bartolomé de Las Casas sobre a dignidade dos índios americanos durante o período de conquista hispânica da América, que se constituiu, nas palavras de Carozza (2003, p. 292), no primeiro anúncio claro da moderna linguagem dos direitos humanos, antecipando a forma como estes direitos se apresentariam na segunda metade do século XX. Além disso, é marcante, embora praticamente esquecido, o pioneirismo latino-americano em relação à proclamação de uma Declaração Internacional de Direitos Humanos, na medida em que a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de abril de 1948 precede a Declaração Universal proclamada pela ONU em dezembro de 1948 e, diferentemente desta, estabelece, a cada indivíduo, uma série de deveres. Por outro lado, a atuação dos Estados da região foi decisiva, sob diversos aspectos, para a elaboração da Declaração Universal [31].

Raimundo Panikkar, quando questiona a noção de direitos humanos como um conceito ocidental, principia dizendo que nenhum povo, tradicional ou moderno tem o monopólio da verdade. Por mais civilizado ou no estado natural que se encontre, no Ocidente ou no Oriente, povo nenhum pode, por si mesmo, chamar para si o direito de definir a natureza ou o que poderia ser entendido como uma vida boa ou adequada para a humanidade inteira [32].

Para Paolo G. Carozza, “um dos aspectos mais interessantes da gênese da Declaração Universal dos Direitos Humanos é a contribuição extremamente importante que foi feita por latino-americanos a esse documento fundacional do projeto internacional de direitos humanos” [33]. De sorte a aprofundar o tema, o autor faz uma série de indagações: quer saber, por exemplo, a razão pela qual os representantes latino-americanos foram tão comprometidos com a ideia de direitos humanos em 1948, por ocasião da aprovação da DUDH, bem como de onde viria essa tradição na matéria. O que teria dado a essa região do continente americano uma voz própria, entre as várias línguas, os vários interesses e sentidos presentes no debate em torno dos direitos humanos no mundo? [34]. Ao responder às próprias indagações, Carozza afirma que

tal abordagem forte, rica e distintiva dos direitos humanos não poderia ter surgido da noite para o dia, no meio do século 20, e na verdade isso não aconteceu. Em verdade, essa tradição latino-americana na defesa dos direitos humanos pode ser explicada com o recuo de cerca de 450 anos, a contar de 1948, porquanto ela é tão antiga quanto a experiência do continente americano com a conquista europeia [35].

Essa importância é reconhecida por Mary Ann Glendon, para quem

a contribuição latino-americana constituiu um dos principais fatores a evitar que o documento caísse nas armadilhas de um individualismo excessivo ou coletivismo excessivo. Nem o estilo norte-americano nem um documento de estilo soviético poderia ter levado a um consenso a partir de uma ONU que incluiu representantes de tantas culturas diferentes [36].

De fato, de acordo com a historiadora americana [37], logo após o imediato fim da Segunda Guerra Mundial, a geopolítica se viu dividida entre dois blocos distintos: o ocidental e o soviético. A atuação da delegação latino-americana na elaboração da DUDH representou o ponto de equilíbrio entres esses dois mundos, dado que não era comprometida com nenhum deles. Portanto, foram as constantes lutas por reconhecimento de direitos, não só dos indígenas, mas também as disputas que precederam e as que levaram à independência da América Latina que proporcionaram a criação de um ambiente propício para reivindicações de direitos humanos.

Não foi por acaso que a primeira experiência histórica de aplicação do discurso dos direitos humanos tomou lugar justamente nessas terras, com as denúncias da escravidão e do massacre dos índios levadas a cabo por Bartolomé de Las Casas e com as sucessivas reivindicações baseadas no direito natural de liberdade, fundada na pertença de todos a uma humanidade comum [38]. A partir desses estudos, pode-se iniciar o desvelamento do que foi encoberto, revolvendo-se o chão batido do esquecimento, para resgatar fatos negligenciados, retirando-os do limbo e devolvendo-os aos seus verdadeiros lugares na história.

5- Bartolomé de Las Casas e a questão do olhar sobre o outro

Quando os direitos humanos eram uma mera ideia nem sequer sistematizada, há, nesse início, uma figura fundamental, em geral negligenciada: Bartolomeu de Las Casas, considerado o Apóstolo dos Índios ou o “defensor e protetor universal de todos os povos indígenas”.

Tzvetan Todorov [39], ao explicitar as razões pelas quais escreveu **A conquista da América – a questão do outro**, disse tratar-se de uma tentativa de fazer com que aquela história e mil outras semelhantes não fossem esquecidas. Diz também que, para responder à questão de como deveria ser um comportamento de alguém em relação ao outro, o único meio é contar, como exemplo, a história da descoberta da América [40]. Todorov transcreve, a partir de testemunhas oculares, alguns relatos que oferecem uma ideia do tamanho do horror então perpetrado, quem sabe superior mesmo ao holocausto judeu, a começar pelo mais antigo deles, sobre o modo como as crianças eram tratadas:

Alguns cristãos encontraram uma índia que trazia nos braços uma criança que estava amamentando; e, como o cão que os acompanhava tinha fome, arrancaram a criança dos braços da mãe e, viva, jogaram-na ao cão, que se pôs a despedaçá-la diante da mãe. [...] Quando havia entre os prisioneiros mulheres recém-paridas, por pouco que os recém-nascidos chorassem, pegavam-nos pelas pernas e matavam-nos contra as rochas ou jogavam-nos no mato, para que acabassem de morrer [41].

Relata-se, também, um fato relativo a uma expedição de Vasco Nuñez de Balboa:

Assim como os açougueiros cortam em pedaços a carne dos bois e dos carneiros para colocá-los à venda no açougue, os espanhóis cortavam de um só golpe o traseiro de uma, a coxa de outro, o ombro de um terceiro. Tratavam-nos como animais desprovidos de razão. [...]. Vasco fez com que os cães despedaçassem uns quarenta deles (MATTYR,Pierre, III, 1) [42].

Carozza [43] não discute o fato de que a gestação da ideia moderna de direitos humanos durou alguns milênios, mas destaca ser justo dizer que o marco inicial se deu no encontro entre a “nova escolástica” espanhola do século XVI e o Novo Mundo e que “se esse encontro foi incorporado em uma única pessoa, esta pessoa seria Bartolomé de Las Casas” [44].

Os dois relatos transcritos, retirados da obra de Todorov, objetivam reproduzir, tanto quanto possível, o cenário em que Bartolomé de Las Casas, como teórico dos direitos humanos, foi forjado. Tratam-se da atrocidade desmedida e da intolerância, guiadas por uma mesma concepção de mundo: a de que existem seres humanos superiores e inferiores.

Se é que o holocausto judeu da idade contemporânea contribuiu para a aprovação da DUDH, não menos correto é dizer que a do início da idade moderna foi responsável pelo surgimento da discussão da afirmação e proteção desses direitos. Nesse sentido, Bartolomé de Las Casas, que aqui chegara com a missão colonizadora e que, anos depois, abandonara suas posses em favor da causa indígena, elaborou as primeiras linhas que fundamentaram, filosófica e juridicamente, as pretensões que hoje são conhecidas como direitos humanos [45].

A atuação de Las Casas em torno da centralidade da pessoa humana é um dos muitos fatos esquecidos e negligenciados. Las Casas estava à frente de seu tempo, não só porque trouxe para o século XVI uma discussão que somente iria se consolidar no XVIII, quase dois séculos depois, com as revoluções liberais, mas também porque antecipou o que, futuramente, seria o alicerce dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial: liberdade individual, autodeterminação dos povos e consenso para governar. Os debates das Juntas de Valladolid, ocorridos entre Las Casas e Giné Sepúlveda, são famosos. Estes “converteram-se nos primeiros discursos sobre o reconhecimento da humanidade do outro” [46].

Além de Las Casas, outros teóricos se preocuparam com o tema, a exemplo de seus contemporâneos Francisco de Vitória e Francisco Suarez, integrantes da famosa Escola de Salamanca, cujas linhas gerais de pensamento são assim sintetizadas por Hector Hernan Bruit:

1. Todos os homens são especificamente iguais por serem criaturas de Deus. Os direitos e deveres naturais dos homens são independentes de sua cultura, religião, cor e regime político. Todos os direitos e deveres são inerentes e consubstanciais à natureza humana, devido à qual não há desigualdade entre cristãos e fiéis.
2. O homem é um cidadão do mundo e em nenhum lugar deve ser considerado estrangeiro; pode imigrar e estabelecer-se em outros territórios, portanto os índios podem vir à Espanha e os espanhóis irem para a América.
3. A liberdade e a independência dos povos é comum a todos. Os infiéis são tão livres e independentes como os cristãos. E os índios não perderam nenhum direito com a chegada dos espanhóis.

4. A conquista prévia não é lícita, nem ao menos propagar a fé cristã. A evangelização terá de fazer-se com os métodos pacíficos e não se pode forçar os índios a aceitarem a fé.
5. O papa tem a suprema potestade espiritual e sua missão estende-se a todo o Universo, mas não tem poder temporal. O papa não pode doar a América aos reis espanhóis, mas sim encomendar-lhes a obra missional.
6. As guerras feitas sem motivo não conferem nenhum direito.
7. No governo das Índias, deve procurar-se o bem dos súditos. O rei é para o povo e não o contrário [47].

Bruit, um dos mais autorizados estudiosos do pensamento de Las Casas, não se ilude que a despeito da influência exercida pelas ideias do frei dominicano, na prática, a teoria foi outra, como se costuma dizer. Com efeito, Bruit reconhece que

as teses de Las Casas, praticadas por ele mesmo antes do debate [48], exerceram alguma influência sobre a realidade americana, contribuindo para formar uma certa opinião entre as autoridades da Corte e, de alguma forma, conscientizaram e alertaram os colonizadores que o tratamento dado aos índios devia modificar-se, até por uma questão de estratégia política. Mas, convenhamos, não evitaram a matança, nem a encomenda, nem conseguiram que os índios respirassem uma tênue atmosfera de liberdade [49].

6- As razões das histórias esquecidas

Cabe agora indagar as razões pelas quais esses fatos foram esquecidos ou negligenciados. Paolo Carozza, por exemplo, não responde de forma direta, mas, ao elencar os motivos que explicam o obscurecimento da história

da atuação da América Latina na formação e construção do regime internacional dos direitos humanos, talvez ajude, indiretamente, a entender por que isso aconteceu. Diz Carozza que

o Advento da guerra fria, desviando o foco para a dicotomia representada pelos blocos capitalistas e comunistas, que ideologizaram os direitos humanos até a queda do muro de Berlim em 1989 e a Convenção de Viena de 1993; A luta pela descolonização e contra o apartheid na África também deslocaram o foco para aquele continente, onde questões mais urgentes precisaram ser discutidas, a exemplo da discriminação racial; A ascensão na segunda metade do século XX de governos autoritários por quase todos os países da América Latina (Essa questão é estereotipada a partir da conhecida denominação desses países como sendo “República das Bananas”, bem como pelo cinema americano), fato que determinou o agravamento das violações dos direitos humanos, bem como impediu o amadurecimento do debate no continente em razão das restrições à liberdade de expressão; O crescimento do aparato financeiro e organizacional das ONGs na Europa e nos EUA, fato que contribuiu para ajudar a consolidar a imagem dessas sociedades como as responsáveis pela criação e pelo desenvolvimento do discurso dos direitos internacionalmente. Exemplo de ONG: Anistia Internacional. A centralização do debate acerca dos direitos humanos no problema da universalidade, o que gerou a tendência de tratá-los como expressão euro-ocidental, o que desencadeou uma resistência quanto ao seu significado e relevância nas culturas africanas e asiáticas, ou seja, o problema da tensão decorrente do multiculturalismo passou a ser a pauta dominante, esclarecendo-se que essa resistência deita raízes na reivindicação da

paternidade do ocidente quanto aos direitos humanos, como se fossem um produto exclusivo da racionalidade europeia. Decorre daí, em relação à América Latina, que: a) a prevalência da tendência de que a América Latina era vista como incorporada à categoria de “outras sociedades ocidentais”, em razão da história colonial que a vinculava à Europa; ou: b) a outra tendência era a de ser simplesmente ignorada [50].

“Nunca seremos felizes, nunca”, como anota Eduardo Galeano [51], foram umas das últimas palavras do libertador Simon Bolívar, para quem a pátria era a América. Este morreu derrotado depois que a grande Colômbia se dividiu em cinco países, iniciando assim um processo de fragmentação que incluiu a divisão do Vice-Reinado do Rio da Prata em quatro países (Argentina, Uruguai, Bolívia e Paraguai) e se estendeu até a América Central, pondo fim à sonhada República da América Central. Estas palavras representam a capitulação, um jogar de toalha, o fim de um projeto de libertação, que traduzem e personificam o sentimento de um povo oprimido desde sempre.

Olhemos o mapa-múndi. Geograficamente, a América se divide em três: a do Norte, a Central e a do Sul. Porém, o conceito geopolítico e ideológico é outro: na verdade, existem duas Américas: a do Norte e a do Sul, que, nessa perspectiva, inclui a Central, também conhecida como caribenha. E o que é a América do Norte? Pergunte-se a qualquer indivíduo medianamente informado quem é o povo que ali vive e a resposta imediata será: os norte-americanos, por óbvio. E quem são os norte-americanos? Os que vivem no país chamado Estados Unidos da América, na verdade, os únicos estados unidos da América, eis que os demais, à exceção do Canadá, são os estados fragmentados da América.

Por outro lado, há ainda a concepção de uma só América – não na ideia de unida, tal como desejado por Bolívar, mas na perspectiva de um conceito imperialista de exclusão total. Nesse sentido, basta lembrar como os presidentes dos EUA normalmente concluem seus discursos, com uma mão sobre a Bíblia, invocando a proteção divina e dizendo, com algumas variações, palavras do tipo: **Deus, salve, abençoe e proteja a América!** Note-se que a América, tomada como única, é deles. Sob esse olhar, os **outros** não passam de desterrados dentro do próprio território. Essas impressões são confirmadas por Fernando Báez, para quem

até o nome do continente foi arrebatado como direito e se impôs à imaginação europeia, que se referia às Índias, ao Novo Mundo, à Vera Cruz e que consagrou o nome *América* em vez de *Colombeia* (como quiseram muitos); ninguém pensou em recuperar os nomes das civilizações mexicas, maias, caraíbas, andinas. Hoje os latino-americanos encaram outro estigma porque não são considerados ‘americanos’, honra reservada aos habitantes dos Estados Unidos. Se um mexicano, de origem maia, se autodenominar ‘norte-americano’, será ridicularizado [52].

Nem mesmo o processo de emancipação política com auge no século XIX representou a redenção da América Latina. O opressor europeu (Espanha, Portugal, França, Holanda e Inglaterra, nessa ordem) deu lugar a um outro, os EUA [53]. De acordo com Galeano [54], Simon Bolívar já havia profetizado que os Estados Unidos pareciam destinados pela Providência Divina a, em nome da liberdade, encher a América de miséria.

Nesse contexto, algumas perguntas se fazem necessárias. Interessa saber a razão pela qual o discurso pioneiro e protagonista em matéria de direitos humanos na América Latina não evoluiu de modo a garantir-lhes a

eficácia, mas, ao contrário disso, permitiu que o continente mergulhasse em ditaduras que os desrespeitaram por anos a fio. Por que um continente pioneiro na discussão dos direitos humanos, antecipando-se inclusive às revoluções americana e francesa e com protagonismo na matéria no Pós-Segunda Guerra, não evoluiu no sentido de amadurecer o debate e criar uma blindagem contra os abusos nesse campo?

A resposta exigiria um estudo mais aprofundado, o qual não cabe nos limites deste artigo. Ficam, entretanto, as indagações, como um estímulo à reflexão. E, enquanto respostas definitivas não chegam, arrisquemos uma provisória: ela está no vizinho do Norte. Afinal, não foram os EUA que, a propósito de defender seus interesses econômicos e a liberdade, apoiaram, financiaram e armaram dezenas de ditaduras na América Latina? Nessa perspectiva, não se revela temerário dizer que, ao proferir, em tom de desalento, as palavras **nós nunca seremos felizes, nunca**, Bolívar não estava apenas profetizando, mas antecipando a síntese de toda essa história.

7- Considerações finais

Mesmo descoberta, a América foi negada. Não ter reconhecida de imediato a sua alteridade, a sua condição de **Outro**, fez com que a América Latina fosse condenada a uma condição, desde a origem e sempre, de periferia, de projeção de um **eu-solipista** e assujeitador. Ironicamente, foi graças a esse cenário que a Europa se libertou da condição de periferia mulçumana e do isolamento que até então estava mergulhada, inaugurando, assim, o mito da modernidade, com o que passou a invocar para si uma posição de centralidade no mundo.

A rigor, a História não se faz de fatos, mas de interpretações. Por força do discurso hegemônico do eurocentrismo, história e fatos foram esquecidos e

negligenciados. Alguns deles, dada a sua importância, precisam ser resgatados. Esse é o trabalho daqueles que desafiam o coro dos contentes e, em consequência, não se alinham com um discurso conformista.

Graças a essas posturas, pouco a pouco o chão batido do esquecimento vem sendo revolvido. Lendas são afastadas e fatos são recolocados em seus devidos lugares na História. Adversidades e obstáculos persistem e são, surpreendentemente, os mesmos. O que muda é o *locus* e os protagonistas do medo.

Já podemos, ainda que timidamente, falar em reabilitação. Mais adiante, quem sabe, universalizaremos a ideia de que a luta em favor dos direitos humanos começou em pleno século XVI. Acontecimentos como o processo de independência dos países latino-americanos, a Revolução Mexicana e sua Constituição de 1917, o pioneirismo da Declaração Americana dos Direitos Humanos, as propostas das delegações latino-americanas por ocasião da criação da ONU e a decisiva atuação latino-americana na elaboração da DUDH de 1948 são filhos da mesma tradição. Enfim, o reconhecimento de que a tradição latino-americana de combinar direitos civis políticos com direitos sociais e econômicos são exemplos indelévels da sua contribuição para a formação, afirmação, proteção e internacionalização dos direitos humanos, desconstruindo, fortemente, o discurso eurocentrista.

Referências bibliográficas

BÁEZ, Fernando. *A história da destruição cultural da América Latina: da conquista à globalização*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v.13, fev./maio 2011. p. 14-15.

_____. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa do Pós Graduação em Direito da Unisinos (mestrado e doutorado)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Unisinos, 2011.

_____. Pessoa Humana e Direito Humanos na Constituição Brasileira de 1988 a partir da Perspectiva Pós-Colonial. 267 f. Tese (Doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2009.

BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos*. São Paulo: Iluminuras, 1995.

CAROZZA. Paolo. Esboços históricos de uma tradição latino-americana dos direitos humanos. In: Baez, Narciso L. X et al. *A realização e a proteção dos direitos humanos*. Joaçaba: Unoesc, 2011.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do Outro (a origem do “mito da Modernidade”)*. Petrópolis: Vozes, 1993.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

GLENDON, Mary Ann. The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. *Harvard Human Rights Journal*, v.16, 2003, p. 27-40.

JOSAPHAT, Frei Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*, São Paulo: Loyola, 2000.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O Paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América*. Porto Alegre: L&PM, 2011.

MIGNOLO, Walter. *The idea of Latin America*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POLO, Marco. *As viagens II Milione*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

RUIZ, Castor Bartolomé. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. In: *Estudos Jurídicos*, v.40, n.2, jul./dez. 2007. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TOSI, Giuseppe. Memória, história e esquecimento. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Orgs.). *Justiça e Memória*. Direito à justiça, memória e reparação. A condição humana nos estados de exceção. São Leopoldo: Casa Leiria, IFIBE, 2012.

Notas de fim

[1] Sequência inspirada nas figuras e movimentos delineados por Dussel. In: DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do Outro*, Petrópolis: Vozes, 1993.

[2] Conforme Dussel. In: DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do Outro*. Petrópolis: Vozes, 1993. p.31.

[3] Marco Polo em **As viagens II Milione** descreve Cipango como uma ilha muito grande, de 1.500 km de extensão, a leste e em alto-mar, cujos habitantes (brancos, bem apessoados, educados, idólatras e independentes) possuíam ouro em abundância e as minas eram inesgotáveis. Referência completa: POLO, Marco. *As viagens II Milione*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

[4] BÁEZ, Fernando. *A história da destruição cultural na América Latina: da conquista à globalização*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p.57.

[5] GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2013. p.29.

[6] Esse processo de exclusão da Península Ibérica da Europa foi trabalhado ficcionalmente na forma de alegoria por José Saramago, em *Jangada de Pedra*. Este romance narra que, devido a uma falha geológica, na Península Ibérica, justamente ali nos montes Pirineus, a fronteira natural que separa Espanha e França se desprende literalmente do continente europeu e passa a vagar à deriva sobre o oceano Atlântico, como que à procura de uma identidade.

[7] TOSI, Giuseppe. Memória, história e esquecimento. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e Memória*. Direito à justiça, memória e reparação: a condição humana nos estados de exceção. São Leopoldo: Casa Leiria. Passo Fundo/IFIBE, 2012.

[8] TOSI, op. cit., p. 179.

[9] TOSI, op. cit., p. 179-180.

[10] TOSI, op. cit., p. 182.

[11] BÁEZ, Fernando. *A história da destruição cultural na América Latina*: da conquista à globalização. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p.264.

[12] TOSI, Giuseppe. Memória, história e esquecimento. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e Memória*. Direito à justiça, memória e reparação: a condição humana nos estados de exceção. São Leopoldo: Casa Leiria. Passo Fundo: IFIBE, 2012. p. 186.

[13] Para o autor, a memória pode ser individual e coletiva.

[14] MIGNOLO, Walter. *The idea of Latin America*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. p. 113-4.

[15] Jurista argentino brasileiro, escritor de vários livros de teoria do direito e que, no Brasil, tendo se dedicado por várias décadas à docência, foi um dos responsáveis por inaugurar e defender um estudo crítico do direito. Segundo o autor, o direito é refém de um sentido comum teórico por ele definido

como um conjunto de crenças (ou “verdades jurídicas”), o qual é seguido pelos juristas como se fossem verdades científicas.

[16] DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do Outro* (a origem do “mito da modernidade”). Petrópolis: Vozes, 1993.

[17] DUSSEL, op. cit., p. 112-113.

[18] DUSSEL, op. cit., p. 113. Grifos do autor.

[19] DUSSEL, op. cit., p. 114.

[20] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. In: *Estudos Jurídicos*, v.40, n.2, jul./dez. 2007. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

[21] CAROZZA. Paolo. Esboços históricos de uma tradição latino-americana dos direitos humanos. In: Báez, Narciso L. X et al. *A realização e a proteção dos direitos humanos*. Joaçaba: Unoesc, 2011.

[22] Fernanda Bragato trata do tema na sua tese de doutoramento e em outros textos, já referenciados.

[23] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, Cesar Augusto (Org.) *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

[24] GLENDON, Mary Ann. The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. *Harvard Human Rights Journal*, v.16. p. 27-40.

[25] É claro que, no conceito de Ocidente, incluem-se os Estados Unidos da América, local onde surgiu a primeira declaração com foros ou pretensões de universalidade, como demonstra Fernanda Bragato no artigo Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos, publicado na *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v.13, p. 14, fev./maio 2011.

[26] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. In: *Estudos Jurídicos*, v.40, n.2, jul./dez. 2007. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 60.

[27] RUIZ, op. cit., p. 60.

[28] BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa do Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 115.

[29] BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v.13, p. 14-15, fev./maio 2011.

[30] BRAGATO, op. cit., p. 14.

[31] BRAGATO, op. cit., p. 14-15.

[32] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205.

[33] CAROZZA. Paolo. Esboços históricos de uma tradição latino-americana dos direitos humanos. In: BÁEZ, Narciso L. X et al. *A realização e a proteção dos direitos humanos*. Joaçaba: Unoesc, 2011. p. 521.

[34] CAROZZA, op. cit., p. 521.

[35] CAROZZA, op. cit., p. 524.

[36] GLENDON, Mary Ann. The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. *Harvard Human Rights Journal*, v.16, 2003, p. 27-40.

[37] GLENDON, op. cit., 2003, p. 27.

[38] BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v.3, p. 14-15, fev./maio 2011.

[39] TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

[40] TODOROV, op. cit., p. 360.

[41] TODOROV, op. cit., p. 202.

[42] TODOROV, op. cit., p. 204.

[43] CAROZZA, Paolo. Esboços históricos de uma tradição latino-americana dos direitos humanos. In: BÁEZ, Narciso L. X et al. *A realização e a proteção dos direitos humanos*. Joaçaba: Unoesc, 2011. p. 525.

[44] CAROZZA, op. cit., p. 525.

[45] BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v.13, fev./maio 2011. p. 19.

[46] BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Pessoa Humana e Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988 A Partir Da Perspectiva Pós-Colonial*. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2009. p.167.

[47] BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 98-99.

[48] O autor está a se referindo ao debate com Ginés Sepúlveda, teórico que defendia teses contrárias por ocasião das famosas juntas de Valladolid.

[49] BRUIT, op. cit., p. 123.

[50] CAROZZA. Paolo. Esboços históricos de uma tradição latino-americana dos direitos humanos. In: Báez, Narciso L. X et al. *A realização e a proteção dos direitos humanos*. Joaçaba: Unoesc, 2011. p. 525.

[51] GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2013, p.364.

[52] BÁEZ, Fernando. *A história da destruição cultural na América Latina: da conquista à globalização*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p.37-38. Grifos do autor.

[53] O herdeiro do projeto ocidental, conforme afirma Fernanda Bragato, na tese de doutorado já referida, p. 109.

[54] GALEANO, op. cit., p. 367.

A autodeterminação dos povos indígenas brasileiros e o direito à consulta prévia: uma análise a partir do caso Belo Monte

Self-determination of Brazilian indigenous people and their right to previous consultation: an analysis based on the “Belo Monte” case

La autodeterminación de los pueblos indígenas brasileños y el derecho a la consulta previa: una análisis a partir del caso Belo Monte

Taysa Schiocchet

Gleirice Machado Schütz

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- A presença indígena no Brasil e a formulação do Direito à autodeterminação dos povos; 2.1- A ‘Reconquista’ do Território e a Ressignificação da Percepção dos Povos Indígenas; 2.2- A Consulta Prévia como Instrumento de Gestão e Diálogo Intercultural; 3- O caso Belo Monte e a Observância da Consulta Prévia; 3.1- Surgimento do Projeto, Vicissitudes e Perspectivas; 3.2- Resistência à Concretização da Consulta Prévia e sua Judicialização; 4- A efetividade da Consulta Prévia: para além do cumprimento de formalidades; 4.1- A Consulta Prévia Efetiva como Busca pelo Entendimento Mútuo; 4.2- A Ética da Alteridade como Viabilizadora da Efetividade da Consulta Prévia; 5- Considerações finais; Referências.

1- Introdução

Nos últimos anos, o Brasil tem figurado como uma efetiva promessa em termos de potência econômica. O país, reconhecido e cobiçado pela sua biodiversidade [1], pela pluralidade étnica do seu povo e ainda pela riqueza

cultural existente em diversos setores da sociedade, vem sendo considerado uma referência política de peso nas negociações internacionais, especialmente no âmbito latino-americano. Em que pese tal proeminência político-econômica, do ponto de vista social, a desigualdade ainda é um imenso desafio, assim como a concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as discussões em torno do caso Belo Monte suscitaram, inclusive, o enfraquecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), tendo em vista a postura do governo brasileiro diante das primeiras medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em relação aos direitos dos povos tradicionais afetados pelo caso Belo Monte. Mas este é apenas mais um, o mais conhecido talvez, dentre outros casos, em que empreendimentos, obras ou decisões governamentais afetam diretamente tais povos e seus territórios, instituídos pela “ordem” e sob o argumento do “progresso”.

O notório caso brasileiro “Belo Monte” gira em torno da construção da Usina Hidrelétrica Belo Monte, na Bacia do Rio Xingu, situada nas proximidades da cidade de Altamira, estado do Pará. Ele tem gerado inúmeros debates no âmbito da sociedade civil, das organizações de defesa dos povos indígenas e nos meios jurídicos - tanto na academia, como no Poder Judiciário -, assim como incontáveis protestos contrários e favoráveis, entre os quais se podem citar, tão somente a título exemplificativo, as manifestações de indígenas, acadêmicos, estudantes e artistas conhecidos nacionalmente.

O caso iniciou-se na década de 80, mais precisamente em fevereiro de 1989, em Altamira, no Pará, tendo como marco a realização do I Encontro dos Povos Indígenas no Xingu. Atualmente, a construção da Usina Belo Monte é tida como a maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Governo Federal. As discussões referentes ao assunto vêm sendo

intensificadas desde fevereiro de 2010, quando foi apresentado novo Estudo de Impacto Ambiental (EIA), momento em que o Ministério do Meio Ambiente concedeu a licença ambiental prévia para a construção da usina [2].

De fato, o caso coloca em questão o possível conflito de direitos vinculados ao desenvolvimento econômico, por um lado, e aos interesses das comunidades afetadas em seus territórios, por outro. Em que pese os dados referentes a não concretização dos direitos indígenas [3], no Brasil, eles têm proteção jurídica garantida nos casos de intervenção em seus territórios, especialmente quando esta afeta o seu *habitat* e seus costumes, ou possa lhes atingir de algum modo, devendo haver consulta prévia às comunidades indígenas.

Diante desse breve panorama, o presente artigo visa a identificar e analisar os aspectos jurídicos e sociais referentes à aplicação da consulta prévia prevista, tanto pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho quanto pela Constituição Federal brasileira. Desse modo, busca-se demonstrar a efetividade ou não da utilização da consulta prévia, tendo em vista a finalidade de real participação dos indígenas nos processos que lhes afetam. Nesse contexto, o caso Belo Monte será utilizado como exemplo heurístico de análise. Tendo em vista que a pesquisa caracteriza-se pela investigação de um objeto empírico, mas juridicamente problematizado, a metodologia consistiu, basicamente, na pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema, a partir de uma perspectiva interdisciplinar e método de abordagem dialético.

Inicialmente, será analisada a situação dos indígenas no Brasil e as previsões jurídicas vigentes acerca da consulta prévia, tanto no Direito Internacional quanto no brasileiro. Em um segundo momento, será examinado o caso Belo Monte, com a finalidade de verificar de que maneira está sendo observada – ou não – a utilização da consulta prévia em relação aos

povos indígenas. Por fim, tratar-se-á de que modo é possível garantir o máximo de efetividade à consulta prévia, atingindo, dessa forma, os fins para os quais a mesma fora prevista.

As inquietações contidas nas reflexões aqui perquiridas emergem do inconformismo relativamente à desigualdade estabelecida e institucionalizada entre brancos e indígenas, na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de uma visão etnocêntrica e individualista. Tal desigualdade é fortalecida por meio de determinadas tradições culturais, capazes de fragilizar mesmo direitos fundamentais previstos constitucionalmente, em benefício de determinados setores da sociedade dita civilizada, de modo a corroborar a inefetividade de tais direitos. Pretende-se, desse modo, questionar a efetividade de direito previsto em benefício dos indígenas, as possíveis razões de um suposto descumprimento, de que forma este está ocorrendo e até que ponto a resistência ao diálogo com a cultura do outro e até mesmo o não reconhecimento desse outro diferente ‘do que se é’ perpetua práticas etnocêntricas e discriminatórias.

2- A presença indígena no Brasil e a formulação do direito à autodeterminação dos povos

Estavam morrendo aos poucos – era muito claro. Não eram inimigos, não eram criminosos, não eram mais coisa alguma que fosse terrena – nada mais que sombras negras da doença e da fome, jazendo de cambulhada na penumbra verde.

Joseph Conrad, Coração das trevas, 1902.

2.1- A “Reconquista” do Território e a Ressignificação da Percepção dos Povos Indígenas

O termo “reconquista” frisa, ironicamente, algo que até os dias de hoje não ocorreu, apesar de os povos indígenas terem sido os primeiros habitantes do território brasileiro. Reconquista, porque, de fato, foi lhes retirado o território que habitavam, originariamente, mesmo antes do descobrimento do Brasil. A verdadeira (re)conquista, por parte desses povos, de um território realmente seu, que não esteja constantemente ameaçado pelos movimentos da sociedade civil, ainda não aconteceu.

A conquista histórica “oficial” do território ficou por conta dos portugueses. Desde então, os indígenas vêm perdendo seu território e espaço para as práticas culturais, frente a um movimento de sua absorção e embranquecimento pelos povos que aqui chegaram [4]. Contemporaneamente, muitos desses povos lutam por seus direitos. Não apenas pela criação de novas garantias, mas, especialmente, pela efetividade dos direitos já existentes. Porém, sempre houve resistência da sociedade civil, para que isso ocorresse, tendo em vista a visão forjada, historicamente, em relação aos indígenas e os interesses estranhos à manutenção das suas tradições.

Pode-se dizer que a forma dos portugueses perceberem os indígenas, no Brasil, remonta à formação do pensamento ocidental moderno, pelo qual os indígenas sempre foram inferiorizados. O indígena sempre foi uma das etnias mais estereotipadas na sustentação de teorias racistas.

Desde o início da ‘expansão européia’ os invasores tiveram tendência para tratar todos os novos povos descobertos, do Sul da África e das Américas, como seres pouco humanos, uma doutrina

conveniente que implicava que eram objectos legítimos para escravatura, exploração e extermínio [5].

Aqui no Brasil, DaMatta destaca o surgimento da segregação, a qual perduraria até a atualidade, ao afirmar que os portugueses já tinham uma legislação discriminatória contra judeus, mouros e negros, muito antes de terem chegado ao Brasil. Quando aqui chegaram, eles apenas ampliaram essas formas de preconceito. Nesse contexto, a mistura das raças foi, na verdade, um modo de esconder a profunda injustiça social contra negros, índios e mulatos, situando no biológico uma questão fundamentalmente social, econômica e política. Desse modo, deixava-se de lado a problemática mais básica da sociedade brasileira. Foi mais fácil velar a configuração social existente, considerando o mito da democracia racial, que admitir o Brasil como uma sociedade estratificada e hierarquizada [6].

O Direito brasileiro prevê direitos fundamentais aos povos indígenas, estando eles presentes na Constituição Federal e em leis esparsas. No entanto, merece destaque o fato de que a própria finalidade do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, seria garantir temporariamente alguns direitos, para, futuramente, eliminar o elemento índio, à medida que ele fosse incorporado à *comunidade nacional*.

Servindo-se da classificação de Darcy Ribeiro, os índios foram divididos em grupos, conforme seu grau de contato com a “civilização”. Dependendo dessa variação, seriam considerados mais ou menos evoluídos [7]. O direcionamento etnocêntrico [8] se traduz em uma relação de poder econômico e dominação social, de imposição da forma de vida do homem nacional.

A estrutura jurídica adotada, por meio do modelo português, foi o monismo jurídico estatal, que atribui ao Estado o monopólio da produção de

normas jurídicas. Nesse meio, o Estado elabora normas, as quais as populações indígenas serão submetidas, desrespeitando a sua diversidade cultural, social e jurídica [9]. Além disso, a política integracionista do governo brasileiro apostava na desintegração cultural das populações indígenas, por meio de sua absorção pela comunidade nacional.

Com a Constituição de 1988, tal política integracionista teve seu fim, ampliando-se os direitos referentes às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e à utilização de suas riquezas naturais, entre outros direitos previstos. Já no âmbito internacional, Mares lembra que a Conferência Internacional da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou, em 1989, a Convenção nº 169, que atribui a qualidade de sujeitos coletivos de direitos aos povos indígenas, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescritíveis, além de definir os deveres e as responsabilidades dos Estados na sua salvaguarda [10].

Muitas questões indígenas estão na ordem do dia, em debates públicos e nas instituições estatais. Entretanto, diversas evidências indicam que as previsões já existentes não garantem a igualdade almejada, tampouco a efetividade dos direitos, como se verá mais adiante, especificamente em relação ao direito à consulta prévia.

2.2- A Consulta Prévia como Instrumento de Gestão e Diálogo Intercultural

A garantia da consulta prévia é um direito concedido aos indígenas (além dos quilombolas e povos tradicionais), relativo à participação desses povos em todas as ações que lhes afetem, encontrando embasamento, não apenas no Direito nacional, na Constituição Federal, mas também no Direito Internacional, por meio da Convenção 169 da OIT. Tal direito de consulta traduz, na prática, a atribuição de gestão, pelos povos indígenas, no que

pertine às questões essenciais que giram em torno da sua vivência, especialmente para a conservação do seu território, cultura e conhecimentos tradicionais. Segundo Mares:

Os povos indígenas têm o direito a serem consultados cada vez que se prevê medidas e projetos que possam afetar direta ou indiretamente suas atividades culturais, sociais, espirituais ou diretamente seus direitos territoriais e ambientais.

Esta questão está relacionada diretamente com o direito do povo gerir o seu futuro, isto é, exercer o direito à livre determinação/autonomia. Este direito os povos indígenas possuem para gerir em seus territórios, seus sistemas jurídicos e administrativos [11].

A Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais em países independentes dispõe, especialmente nos artigos 6º, 7º e 15, que tais povos sejam consultados sempre que algum projeto econômico regional ou nacional lhes afete. O artigo 6º determina que os governos deverão:

- [...] a) **consultar** os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente,
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam **participar** livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes.

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. (grifado).

Já a Constituição Federal, ao tratar, no artigo 231, sobre o perfil multiétnico e pluricultural do Brasil, explicita, em seu parágrafo 3º o que segue:

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.

[...] 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (grifado).

Todos esses dispositivos vão ao encontro da ideia de inclusão dos povos indígenas nas decisões que lhes afetem, pressupondo-se que a participação implica o acompanhamento e debate efetivo no decorrer dos processos decisórios. Nesse mesmo sentido, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007 pela Assembleia Geral das Nações Unidas:

[...] reconhece o direito dos povos indígenas de determinar as prioridades e estratégias para exercer seu direito ao desenvolvimento e requer que os Estados consigam o **consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas**

antes de adotar e implementar medidas legislativas e administrativas que lhes possam afetar [12]. (grifado).

A Consulta Prévia não consiste em mero cumprimento protocolar ou formalidade, por meio da simples informação às comunidades indígenas de decisões já tomadas previamente. O consentimento livre e esclarecido constitui-se de diversos atos, um verdadeiro processo dialogal e contínuo. Trata-se, em outras palavras, da efetiva troca de informações entre as comunidades, incluindo acompanhamento e participação equitativa, em um movimento intercultural, com a presença concreta de opiniões e argumentos indígenas nas resoluções a serem tomadas. Nesse sentido, Mares menciona que:

Para serem verdadeiramente eficazes, as consultas devem prever oportunidade aos povos indígenas de **serem escutados e de influírem diretamente nas decisões**. De modo que as consultas com os povos indígenas sobre as atividades de desenvolvimento devem ser acompanhadas de medidas específicas para salvaguardar os interesses e direitos das comunidades envolvidas [13] (grifado).

Apesar desse arcabouço normativo, o Estado continua utilizando meios de controlar a segregação cultural e étnica, fazendo imperar os seus projetos de cunho eminentemente capitalista e progressista em detrimento de outras culturas, não obstante o perfil de um Estado Democrático. Tal afirmação é evidente em iniciativas que afetam as comunidades indígenas, como é o caso da obra da Usina Hidrelétrica Belo Monte.

3- O caso Belo Monte e a observância da consulta prévia

Parece, porém, que eu era um dos envolvidos na Obra, com maiúscula. Sabem como é. Algo como emissário da luz, uma espécie inferior de apóstolo. Besteiras dessa ordem vinham circulando em profusão naquela época, tanto em letra impressa quanto de viva voz, e a boa senhora, exposta à euforia daquela vigarice, acabara se deixando levar. Falou de 'desapegar esses milhões de ignorantes dos seus modos horrendos', insistindo a tal ponto que, dou-lhes a minha palavra, fiquei constrangido. E me arrisquei a sugerir que a Companhia existia para dar lucro.

Joseph Conrad, Coração das trevas, 1902.

3.1- Surgimento do Projeto, Vicissitudes e Perspectivas

A Usina Hidrelétrica de Belo Monte é um projeto do planejamento energético brasileiro, a ser implantado no Rio Xingu, no Estado do Pará, região Norte do Brasil [14]. As questões polêmicas quanto à sua forma de implantação e à observância dos direitos das populações que vivem na região já duram mais de vinte anos. O seu marco inicial, como já se mencionou, pode ser considerado o I Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, realizado entre 20 e 25 de fevereiro de 1989, em Altamira (PA), que reuniu três mil pessoas, entre as quais, 650 índios, que sustentaram o seu descontentamento com a política de construção de barragens no Rio Xingu. Em 2008, 19 anos depois, realizou-se, em Altamira, o II Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, sendo criado o Movimento Xingu Vivo para Sempre [15].

De um complexo de cinco hidrelétricas planejadas pela Eletronorte, a primeira seria Kararaô, mais tarde rebatizada de Belo Monte. Atualmente considerada a maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

do governo federal, foi possível identificar, desde 2009, uma intensificação dos debates que giram em torno do assunto relativo à construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, quando foi apresentado o novo Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e, a partir de fevereiro de 2010, quando o Ministério do Meio Ambiente concedeu a licença ambiental prévia para a sua construção [16].

A construção da Usina de Belo Monte foi listada, durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, como uma das obras estratégicas do programa *Avança Brasil*. O complexo de hidrelétricas no Rio Xingu faz parte da herança legada ao governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, eleito em novembro de 2002, tanto que o caderno temático *O Lugar da Amazônia no Desenvolvimento do Brasil*, parte desse programa de governo, alertava: “Dois projetos vêm sendo objeto de intensos debates: a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, e o de Gás de Urucu, no Amazonas [17].”

Nesses casos, fica perceptível a afetação do território, da cultura e da vivência dos indígenas lá instalados, pelas inúmeras e imensas modificações que serão realizadas no local, havendo, portanto, a necessidade de acompanhamento e participação dos povos em questão, por meio de estratégias e instrumentos diversos, dentre eles, a consulta prévia.

3.2- Resistência à Concretização da Consulta Prévia e sua Judicialização

A resistência dos meios estatais nacionais e das instituições envolvidas, em dar cumprimento e efetividade ao direito indígena à consulta prévia, torna a situação problemática, trazendo à tona a necessidade de debate, nos meios acadêmicos e sociais. Nesse sentido, surgem algumas questões latentes, em especial, sobre a forma com que deve ser realizada a consulta prévia. Questiona-se, na verdade, se a garantia em comento estaria sendo utilizada

como mais um meio de controle e dominação, ao repisar o poder que os caracterizados como civilizados exercem, até hoje, sobre os povos indígenas, herança de uma história de inferiorização e discriminação, da qual ainda não houve uma libertação.

Dessa maneira, o instrumento da consulta prévia seria utilizado sem o compromisso de atingir seus fins primordiais, isto é, de real participação e acompanhamento, pelos indígenas, dos processos que lhes afetem. Seria possível cogitar que o direito à consulta prévia nada mais é, na atualidade, que um instituto protocolar. Ao mesmo tempo, a falta de iniciativa relativamente aos debates e soluções referentes à consulta prévia, pela sociedade civil, acarreta, também, a ausência da evolução dos meios e métodos para sua concretização e aprimoramento, pois não há viabilização às comunidades interessadas. Ao falar em raça [18] e biopoder, Foucault (2002, p. 309) afirma que o racismo moderno não está vinculado a mentalidades, a ideologias, a mentiras do poder, mas à técnica do poder, a isto que coloca os indivíduos num mecanismo que permite o exercício do biopoder.

Desse modo, o poder simbólico emanado da sociedade brasileira, que legitima a manutenção de uma hierarquia entre culturas coexistentes no país, reafirmando, implicitamente e, muitas vezes, explicitamente, uma suposta superioridade em relação aos indígenas, estaria tão introjetado no inconsciente coletivo, que, não obstante as previsões normativas válidas, criadas no intuito de amparar esses povos inferiorizados, na prática, elas não seriam efetivas, deixando de atingir os fins essenciais pelos quais foram criadas [19].

Nesse ínterim, faz-se interessante a análise da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1ª, cuja ação originária, Ação Civil Pública nº 2006.39.03.000711-8, foi proposta pelo Ministério Público e pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, em face do Instituto Brasileiro

do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS e das Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – ELETRONORTE, tendo por objetivo principal o reconhecimento de vícios formais no processo legislativo que culminou com a promulgação do Decreto Legislativo nº 788/2005, o qual autoriza o poder executivo a implantar o aproveitamento hidroelétrico Belo Monte [20].

Os fundamentos da decisão mencionada são explicitados no sentido de que não há vícios no processo legislativo que resultou no Decreto em referência, em síntese, porque poderia haver consulta prévia às comunidades após a autorização e o estudo de impacto ambiental. Ao que parece, os argumentos colocam o interesse econômico e da administração pública em ordem de prioridade, em detrimento das comunidades afetadas pela construção.

É nítido o tratamento secundário dado pelos intérpretes da lei ao direito concedido aos povos indígenas, como se o mesmo pudesse ser relativizado, em favorecimento dos objetivos da dita sociedade civil organizada. Em casos como esse, a flexibilização de um direito acaba por operar contra uma ampla cultura, prejudicando a perpetuação dos costumes e manutenção do conhecimento tradicional.

Cumprir destacar, diante disso, a decisão tomada pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1ª Região, em 13 de agosto de 2012, no mesmo processo sobre o qual se discorreu acima, por meio da qual foi determinada a suspensão imediata das obras da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, como resposta a um recurso do Ministério Público Federal, o qual alegou que os índios que vivem no local deveriam ter sido ouvidos pelo Congresso antes da aprovação do decreto [21]. A referida decisão está longe de solucionar a problemática, porém, por meio dela, consegue-se visualizar uma maior perspectiva de cumprimento do direito à consulta prévia. Trata-se

de um grande passo para a viabilização do diálogo intercultural, indispensável em questões fundantes para a sociedade como um todo, como é a situação da construção da Usina de Belo Monte.

4- A efetividade da consulta prévia: para além do cumprimento de formalidades

A Terra era irreconhecível. Estamos acostumados a contemplar a forma agrilhoada de um monstro vencido, mas ali – ali podíamos ver a monstruosidade à solta. Não era uma coisa deste mundo, e os homens... Não, não eram desumanos. Bem, vocês sabem, era isso o pior de tudo – essa desconfiança de que não fossem desumanos.

Joseph Conrad, Coração das trevas, 1902.

4.1- A Consulta Prévia Efetiva como Busca pelo Entendimento Mútuo

Não obstante as previsões supramencionadas, que, aparentemente, cumpririam, em se concretizando, a necessidade da participação dos povos indígenas nos processos e nas tomadas de decisões que lhes digam respeito, a ausência de condições para que os indígenas usufruam de um direito de participação que lhes foi reconhecido, faz com que se questione a efetividade do direito à consulta, até mesmo quando esta é realizada na prática.

A consulta prévia não tem apenas uma finalidade protocolar de aprovação de um posicionamento já imposto pela outra parte da comunicação, de forma unilateral e autoritária. Ao contrário, ela pressupõe a participação dos indígenas ao longo de todo o processo de debates, aprovação de autorizações, análise de detalhes do projeto, impactos ambientais e culturais, não estando ela baseada apenas na escuta de ideias pré-formuladas

por membros da sociedade civil, sujeitas a um ‘sim’ ou um ‘não’ dos povos indígenas possíveis de serem afetados.

Nesse sentido, a distinção feita por Jürgen Habermas, entre o que ele denomina dois tipos de interação, traduz bem as noções acima. O referido autor diferencia duas espécies de interação, por meio dos mecanismos de coordenação de ação, conforme a linguagem natural seja utilizada somente como meio de transmissão de informação ou se faça uso dela como fonte de integração social. No primeiro caso, ele se refere à ação estratégica e, no segundo, à ação comunicativa [22].

Na ação comunicativa, as energias vinculativas da própria linguagem, no sentido de se obter entendimento, tornam-se eficazes para a coordenação das ações; já na ação estratégica, a coordenação se dá por conta da influência, através de atividades não linguísticas, exercidas não só sobre a situação, mas sobre o outro. As duas não podem subsistir simultaneamente [23].

Habermas parte de uma crítica da razão centrada no sujeito para chegar a um conceito comunicativo de razão, baseado no modelo de entendimento intersubjetivo. Essa espécie de raciocínio marca uma mudança de paradigma, da filosofia do sujeito para a filosofia comunicativa [24]. É justamente por tais meios que a consulta prévia deve se dar, fazendo-se uso de uma razão comunicativa e intersubjetiva.

Nesses termos, não seria possível conceber a efetividade da consulta prévia pela imposição de decisões tomadas por uma das partes, acerca da obra capaz de afetar as comunidades indígenas. Só é possível considerar a efetividade, neste caso, quando há um diálogo constante entre todas as partes envolvidas no empreendimento.

A consulta prévia implica, portanto, a troca de todas as informações envolvidas, debates, interações subjetivas, acompanhamento direto dos envolvidos, marcação de audiências em tempo hábil à participação, com

tomadas de ações no sentido de entendimento entre as partes, em uma comunicação inteligível para ambas, sempre com esforço ao entendimento do outro e de seus argumentos.

A situação do discurso é, no que respeita à temática respectiva, o excerto de um mundo da vida que tanto constitui o contexto como fornece os *recursos* para o processo de compreensão. O mundo da vida forma um horizonte e ao mesmo tempo oferece uma quantidade de evidências culturais das quais os participantes no acto de comunicar, nos seus esforços de interpretação retiram padrões de interpretação consentidos [25].

Mares bem define o que se espera dessa interação entre sujeitos de diferentes culturas, na busca de um consenso apropriado para ambas as partes, mas que deixe a salvo o direito à participação efetiva dos indígenas, quando afirma que:

As consultas aos povos indígenas devem constituir-se em mais que formalidades, ou meros processos por meio dos quais se lhes entrega informações sobre os projetos de desenvolvimento. A informação deve ser clara, completa, precisa e necessária, porém, tal informação por si só não é suficiente para a participação efetiva na tomada de decisões.

Para serem verdadeiramente eficazes, as consultas devem prever oportunidade aos povos indígenas de serem escutados e de influírem diretamente nas decisões. De modo que as consultas com os povos indígenas sobre as atividades de desenvolvimento devem ser acompanhadas de medidas específicas para salvaguardar os interesses e direitos das comunidades envolvidas [26].

Pode-se dizer que a efetividade da consulta prévia atribuída aos povos indígenas, como participação, debate e interferência nas questões que lhes afetem, só pode ser possível quando não há imposição de “acordo” a uma das partes, por meio de manipulações. O entendimento está centrado em convicções:

[...] falo em *agir comunicativo* quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas [...] o *modelo do agir orientado para o entendimento mútuo* tem que especificar condições para um acordo alcançado comunicativamente sob as quais *Alter* pode anexar suas ações às do *Ego* [27].

Os atos de fala não servem apenas para a representação (ou pressuposição) de estados e acontecimentos, quando o falante se refere a algo no *mundo objetivo*. Eles servem ao mesmo tempo para a produção (ou renovação) de relações interpessoais, quando o falante se refere a algo no *mundo social* das interações legitimamente reguladas, bem como para a manifestação de vivências, isto é, para a autorrepresentação, quando o falante se refere a algo no *mundo subjetivo* a que tem um acesso privilegiado. Os participantes da comunicação baseiam os seus esforços de entendimento mútuo num sistema de referências composto de exatamente três mundos. Assim, um acordo na prática comunicativa da vida quotidiana pode se apoiar ao mesmo tempo num saber proposicional compartilhado intersubjetivamente, numa concordância normativa e numa confiança recíproca [28].

Os indígenas são protagonistas do instituto da consulta prévia e, por meio dele, esses povos, juntamente com as outras partes envolvidas, devem

esgotar os assuntos e ações futuras, que afetem essas comunidades tradicionais, a fim de que haja um entendimento real e efetivo a respeito e a consideração de suas opiniões diretamente nas decisões. Deve haver um debate intercultural entre as comunidades envolvidas, tanto as afetadas como as responsáveis pelos projetos em desenvolvimento, incólume de deturpações, para que haja possibilidades de um acordo realmente existente, em seu sentido essencial.

Com efeito, no momento em que se comunica com outro sujeito, pela mediação da linguagem, visando ao entendimento mútuo, cada locutor invoca pretensões de validade (*Geltungsansprüche*) com relação a três tipos de proposições: as que se referem ao mundo objetivo das coisas, ao mundo social das normas e ao mundo subjetivo das vivências e emoções. Em outras palavras, está alegando que suas afirmações factuais são verdadeiras, que as normas que ele propõe são justas e que a expressão dos seus sentimentos é veraz. Essas pretensões de validade podem ser aceitas inquestionadamente, e nesse caso o entendimento consensual pode dar-se de imediato, ou ser recusadas, e nesse caso o interlocutor tem de apresentar provas para justificar suas dúvidas, e o primeiro protagonista tem de apresentar contraprovas para justificar suas afirmações originais. Inicia-se um processo argumentativo, em que as posições dos interlocutores vão sendo ajustadas reciprocamente, até que se cristalize um consenso [29].

É preciso que, na prática dessas relações, haja uma mudança de paradigma, a fim de que os sujeitos envolvidos incorporem, a partir de uma perspectiva comunicacional, um posicionamento que considere o outro ou os

outros da comunicação. A ética da alteridade pode fornecer os meios para essa modificação.

4.2- A Ética da Alteridade como Viabilizadora da Efetividade da Consulta Prévia

Considera-se a estrutura moderna como resultante da quebra da relação de valor entre elemento e todo. O todo se converteu num amontoado. O mundo objetivo constitui-se de entidades separadas ou de substâncias à imagem do sujeito individual. A era do conhecimento científico, do saber técnico como manipulação da natureza, transformou o penso, logo existo no penso, logo conquisto, desenvolvendo a noção do eu, em detrimento do outro [30].

O hiperindividualismo tem lugar. Uma sociedade de consumo, em que tudo é passageiro e descartável, não poderia priorizar o coletivo ou o todo, ao contrário, há ainda uma maior fixação dos valores na figura do indivíduo. Isso leva ao esquecimento do outro, para uma maior valorização do eu. Com a complexidade das sociedades orgânicas atuais, a metáfora de Lévi-Strauss é aplicada simultaneamente: o mundo moderno é includente e excludente ao mesmo tempo. O atuarialismo pressupõe a miscigenação entre as camadas mais abastadas da sociedade e as menos. O “diferente” não está mais na periferia. É verificável dentro do todo social e isso é um dos grandes motivos para os altos índices de controle social da sociedade moderna recente [31].

Embora haja proteção à cultura, de um modo geral, a legislação só protege os conhecimentos tradicionais associados à real ou potencial utilização econômica, inserindo-se, assim, nas comunidades indígenas, valores totalmente estranhos ao seu meio. Tal prática acaba por dificultar o reconhecimento e a preservação dos conhecimentos tradicionais, uma vez que

desloca o foco de proteção, do cultural, para o econômico, o que ocasiona o desrespeito à carga ética e cultural [32].

A dificuldade em assimilar as diferenças do outro, para considerá-lo juridicamente igual, e a aplicação das leis em uma perspectiva individualista e etnocêntrica, alheia à causa indígena, leva a crer que o primeiro passo para a mudança dessa configuração, ainda não dado pela sociedade e pelo ordenamento jurídico pátrio, é a aceitação da diferença, porque ao outro deve ser garantido o direito à diferença.

O século XX foi palco para as mais controvertidas e traumatizantes manifestações humanas, resultado da crise de sentido gerada pela exaltação do homem e a amplitude do individualismo e do cientificismo, a partir do século XVII [33]. Entretanto, no referido século, houve o surgimento de ideias que trouxeram expectativas quanto ao desenvolvimento de uma consciência ampla em relação ao outro. Nietzsche trouxe a noção de que o “bem” e a “beleza”, contemplados pela tradição, não são categorias hierárquicas da percepção ontológica da humanidade. Também houve a abordagem daquilo que ele chamou de “espírito livre” [34].

Para Levinas, a crise surge com o esquecimento do outro e do dever de responsabilidade para com ele [35]. É necessária uma metafenomenologia [36] como própria superação da fenomenologia, para dar lugar à ética como filosofia primeira [37]. Há uma responsabilidade em relação ao outro, que vai além das regras [38].

Levinas, reproduzido por Bauman, afirma que “o destino de uma sociedade justa é permanecer eternamente insatisfeita com o nível de justiça alcançado” [39]. A racionalidade ética impõe ao homem a insubstituível e irrenunciável responsabilidade pelo rosto diferente, tido como um outro-eu.

A reivindicação da diferença e a emergência das identidades coletivas vêm se constituindo como um dos fenômenos mais expressivos dos tempos atuais e como um dos maiores desafios explicativos para as ciências sociais e, em particular, para a Antropologia. Com efeito, o estudo das diferenças e das alteridades encontra-se remetido à análise mais ampla das relações inter-culturais e do conjunto de fenômenos coletivos a elas ligados, expresso por formas organizacionais próprias capazes de re-articular o ideário cultural com a presença ativa e crescente no interior da sociedade mais ampla [40].

Com isso, vê-se a necessidade urgente de uma mudança de paradigma quanto ao tratamento das relações do homem comum, dito civilizado, com o indígena, a fim de que o primeiro consiga perceber o outro, como diferente, mas em iguais condições, em uma visão multiculturalista, includente e anti-etnocêntrica. Acredita-se que, por esse caminho, o direito indígena debatido poderá encontrar a efetividade almejada.

O diálogo intercultural, com a aplicação do instituto da consulta prévia, por meio de uma interação intersubjetiva real, nos moldes da ação comunicativa, terá muito mais possibilidades de se desenvolver, na medida em que haja o reconhecimento do outro, diferente de si, como alguém que apresenta somente características que o diferenciam em termos pessoais e culturais (cultura, fenótipo, etc.), mas que não impedem a garantia de participação de forma igualitária, juridicamente falando. Isso porque, a desigualdade de interferência e participação só é gerada em razão de uma percepção etnocêntrica, que não dá ensejo a visualizar o outro apenas como diferente, sendo ele visto como inferior, o que culmina com a impossibilidade de perfectibilização de uma comunicação satisfatória, a qual vise ao entendimento mútuo.

5- Considerações finais

A reflexão aqui realizada buscou apresentar, por um lado, os moldes em que foi delineada a percepção predominante, na história do Brasil, em relação aos indígenas, bem como a necessidade de sua ressignificação e a garantia da consulta prévia aos povos indígenas, sempre que houver risco de afetação desses povos por um empreendimento, instrumento de gestão e diálogo intercultural, por outro. Tal direito está previsto no âmbito do Direito internacional e no direito brasileiro, mas não se vê como efetivo, da forma como está sendo aplicado em determinados casos, especialmente no caso da Usina Belo Monte. Isso se denota do desenvolvimento do projeto de Belo Monte, bem como da forte resistência à aplicação da consulta prévia. No entanto, a efetividade da consulta prévia pode ser alcançada por meio do diálogo, da ação comunicativa e, finalmente, da ética da alteridade, os quais implicam necessariamente no reconhecimento do outro.

A ressignificação da relação com os povos indígenas é profunda e complexa, pois implica repensar não apenas a relação em si, mas nossos valores, bem como as nossas próprias práticas individuais e sociais, fruto da arrogância do sujeito civilizado-colonizador. Além disso, e mais amplamente, implica repensar os modelos políticos e econômicos adotados de modo hegemônicos, como meios privilegiados para se alcançar o bem viver em sociedade. Ressignificar a relação, nesse contexto, significa rever os modelos eurocêntricos ou ocidentais, em que as sociedades estão voltadas ao consumo individualista e ao desenvolvimento econômico progressista, como sinônimos de bem viver. O modelo atual apresenta – em dados e fatos – uma falência múltipla, isto é, financeira, global, social e, especialmente, em relação à natureza. É preciso humildade e sabedoria para aprender com o outro formas alternativas e mais adequadas – para não dizer sustentáveis – para se viver em

sociedade.

Pode-se afirmar que é necessária uma libertação da visão etnocêntrica relativamente aos povos indígenas inserida no Brasil, desde o princípio da colonização levada a efeito e que deixa resquícios até os dias de hoje, tanto que a maioria das manifestações institucionais e estatais é explicitada de modo a considerar os indígenas como secundários na tomada de decisões, as quais tratem sobre suas próprias vidas, seu *habitat* e sua cultura.

A alteridade, no sentido de Levinas, auxilia na compreensão de que o outro não deve ser considerado idêntico, pois possui suas peculiaridades e diferenças. A partir do momento em que se admitir que não é necessária uma igualdade de características, para que haja uma interação intersubjetiva, na busca de um entendimento mútuo, a sociedade civil e suas instituições não terão dificuldades em concretizar e tornar efetivos os direitos indígenas, com a participação destes na tomada de decisões, sempre que estas possam lhes afetar, direta ou indiretamente.

Isso tudo sem objetivar a absorção e integração em cultura distinta da sua, equívoco sustentado durante muito tempo, formal e informalmente, no Brasil. Trata-se de inclusão com respeito às diferenças, ao ponto de serem realizadas interações no intuito de captação de pensamentos e diálogo entre os mútuos argumentos. É preciso superar o atraso que as percepções excludentes deixaram de herança e isso somente será possível com a mudança de paradigma relativamente à visão da cultura do outro, o que possibilitará interações com a finalidade de um entendimento intersubjetivo real e, desse modo, a efetividade da consulta prévia.

Referências bibliográficas

_____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Traduzido por Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manoel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa/Portugal: Publicações Dom Quixote, 1990.

_____. *O tempo e a máquina do tempo*. Estudos de filosofia e pós-modernidade. Porto Alegre: Edipurs, 1998.

_____. *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa, Portugal: Biblioteca de Filosofia Contemporânea edições 70, 2002.

_____. *Sobre a construção do sentido*. O pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Totalidade e Infinito*. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1980.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno nos séculos XVII, XVIII, XIX e XX*. v. I e II. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (mestrado e doutorado). André Luís Callegari, Lênio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios*. São Paulo: Cosac; Naify, 2002.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*/Louis Dumont. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Traduzido por Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

LEACH, Edmund. *A Diversidade da Antropologia*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.

LÉVINAS, Emmanuel. *De Deus que vem a idéia*. Petrópolis: Vozes, 2002.

MARES, Carlos Frederico. *Estatuto dos povos indígenas*. Pensando o direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

NIETZSCHE, Friederich. *Os pensadores*. São Paulo: Nova cultura, 1999.

ONU. *Fórum Permanente para Questões Indígenas*. A situação dos povos indígenas do mundo, 2010. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/SOWIP_fact_sheets_ES.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. 11.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SANTOS, Ílvio Coelho dos; et al. *Sociedades Indígenas e o Direito – Uma questão de direitos humanos – Ensaio*. Florianópolis, SC: UFSC, 1985.

SCHIOCCHET, Taysa. Implicações jurídicas do acesso e exploração de material e informação genéticos humanos no contexto amazônico. In: GEDIEL, J. A. P.; CORRÊA, A. E. *Direitos, culturas e conflitos territoriais na Amazônia*. Curitiba: Kairós, 2011, p. 157-190.

SOUZA, Ricardo Timm de. Sentido e alteridade. Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas. *Coleção Filosofia*, n.120. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os "Novos" Direitos no Brasil – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

YONG, Jock. *Sociedade excludente*. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

Notas de fim

[1] Sobre o tema das pesquisas genéticas e povos indígenas, sugere-se a leitura de: SCHIOCCHET, Taysa. Implicações jurídicas do acesso e exploração de material e informação genéticos humanos no contexto amazônico. In: GEDIEL, J. A. P.; CORRÊA, A. E. Direitos, culturas e conflitos territoriais na Amazônia. Curitiba: Kairós. 2011. p. 157-190.

[2] A POLÊMICA da Usina de Belo Monte. Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

[3] Ver, nesse sentido, o relatório da ONU (2010) “A situação dos povos indígenas do mundo”, elaborado pelo Fórum Permanente para Questões Indígenas, organismo assessor do Conselho Econômico e Social. O referido Relatório refere que apesar do reconhecimento e valor atribuído aos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, bem como a legalização dos seus direitos territoriais, na prática a situação é bastante diversa. Eles são os mais numerosos em termos de pobreza, analfabetismo e desemprego. Estão invisibilizados, sem nacionalidade e em perigo. As mulheres são as que mais sofrem os custos desta situação. Além disso, seus territórios, sua cultura e tipo de alimentação está em risco constante, especialmente seus idiomas. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWI_P_fact_sheets_ES.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

[4] Há cinco séculos, os portugueses chegaram ao litoral brasileiro, dando início a um processo de migração que se estenderia até o início do século XX e, paulatinamente, foram se estabelecendo nas terras que eram ocupadas pelos

povos indígenas. O processo de colonização levou à extinção muitas sociedades indígenas que viviam no território dominado, seja pela ação das armas, seja em decorrência do contágio por doenças trazidas dos países distantes, ou, ainda, pela aplicação de políticas visando à "assimilação" dos índios à nova sociedade implantada, com forte influência europeia. Embora não se saiba exatamente quantas sociedades indígenas existiam no Brasil à época da chegada dos europeus, há estimativas sobre o número de habitantes nativos naquele tempo, que variam de 1 a 10 milhões de indivíduos. Números estes que servem para dar uma ideia da imensa quantidade de pessoas e sociedades indígenas inteiras exterminadas ao longo desses 500 anos, como resultado de um processo de colonização baseado no uso da força, por meio das guerras e da política de assimilação. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 10 de out. de 2012. Hoje, no Brasil, vivem mais de 800 mil índios, representando cerca de 0,4% da população brasileira, segundo dados do Censo de 2010. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/acessoinfo/Acesso.html>>. Acesso em: 10 out. 2012.

[5] LEACH, Edmund. A Diversidade da Antropologia. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989. p. 63. Grifo do autor.

[6] DA MATTA, Roberto. O que faz o Brasil, Brasil? Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

[7] WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Os "Novos" Direitos no Brasil – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

[8] O etnocentrismo passa exatamente por um julgamento do valor da cultura do “outro” nos termos da cultura do grupo do “eu”. (ROCHA, Everardo P. Guimarães. O que é etnocentrismo. 11.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 13.)

[9] WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, MORATO, José Rubens (Orgs.). Os “Novos” Direitos no Brasil – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

[10] MARES, Carlos Frederico. Estatuto dos povos indígenas. Pensando o direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

[11] MARES, Carlos Frederico. Estatuto dos povos indígenas. Pensando o direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 19.

[12] MARES, Carlos Frederico. Estatuto dos povos indígenas. Pensando o direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 20.

[13] MARES, Carlos Frederico. Estatuto dos povos indígenas. Pensando o direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 20.

[14] PROJETO da Usina Hidrelétrica de Belo Monte – fatos E dados – fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/leiloes/Documents/Leil%C3%A3o%20Belo%20Monte/Belo%20Monte%20%20Fatos%20e%20Dados%20-%20POR.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

[15] Ver site: <<http://www.xinguvivo.org.br>>.

[16] Ainda em outubro, a FUNAI liberou a obra sem saber exatamente que impactos causaria sobre os índios e lideranças indígenas kayapó enviaram carta ao Presidente Lula na qual diziam que, caso a obra fosse iniciada, haveria guerra. Para culminar, em fevereiro de 2010, o Ministério do Meio Ambiente concedeu a licença ambiental, também sem esclarecer questões centrais em relação aos impactos socioambientais. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

[17] A polêmica da usina de Belo Monte. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

[18] O autor utiliza o termo raça na sua obra, quando se prefere utilizar o termo etnia. Para Foucault, o racismo estaria ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano. A justaposição, ou melhor, o funcionamento, por meio do biopoder, do velho poder soberano do direito de morte implica o funcionamento, a introdução e a ativação do racismo. E é aí, creio eu, que efetivamente ele se enraíza. (FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 309).

[19] [...] o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo o exercem. (BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa: DIFEL, 1989. p. 8).

[20] CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO e AMBIENTAL.
AUSÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO LEGISLATIVO

QUE CULMINOU COM A PROMULGAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO 788/2005 - QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A IMPLANTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE. INEXISTÊNCIA, POIS, DE OFENSA ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DOS ARTS. 170, VI, E 231, § 3º, AMBAS DA LEI MAIOR.

1. Não se acha inquinado do vício de inconstitucionalidade o Decreto Legislativo 788/2005, que autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido, após estudos de viabilidade, pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás). 2. O Supremo Tribunal Federal, na sua relevante missão de intérprete maior da Constituição da República, já decidiu inexistir vício de formação no aludido decreto legislativo, por violação ao art. 231, § 3º, da Constituição da República, ante a falta de consulta prévia às comunidades afetadas (Suspensão de Liminar n. 125/2006, Ministra Ellen Grace). [...]. 3. Evidencia-se, portanto, que a Corte Constitucional assegurou o prosseguimento do processo de licenciamento da obra em questão, em função da qual já foram despendidos consideráveis recursos públicos, além de adotadas múltiplas e diversificadas ações, medidas e providências pela Administração, bem como por parte do empreendedor. 4. Ante todo o contexto da lide, é imprescindível reconhecer a preexistência de fatos e o transcurso de etapas que, sob qualquer ponto de vista, tornam irreversível a continuidade do empreendimento, porquanto houve: [...]. 8. O ato congressual em discussão não se revela, outrossim, ofensivo à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Isso porque, no caso concreto, a oitiva das comunidades afetadas efetivamente ocorreu, tal

como amplamente esclarecido no memorial apresentado pela própria FUNAI e demonstrado por documentos nos autos, uma vez que, em diversos momentos, foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas, como também de ribeirinhos. E, de outro lado, as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. Destaca-se, inclusive, a eficácia de tais reuniões realizadas com as aludidas comunidades, tanto é assim que o projeto referente ao empreendimento passou por diferentes alterações, resultantes de ações mitigadoras e reparadoras de danos que poderiam decorrer da implantação do AHE na região. [...].10. [...]. 11. [...]. 12. Apelação do Ministério Público Federal e remessa oficial desprovidas. (TRF1 – Quinta Turma; AC 2006.39.03.000711-8/PA; Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida; j. 09.11.2011; e-DJF1: 25.11.2011) (grifou-se) Disponível em: <www.trf1.jus.br> Acesso em: 15 jul. 2012.

[21] O Desembargador Souza Prudente afirmou o seguinte em entrevista após o julgamento: o Congresso determinou uma "oitiva precária, imprestável através do Ibama [Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis], só pra comunicar, no estilo da obra de James Cameron, 'Avatar'. O Congresso utilizou um instrumento autoritário". E disse mais: "O Congresso tem que levar em conta as decisões da comunidade indígena. O legislador não pode tomar decisão sem conhecer os efeitos dessa decisão. O Congresso só pode autorizar se as comunidades indígenas autorizarem". Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/08/justica-determina-suspensao-das-obras-da-usina-de-belo-monte.html>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

[22] A desintegração do pano de fundo normativo é demonstrada sintomaticamente na estrutura “se...então”, das ameaças, que substitui as pretensões de validade pressupostas na acção comunicativa por pretensões de poder. [...] Na acção manifestamente estratégica, os actos de fala (cujas forças ilocutórias foram enfraquecidas) demitem-se das funções coordenadoras, que passam a ser desempenhadas por formas de exercer influências exteriores à linguagem. (HABERMAS, Jürgen. Racionalidade e Comunicação. Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa/ Portugal: Edições 70, 2002. p. 115).

[23] HABERMAS, Jürgen. Racionalidade e Comunicação. Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2002. p. 115-130.

[24] ROUANET, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

[25] HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade. Traduzido por Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manoel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa/Portugal: Publicações Dom Quixote, 1990. p. 278. Grifo do autor.

[26] MARES, Carlos Frederico. Estatuto dos povos indígenas. Pensando o direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 20.

[27] HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Traduzido por Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 165. Grifos do autor.

[28] HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo: Traduzido por Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 167.

[29] ROUANET, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. Companhia das Letras. São Paulo: 1987. p. 339-340.

[30] DUMONT, Louis. O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna/Louis Dumont: Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

[31] YONG, Jock. Sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

[32] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord. Acadêmica). Estatuto dos Povos Indígenas – Série Pensando o Direito n. 19/2009 – PUC-PR.

[33] BAUMER, Franklin L. O pensamento europeu moderno nos séculos XVII, XVIII, XIX e XX. V. I e II. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.

[34] NIETZSCHE, Friederich. Os pensadores. São Paulo: Nova cultura, 1999.

[35] Esta crise, da qual emerge a necessidade da presente investigação, deve ser tratada a partir do caráter semântico positivo que a etimologia da palavra proporciona. “Crise”, do grego “krino”, remete à idéia de avaliação, de apreciação e discernimento na hora do julgamento, possibilitando o debate

para se chegar a uma evolução nas relações sociais do mundo de hoje. (SOUZA, Ricardo Timm de. Sobre a construção do sentido. O pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 29 ss.).

[36] SOUZA, Ricardo Timm de. O tempo e a máquina do tempo. Estudos de filosofia e pós-modernidade. Porto Alegre: Edipurs, 1998.

[37] “[...] parece não haver fundamento em falar em dignidade humana e suas exigências sem que a primeira palavra dessa fala seja, exatamente: Alteridade real para além do poder do ser”. (SOUZA, Ricardo Timm de. Sentido e alteridade. Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas. Coleção Filosofia, n.120. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 87).

[38] LÉVINAS, Emmanuel. De Deus que vem a idéia. Petrópolis: Vozes, 2002.

[39] LEVINAS, Emmanuel apud BAUMAN, Zygmunt. O mal estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

[40] SANTOS, Ílvio Coelho dos et al. Sociedades Indígenas e o Direito – Uma questão de direitos humanos – Ensaios. Florianópolis, SC: UFSC, 1985. p. 67.

Perspectivas de uma (trans)constitucionalidade em Direitos Humanos: ensaio de uma proposta para além da centralidade estatal

Perspectives on (cross) constitutionality in Human Rights: the attempt of a proposal beyond state centrality

Perspectivas de una (trans)constitucionalidad en Derechos Humanos: ensayo de una propuesta para más allá de la centralidad estatal

Rafael Fonseca Ferreira

Celine Barreto Anadon

SUMÁRIO: 1- *Introdução*; 2- *A razão de ser dos direitos humanos pós-segunda guerra: entre a afirmação e a dificuldade da dualização (hierarquização) interno-internacional*; 3- *O constitucionalismo democrático: a autonomia constitucional vista apenas pela superioridade hierárquica (normativista) '(des)constitui-a-ção'*; 4- *Considerações finais; Referências.*

1 - Introdução

As premissas de partida são de que as concepções (teóricas e jurisprudenciais) dominantes ainda apostam na onipresença do Estado e na autossuficiência circular do Direito e por conta disso têm representado um alto grau de déficit de constitucionalidade. Com efeito, se tem observado que o Direito crescentemente tem sido assujeitado interna e externamente por supostas 'racionalidades', as quais, na ausência de densidade teórico-científica,

referendam-se (legitimam) em modelos sistemáticos (estruturados no formato hierárquico-normativista), recepções teóricas equivocadas e na dependência da discricionariedade judicial, deixando o Direito refém da segregação e/ou de apreensão da realidade por ideologias dogmatizantes ou conveniências institucionais.

Sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, fio condutor do presente ensaio, pode-se afirmar que sob este paradigma existe um véu que esconde a realidade democrática e inspiradora da construção do verdadeiro Direito, pois obscurecem a razão hermenêutica – aquela da dobra da linguagem [1]– que deveria instruir a sua adequada compreensão. Não querendo fragmentar, mas apenas delimitar o âmbito de análise – já que se trata de um fenômeno que domina o imaginário geral dos juristas – a proposta aqui é discutir qual o papel da Constituição no atual cenário democrático, considerando os tratados e convenções de direitos humanos e, com efeito, buscar novas linhas para uma racionalidade que possa excetuar os discursos legitimados em argumentos hierárquico-normativistas em sede de direitos humanos.

De antemão, vale dizer que não se pode negar a herança de algumas premissas do positivismo kelseniano (normativista), que ainda dominam o pensamento contemporâneo, pois, regra geral, pensa-se na legitimidade do Direito, meramente a partir do escalonamento piramidal-normativo e da presença do Estado como única fonte racional de onde ele emana [2], conforme se pode observar, especialmente, na questão do tratamento dispensado pelo legislador constitucional e pelo Supremo Tribunal Federal aos tratados e convenções de direitos humanos. Sumarizando, para Kelsen, *las fuentes jurídicas son siempre directamente vinculantes, las no jurídicas no lo son hasta que una forma jurídica positiva no las reconoce como fuentes del Derecho* [3]. Por consequência, fundamentalmente, a doutrina teria (e ainda tem) um

papel meramente secundário-dedutivo-explicitativo do direito positivo, isto é, sem maiores comprometimento hermenêutico.

Por oportuno, não se pode deixar de registrar que mesmo antes de Kelsen, a visão escalonada e dedutivista da ordem jurídica já era observada por Adolfo Merkel a partir de sua análise acerca das relações de subordinação e coordenação nos âmbitos da justiça e da administração dentro do ordenamento jurídico [4]. Merkel, da mesma maneira que Kelsen, observava uma relação de validade/fundamentação hierárquica entre a Constituição e o restante da ordem interna e de produção do direito [5].

Isso quer dizer que muitas dessas concepções, já preconizadas antes mesmo da segunda-guerra, ainda se fazem presentes e condicionam a compreensão (inadequada) dos direitos humanos e das promessas do constitucionalismo democrático e comprometido com os direitos humanos (pós-segunda-guerra). Nem mesmo aqueles que se autodenominam como neoconstitucionalistas ou pós-positivistas são capazes de refletir sobre a contradição entre as premissas teóricas que usam e os objetivos que querem defender – por exemplo, defendem os direitos humanos, mas ainda teorizam sobre a dicotomização formalista (positivista) com os direitos fundamentais; falam de princípios, mas não abrem mão da discricionariedade; falam de internacionalização do Direito, mas tratados e convenções de direitos humanos precisam ser recepcionados formalmente pelos Estados. Portanto, é forçoso concluir que dentro desse paradigma, a Constituição é subutilizada perante a promessa daquilo que poderia contribuir para transformação da realidade social e a compreensão acerca da normatividade jurídica na atualidade.

A partir disso, a tarefa que se impõe é no sentido de demonstrar a necessidade de se desconstruir a realidade reinante para (re)significar a compreensão das (novas) fontes e espaços de atuação e produção da densidade

e normatividade jurídicas. Nesse contexto, a adequada compreensão de Constituição será o elemento nuclear para a internacionalização do Direito e a constitucionalização do Direito Internacional, a partir do necessário reconhecimento de um pluralismo jurídico potencializador de novas possibilidades conteudísticas (novos horizontes e parâmetros hermenêuticos) em sede de direitos humanos.

2- A razão de ser dos Direitos Humanos pós-segunda guerra: entre a afirmação e a dificuldade da dualização (hierarquização) interno-internacional

A essência axiológica dos direitos humanos traduz uma realidade de resistência que exige uma permanente luta de abertura e consolidação, sobretudo, quando a história política e jurídica recente assombra a realidade contemporânea com autoritarismos e discricionariedades (políticas e judiciais) predatórias dos direitos humanos, como é o caso do Brasil e da América Latina, em geral.

O Direito nesta quadra da história deveria desempenhar um papel fundamental ante a opção constitucional pelos direitos humanos (e fundamentais), privilégio que faz dele o condicionador do próprio constitucionalismo democrático desenvolvido no movimento ocidental do segundo pós-guerra. É, pois, o Direito no Estado Constitucional Democrático, mais do que limitador do poder, mais que uma racionalidade instrumental ou mesmo conjunto de proposições normativas: deve ser visto como instrumento de transformação social [6].

No entanto, o estágio atual de amadurecimento do Direito no constitucionalismo contemporâneo sempre traz ou, pelo menos, deveria trazer, a lume a experiência dos direitos humanos (direito internacional dos

direitos humanos [7]) a partir dos fatos da Segunda Guerra Mundial. Isso por que, a segunda grande guerra foi determinante para o processo de internacionalização e reconstrução dos direitos humanos em resposta às atrocidades e aos horrores do nazismo [8], mormente quando se buscava uma ação mais eficaz de proteção e promoção se erigiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 – fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos direitos humanos a níveis global e regional [9]. Lembrem-se, a hermenêutica filosófica não tem memória fraca, pois a história, a tradição e a cultura são constitutivas da experiência linguística.

Isso quer dizer que o desenvolvimento do caráter universal dos direitos humanos, iniciado a partir daquele momento histórico, veio exigir um enfrentamento colegiado, por parte dos Estados, baseado na responsabilidade e solidariedade comuns. Dessa forma, cria-se um ambiente favorável para a eficácia protetiva da liberdade e da dignidade da pessoa humana [10], fundamentado no exercício irrestrito da democracia e de direitos essenciais.

Como diz Friedrich Muller, os direitos humanos estão intimamente relacionados à democracia e ao Estado de Direito e sem seu exercício prático não há processo nacional nem transnacional. O direito fundamental de todos à democracia baseia-se nos direitos humanos [11], daí seu caráter de ‘garantia coletiva’ como destaca Cançado Trindade [12].

Com efeito, assim como o papel que os direitos humanos operam no plano internacional, os direitos fundamentais (vinculados pelos direitos humanos) exercem no âmbito dos Estados Democráticos de Direito as condições materiais de sua própria significação. Na medida em que o Estado se compromete com os direitos humanos, projeta-se internacionalmente como parte de um sistema/coalização protetiva da dignidade da pessoa humana, espírito que informa declarações, tratados e convenções de direitos humanos.

No entanto, os direitos humanos ainda precisam mais: superar, no seio da comunidade jurídica e política, a ideia de que são meros valores, senão normas (jurídicas), a fim de que diante de um compromisso geral e vinculante não se possa correr o risco de regressar aos repreensíveis episódios da história. Embora o caráter ontológico dos direitos humanos venha traduzir uma carga axiológica inerente – dignidade, liberdade e igualdade – o compromisso internacional assumido (tratados e convenções) e a positivação no âmbito das Constituições tornam-se direito vigente e quem deseja rotulá-los como meros “valores”, paradoxalmente, desvaloriza-os [13].

A dependência da racionalidade legicêntrica do Estado e a influência positivista-normativista kelseniana foram determinantes para essa (di)visão entre direitos humanos e fundamentais e a redução daqueles ao patamar de valores orientativos, sem caráter vinculante.

Ora, o fim da Segunda Guerra, ao iniciar nas democracias ocidentais um paulatino processo compromissado com os direitos humanos e destinado a judicializar, o conteúdo das Constituições, repercutiu também na necessidade de transformação no sistema de fontes jurídicas, especialmente, no que diz respeito ao monopólio e soberania estatal de criação e determinação de suas fontes, em face de um pluralismo [14] (descentralizado e nãohierarquizado).

Então, certo é que a proposta de uma real democracia – sempre pressuposta dos direitos humanos [15] –, inexoravelmente, deverá revelar Constituições que, ao se dizerem democráticas, devem estar em sintonia com a proteção e a evolução dos direitos humanos (interna e internacional), enfim, um canal aberto política e juridicamente para os instrumentos internacionais de direitos humanos. De modo que, não se poderá falar em verdadeira democracia quando os discursos que verticalizam com essas premissas se sustentam em retaliações retórico-ideológicas que escondem

discrecionalidades, reservas de poder e verdades prontas (irrefletidas), como acontecem no Brasil. Basta observar, por exemplo, a posição do Supremo Tribunal brasileiro quanto ao tratamento dispensado aos instrumentos internacionais de direitos humanos (do *status* legal à suprallegalidade), uma vitória pírrica, para não dizer pífia.

Isso quer dizer que a fruição dos Direitos Humanos proclamados formalmente numa Constituição – ou num tratado internacional – não ocorre factualmente em espaços políticos que não sejam plenamente democráticos. De nada serve uma Constituição que não seja sentida, vivida e praticada pela população e pelas autoridades constituídas. Logo, o pleno gozo dos Direitos Humanos depende, no dia a dia, da capacidade de participação política – cidadania – da população, caso contrário, os direitos humanos soçobram frente ao procedimentalismo ‘legitimador’ e às heranças políticas (e ideológicas). Constituição e Democracia, neste sentido, aproximam-se e se fundem em conceitos complementares contra os desvios e abusos de poder em detrimento dos deveres nacionais e internacionais.

Não se pode perder de vista que se trata de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria voltada à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados [16]. Logo, sua autonomia transcende – e não poderia ser diferente – a própria figura do Estado, no mais das vezes, seu maior predador. O Estado quando se alimenta dessa relação de verticalidade entre as Constituições e os tratados internacionais de direitos humanos, na verdade, nada mais faz do que velar as possíveis violações praticadas voluntária ou involuntariamente em seu território, razão porque:

[...] em matéria de direitos humanos, a reciprocidade é suplantada pela noção de garantia coletiva e pelas considerações de *ordre public*. Tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo,

que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do “interesse público” comum ou geral (ou *ordre public*) superior [17].

O sistema internacional de direitos humanos atribuiu aos Estados (via Constituições) as funções de mediar a identidade comum-protetiva e as tradições de cada povo (costumes, cultura, raça, religião etc.) naquilo que lhes é particular e não universalizável. Logo, é fato que há uma incompreensão jurídico-política dos Estados quanto ao propósito comum de garantia da dignidade da pessoa humana, em que o caráter universal dos direitos humanos nem de longe implica o risco de uma possível tentativa de homogeneização, senão a ampliação dos meios protetivos e a busca de coerência interpretativa.

Mas, o que se quer denunciar é a possibilidade de superar premissas antiquadas de polarização de direito interno e internacional ou mesmo de teorias objetificadoras como, por exemplo, as monistas e dualistas [18], em benefício de um diálogo (hermenêutico) que prescindia das hierarquizações ou divisões (direitos humanos e direitos fundamentais). Isto é, que possa suplantar discursos procedimentais e/ou retórico-ideológicos que bloqueiam a eficácia protetiva.

A eficácia no sentido de se auferir um padrão de compreensão, acerca da universalidade dos direitos humanos não depende apenas do comportamento de um Estado, mas de um conjunto deles, daí por que não se estaria falando de direitos humanos propriamente ditos quando o Estado busca a partir de si e de seus instrumentos estabelecer uma racionalidade própria e hermética (autoritária e não compartilhada) sobre a questão, nem mesmo de direitos fundamentais, em razão do caráter, no mínimo, intrínseco

de ambos. Uma adequada compreensão desse fenômeno levaria ao que na visão de Delmas-Marty constitui-se o *locus* de compartilhamento de sentidos ou mesmo o enriquecimento de sentidos pela troca de culturas – modo mais democrático de interpenetração e crescimento e até mesmo da humanização da globalização [19].

Os direitos humanos constituem o ponto de aproximação/convergência adequado que permite se constituir uma teoria que possa dar suporte aos diálogos espontâneos (não autoritários) e contudísticos entre fontes e sistemas jurídicos na busca de interpretações próprias, superação de inadequadas analogias [20] e a afirmação de padrões de compreensões para além do normativismo estatal.

A especificidade na compreensão dos direitos humanos, nem sempre levada a efeito pelo direito interno dos Estados, coloca em risco a organicidade e a relevância do bem jurídico protegido. Ao se afirmar a viabilidade/necessidade de uma conversação consolidadora de diretrizes interpretativas específicas [21] ou *standards* em matéria de direito internacional dos direitos humanos seja no controle da constitucionalidade e/ou da convencionalidade, se está postulando a democratização desse hiato entre direito internacional e direito interno em sede de tratados e convenções de direitos humanos.

Inegavelmente, o reconhecimento aos direitos fundamentais indica o resultado de uma opção democraticamente instituída pelo Estado na defesa dos direitos humanos, os quais determinam mais do que orientam a sua vinculação (e de seus agentes) seja contra atos normativos ou mesmo não normativos, internos e internacionais. Porém, os discursos formalistas e estatualistas não podem segurar a substancialização que o debate exige, sobretudo, ao se considerar que as controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade

conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos [22].

Nesse caminhar é que as Constituições aparecem, em última análise, o canal/elo fundamental para a afirmação dos direitos humanos – acima de quaisquer interesses político-ideológicos e como maior expressão da autonomia do Direito na atualidade. Mais do que um instrumento de limitação de poder [23], também são as Constituições, a garantia de participação democrática (cidadania) e da institucionalização e proteção dos direitos humanos (e fundamentais) nessa sociedade interconectada.

Conforme adverte Häberle, a unidade, a coerência e a hierarquia do sistema jurídico não podem ser corolário de um único princípio dominante e do qual mecanicamente se derivam os demais. No Estado Constitucional que é o Estado de uma ‘sociedade aberta’, o sistema jurídico e seus postulados básicos exigem de seu intérprete uma atitude aberta e a hermenêutica como instância crítica – baseada em um processo dinâmico de busca por alternativas práticas e num pensamento de possibilidades – em detrimento de um monopólio metodológico cerrado e hermético [24].

Se for assim, inegavelmente, há um grande espaço que precisa ser preenchido com a finalidade de se instrumentalizar a aproximação dos discursos em sede de direitos humanos, o qual aqui se apresenta numa proposta teórica não hierarquizada, como num transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos – que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e coalizões [25].

A proposição traz consigo a preocupação acerca da coerência e integridade interpretativa e evolutiva dos direitos humanos e que justifica a defesa de um diálogo, pois na medida em que se consolida a fase de consagração legal/instrumental, também surgem outras complexidades como

desdobramento de uma fase material/prática e crítica. Com efeito, se (re)instaura mais um capítulo no debate sobre a relação normativa e institucional (interna - internacional) e, por consequência, restabelece-se a busca por densificação através de práticas hermenêuticas que afetam, inclusive, o tema da mutação constitucional [26].

É inexorável, portanto, a (inter)relação entre Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição, conforme teoriza Perez Luño. Para quem, o estreitamento da relação entre esses elementos é que se vai lograr a superação da ideia estritamente ética dos direitos humanos à sua elevação a caráter jurídico e político legitimador dos Estados de Direito e de suas Constituições [27]. No entanto, dizer isso não é suficiente para evitar as violações de direitos humanos e fundamentais seja por parte do Estado, como por parte de pessoas ou grupos, nacionais ou internacionais. Por isso, a necessidade de *una esfera que rebasara el arbitrio de la jurisdicción interna de cada Estado* [28].

Essa afirmação pode ser compreendida de duas formas: primeiro, da exigência de uma forma de ‘controle’ que transcenda o domínio territorial e a centralidade normativa estatais; por conseguinte, a conclusão de que nem mesmo a autonomia estatal e/ou a hierarquização normativa são suficientes para conter os ímpetos e as condutas atentatórias aos direitos humanos e fundamentais no âmbito dos Estados.

Daí por que tão necessário se tornam não apenas redefinir a extensão e a fundamentação dos direitos humanos, mas, sobretudo, as novas fontes e as formas de como eles serão garantidos frente aos diferentes Estados e culturas [29] na complexidade contemporânea. Ou seja, as tentativas teóricas de séculos/décadas baseadas em codificações herméticas, dualismos dedutivistas, escalonamento hierárquico-normativistas e funcionalistas, os quais buscavam

justificar a relação entre fontes e sistemas de direito interno e internacional não respondem mais satisfatoriamente à complexa realidade social.

El nuevo orden mundial de una sociedad interconectada y globalizada invita a contemplar los sistemas de fuentes del Derecho desde una perspectiva universalista [30], que supere a visión fragmentaria y parcelada de los mismos [31]. Além disso, a experiência de um visível êxodo para outras fontes de normatividade vai permitir o espaço necessário para se desenvolver novas bases teóricas (conteudísticas) para esse novo diálogo (transversal), buscando nos direitos humanos a essência dessa aproximação e no constitucionalismo democrático o dever de refundação do próprio Direito – comprometido com realização das necessidades sociais e com a democracia.

3 - O constitucionalismo democrático: a autonomia constitucional vista apenas pela superioridade hierárquica (normativista) ‘(des)constitui-a-ção’ [32]

O constitucionalismo do segundo pós-guerra não apenas se afigura como uma blindagem contra as possibilidades de retrocesso, mas também vem requerer novas formas, conceitos e mesmo um novo paradigma para o Direito. Aliás, como já destacado, o Direito passou a ser condição de possibilidade da própria democracia [33] em razão do caráter normativo [34] ao qual se erigiram as Constituições nessa quadra da história.

Trata-se de uma blindagem ancorada na democracia e na defesa dos direitos humanos e fundamentais, em que os textos constitucionais – mais do que fundamentos de validade (superior) do ordenamento, passam a consubstanciar a própria atividade político-estatal, a partir do estabelecimento dos direitos fundamentais/sociais e dos mecanismos para a sua concretização [35].

Todavia, a ideia de autonomia constitucional atrelada à supremacia e mesmo rigidez constitucionais têm sido empregadas como fundamento de bloqueio dos discursos sem significante primeiro e que, além de alimentar a perspectiva hierárquico-normativista – herança do pensamento kelseniano –, também se prestam como argumentos de ocasião para a consagração do hermetismo/absolutismo constitucional, refém de interpretações ideológicas que não conseguem se desprender do ‘estatismo jurislador’ do positivismo baseado na ideia-força e de autossuficiência do direito positivo [36].

Logo, não se pode perder de vista que o Direito, situado no pensamento de Kelsen, deve ser compreendido a partir de uma perspectiva dual (de índole kantiana): uma destinada à ordenação normativa de conduta humana (dever ser) da qual se ocupa o direito positivo; e outra, com a qual não mantém nenhuma relação, que é a Ciência, responsável pela descrição (proposições jurídicas) do direito positivo (ser). Kelsen não estava preocupado com a realidade prática do mundo da vida, mas com a coerência sistemática de seu próprio objeto e de onde se retira sua legitimidade [37].

Para Kelsen, somente é fonte de direito, o fundamento de direito positivo da validade de uma norma jurídica, ou seja, a norma jurídica superior que regula a sua produção [38]. Daí por que, em Kelsen, quando se refere à fonte há distintos fatores que influem na produção e aplicação do Direito (princípios morais e políticos, teorias jurídicas, opiniões doutrinárias entre outras). Emprega-se o termo no sentido não jurídico e, portanto, não vinculantes [39] ante o caráter descritivo da ciência do Direito. Portanto, essas fontes não se confundem com a prescritividade das normas criadas pelas autoridades legislativas [40], segundo uma regra.

Com efeito, o Direito é sempre Direito positivo e sua positividade consiste em ter sido criado e anulado por atos de seres humanos com base noutras normas, as quais vão encontrar na *Grundnorm* o seu fundamento

último [41]. A lógica da validade procedimental, ainda reverbera no seio da comunidade jurídica, basta observar a sistemática que foi introduzida pelo legislador constitucional para a recepção dos tratados e convenções de direitos humanos e a definição do status supralegal destes mesmos instrumentos na ordem jurídica brasileira. A doutrina, por sua vez, tratou de tecer grandes teses explicativas do novo procedimento e a discutir a eficácia temporal dos instrumentos antes e pós Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal.

Tem razão Lenio Streck quando afirma que ainda ‘olhamos o novo com os olhos do velho’ [42]. A história nos legou novos acontecimentos que permitiram a sociedade e as suas instituições evoluírem, inclusive, nessa relação entre Direito e Estado, de modo que é preciso compreender que se o Direito no Estado liberal foi ordenador, no Estado social, promovedor, no Estado Democrático de Direito lhe é agregado um *plus* normativo, passando a ter uma função *transformadora*, como destaca Lenio Streck, servindo-se da doutrina de Elias Diaz [43].

Por óbvio, o novo (Constituição Dirigente) não se revela como um adorno das práticas que dominam o imaginário jurídico, isto é, como algo que está à disposição desde sempre, pois se tinha (tem) o propósito de transformar a realidade social, a ruptura paradigmática careceria (carece) de um compromisso/empenho da comunidade para criar as condições de possibilidade para um novo cenário, jamais para manutenção de modelos de resistência ou mesmo consensualidades, mas de articulação – pontes de transição [44]. Trata-se, portanto, de excetuar modelos verticais e horizontais, para se constituir alternativamente modelos materiais de ‘entrelaçamento transversal’ entre ordens jurídicas em nível constitucional, numa interlocução construtiva: intercâmbio e aprendizado [45], aproximação espontânea.

As pretensões normativistas de influência kelseniana não são compatíveis com a complexidade da sociedade contemporânea, a qual recomenda mais a necessidade de uma ‘rede’ [46], do que propriamente um castelo, facilitadora da emergência de outras potencialidades ligadas às lógicas da interdependência e da cooperação [47], as quais melhor permitem uma ‘administração’ desburocratizada das tensões entre os sistemas.

Por isso, a ideia de pluralismo desenvolvida por Häberle também contribui para essa relação de aproximação, na medida em que defende uma área de liberdade e autodeterminação interna em detrimento do monopólio estatal e hierarquia normativa [48], capaz de proporcionar uma inter-relação entre sistemas e fontes de direito, em qualquer nível, a partir de ‘múltiplas redes de juridicidade’ [49].

Nesse mesmo propósito é que se encaixa a observação de Jackson acerca do papel do direito constitucional, no momento em que o Estado passa por uma nova fase:

[...] constitutional law can be understood as a site of engagement between domestic law and international or foreign legal sources and practices. On this view, the constitution’s interpreters do not treat foreign or international material as binding, or as presumptively to be followed. But neither do they put on blinders that exclude foreign legal sources and experience. Transnational sources are seen as interlocutors, offering a way of testing understanding of one’s own traditions and possibilities by examining them in the reflection of others’ [50].

Não se trata, portanto, de um modelo dependente de autoritarismo/(im)positivismo ou de legitimidades procedimentais, mas de uma busca por substancialização, sujeita a todas as resistências das tradições

inautênticas ou das identidades culturais, em que os diálogos (múltiplos) podem auxiliar na readequação das fontes e da experiência de outras ordens (internacionais, supranacionais ou mesmo transnacionais). Segundo Marcelo Neves, o modelo de articulação (entrelaçamento transversal) se apresenta como bastante adequado em matéria de direitos humanos, pois permite que as ordens jurídicas possam reconstruírem-se de forma permanente mediante o aprendizado destinado à solução dos mesmos problemas constitucionais de direitos fundamentais ou de direitos humanos [51].

Trata-se, portanto, de uma exigência da globalização, que atua diretamente sobre a soberania estatal, diminuindo-lhe sua margem de liberdade, fracionando o poder entre diversos atores e permite a constituição de entidades com esfera de atuação mais ampla [52], de modo que o Estado-Nação, menos autônomo e singular, encontra-se em novo e progressivo cenário de transnacionalidade – o Estado Englobado [53], no qual os direitos humanos – patrimônio comum da humanidade – são oponíveis contra o Estado [54].

Logo, se o Direito não se resume a um mero instrumento estatal de resolução de conflitos e se a Constituição é mais que um compromisso político, sobretudo, jurídico e social, a (in)compreensão dessa problemática aponta, especialmente no que tange à atividade jurisdicional, para uma ‘crise de legalidade’ que pode ser compreendida a partir da inefetividade de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, mesmo passadas duas décadas de instalação da nova ordem constitucional [55], a qual em muito se pode justificar pela ausência de uma (nova) base teórico-crítica.

Certamente, por consequência, a crise doutrinária tem direta repercussão na crise de legalidade, ambas reforçadas de uma conveniência político-jurídica, na medida em que os usos complacentes das leis guardam como em cofre a sete chaves os princípios de controle da produção dos

discursos jurídicos. Como diz Warat [56], ocultam as relações de poder nelas inscritas, como é o nítido caso das questões que envolvem os tratados e convenções de direitos humanos e seu comprometimento pela aplicação dos princípios da supremacia e rigidez constitucionais dentro do paradigma escalonado e dedutivista de Direito.

O Direito e a Constituição precisam se libertarem da visão instrumental de estarem a serviço da estrutura de poder-dominação, alimentada pela dependência estatal, o que faz do Direito (e a Constituição) no horizonte do Estado-Nação um terreno fértil para o tratamento de questões jurídicas, meramente a partir de conceitos e abstrações – “formação de um imaginário posto a serviço da produção de subjetividades alienadas [57]” – mas que abstraem a realidade do próprio fenômeno jurídico capaz de constituir histórica-politicamente uma transformação social.

Neste caso, podem servir de inspiração as ideias desenvolvidas por Häberle acerca de seu ‘Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)’ que se faz integrado de um conjunto de princípios constitucionais ‘particulares’ que resultam ‘*comunes*’ aos diferentes Estados nacionais europeus, estejam positivados ou não, numa espécie de *ius commune constitutionale* [58].

A internacionalização do Direito pode encontrar na Constituição, normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático, o fundamento para a atenuação da singularidade estatal, favorecedora do pluralismo jurídico e autonomização do Direito em detrimento da onipresença da lei (legalismo), mas de uma legalidade constitucionalizada. Nesta, onde a moral é cooriginária, constituída a partir dos princípios constitucionais – o marco da história institucional do novo Direito – e, por assim dizer, aberta a universalidade e transcendência dos direitos humanos, não haverá espaço para autoritarismos estatais e subjetividades interpretativas.

De toda a forma, o desafio se traduz em romper com essa sacralidade da onipresença estatal e da qual o Direito ora faz reproduzir, pois a racionalidade reinante alimenta a crença numa ordem sistemática, geral e estável, negadora da realidade indeterminada (nova desordem), dependente de ajustamentos constantes [59], em razão dos novos vetores que movem a sociedade como o pluralismo, a nova relação tempo-espaço e a criatividade. Isso implica a necessidade de uma visão também mais complexa e elástica de Direito e de como aplicá-lo, de modo que até mesmo a defesa da constitucionalidade revela-se como um desafio a uma nova teoria das fontes por romper um paradigma de um Direito estatizado e hierarquizado.

Entretanto, essa conversação não pode insistir na hierarquização dedutivista, nem no ‘estatocentrismo’ da teoria clássica, mas numa relação de coordenação entre as forças políticas (entre elas o Estado) e a harmonização das regras comuns mínimas (*estándares*) que conduzem ao pluralismo ordenado de que trata Mireille Delmas-Marty [60] – ordenar a multiplicidade, compatibilizando os espaços jurídicos, sem que isso implique a necessidade de linearidade ou de unilateralidade [61].

Para Perez Luño, é preciso superar a visão sistemática kelseniana de completude e plenitude do ordenamento jurídico e sua referência estatal. Trata-se, então, de um processo de deslocamento do centro de gravidade do processo de determinação das fontes qualificado pelo autor como *desbordamiento de las fuentes del derecho*. Trata-se de uma tese estruturada na representação dos sistemas contemporâneos na forma de uma *bóveda* (abóboda), comprometida com a *confluencia, invólucro o interacción de un conjunto de arcos o cobiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros e columnas* [62], em detrimento da visão hierárquico-piramidal.

A metáfora da abóboda, portanto, expressa a representação estrutural de se articular as fontes e os sistemas jurídicos compreendidos de forma

isolada e autossuficiente em busca de respostas adequadas à complexidade do contexto social contemporâneo e sua hipersubjetivização – afirmação de direitos subjetivos e aumento das ilicitudes reprováveis [63].

As propostas de desenvolvimento de teorias jurídico-filosóficas no constitucionalismo contemporâneo devem tomar para si a Constituição como forma de vida – condição de possibilidade – voltada para defesa de um Direito democraticamente produzido (autônomo) e como anteparo aos desvios de compreensão da complexidade social, dos riscos das arbitrariedades políticas *ad hoc* e aos discursos de ocasião da jurisdição constitucional. Neste último caso, a própria ausência de uma posição definida ou mesmo uma proposta sólida por parte dos tribunais brasileiros, em especial, do Supremo Tribunal Federal, acerca de como tratar o direito internacional dos direitos humanos é reflexo daquela racionalidade liberal-individualista-normativista como já denunciado.

O constitucionalismo (contemporâneo) é responsável pela instauração de um novo paradigma contra a estrita legalidade, ao normativismo ‘puro’ e todas as formas de racionalidades procedimentais. A toda evidência, o cenário é outro e ‘[...] la Constitución es un acto fundacional que tiene por objeto hacer de la protección de los derechos naturales el fundamental límite al gobierno’ [64].

Isso quer dizer que o processo de constitucionalização do Direito enquanto decorrência do movimento evolutivo do segundo pós-guerra precisa ganhar novas influências sedimentatórias. Nesse cenário, especialmente, quando se cogita acerca daquelas que dizem respeito à possibilidade de se constituir ‘estándares provenientes del exterior sobre la orden constitucional’ [65] a Constituição se apresenta como vetor potencializador – condição de possibilidade interna e internacional - dos direitos humanos (e fundamentais).

4- Considerações finais

Como diz Arnaud [66], os grandes problemas do momento passam a ser prioritariamente a transformação do modo de produção do direito, o modo de tratamento dos litígios e a proteção aos indivíduos – assegurados até aqui pelo Estado –, mormente diante da notada tendência de internacionalização do Direito. A esse potencial pluralismo que coloniza a produção do Direito na contemporaneidade, implica a necessidade de se desenvolver novas possibilidades de criação, produção e inter-relação entre as formas regulatórias e o modo de compreensão, inclusive, como os juristas (particularmente, os juízes) devem se comportar neste cenário entrecruzado.

As Constituições democráticas do segundo pós-guerra se destinam a cumprir esse papel de condicionar a relação entre Estado e cidadão via direitos humanos e fundamentais, enquanto aspirações coletivas, as quais devem ser preservadas e ampliadas e onde o (re)estabelecimento do diálogo entres ordens-fontes-atores, numa dimensão transnacional, suplantam o formalismo legitimatório em benefício da materialidade constitucional. Com efeito, se quer dizer que a Constituição não pode ser vista apenas sob o aspecto formal de limitação e de organização do Estado, mas também sob o compromisso de transformar de forma concreta a realidade social, a partir da intangibilidade dos direitos humanos e fundamentais [67].

Nesse encontro, do Direito Internacional com as Constituições, sob o signo democrático da defesa dos direitos e das liberdades fundamentais, é que se elastece a compreensão do significado constitucional não hermético de diálogos transversais (hermenêuticos) e mesmo da ideia de bloco de constitucionalidade como elementos promotores da abertura das estruturas estatais para a partilha de prerrogativas interpretativas em relação aos direitos

humanos formadora, quiçá de uma concepção jurisdicional ‘intersubjetiva e intercultural’ [68] comprometida com o controle da constitucionalidade/convencionalidade.

O que se quer demonstrar também é que a Constituição, enquanto condição de possibilidade não pode se prestar a um bloqueio hermenêutico, especialmente, se as premissas interpretativas levadas a efeito, ainda se valem de metodologias de cunho liberal-individualista-normativista [69] já que, na realidade, isso representa(ria) uma subtilização da compreensão de Constituição. A definição de um perfil constitucional comprometido com os tratados de direitos humanos determina necessariamente sua própria abertura e da sociedade para com a internacionalização do Direito. Em termos comparativos, não se pode perder de vista que o movimento europeu (supranacional) tocante não enfraqueceu a autonomia dos Estados, muito pelo contrário, logrou ‘crear un espacio de convivencia pacífica de una comunidad política’, de modo que ‘la Constitución material se nutre hoy de normas situadas más allá de los Estados’,ultrapassandoa possibilidade de sua definição unilateral [70].

Por isso, o esquema interno/externo tem um valor limitado cognoscitivamente frente a uma soberania relativizada e o surgimento do ‘Estado Constitucional Cooperativo’ e a constitucionalização do direito internacional, garantidos, entre outras questões, pela recepção declarada aos direitos universais da pessoa humana e da conversão dos direitos humanos em direitos fundamentais [71], tal qual como ocorre no caso da Constituição brasileira.

Neste passo, é irrefreável a mudança do papel do Estado Constitucional mediante a opção soberana pela prevalência dos direitos humanos e, como tal, dos compromissos assumidos internacionalmente. Nisso se valida a busca por novos horizontes para uma refundação filosófico-

política e por uma readequação aos novos expedientes de tutela dos direitos fundamentais que progressivamente vão se consolidando [72], fenômenos os quais não podem ser olvidados por discursos retórico-ideológicos que insistem em operar numa ‘hermenêutica’ de baixa constitucionalidade.

Referências bibliográficas

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BUSTOS GISBERT, Rafael. Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa. In: FERRER Mac-Gregor, Eduardo; ZALDÍVAR Lelo de Larrea, Arturo (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IX: Derechos humanos y tribunales internacionales. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: Globalização econômica e instituições políticas na era da informação. BRESSER PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). In: *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora Unesp, Brasília: Enap, 1999.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralismo ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

_____. *Três desafios para um direito mundial*. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Traduzido por Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. FERRER, Eduardo Mac-Gregor; ZALDÍVAR, Arturo Lelo de Larrea (Coord.). In: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, teoría general del derecho procesal constitucional. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

_____. *Derecho Constitucional Común Europeo*. Traduzido por Emilio Mikunda Franco. Revista de Estudios Político. n. 79, 1993.

HERDEGEN, Matthias. La internacionalización del orden constitucional. In: *Anuário Latino-Americano de derecho constitucional 2010*. Año.16°. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, v.119. Cambridge/MA: The Harvard Law Review Association, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Traduzido por Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito*. v.II: o século XX. Traduzido por Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México: Editora Nacional, 1927.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”! In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

MULLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos Direitos Humanos nacionais e internacionais: especialmente na ótica estruturante do Direito. Traduzido por Vivianne Geraldine Ferreira. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). In: *Direitos humanos e democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10.ed. Madrid: Tecnos, 2010.

_____. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011.

_____. *Sevilla*: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2102.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *O estado e o direito na transição pós-moderna*. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n.30, junho/1990.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>. Acesso em: 24 jan.2014.

_____. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). In: *Direitos humanos e democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS (mestrado e doutorado)*. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito*. v.1. 1.ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

Notas de fim

[1] Fala-se aqui da viragem ontológico-linguística na forma inaugurada por Heidegger (Ser e Tempo) e sua hermenêutica da facticidade, do ser jogado no mundo (Dasein) e da dupla estrutura da compreensão que constituem sua filosofia hermenêutica enquanto fenomenologia e o desenvolvimento de algumas dessas ideias por Gadamer (Verdade e Método). Em particular, a experiência e a universalidade hermenêutica, constitutos fundamentais da sua hermenêutica filosófica e do acontecer da verdade. Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

[2] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 246 et seq.

[3] [...] as fontes jurídicas são sempre diretamente vinculantes, as não jurídicas não o serão até que uma forma jurídica positiva não as reconheça como fontes de Direito (tradução dos autores). PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 21.

[4] *Teoría General del Derecho Administrativo*. México: Editora Nacional, 1927, p. 52-53.

[5] MERKL, Adolfo. *Ibid.*, p. 227.

[6] Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 43.

[7] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

[8] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2102, p. 184-185.

[9] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Ibid.*, p. 1.

[10] Cfe. BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI.

[11] Teoria e interpretação dos Direitos Humanos nacionais e internacionais: especialmente na ótica estruturante do Direito. Traduzido por Vivianne Geraldine Ferreira. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). In: *Direitos humanos e democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 48.

[12] MULLER, Friedrich. *Ibid.*, p. 22.

[13] *Id.* *Ibid.*, p. 46.

[14] Cf. PÉREZ LÚNO, Antonio Enrique. *Ibid.*, p. 82 et seq; HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

[15] MULLER, Friedrich. *Ibid.*, p. 50.

[16] CANÇADO TRINDADE, Augusto. Apresentação. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

[17] Id. A proteção internacional dos direitos humanos: [...], p. 10-11.

[18] Diga-se que em Kelsen essas dualizações a respeito do direito internacional são tratadas como ou hierárquico ou paritética; daí porque como não podem ser derivados de uma norma fundamental – senão teríamos dois ordenamentos jurídicos distintos – e essa dualidade contrastaria com o postulado da unidade da ciência, daí porque ele defenderia o monismo com a superioridade do direito internacional. In: LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito. V.II: o século XX*. Traduzido por Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 54-55.

[19] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 19-20.

[20] CANÇADO TRINDADE, *Ibid.*, p. 48.

[21] Id. *Ibid.*, p. 39.

[22] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 256.

[23] O poder passa a abrigar práticas escusas e antidemocráticas, abusos de corrupção desenfreada e alimentada pela impunidade, escândalos ameaçando a própria governabilidade, formação e concentração de grandes fortunas nas mãos de poucos (das chamadas “classes dominantes”) em contraste com o empobrecimento crescente de vastos segmentos da população. Não raro autoridades eleitas ou designadas passam a ser vistas como defensoras de interesses privados – se não próprios, – distintos dos da população como um todo. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Ibid.*, p. 235-236.

[24] *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 45 et. seq.

[25] NEVES, Marcelo. *Ibid.*, p. 256.

[26] MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”! In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 71.

[27] PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

[28] Id. *Ibid.*, p. 131.

[29] BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 270.

[30] Para Pérez Luño, esse universalismo não se propõe negar nem abolir o Direito *sui generis* próprio de cada nação, mas, ao contrário, pretende colaborar em sua fundamentação, assumi-lo e, simultaneamente, potencializá-lo. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El desbordamiento de las fuentes del derecho. [...], p. 97.

[31] A nova ordem mundial de uma sociedade interconectada e globalizada convida a contemplar os sistemas de fonte do Direito desde uma perspectiva universalista, que supere a visão fragmentária e parcelada dos mesmos (tradução dos autores). PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ibid.*, p. 100-101.

[32] Parafraseando a expressão usada comumente por Lenio Luiz Streck.

[33] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3.ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[34] Pois a Segunda Guerra nos ensinou muito. O novo constitucionalismo trouxe uma espécie de blindagem contra o “velho”. A democracia passou a depender do Direito. Cláusulas pétreas e a institucionalização da moral no Direito (cooriginariedade): eis os grandes trunfos do Direito para o enfrentamento de (novas) barbáries. Daí as teses de Ferrajoli (Constituição normativa), Konrad Hesse (força normativa da Constituição) e Canotilho

(Constituição Dirigente). Isso para dizer o menos. Enfim, a Constituição se transformou em norma. Ela vale! STRECK, Lenio Luiz. *Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

[35] Id. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). *Direitos humanos e democracia*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 386.

[36] GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Traduzido por Claudia Berliner. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 74.

[37] Cf. LOSANO, Mario G. *Ibid.*, p. 126.

[38] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Traduzido por Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 165.

[39] Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. [...]. p. 21.

[40] KELSEN, Hans. *Ibid.*, p. 63.

[41] Id. *Ibid.*, p. 167.

[42] Cfe. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

[43] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39.

[44] Cf. NEVES, Marcelo. *Ibid.*, p. 258 et. seq.

[45] *Id.* *Ibid.*, p. 259-260.

[46] Na linha desenvolvida por Manuel Castells: Uma rede não tem centros e sim nós, de diferentes dimensões e com relações intermodais que são frequentemente assimétricas. Mas, enfim, todos os nós são necessários para a existência de uma rede. Assim, o Estado-nação se articula cotidianamente na tomada de decisões com as instituições supranacionais de distintos tipos e em distintos âmbitos. Como são na União Europeia, a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu, o Tribunal Europeu [...] – que ultrapassam a União Europeia etc. CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: Globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. In: *Sociedade e Estado em transformação*. BRESSER PEREIRA, L.C., WILHEIM, Jorge, SOLA, Lourdes (Orgs.). São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Enap, 1999, p. 156 et. seq.

[47] CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21.

[48] *Id.* *Ibid.*, p. 32 et seq.

[49] Expressão usada por Boaventura de Sousa Santos. In: O estado e o direito na transição pós-moderna. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n.30, junho/1990, p. 36.

[50] [...] o direito constitucional pode ser compreendido como um lócus de articulação entre o direito doméstico e as fontes e práticas jurídicas do direito internacional ou estrangeiro. Segundo esse ponto de vista, os intérpretes da Constituição não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, ou como algo a ser presuntivamente seguido. Mas tampouco colocam viseiras para excluir as fontes e a experiência jurídicas estrangeiras. As fontes transnacionais são vistas como interlocutores, oferecendo um meio de testarmos a compreensão das nossas próprias tradições e possibilidades ao examiná-las na reflexão das outras. (Tradução dos autores). In: JACKSON, Vicki C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. Harvard Law Review, v. 119. Cambridge/MA: The Harvard Law Review Association, 2005, p. 114.

[51] Id. Ibid., p. 264.

[52] CHEVALLIER, Jacques. Ibid., p. 38.

[53] Id. Ibid., p. 55.

[54] Id. Ibid., p. 83.

[55] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 49.

[56] Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. Conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei. WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito*. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. v.1, p. 19-20.

[57] WARAT, Luís Alberto. *Ibid.*, p. 22 et seq.

[58] HÄBERLE, Peter. *Derecho Constitucional Común Europeo*. Traduzido por Emilio Mikunda Franco. *Revista de Estudios Político*. n. 79, 1993 p. 36.

[59] CHEVALLIER, Jacques. *Ibid.*, p. 121-122.

[60] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralismo ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

[61] CHEVALLIER, Jacques. *Ibid.*, p. 160.

[62] [...] com a confluência, invólucro ou interação de um conjunto de arcos ou coberturas esféricas, que fecham o espaço compreendido entre muros e colunas (tradução dos autores). PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, p. 76; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10.ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 667.

[63] CHEVALLIER, Jacques. *Ibid.*, p. 134.

[64] PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 44.

[65] [...] standards provenientes do exterior sobre a ordem constitucional (tradução dos autores). HERDEGEN, Matthias. *La internacionalización del orden constitucional*. In: Anuário Latino-Americano de derecho constitucional 2010. año. 16°. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010, p. 72.

[66] ARNAUD. André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Traduzido por Patrice Charles Wullaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22-23.

[67] CHEVALLIER, Jacques. *Ibid.*, p. 203.

[68] Expressões usadas por Matthias Herdegen in *La internacionalización del orden constitucional*. [...] p. 80.

[69] Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

[70] [...] criar um espaço de convivência pacífica de uma comunidade política, de modo que a Constituição material se alimenta hoje de normas situadas para além dos Estados (tradução dos autores). BUSTOS GISBERT, Rafael. *Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa*. FERRER, Eduardo Mac-Gregor; ZALDÍVAR, Arturo Lelo de Larrea (Coord.). In: *La ciencia del derecho*

procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IX: Derechos humanos y tribunales internacionales. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 753.

[71] HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. FERRER, Eduardo Mac-Gregor; ZALDÍVAR, Arturo Lelo de Larrea (Coord.).In: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, teoría general del derecho procesal constitucional. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 768-769.

[72] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 10.

Ontologia e simulacro na pós-modernidade de Janus: alteridade e impossibilidade em face à Síndrome de Perseu

Ontology and simulacrum in Janu's post-modernity: alterity and impossibility in view of the Perseu Myth

Ontología y simulacro en la postmodernidad de Janus: alteridad e imposibilidad ante la Síndrome de Perseu

Ricardo Aronne

SUMÁRIO: 1- O Desafio dos Encontros (Introdução); 2- Responsabilidade: desconstruindo conceitos e bricolando verbetes; 3- Entre Espelhos e Simulacros; 4- O sujeito de direito sitiado na Síndrome de Perseu (Considerações finais); Referências.

1. O desafio dos encontros (introdução)

Encontros oferecem a possibilidade de geografar espaços de desafio. Do desafio da subjetividade, não raro, conduzindo-a por tortuosos limites, seja quando encontramos pessoas, seja quando encontramos ideias. A face de Janus, *Senhor do Caos*, para os romanos, representada pelo encontro de rostos contrapostos, é mostra desse desafio atávico e destemporalizado. O rosto, como bem representado em Levinas, significa a intransponibilidade do outro, impossibilitando seu ultrapassar, limitando-me... fronteirizando-me.

Em sua ojeriza ao outro, a Modernidade correu para o conforto gélido do solipsismo. Em seu discurso inaugural, desde logo inicia a ontologia da

própria natureza do ser, fechando os olhos a todo e qualquer outro. *Cogito ergo sum*. No mínimo paradoxal é a conclusão cartesiana. Funda a percepção de Nietzsche, que aponta a colonização do ocidente pelo pensamento de Platão e São Paulo.

Esse drama cotidiano do encontro é compartilhado (em variável conteúdo patológico) por toda a sociedade deste século, que comunga nesses lagos de ontologia. A questão patológica chegou ao ponto de desenvolver, entre determinado grupo, um mercado voltado (para não falarmos de outras próteses químicas legalizadas, como o *Prozac* ou o *Viagra*) a drogas estimulantes de contato físico, como o *Ecstasy*... O outro resulta sempre envolvido em brumas. Tangivelmente intangível... Mas desafiadoramente ali... Reduzindo-me ao eu... Simplificando-me... Significando-me... Objetivando-me com sua razão. Cobrindo-me de caldos e rescaldos ônticos... Fantasiando-me com essências e me despindo de existência. De minha real possibilidade de ser.

Ao ser convidado a escrever o verbete Responsabilidade para dois conhecidos dicionários de Teoria e Filosofia do Direito, semelhante desafio, por diversas razões, foi inevitável, pois inevitável seria a ocorrência de um encontro. O desafio seria em não reduzir esse sabido encontro a mais um encontro, em face de três obstáculos iminentes no trato engavetante e metrificador da responsabilidade.

Primeiro pelo forte risco que se apresenta, ao reduzir tema de tão grande densidade, em um verbete. Tal problema já se postara antes nas vezes em que fui convidado a anotar a codificação civil ou comentar a norma constitucional em obras de caráter sintetizador, para o estudante, pesquisador ou operador do Direito. Uma arquitetura fractal, garantidora da condição dialógica do pensamento, possibilita plasticidade às ideias não enclausurando o tema, superando tal obstáculo. Um segundo óbice, o da limitação de

caracteres, foi superado no momento em que passou a ser lembrado para, fundado em critérios de razoabilidade, ser ignorado em seguida, principalmente no cuidado em não reduzir o enfrentamento à interlocução kantiana (uma armadilha pela riqueza em debate e pobreza de possibilidades). Ocorre que um terceiro óbice se postaria aparentemente invencível. Tratava-se de uma nova ideia: a Síndrome de Perseu. Não tocá-la seria falacioso, não obstante, evitava-se o risco da temática em absorver o próprio verbete, devorando-o qual buraco negro, a partir das entranhas do próprio texto.

A única solução possível foi a derivação de um novo texto, sem as limitações do originário, porém, fixando nele suas âncoras, de modo a desenvolver o novo tema sem as peias que um verbete impunha, vindo a ter como porto de chegada outro texto, especificamente voltado à Síndrome e aos simulacros, que perfaz o capítulo final dessa aventura. Um artigo encomendado pela alma do jornal Estado de Direito (a jovem, talentosa e obstinada Carmela Grune), para sua edição de terceiro aniversário atinente ao tema, que me fora dado tratar em inusitado encontro para debater os 20 anos de democracia constitucional em um *Shopping Center*. O formato peculiar do respectivo capítulo quatro se deve, pois, a estrutura de texto de jornal, qual a peculiaridade do capítulo dois, correspondente a um verbete, que ora se encontram resultando em novas formas para àqueles pensamentos, revelando, pois, sua alteridade intrínseca e substancial.

Daí a origem dessas linhas e a nova condição que adquirem, fornecendo passaporte ao discurso crítico que encena uma razão intersubjetiva, na busca obscuramente desconstrutora dos paradoxos da contemporaneidade. Óbice se converte em um segundo projeto, retomando a crise como possibilidade, em ensaio. Convidando-a em tomar o centro do salão. *Sacando a bailar...* na singular e cotidiana *balada de un loco*.

2- Responsabilidade: desconstruindo conceitos e bricolando verbetes

É, por diversas razões, tentador fundar as raízes do verbete Responsabilidade no campo do Direito Privado e, em especial, no Direito Civil tradicional. Trata-se de uma armadilha ontológica (como se toda ontologia não fosse um ardil epistemológico, da *parole*). Principalmente para o autor deste verbete, parido processualista, desenvolvido civilista e andarilho ora mestiço, cuja produção marginal labuta no Direito Civil-Constitucional, talvez por este se reconhecer um território que (re)nega qualquer geografia. Sabemos que iremos nos trair se o caminho natural for percorrido. A ontologia deve, pois, ser traída antes, para que se revele. Um início de jornada possível está sinalizado pelo art. 1382 do *Code Napoleon* e a direção aponta a desconstrução dele e a radiografia das intencionalidades deixadas para além de suas fronteiras.

Desde logo, infletindo para a seara do que se possa circunscrever como pensamento tradicional, dir-se-ia que a noção de responsabilidade se traduziu como um conceito político e não como um conceito jurídico. Foi justamente esse conceito político, apenas capaz de se exprimir a partir da Modernidade, que se incorporou ao Direito Privado, incompreensível aos olhos do *ancient regim* sem todo o caldo cultural tradutor do paradigma iluminista para o Estado Liberal nascente e que volta a passar por profundas transformações, reveladoras de novos paradoxos na Pós-Modernidade. Transformações e paradoxos que refletem na noção buscada por este verbete, enquanto tal (DELEUZE).

Em 1803, assim sinalizou o *Code Civil de France*: “Qualquer fato do homem que causa dano a outrem, obriga àquele cuja falta originou esse dano, a repará-lo.” Reuniram-se os ideologicamente comprometidos conceitos de compromisso, formulados por Domat, e de obrigação, formulados por

Pothier, para inscrevê-los na dimensão conceitual da responsabilidade. Noção que até então guardava uma natureza religiosa. Como a culpa, reclamada pelo conceito inicial dessa moderna responsabilidade, principalmente em sua dimensão kantiana, mas ainda inevitável às muitas escolas racionalistas. Culpa sob a qual jaz um inevitável estranhamento e uma tópica eminentemente penal, por mais privatista que seja o discurso, por aderir ao ato danoso muito mais do que aos seus resultados. Daí deriva inerente contradição performativa (APPEL), visto que se busca, na retórica do Direito Civil, reparar os danos sofridos e, portanto, os resultados do ato. Não obstante a discussão sobre culpa, tão valorizada pela doutrina do livre-arbítrio e do individualismo fundamental à própria dimensão moderna de responsabilidade civil, remete (kantianamente) ao ato em si, bem como a valoração do ato e não do dano, como elemento principal. Isso é paradoxal quando se observa que as correntes conservadoras do Direito Civil tradicional recusam a possibilidade do dano moral (somente pacificado no Brasil com a CF/88), ao sustentar que a dor não tem preço, sugerindo a impossibilidade de apreciação do ato em si, como fundamento da responsabilidade civil. Como visto, abordar o tema proposto no verbete, importa em negar quaisquer facilidades que este possa sugerir em sua ontologia.

Responsabilidade é o fundamento moderno da cidadania liberal, erigido desde o século XVII e melhor corporificado nas revoluções que encerraram o século XVIII, é calcado no princípio geral que identificava o individualismo do novo paradigma, o qual considerava politicamente que ninguém pode transferir a outrem o ônus daquilo que lhe acontece.

O princípio fundamental de qualquer sociedade é que cada homem é encarregado de suprir suas próprias necessidades e as de sua família, através de seus recursos adquiridos ou transmitidos.

Sem esse princípio, toda atividade cessaria em uma sociedade, pois se o homem pudesse contar com outro trabalho, que não o seu para sobreviver, ele transferiria com muito gosto para os outros os cuidados e as dificuldades da vida [1].

O Estado Social e Democrático de Direito, erigido no pós-guerra, vai derrubar esse postulado diante do solidarismo que incorpora ao respectivo sistema jurídico. Ademais, o processo de securitização das relações privadas, iniciado na primeira metade do século XIX, já importa em um profundo golpe nesses valores tradicionais que edificaram os Direitos Público e Privado modernos. Nesse sentido, talvez em homenagem a resistência que os redatores do *Code* tinham em relação ao Seguro de Danos ou Responsabilidade, foi somente em 1945, em acórdão proferido em 1º de julho pelo Tribunal de Paris, que a jurisprudência francesa se pacificou em favor do instituto do seguro. Aqui transparecem as matrizes políticas por trás da responsabilidade.

A tradição oitocentista julgava o seguro como algo imoral e que feria a civilidade, na medida em que importava em facilitar o afrouxamento da vigilância que cada um deveria ter em face de sua própria conduta. Assim, a França foi ter como marco, para todas essas aporias no tema, a lei de 9 de abril de 1898, para a qual a responsabilidade pelo risco passa a ser regulada, para além da sanção de um delito, pela repartição dos encargos característicos do seguro, diante do risco, coerente ao movimento de industrialização que empurrava a roda da história e marcava o período. Perceba-se a permanência do sinalizado paradoxo tradicional, derivado da manutenção de uma filosofia da moral (com paternidade em Kant) e que supõe uma liberdade autocentrada e solipista (Arendt). Esse movimento, longe de apresentar esgotamento, vem se adaptando com modos e consequências diversas ao redor do globo, sem

sinalizar alguma unidade que não a socialização do dano como discutível resultado.

Pode-se apontar, na contemporaneidade, os mais diversos exemplos dessa seara de aplicação, seja no precário DPVAT brasileiro, na falida estrutura previdenciária do sistema de saúde norte americano, ou mesmo nas premiações para recordes em milionários circuitos de golfe pelo mundo.

Desse ponto de vista, a responsabilidade seria *problemática*, a medida suplementar que poderia ser às vezes, talvez mesmo sempre, aquela que assume não por si, *em seu próprio nome e frente ao outro* (a mais clássica definição metafísica da responsabilidade), mas aquela que se deve assumir por um outro, no lugar, em nome do outro, a saber, o inegável mesmo da ética. 'A medida suplementar', dizíamos, mas devemos ir mais longe: a medida que a responsabilidade não apenas não diminui, mas, pelo contrário, surge numa estrutura que também é suplementar. Ela é sempre exercida em meu nome *como* em nome do outro, e isso em nada afeta sua singularidade. Esta se coloca e deve tremer no equívoco e na insegurança exemplar desse 'como'. (DERRIDA, 1995, p. 18, grifo do autor).

Percebe-se que o desenvolvimento da matéria securitária, reconstruindo os pressupostos tradicionais da noção responsabilidade da aurora da Modernidade, ampliou seu campo de aplicação, edificando postulados extensivos até à denominada teoria do contrato, em que se articula ao pressuposto tradicional de falta.

Efetivamente, a percepção de falta erigida pela filosofia da moral alavancava conceitos políticos, filosóficos e morais, que somente em meio ao século XIX, passaram a ter os elos corroídos pela crise de seus estribos

epistemológicos. Tratava-se de conceito que fornecia sentido para a responsabilidade civil, encimada das noções de delito e quase-delito, cuja ação civil, complementada pela penal (quando fosse o caso), instrumentalizava a própria responsabilidade política, no contexto de um estado-mínimo, agradável ao liberalismo clássico. É pela noção de falta, também, que a responsabilidade se estenderá aos contratos (MAZEAUD; MAZEAUD, 1931), sempre se fundando, kantianamente, em um princípio de causalidade evocativo dos dogmas voluntaristas. Tal qual havido na esfera penalista de regulação, no contrato a falta é suporte para uma obrigação civil resultante da respectiva responsabilidade contratual. Percebe-se que o Estado Moderno, valer-se-ia do voluntarismo como cimento de seu biopoder (FOUCAULT, 2005). Com a hipertrofia deste biopoder no curso do Liberalismo clássico do século XIX e o conseqüente redimensionamento da perspectiva de responsabilidade neste arco histórico, esta pôde fundamentar outros níveis de biopoder e alavancar os regimes totalitários do século XX (AGAMBEN, 2007), tendo ao fundo, invariavelmente certos e seguros discursos sobre certeza e segurança. Historicamente, pode-se dizer que responsabilidade é um conceito com gosto amargo de sangue na boca.

Prosseguindo na desconstrução dessa criatura axiológica, seus nós revelam o enlace dos valores liberdade e segurança no sopesamento do jogo de poder econômico, político, jurídico, social, religioso, psicológico, ou seja, na vibração de todas as bramas tramadas nos respectivos sistemas (CANARIS, 1989) e projetadas na realidade sem costuras da existência. É o princípio da responsabilidade que envolve o encontro desses valores tão sublimes ao Homem, que pavimentaram o solo da modernidade platônica no ocidente judaico-cristão. No revolver desse soro valorativo, traduzido no princípio responsabilidade, emerge uma inevitável opção com efeito nos muitos sistemas identificados. Quanto mais liberdade se ganha, mais segurança se

perde; quanto mais liberdade se perde, mais segurança se ganha. Segundo o diagnóstico de Freud, em 1929, esse foi o preço pago pela Modernidade, edificando o contingente “mal-estar da civilização”. Na leitura de Bauman, a Pós-Modernidade abriu mão desse equilíbrio pelo hedonismo que caracteriza a sociedade da contemporaneidade. O princípio da responsabilidade, pelo seu evidente caráter paradigmático, radiografa bem tal percurso, nas respectivas opções axiológicas e seu preço. Dir-se-ia com Nietzsche, que a responsabilidade refreia o dionísico social para preservar àquilo circunscrito como apolíneo, não obstante os metafísicos limites da aposta nesse último valor.

Aqui se revela útil eventual olhar arqueológico (FOUCAULT, 2005) transdisciplinar, para o registro da trajetória, historicamente alinhada, de algum circunscrito naipe de deveres que se assente na opção de responsabilidade, a serem devidamente desconstruídos revelando os respectivos atratores e suas origens. A responsabilidade civil *strictu sensu*, antes enfrentada, revela claramente sua historicidade sempre que tomada em perspectiva. Por isso, não deve causar perplexidade à impossibilidade de sua interpretação histórica. Tome-se a responsabilidade quando pensada, por exemplo, na perspectiva do homem concreto. Para bem além da Tópica, em seu ser no mundo (SARTRE). A responsabilidade familiar parece apta a tal síntese e reflexão. O final do século XIX encontrava uma modernidade sólida, em muito embalada no paradigma racionalista-mecanicista em diversos setores, embebida no sonho de uma Ciência, vislumbrando um possível esgotamento.

O conhecimento teria praias; o mundo teria limites e fronteiras. Tudo desbravado pela razão moderna. A família acompanhava esse ponto de esgotamento, *a point of no-return*, fruto dessa ética burguesa-vitoriana: disciplinar e repressora (FREUD). Um ciclo se fechava na abertura de outro,

rearranjando a estrutura de responsabilidades do modelo burguês. Neste ponto, pode-se perceber uma família matrimonial-hierarquizada e indissolúvel, caracterizada por papéis bem definidos. Ao varão cabia prover o lar e à uxor cuidar e educar a prole. A direção da família era misógena, cabendo ao provedor o papel social de trabalho, para quem o mercado já dirigia os postos privilegiados ao personagem respectivamente esperado pelos muitos sistemas em contato com os muitos recortes de realidade, sempre que aporeticamente tangidos pelo observador (HEISENBERG). Coerente ao paradigma mecanicista, em voga desde o oitocentismo, o Direito reconhecia apenas este modelo familiar, formal, patrimonialista e contratualizado, sem o menor interesse no aspecto afetivo. A liberdade, caricatamente formal, findava na escolha do cônjuge, identificando forma e conteúdo (em detrimento deste último), como apelo de segurança dos valores sociais predominantes.

A ênfase na responsabilidade dos indivíduos tinha um apelo solipsista e utilitarista. Esta família indissolúvel (a Lei do Divórcio é datada de 1977 no Brasil) atribuía poderes ao Homem e deveres à Mulher, em nítida depreciação jurídica do gênero, agudizada pela submissão irrefletida da prole. Somente haveria responsabilidade familiar dentro do casamento, gerando direitos e deveres de acordo com os referidos papéis. Do desquite resultava imediata responsabilidade alimentar do homem frente à mulher. Pela responsabilidade desta última, também de modo imediato, lhe era atribuída à guarda dos filhos. Quando gerados fora do casamento, eram denominados sectariamente de filhos ilegítimos (gerando verdadeiro estatuto da bastardia, potencializador da exclusão do sujeito), tampouco havia possibilidade de reconhecimento de paternidade distinta do cônjuge (mesmo em desquite) ou de investigação de paternidade voltada contra homem casado (suprimindo do menor a posse do estado de filho).

Na informalidade não era concedido abrigo jurídico à família real e concreta. Não participando do ideal formal de segurança, a família informal não guardava juridicidade, não importando responsabilidades, mesmo que triviais, aos seus membros. A Modernidade Líquida sacudiu estes valores desde os movimentos feministas, em especial com a crescente entrada da mulher no mercado de trabalho em busca de sua autonomia, na edificação de sua liberdade individual. Um novo ciclo começa a se forjar em novo ponto da espiral histórica, tendo o pós-guerra por marco definitivo. A independência econômica da mulher projetou novos valores para o sistema jurídico e social. Sem a submissão econômica dos pares, o afeto passa a hierarquizar outras constantes axiológicas na sociedade às margens da Pós-Modernidade. O adultério, não obstante as sanções civis (como a ameaça de perda de guarda ou pensão que centralizava as discussões de culpa até a última década do último século), deixa de responsabilizar criminalmente o cônjuge infiel. Mais que isso, a separação é possível de direito como de fato, independentemente de culpa, e o divórcio passa a ser admitido como via a findar a relação conjugal. A Revolução Sexual, havida nos anos 60 do século XX, aprofundara a órbita das transformações. O clamor por igualdade irrompera o novo papel da família contemporânea, horizontalizando os cônjuges e introduzindo a discussão do gênero. A direção da família passa à condição diárquica, cabendo ao casal, mutuamente, a responsabilidade diante dos filhos. Os contemporâneos deveres parentais em muito diferem do tradicional pátrio poder. Não mais se presume o dever de alimentos ao cônjuge, em caso de separação, ao contrário, com os novos papéis roteirizados, passam a emergir os casos da responsabilidade alimentar recair sobre a uxor. Desconstruindo um pouco mais, percebe-se que esse casal equânime, por dedicar menos tempo a formação dos filhos no seio da família (papel do modelo anterior),

passa a deslocar essa responsabilidade para os aparelhos de educação, em geral escolas e creches.

A flexibilização das formas familiares é inerente ao paradigma da família líquida que veste a Pós-Modernidade. Emergem novos modelos fora do casamento. Concubinato, Família Monoparental, Parceria Homoafetiva ou União Estável são alguns destes que se reconhecem no sistema jurídico brasileiro que, não obstante sua inerente abertura, exclui outros (como regimes poligâmicos ou de poliamorismo). Gize-se, como denunciado, a nítida fluidez que reveste a percepção filosófica ou, conseqüentemente, jurídica de responsabilidade familiar, neste arco histórico que vai da família burguesa tradicional à família eudemonista contemporânea. Percebe-se as impossibilidades inerentes em se pensar o conteúdo do verbete Responsabilidade, sem lançar mão desses instrumentos possíveis.

Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado na história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir. (FOUCAULT, 2005b, p. 10).

Somente assim se percebe as raízes da responsabilidade paterna e sua verdadeira crise na contemporaneidade. Se a maternidade foi refundida em um novo platô na sociedade atual, não é menos verdade que essa ruptura deixou o homem em busca de seu papel na criação dos filhos. O Direito reflete esse *topois* transdisciplinar, na vacilante jurisprudência emergente no século XXI em torno da responsabilidade por abandono afetivo. Tema

recente e errante, quando não errático, tendo por causa o insistente e visceral solipsismo da filosofia da moral. O individualismo vem sitiando o indivíduo desde a Modernidade Sólida e paradoxalmente no curso da Modernidade Líquida, tão cegamente dependentes da metafísica e da ontologia. Os problemas ideais se tornaram reais. Isso se projetou para a Pós-Modernidade, sem sinais de recuo, compreende o mal-estar sinalizado por Bauman, tendo potencial para transcendê-lo. As máscaras já não servem para cobrir nossas faces quando se tornam nossos rostos.

Diante das características culturais que integram o conteúdo material da responsabilidade, a atualidade vem sufocando as raízes que legitimam a formulação de seus mananciais conceituais. A falta ou culpa *strictu sensu* perde qualquer condição anterior, atribuída pelo voluntarismo jurídico (deslocado em uma sociedade de massas), quando tratamos de responsabilidade objetiva ou de fins. À própria temática da culpa, desde que retomada após a experiência histórica oferecida pela política racial adotada no nacional-socialismo alemão durante o período nazista (poder-se-ia citar os *gulags* da URSS ou a revolução cultural chinesa, dentre outros exemplos), importou repensar fundamentos da responsabilidade em nova ótica, caso da chamada culpa vicária (ARENDDT), pelo silêncio ou inação, mesmo nos casos da culpa universalizada, no escopo indireto de esvaziar a respectiva responsabilidade. Voltando à questão alemã e à citada autora que viveu o Holocausto, isso ocorre ao se dizer “somos todos culpados”, resultando que ninguém culpado é, esvaziando responsabilidades, confundindo-a, por vezes, às externalidades do discurso econômico, reduzindo-a para uma inerência do mercado ou da globalização. O conceito moderno de responsabilidade, juntamente aos indivíduos, encontra-se sitiado na pós-modernidade. Na dificuldade herdada de reconhecer ao outro, o *alter*, o distinto, o estrangeiro ou diferente e na

dificuldade construída de distinguir nossos mapas de nossos territórios, edificando o real em uma geografia do simulacro.

Petrificando o pensar nessa Síndrome de Perseu que se entranhou na contemporaneidade de ilusória viscosidade e latente ausência de fixidez. Desse ponto, resultam duas impossibilidades para uma kantiana ética da responsabilidade, fixada por diretrizes de uma filosofia da moral, qual desenvolvida pelo Idealismo Alemão. A primeira é dada pela implosão do imperativo categórico na perspectiva solipsista de outrora (HABERMAS) e a segunda, decorrente do desenvolvimento da Ciência e Tecnologia, toca na insuficiência de se pensar a responsabilidade em uma perspectiva tão somente antropológica (JONAS). Resulta claro que houve uma franca ruptura de paradigma no tema. As questões de imediatidade da responsabilidade sofrem uma profunda reformulação; ainda em busca de melhor sistematização teórica e com profundos efeitos práticos na seara ambiental e genética. Como apontado por Hans Jonas (ano), o indivíduo presente e atual, ou seja, com vínculos espaciais e temporais claros com outros indivíduos, passa a ter sua estrutura de responsabilidade ampliada, interiorizando deveres diante das gerações vindouras e incorporando o mundo enquanto legado ambiental nesse horizonte. Importa uma clivagem nos conceitos de evolução e desenvolvimento humano, nos quais a sustentabilidade filtra sentidos anteriormente indicados pelos critérios tradicionais. Nem sempre o que parece melhor para o Homem ou para Humanidade resultará indicado nessa ética refundida a partir do contemporâneo protagonismo da liberdade e da responsabilidade.

3- Entre espelhos e simulacros

Todas apontadas dificuldades percorridas na investigação percussionada para o verbete Responsabilidade, apresentam um forte conteúdo metafísico e o natural acento paradigmático, entrelaçados em nítida legitimação recíproca afastada de qualquer redundância.

A Modernidade, sem querer me aproveitar do pensamento de Wittgenstein, parece confundir propositadamente o jogo com as eventuais regras do jogo, quando este ainda está para ser jogado. Além disso, cria uma ilusão de certeza em seus resultados, quando está apenas a rastejar ludicamente sobre probabilidades e arredondamentos, em sua fracassada métrica analítica do *devoir*. Entretanto, isso trouxe sequelas para pessoas e sociedades, proporcionais à *exposição de suas luzes*.

No corpo do verbete, buscou-se cristalizar pela análise, no campo de transição da família, localizando algumas fragilidades pinçadas da complexidade das branas da historicidade, que desbordaram para nossa Era, com reflexos na economia, sociedade, legislação e jurisprudência brasileira. Aproximando a lente para o sujeito dessas transformações, os reflexos estão replicados em sua natureza fractal. É ali onde se percebe emergir nosso medo do outro, petrificando-nos em caldos de ontologia, produzindo uma síndrome que toma a Pós-Modernidade, podendo vir a lhe caracterizar, caso consiga produzir sua metástase... a *Síndrome de Perseu*.

Hugh Everett postula um *multiverso* em detrimento de um cáustico e inexpressivo *universo*, a partir de sua *Teoria dos Muitos Mundos*. Apropriando-nos dessa percepção, pode-se dizer que Descartes, na abertura da proclamada modernidade filosófica, em pleno Iluminismo, optou por uma determinada antiguidade ao separar o *Espírito* da *Carne*. São Paulo e Santo Agostinho também o fizeram séculos antes, edificando mundos ideais distantes do

mundo da vida. Isso produziu marcas profundas no pensamento Europeu Ocidental, colonizador cultural do mundo já reduzido ao Mercado (lunar, com uma face negra e desconhecida) e seus comprometidos reguladores. *Lilith* e o já dócil *Leviatã*, corporificado e replicado no cão *Cérberus*, tricefalicamente institucionalizado desde Montesquieu, afastando cada vez mais Àvalon da Bretanha, perdendo-a em brumas “su-reificadoras”, levando Husserl a proclamar, no século XIX, que “devemos voltar às coisas nelas mesmas”, no inaugurar da Fenomenologia, ao radicalizar o pensamento de Brentano.

Rompia-se com a noção kantiana de fenômeno (superadora da dicotomia entre empiristas e espiritualistas), inaugural do Idealismo Alemão, e refundindo-a no incorporar da noção de intencionalidade, alavancava-se o Existencialismo do século XX, capacitando a reinvenção da liberdade moderna ou a recuperação das respectivas promessas. Recupera-se, ao cabo um pouco do ser, no seu desafio dentre os argonautas. No entanto, não há prêmio ao vitorioso. Não há vela dourada no fim da jornada. Esta se assemelha ao curso de Ulisses, e, portanto, um recurso. Um retorno ou uma volta para casa mais desafiador (a) que a própria motivação da jornada para Tróia (HOMERO). Uma volta a nós mesmos... sem neologismo possível. Uma volta a nós e em nós. Portanto, um enosar. Que dê enredo. Enrede. Ponha em redes. Entranhe uma rede emaranhando seus nós. Portanto, entre nós. Entre laços. Entre laçados. Entrelaçados... Entranhe uma rede, estranhando seus nós. Dando estranheza. Alteridade. Dando-nos o outro.

Aqui, muitos poderiam me acusar de hermetismo, pela utilização de conexões míticas e figuras de imagem para traduzir arcabouços conceituais; inevitavelmente transitivos, iludivelmente transitórios. Mais ainda quando se deveria falar do real e atacar o simulacro. Talvez não lhes ocorra que se busca introduzir o pensamento em outra de sua porção. Tocar o observador para

melhor edificar um objeto constituível nessas linhas. Levar para outra Antiguidade, não enquanto racionalidade, mas enquanto experiência do *devenir*, para além de qualquer ôntica. Para podermos tratar de significantes que transcendam significados, não devemos ter estranheza com a pretensão de signos que transcendam significantes.

É com Sócrates e Platão que a cultura grega se dedicou a compreender o mundo, iniciando sua tradição de “Cosmos Ordenado”, legitimada na construção de um mundo ideal. Para muito além do *Kaos*. Não obstante, a própria ideia se corporifica em um mito. No Mito da Caverna... mas como fomos parar dentro da Caverna ? Como nos deixamos levar e aprisionar ao seu fundo morbidamente sombrio ??

O amanhã sempre fora *devenir*. Entre Heráclito e Parmênides é que se instala a discussão originária do rescaldo ôntico que viria a nos assolar. De uma eventual ordem das coisas no mundo e da crepitante e totalizante possibilidade disso estar certo. Uma traiçoeira sedução. Uma armadilha arrimada na fraqueza humana, já alertada em mitos de todas as culturas e civilizações. Na forma de ambrosia, romãs ou maçãs.

A Grécia Homérica, em seu primeiro Helenismo, acreditava em um “melhor”. No *aristos*. Fundador do próprio ideal de beleza entranhado na cultura grega, possuidor de sentido ético em muito transcendente da estética, capaz de receber as raízes do Eterno Retorno de Nietzsche. No entanto, essa beleza era fruto de um *devenir*. Natural, porém sem uma *natureza*, incapaz de evocar uma possibilidade de essência, descritível e cientificável modernamente. Guardava inerência. Constituía o ser sem condição de atributo.

Entretanto, esse ser estava para além de quaisquer descrições. Caracterizava-se pela *dasein* (HEIDEGGER), por seu ser no mundo. Imprevisível e incontrolável como o próprio mundo que se agigantava sobre e

em torno do ser, em seu próprio devir. Inapreensível como o humor divino que se precipitava sobre os homens, desde o Monte Olimpo, bramido pelos raios de Zeus, iluminando os olivais. Perceba-se em qual medida devemos ponderar como Derrida, no sentido de recuperar os gregos clássicos, para evocar a excelência da Literatura e Poesia sobre a História enquanto disciplina. Baía. Brete.

Na impossibilidade de caracterizar essências, os primeiros gregos contavam histórias. Daí o papel da mitologia na formação da civilização grega. O mundo não era possível de ser apreendido, em todo o seu *kaos*, devir e infinito. Os mitos e contos ensinavam aos gregos como se relacionarem com um universo selvagem, para conforto e mesmo sobrevivência. Perpetuava-se, com isso, culturas e sociedades. A arte, em todas as suas acepções, contava histórias, era a própria linguagem da história. Escrevia, enquanto descrevia, a Ética e Estética da Antiguidade. Chega a ser complexo responder em que medida o mundo produz a arte e em que medida a arte produz o mundo, tanto que nos referimos a períodos gregos como helênicos ou homéricos, quando sequer tínhamos indicações seguras da existência do poeta Homero ou da pré-midiática, disputada e encantadora Helena de Tróia.

A Odisséia principia no encerramento da Ilíada. O retorno de Ulisses para casa é mais duro e leva o dobro do tempo da Guerra de Tróia que o retirara do lar. Exemplo de marido, pai, rei, estrategista, amigo e guerreiro, sacrificara dez anos em sangrento combate, findo no episódio do Cavalo que marca a vitória das nações gregas. A história abre com Odisseu pensando na esposa, vitoriosamente face às ondas quebrando na praia, tendo o pensamento voltado para sua família e povo... Brada, nesse contexto, que nem o mar poderá lhe afastar da amada Penélope. Porém, Poseidon lhe ouve e toma o desabafo humano como um desafio divino. Começam assim as desventuras do herói, em magnífica narrativa épica. Seu papel transcende autoria,

veracidade ou mesmo historificação. Transcende a política e mesmo a filosofia pode temer algum desafio, desde logo pela impossibilidade metafísica residual.

Imemorialmente antes da poesia de Homero, gerações de gregos já criavam seus filhos aos sons dessas histórias, repetidas do teatro às tavernas e aos acampamentos militares. O papel dos mitos era antecessor paradigmático ao mundo das essências e conceitos. Conceitos servem para pacificar o espírito, enquanto mitos o desafiam, instigando-lhe a percepção transcendente do mundo. Os mitos sempre podem ser recontados e reaprendidos, ao contrário das essências. Qual vampiros, a eternidade assola o conceitualismo dogmático e o faz de modo essencial. Ideal. O que também é paradigmático e paradoxal. Isso porque a eternidade se reduz a pretensão na realidade do devir. Entretanto, volta a ser amanhã, no descompromisso do discurso, não raro vestido de método. O Direito foi tomado de assalto por essa pretensão, em especial desde o racionalismo, potencializado ao ter a Metafísica por *Matrix* (BAUDRILLARD). No entanto, a vítima maior, foi o ser. Esse perde sua condição, enclausurado em um padrão (SARTRE). Em uma natureza (ARENDDT). Condenando-nos a ser escravos. No fundo de uma platônica caverna... De um mito...

Voltemos, pois, aos mitos. Tântalo foi condenado a ficar um palmo distante de toda a comida que quisesse comer e de toda a bebida que quisesse beber. Sem nunca tocá-la. Sendo condenado a uma eternidade de sede e fome por tentar roubar a comida dos deuses (a ambrosia). A Metafísica teve a mesma condenação, ao tentar roubar o devir. Ela quase explica tudo, mas ao cabo, não explica nada... Fica a um palmo de todas as respostas. Em busca de sua essência. A certeza é tanta, que pode mesmo ser verdade. Basta crer... E *Ciência...* novamente, torna-se *Fé*.

Somos contaminados, quando não disseminadores, desses caldos de ontologia. Desse oceano que cobre o ser, reduzindo-o a um conceito, uma abstração, uma medida, um número, uma imagem do qual ele se reduz à qualidade, porque chegamos ao ponto que sequer possuímos conceitos. Somos possuídos por eles. Deixamos de enxergar para além dos conceitos. Reduzimos as inúmeras possibilidades do devir, a um medíocre comercial televisivo de margarina. Previsível, abstraído e pasteurizado. Ajustado. Empobrecemos até a miséria, toda a riqueza da incerteza (HEISENBERG).

- *Minha esposa está grávida !!* Conta o amigo. E prossegue: - *Já fizemos todos os exames. É menino e não possui nenhum defeito de formação!!* E caso tivesse? E agora que podemos apurar as predisposições genéticas?? Qual o potencial disso? A questão não para aqui. Abre-se aqui. A criança ainda está na barriga e toda sua vida já é idealizada por seus pais. E se não acontecer conforme os planos deles? Se o filho tiver outra opção sexual, profissional, afetiva... É porque não deu certo?? O simulacro é melhor que a realidade? O mapa é mais confortável do que o território?

Nos mais próximos, por vezes, é ainda mais visível essa dificuldade que desenvolvemos em relação ao outro. Sequer buscamos perceber o outro. Ele já está pronto. Identificado! Com identidade aposta. Por quem? Ninguém sabe!! Já estava lá. Talvez, na caverna... Quem sabe o outro seja “a corrente”. Que nos “acorrente”. Em nós. Entre nós (LEVINAS).

É melhor colher o conceito, ficando com a ideia do outro, do que com o outro propriamente dito. É sempre mais seguro, na mesma medida em que é irreal. Em alguma medida, até niilista. O outro desafia a minha subjetividade, desafiando-me com a possibilidade da divergência. Essência da alteridade. *Alter*. Portanto, a divergência é a verdadeira essência do outro. Que o faz ser e me faz deslocar a consciência para o que não necessariamente eu queira focar e, com isso, ver... (SARAMAGO).

Portanto, relacionamo-nos com simulacros, no lugar de verdadeiros entes. Com essencialismos que produzimos e padronizamos, evitando a alteridade que integra o outro enquanto alteridade. Simulacros que, mediados por imagens, potencializam-se em uma Sociedade do Espetáculo. Nossa passividade globalizada, no também globalizado discurso neoliberal (FRIEDMANN), é amplificada e aprimorada pelo saturante refrão da impotência (mormente econômica).

Novas ideias e possibilidades são também apanhadas nesse turbilhão incapacitante e assim vão sendo minadas as capacidades contemporâneas da civilização ocidental de enfrentar suas dificuldades, encarando-as e encarando a si mesma. Incapaz de olhar nos seus olhos por medo de se imobilizar diante das incertezas, qual Hamlet (SHAKESPEARE). Como descrito por Bauman, o homem se tornou incapaz de escolher, por medo de esgotar sua liberdade pelo uso dela através das opções inerentes ao devir. Na Sociedade Líquida, a escolha pode levar à imobilidade e petrificação cujo resultado é o descarte e inadequação.

Porém, não somos essência e sim existência, de modo a sermos condenados à liberdade (SARTRE). O que constitui nossa natureza são as nossas escolhas. Entretanto, fomos deixando de olhar também para nós mesmos, talvez por medo ou vergonha do que nos tornamos. Seres patológicos e ideologizados pela modernidade. Nisso reside a *Síndrome de Perseu* e ela assola a contemporaneidade.

Entre os Titãs, existiam as Górgonas. Dentre as três irmãs, com distintos atributos, uma era exímia arqueira, tendo os cabelos compostos por víboras mortais e o corpo inferior de uma enorme serpente. Olhar nos seus olhos importava se transformar em pedra, qual uma estátua, significando a morte absoluta para os gregos, que acreditavam que todas as coisas tinham,

proporcionalmente alguma alma à exceção das pedras. Chamava-se Medusa e era a única das irmãs que podia ser morta, através da decapitação.

Perseu é o herói destinado a enfrentar a Medusa e retornar com sua cabeça em um saco. O risco de se tornar pedra significa o enfrentamento dos medos interiores que nos imobilizam diante dos desafios que a vida apresenta. Protegido de Athena, o herói recebe da deusa um escudo reluzente. Ele se vale deste, na condição de espelho e com dupla função estratégica. Para enganar a titã, dissimulando sua posição e para enxergá-la sem olhar nos seus olhos diretamente.

Caldos de ontologia cobrem nossos olhos e afogam nossos pensamentos. Eles nos anestesiaram na Matrix. Os conceitos amansam nossa crítica, adestrando cada indivíduo a se dissolver na teia metódica da dogmática comum. Da vez. Davós...

A promessa “iluminista”, em tese realizada no século XIX, autodenominado das luzes, talvez abrindo o descontrole climático, era de construir o indivíduo no real sentido do termo, para realizar o recente ideal de liberdade. Em qualquer área do conhecimento, o outro se torna dispensável. O novo paradigma dispensa até a fé, em seu completo apelo à razão, desempregando até mesmo Deus. Sua utilidade é menor. Caprichosa...

A lei dispensa juízes (MONTESQUIEU) e a matemática dispensa matemáticos (LEIBNITZ). Método. Descrição, compreensão e repetição. Mecanicismo. O relógio é o paradigma. No impasse iluminista, o maçom conclama deus por Geômetra! Razão messiânica. Razão redutora e disciplinar, cartesianamente fracionária e dualista. Angustiante (FREUD). Quando Henry Ford introduz a linha de montagem, no século XX, ao sacudir da Modernidade Sólida, o ser, reduzido a indivíduo, de sujeito a sujeito, já estava pronto para ocupar seus novos postos no chão de fábrica e o Mercado

apto a disseminar seu produto e engajar novos seguidores ao seu culto de consumo, caracterizador dos períodos seguintes.

4- O sujeito de direito sitiado na síndrome de perseguição (considerações finais)

O espaço privilegiado pela regulação do Direito Privado tradicional, cujas raízes vorazes se estenderam até a Pós-Modernidade e se corporificam em nova tardia codificação civil, é ocupado por um sujeito abstrato, mitêmico, virtualizado e solipista, no jargão de textos culturalmente franciscanos, o denominado Homem Médio. Esse “Homem” sem mirada e, intencionalmente, nunca concretizável (NIETZSCHE), nasceu com o Direito Civil, na Modernidade ocidental, dando maior juridicidade, em algum sentido, ao sujeito (reduzindo-o bem mais à condição de sujeitado), em mesma medida que, em outro sentido, retirava-lhe humanidade (PASCAL). Paradoxal é o fato de que esse *Homo Economicus*, singular por excelência (DERRIDA), no radical iluminista da solidão caracterizadora de suas modernizantes liberdades (KANT), resta caracterizado ou reduzido por uma relação qualificada. A relação jurídica, que protagoniza o roteiro codificado da vida burguesa, entrincheirando seus quatro personagens principais: *Marido*, *Contratante*, *Proprietário* e *Testador*. Paradoxalmente também, esse sujeito não tem rosto, conforme estatui normativamente na sua razão patrimonial, para se constituir em uma máscara (FACHIN), do italiano *persona*. Se, conforme o art. 1º da codificação, *pessoa é todo àquele capaz de direitos e obrigações*, perde essa condição aquele cuja capacidade apontada seja ou esteja vulnerável ou impossibilitada. Daqui emergem consequências de violência real e simbólica (FOUCAULT), cujos sentidos transpassam a sociedade brasileira, replicando-se e reproduzido-se na historicidade econômico-social, cujo primeiro enfrentamento deve se apoiar na vaga

constitucional ora vintenária (TEPEDINO), do qual em muitos aspectos importa em um negativo dessa realidade, a ser revelado em novos e mais humanistas matizamentos (MOLINARO), sob pena de reduzirmos o território ao mapa (BAUDRILLARD), perdendo a noção de onde vivemos e nos situamos.

Esse simulacro constituinte da relação jurídica ocupa a condição da existência sempre que reduzimos o Sistema Jurídico à Lei (HEIDEGGER) e o Direito Civil ao respectivo Código, assustadoramente apontado como reunificador do Direito Privado (!!!!), ou mesmo como Constituição do Homem Comum (??). Qual? Afinal, o Positivismo facilmente constituiu um Direito Privado que apenas consegue andar no asfalto dos grandes centros, refutando as suas periferias para um limbo jurídico. Essa patologia civil reproduz a patologia do homem contemporâneo (BAUMAN). Um homem descartável e descartante, obrigado a ser feliz e mergulhado em uma Sociedade do Espetáculo ofuscante e multiplicadora da falta de existência do ser e que diariamente entrega ao mercado novas essências, não menos descartáveis, para que o *Homo Sacer* (AGAMBEN) consuma e se consuma ao final do processo. Mesmo a televisão (caracterizadora da Modernidade Líquida) teve seu produto retificado na Pós-Modernidade recente. Se outrora vendia uma grade de programação, vende, há muito, audiência como produto. Nós... Nascidos signatários do pacto fáustico (GOETHE), caracterizador do Contratualismo (LOCKE) contemporaneamente reinventado.

Isso reflete nossa dificuldade com o outro (ARENDT), com a alteridade e, assim, com a diversidade. O rosto do outro (LEVINAS) é sempre um desafio para nossa subjetividade (FREUD), produzindo uma fuga platônica para um mundo de essências incapaz de nos constituir, porém apto ao imanescimento. Acaba reproduzido em nossas relações diárias e virtualizadas, mediadas por imagens e simulacros. Imaginamos o outro à

nossa imagem. Outro ideal (LACAN), produzido em nosso interior e absoluto em nossa singularidade, que refuta existência a tudo que possa ser externo e dotado de sua própria subjetividade. Assim, a diferença nos apavora. O inferno é o outro (SARTRE). Preferimos nos relacionar com a imagem do outro em detrimento dele propriamente dito. Na mesma medida em que afirmamos que a *Internet* aproxima as pessoas... vamos perdendo-as em brumas de ontologia. Husserl, radicalizando Brentano, já inaugurara a Fenomenologia no Século XIX, afirmando que *devemos voltar às coisas nelas mesmas*. Isso porque dissolvemos o outro com nossa baba branca de ontologia, transformando-o em algo que idealizamos. Negando-lhe existência. Negando-lhe sonhar outro sonho (SHAKESPEARE). Relacionamo-nos com imagens. Simulacros. A Sociedade Líquida está sempre em movimento. Em descartes. Qual Descartes, inaugurando a Modernidade. Temos medo de que o outro nos imobilize, petrifique e assim lhe negamos existência. Não lhe olhamos nos olhos, enxergando-o através das imagens que fazemos ou compramos no mercado.

Perseu enfrentara a Medusa, única das irmãs górgonas capaz de ser morta, mas que transformava em pedra todo aquele que olhasse em seus olhos. Recebera de sua deusa protetora, Athena, um reluzente escudo que usou como espelho para conseguir superar a titã, decependo-a sem petrificar. Nunca lhe olha diretamente nos olhos. Apenas o reflexo de sua imagem no espelho. Como nós. Perdidos em nosso medo de petrificar, apenas nos relacionamos com a imagem que fazemos do outro. No entanto, nunca diretamente com ele. Reduzido a uma essência, imagem, simulacro, o outro é nadificado por nós. Em nós e entre nós (LEVINAS). Esquecemos que nossa natureza está em nossas escolhas, condenando-nos à liberdade (SARTRE). O Direito não se reduz à Lei tanto quanto o outro não pode se reduzir aos oceanos de ontologia que o Positivismo lhe recobre. Recobre a nós...

Encobrimo ao outro e a nós mesmos e nos perdendo entre todos e cada um de nós. Sitiando a consciência através do servilismo e simulacro, envolvendo o ser em uma Síndrome de Perseu.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer – O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos – Estudos Preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Código Civil anotado*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.

ARENDDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

_____. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BAUMAN, Zigmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: JZE, 2005.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: JZE, 2001.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: JZE, 1998.

CANARIS, Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

DELEUZE, Gilles. *Espinosa: Filosofia prática*. São Paulo: Escuta, 2002.

DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. São Paulo: Iluminuras, 1991.

_____. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Paixões*. Campinas: Papirus, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Arqueologia das ciências e a história dos sistemas de pensamento*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed. Rio de Janeiro: PUCRJ/NAU, 2005b.

_____. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense, 2005c.

_____. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. *Microfísica do poder*. 22.ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão, o Mal Estar na Civilização e Outros Trabalhos*. v. XXI. São Paulo: Imago, 2006.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ed. São Paulo: RT, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. *Pensamento Pós-Metafísico: estudo filosófico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

_____. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 2.ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Identidade e diferença*. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. *Ser e tempo*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. *A caminho da linguagem*. 2.ed., Petrópolis: Vozes, 2004.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*. Rio de Janeiro: JZE, 1997.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. 3.ed. Madri: Rev. Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 5.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

MAZEAUD, Henry, MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*. Paris: Recueil Sirey, 1931.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Ecce homo: como cheguei a ser o que sou*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. *A Gaia ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *O Anticristo*. 5.ed. Rio de Janeiro: INCM, 1978.

_____. *Para além do bem e do mal: Prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligation civiles*. Paris: LGDJ, 1925.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Esboço para uma teoria das emoções*. Porto Alegre: LP&M, 2007.

_____. *O existencialismo é um humanismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. *Entre quatro paredes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SOUZA, Ricardo Timm de. Sentido e alteridade – Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas. *Coleção filosofia*, n.120, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

_____. *Em torno à diferença*. Aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008.

Nota de fim

[1] Adolphe THIERS. *Rapport au nom de La Comission de l'assistance et de La prévoyance publiques*. Paris: Assemblée Legislative, 1785. p. 06.

A interpretação do Direito como violência simbólica: notas a partir de Pierre Bourdieu

The interpretation of law as symbolic violence: approach from Pierre Bourdieu

La interpretación del derecho como violencia simbólica: notas a partir de Pierre Bourdieu

João Paulo Allain Teixeira

Silvana Mattoso Gonçalves de Oliveira

SUMÁRIO: 1- *Introdução: um debate conceitual sobre o pensamento de Pierre Bourdieu;* 2- *Poder Simbólico e Violência Simbólica;* 3- *Análise da Força do Direito como um Campo Jurídico;* 4- *Considerações Finais; Referências*

1- Introdução: um debate conceitual sobre o pensamento de Pierre Bourdieu

O presente trabalho se propõe através do conceito **O Poder Simbólico** de Pierre Bourdieu e, com base em suas reflexões acerca do Capital Simbólico, Violência Simbólica e Campo Jurídico desvelar a realidade dos fatores de poder que permeiam o universo da dogmática jurídica. **O poder simbólico** é invisível, sendo exercido pelos dominadores que detêm o **capital simbólico** ou **capital específico**, com cooperação daqueles que inconscientemente se sujeitam ao poder, de modo a dar ensejo à **violência simbólica**.

Isso acontece devido aos sistemas ideológicos que são resultado do monopólio dos agentes sociais e que, por meio do poder simbólico, criam estruturas de pensamento de dominação, encaradas como arcabouço legítimo, na luta contra outros agentes na manutenção do seu **campo social**. Esses sistemas cumprem a sua função política de legitimação da dominação e de

imposição, as quais contribuem para gerar a **violência simbólica**, ou seja, a dominação de uma classe sobre a outra.

O presente trabalho pretende entender essas relações conceituais explicitadas por Pierre Bourdieu, com o objetivo de trazer à baila uma reflexão sobre a interpretação do Direito como um exemplo de violência simbólica. Para tanto, as categorias específicas (poder simbólico, capital simbólico, violência simbólica e campo jurídico) do autor supracitado serão esmiuçadas, na tentativa de refletir sobre as relações de força imbuídas em uma decisão judicial.

2- Poder simbólico e violência simbólica

Enquanto realidade cultural, o poder está em toda parte, manifestando-se mais nitidamente em determinados âmbitos de ação humana, quando é mais facilmente percebido, como acontece em ocasiões nas quais lidamos com conflitos de interesses. Exemplo disto são aqueles que envolvem a relação entre Estado e particular. Em outras situações, contudo, o poder é praticamente imperceptível ou ignorado. Nessas circunstâncias, esse poder denominado de **poder simbólico** ou **capital simbólico** é invisível e exercido pelos dominadores, com cooperação daqueles que inconscientemente se sujeitam ao poder [1].

Pierre Bourdieu, ao tratar do Poder Simbólico, ressalta que Durkheim se utilizou da tradição Kantiana, lançando os fundamentos de uma **sociologia das formas simbólicas**, a qual transforma as formas simbólicas universais, em arbitrárias. Durkheim acrescenta o chamado **conformismo lógico** no tocante ao poder simbólico, um poder de construção da realidade que visa estabelecer uma ordem e o sentido do mundo através dos sistemas simbólicos, os quais

são instrumentos de comunicação e de conhecimento estruturados que exercem o poder [2].

Esse domínio do poder acontece devido aos símbolos, que, como instrumentos de comunicação e conhecimento, são meios de integração social, tornando viável o *consensus* no que tange ao sentido do mundo social – o que corrobora, assim, para a reprodução da ordem social. A tradição marxista ao abordar as **funções políticas** dos sistemas simbólicos menciona que as produções de símbolos servem aos interesses da classe dominante, que tendem a apresentar seus interesses particulares como se fossem universais, comuns a todo o grupo social.

Por sua vez, Pierre Bourdieu ressalta que a cultura preponderante contribui para a integração real da classe dominante, pois, através de uma comunicação de mão dupla entre os seus membros, acontece a distinção das outras classes sociais, com o objetivo de haver uma integração ficta entre os grupos da sociedade. Com isso, ocorre a legitimação da ordem estabelecida por meio das distinções das hierarquias, devido à falsa consciência inculcada pelos dominadores aos dominados.

Este efeito ideológico produz a cultura dominante, a qual, por sua vez, une, distingue e legitima as diferenças, compelindo todas as demais culturas – designadas como subculturas, a se definirem pela distância em relação à que domina [3]. Isso acontece por conta do poder simbólico, o poder subordinado, que é uma forma irreconhecível, transformada e legitimada de outras formas de poder. Este é capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia [4].

A classe dominante é o lugar de uma luta pela hierarquia dos princípios da hierarquização: as frações dominantes, cujo poder assenta no capital econômico, têm em vista impor a legitimidade

da sua dominação quer por meio da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores os quais só verdadeiramente servem os interesses dos dominados por acréscimo, ameaçando sempre desviar em seu proveito o poder de definição do mundo social que detêm por delegação; a fracção dominada (letrados ou intelectuais e artistas, segundo a época) tende sempre a colocar o capital específico a que ela deve a sua posição, no topo da hierarquia dos princípios de hierarquização [5].

Os sistemas simbólicos ou ideológicos são, portanto, o resultado do monopólio dos agentes sociais que, por meio do poder simbólico, criam estruturas de pensamento de dominação e comportamento, encaradas como arcabouço legítimo na luta contra outros agentes, na manutenção e distinção do seu campo social [6]. Esses sistemas, enquanto instrumentos de comunicação e de conhecimento, cumprem a sua função política de imposição e de legitimação da dominação, que contribuem para gerar a violência simbólica, ou seja, a dominação de uma classe sobre a outra [7].

Constrói-se na realidade social uma divisão de papéis entre os monopolizadores, os produtores dos discursos e das ideologias dentro do seu campo social e aqueles que não pertencem ao campo, com o objetivo de haver uma verdadeira constituição de poder simbólico: uma imposição não arbitrária da vontade dos dominadores em um campo social de dominação [8]. Bourdieu acrescenta que a função ideológica do discurso dominante tende a impor a ordem estabelecida como natural por uma imposição mascarada de sistemas ajustados às estruturas sociais.

O efeito propriamente ideológico consiste precisamente na imposição de sistemas de classificação políticos sob a aparência

legítima de taxinomias filosóficas, religiosas, jurídicas, etc... O poder simbólico como poder de construir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a acção sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for 'reconhecido', quer dizer, ignorado como arbitrário... O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras [9].

Por isso, fala-se em lutas simbólicas, quando as diferentes classes estão envolvidas para impor seus interesses, gerando a violência simbólica, ou seja, o poder de inculcar instrumentos de conhecimento e de expressão arbitrários. Todavia, estes não são percebidos como tais pelos dominados e o campo de produção simbólica é um microcosmo da luta simbólica entre as classes, remete o autor [10].

A violência física não se faz presente no campo da violência simbólica, visto que essa consegue, inclusive, atingir seus objetivos de maneira mais eficaz do que a violência corporal. A naturalização das crenças, realizada pelo domínio dos instrumentos de linguagem, ao impor um pensamento específico aos dominados, que não percebem as imposições que lhes estão sendo dirigidas (diferentemente se fosse à força física), faz surgir, assim, maior estabilidade na manutenção do poder no campo [11]. Assim, a violência simbólica é capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia a partir do poder simbólico [12].

Com o poder simbólico entre os agentes, acontece esta violência simbólica, que, através dos mecanismos de poder, convencem a classe

dominada, a qual acredita que a realidade vivenciada não é arbitrária, muito pelo contrário é legítima e verdadeira. Logo, o poder simbólico definido como a habilidade para transformar ou conservar a realidade social pela formação de suas representações, isto é, pela inculcação de instrumentos cognitivos de construção da realidade que escondem suas arbitrariedades inerentes, toma o centro do palco [13].

3- Análise da força do Direito como campo jurídico

Para completar o entendimento acerca da relação entre poder simbólico e violência simbólica, faz-se necessário falar sobre o estudo dos campos, compreendendo que a sua gênese social se trata do jogo de linguagem das coisas materiais e simbólicas que os sustentam [14]. A análise de diferentes campos, tais como: o artístico, o literário, o religioso, o científico, o dos partidos políticos, o das classes sociais, o jurídico foi inspirada por Pierre Bourdieu na intenção de estabelecer as leis gerais dos universos sociais que funcionam como campos.

O autor procurou também perceber as condições econômicas e sociais que existem no universo que funciona em campos: de um lado, os simples indivíduos e instituições, e de outro, as instituições totais que detêm uma intenção central [15], formando, assim, esse conceito, como um espaço de concorrência e de lutas, no qual, o conflito acontece com a finalidade de se estabelecer o monopólio do capital pertinente ao campo [16].

O campo judicial é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito directo entre partes directamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que actuam por procuração e que têm de comum o

conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo - mesmo quando se trata daquelas que é preciso conhecer para vencer a letra da lei [17].

Quando Bourdieu se refere ao campo de poder, o autor está se remetendo à classe dominante, a qual (através de um conceito realista) é a detentora de uma realidade tangível, chamada de poder. Ele enfatiza que o campo de poder é um jogo de relações de forças ou campos de lutas entre as posições sociais que garantem aos seus ocupantes uma força social ou de capital para que estes participem nas lutas pelo monopólio do poder [18]. Entrar nesse jogo é conformar-se com o direito para resolver o conflito, tendo de renunciar à violência física e aceitar a violência simbólica [19].

As estratégias discursivas dos diferentes actores, e em especial os efeitos retóricos que têm em vista produzir uma fachada de objectividade, dependerão das relações de força simbólica entre os campos e dos trunfos que a pertença a esses campos confere aos diferentes participantes ou, por outras palavras, dependerão dos interesses específicos e dos trunfos diferenciais que, nesta situação particular de luta simbólica pelo veredicto neutro, lhes são garantidos pela sua posição nos sistemas de relações invisíveis que se estabelecem entre os diferentes campos em que eles participem [20].

A disputa de poder entre os atores sociais, dotados de conhecimentos específicos (**capital simbólico**) dentro de um campo, gera a estruturação das relações de poder. Essa estrutura, por sua vez, estabelece valores próprios, bem como metas a serem atingidas em uma organização dada por padrões de

pensamento e matrizes de educação recebidas ao longo do tempo, tidas como investimentos para situar os agentes dentro dos campos.

Um campo se define através de interesses específicos que são irreduzíveis aos objetos de disputas. Para que este funcione, existe a necessidade de pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de **capitais específicos**, os quais impliquem no conhecimento e reconhecimento das leis intrínsecas ao jogo e aos objetos de disputas. O conceito de campo, portanto, é a maneira de compreensão das estruturas sociais que formam a sociedade, sendo um sistema estruturado de forças objetivas, uma configuração capaz de impor sua lógica a todos os agentes que nela penetram.

Vale lembrar que nenhuma ação realizada pelos autores pode ser diretamente relacionada à posição social desses, visto que suas ações são conseqüências das regras específicas do campo onde foram construídas. O [21] direito, neste contexto de campos, é estudado por Bourdieu como um campo jurídico, analisando-o a partir de sua própria estrutura interna, como a conexão da organização das carreiras jurídicas e a estrutura da racionalidade formal do campo.

Para o autor, a evolução do direito não está apenas relacionada a fatores externos, mas às regras próprias de competência entre os profissionais no interior do referido campo [22].

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia

relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas [23].

A análise de Bourdieu do campo jurídico parte de uma crítica à visão (interna) da Teoria Pura do Direito (Kelsen), que o vê como um conjunto de normas incorporadas em uma estrutura formal, como também de uma perspectiva estruturalista (Marx), que enxerga o direito como subproduto, determinado por condições internas (poder econômico, elites), as quais negam sua autonomia essencial [24]. Essa problemática do campo jurídico está na acumulação e criação do capital jurídico, concebido através das lutas entre aqueles que detêm a capacidade postulatória e o conhecimento técnico jurídico e dos que não detêm, mas que necessitam do saber jurídico [25].

Esta luta acontece no tocante às interpretações do direito entre advogados, juízes, promotores e doutrinadores. Bourdieu critica esse formalismo do direito, pois o mesmo não deveria ser o interesse central do campo jurídico, mas, sim, a justiça social que deveria ser o cerne em questão. Para ele, o formalismo jurídico é o escopo pelo qual as instituições e os agentes utilizam o direito como um monopólio através da codificação, que, por sua vez, é um meio de evitar as situações perigosas, servindo como instrumento de estabilidade do sistema no campo jurídico.

De modo diferente da hermenêutica literária ou filosófica, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade; directamente orientada para fins práticos, e adequada à determinação de efeitos práticos, ela mantém a sua eficácia à custa de uma restrição da sua autonomia. Assim as divergências entre os intérpretes autorizados são necessariamente limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas

concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica. Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial [26].

No livro **O Poder Simbólico**, Bourdieu ressalta que o campo jurídico tende a funcionar como um aparelho na medida em que a coesão dos *habitus* espontaneamente orquestrados dos intérpretes é aumentada, pela disciplina de um corpo hierarquizado, o qual põe em prática procedimentos codificados de resolução de conflitos [27]. Este monopólio da jurisdição feito pelo corpo hierarquizado é a força do campo jurídico, que, apesar das disputas internas, os juristas impõem o conhecimento jurídico através do poder simbólico, fixando os limites do campo e criando sua autonomia, baseada na crença da neutralidade dos magistrados [28].

Las diferentes categorías de intérpretes autorizados tienden siempre a distribuirse en dos polos extremos. De un lado, la interpretación que mira hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de los profesores que tienen a su cargo la enseñanza, bajo una forma normalizada y formalizada, de las reglas in vigor. Por otro, la interpretación que mira hacia la valoración práctica de casos particulares, privilegio de los jueces que llevan a cabo los actos de jurisprudencia y que pueden así, al menos en algunos casos, contribuir también a la construcción jurídica [29].

Bourdieu demonstrou em seus estudos que o julgamento não é um dom inato, mas aprendido, com a finalidade de travar lutas, via batalhas simbólicas do cotidiano. Afinal de contas, o poder simbólico imbricado a esse movimento é a habilidade para transformar ou preservar a realidade social

através de suas representações feitas pela inculcação de instrumentos cognitivos de construção da realidade, os quais escondem suas arbitrariedades inerentes [30]. Sendo assim, o campo jurídico tem um comprometimento com os interesses e com os princípios morais dos dominantes, em que o pensamento dos juristas é o instrumento perfeito para manter a distribuição de poder do campo para com a sociedade [31].

A significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes (magistrado, advogados, notários, etc.), eles próprios divididos em grupos diferentes animados de interesses divergentes, e até mesmo opostos, em função, sobretudo da sua posição na hierarquia interna do corpo, que corresponde sempre de maneira bastante estrita à posição da sua clientela na hierarquia social [32].

Na visão do autor, entende-se que o juiz, ao invés de ser um simples executante, que extrai da lei as conclusões aplicáveis ao caso particular, dispõe de autonomia que constitui a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica, ou seja, os seus pensamentos inspirados em uma lógica de valores próximos a sua interpretação, têm uma função de **invenção**, sendo sempre arbitrário.

En una sociedad diferenciada, el efecto de universalización es uno de los mecanismos, y sin duda entre los más poderosos, a través de los cuales se ejerce la dominación simbólica o, si se prefiere, la imposición de la legitimidad de un orden social [33].

Assim, o sistema de decisão judicial rechaça as posições que não se coadunam com o objetivo central da manutenção do *status quo*, que, para Bourdieu, busca o direito liberal legalista. Para isso acontecer, existe no interior do campo jurídico uma correspondência de poder entre as instituições e as posições dos agentes no espaço social, ocorrendo uma interpenetração entre os campos, tendo em vista que o campo jurídico é contaminado por conteúdos éticos e políticos. Para o senso comum, essas influências externas aparecem como uma forma neutra e universalizante [34].

O efeito de ‘neutralização’ é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito de ‘universalização’ é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou passado composto exprimem o aspecto realizado (aceita, confessa, compromete-se, declarou, etc.); o uso de indefinidos (todo o condenado) e do presente intertemporal [35].

O conteúdo prático da lei que se revela na sentença é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, capazes de mobilizar os recursos jurídicos disponíveis através da exploração das regras, utilizando-as como armas simbólicas para fazer triunfar a sua causa. A sua significação real se determina na relação de força produzida entre os profissionais que, ao proferirem os seus veredictos, os agentes externalizam muito mais suas atitudes éticas do que as normas puras

do direito, conferindo, assim, sua eficácia simbólica na ação que é reconhecida como legítima e ignorada como arbitrária [36].

4- Considerações finais

É possível perceber como os temas comentados são imbricados: o que permeia uma decisão judicial é a relação de força e de poder simbólico ou capital simbólico, exercida de forma arbitrária aos dominados que, inconscientemente, sujeitam-se ao poder, sendo objetos de dominação. Isso ocorre devido à existência dos sistemas simbólicos ou ideológicos, explicitados na obra de Bourdieu, como o resultado do monopólio dos agentes sociais, que, através do poder simbólico, criam estruturas de pensamento de dominação e de comportamento, encaradas como arcabouço legítimo, na luta contra outros agentes em prol da manutenção e distinção do seu campo social.

Esses sistemas, enquanto instrumentos de comunicação e de conhecimento, cumprem a sua função política de imposição e de legitimação da dominação que contribuem para gerar a violência simbólica, ou seja, a dominação de uma classe sobre a outra. Constrói-se, na realidade social, uma divisão de papéis entre os monopolizadores, os produtores dos discursos e das ideologias dentro do seu campo social e aqueles que não pertencem ao campo, com o objetivo de haver uma verdadeira constituição de poder simbólico: uma imposição não arbitrária da vontade dos dominadores em um campo social de dominação. Acontece que os atores, com esta influência dos monopolizadores ao interiorizar valores e princípios sociais por eles transmitidos, asseguram a adequação entre suas ações e a realidade objetiva da sociedade.

Bourdieu, ao se referir ao campo de poder, está, na realidade, remetendo à classe dominante, a qual é composta por detentores de uma

realidade tangível, chamada de poder, de modo a formar um jogo de relações de forças ou de campos de lutas entre as posições sociais que garantem a seus ocupantes uma força social ou de capital para que participem nas lutas pelo monopólio do poder. Entrar nesse jogo é se conformar com o direito para resolver o conflito, tendo que renunciar à violência física e aceitar a violência simbólica.

O conteúdo prático da lei que se revela na sentença é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, capazes de mobilizar os recursos jurídicos disponíveis através da exploração das regras, utilizando-as como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa. A sua significação real, portanto, determina-se na relação de força determinada entre os profissionais que ao proferirem os seus veredictos, os agentes, externalizam muito mais as suas atitudes éticas do que as normas puras do direito conferindo assim, sua eficácia simbólica na ação que é reconhecida como legítima e minimizada ou ignorada em sua dimensão arbitrária.

Referências bibliográficas

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Traduzido por Fernando Tomaz. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes, 2000.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal e o Processo como Estratégia de Poder: Uma Pauta de Análise*. Rio de Janeiro: SJRJ, n.19, 2007.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação. In: *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2.ed. São Paulo, SP: Atlas, 1999.

JACINTHO, Maria da Graça Setton. A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. *Revista Brasileira de Educação*. Universidade de São Paulo, Faculdade de Educação. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27502005>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

MADEIRA. Lígia Mori Madeira. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.33, n.1, jun. 2007, p.19-39. Disponível em: <<http://www.fesppr.br/~daiane/Sociologia%20Jur%EDdica/luhman%20e%20bourdieu.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a Teoria do Mundo Social*. Traduzido por Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

WACQUANT, Loiq J. D. O Legado Sociológico de Pierre Bordieu: duas dimensões e uma nota pessoal. *Revista de Sociologia e Política*, n.19, nov. 2002, p. 95-110.

Notas de fim

[1] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

[2] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

[3] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 11.

[4] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 15.

[5] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p.12.

[6] DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal e o Processo como Estratégia de Poder: Uma Pauta de Análise*. Rio de Janeiro: SJRJ, n.19, 2007. p. 114.

[7] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 11.

[8] DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal e o Processo como Estratégia de Poder: uma pauta de análise*. Rio de Janeiro: SJRJ, n.19, 2007, p. 115.

[9] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.p. 14.

[10] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.p. 12.

[11] DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal e o Processo como Estratégia de Poder: Uma Pauta de Análise*. Rio de Janeiro: SJRJ, n. 19, 2007,p. 115.

[12] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 15.

[13] WACQUANT, Loiq J. D. O Legado Sociológico de Pierre Bordieu: Duas Dimensões e uma Nota Pessoal. *Revista de Sociologia e Política*, n.19, nov. 2002. p.99.

[14] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 69.

[15] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 44 e 45.

[16] MADEIRA. Lígia Mori Madeira. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.33, n.1, jun. 2007. p.21.

[17] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 229.

[18] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.p. 28.

[19] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 229.

[20] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 56.

[21] MADEIRA. Lígia Mori Madeira. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.33, n.1, jun. 2007. p. 21.

[22] MADEIRA. Lígia Mori Madeira. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.33, n.1, jun. 2007. p. 23.

[23] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 212.

[24] MADEIRA. Lígia Mori Madeira. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e NiklasLuhman. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.33, n.1, jun. 2007. p. 23.

[25] Idem. p. 24.

[26] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 213.

[27] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.p. 214.

[28] DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal e o Processo como Estratégia de Poder: uma pauta de análise*. Rio de Janeiro: SJRJ, n.19, p. 119, 2007.

[29] BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes, 2000, p.168.

[30] WACQUANT, Loiq J. D. O Legado Sociológico de Pierre Bordieu: duas dimensões e uma nota pessoal. *Revista de Sociologia e Política*. n.19, nov. 2002, p. 99.

[31] BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. *La fuerza Del derecho*. Bogotá: Uniandes, 2000, p.197.

[32] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 217-218.

[33] BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza Del derecho**. Bogotá: Uniandes, 2000, p. 209-210.

[34] MADEIRA, Lúgia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e NiklasLuhman. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.33, n.1, jun. 2007, p. 23.

[35] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 216.

[36] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 224.

Do social ao ambiental: a transição constitucional

From the social to the environmental: the constitutional transition

De lo social al ambiental: la transición constitucional

Carlos Alexandre Michaello Marques

Bruno Cozza Saraiva

SUMÁRIO: 1- *Introdução*; 2- *A inter-relação da Ordem Econômica Constitucional e do Meio Ambiente como parâmetro hermenêutico de transição ao Estado Socioambiental de Direito*; 3- *A inefetividade do Estado/Constituição Social e a (im)possibilidade de um novo paradigma*; 4- *Considerações finais*; *Referências*.

1- Introdução

A configuração de Estado, consubstanciada em seio Constitucional [1], garantidora da fruição de Direitos Sociais atinentes à realização plena da possibilidade de desenvolvimento do homem, perpassa a idealização da construção do Estado Social de Direito [2] e se atrela ao paradigma vislumbrado a partir da necessidade de reconfigurar tal modelo para além do social.

A complexidade da relação homem-natureza, oriunda de processos econômico-desenvolvimentistas, globais e neoliberais [3], torna evidente a crise do hodierno arquétipo econômico, caracterizado em detrimento da preexistência e da imprevisibilidade do Risco [4]. Fundamentalmente, o aparato Estatal-Constitucional, ao assegurar a base principiológica da Ordem Econômica e Financeira Constitucional (instaurada no art. 170 da

Constituição da República Federativa do Brasil) alicerça o viés desenvolvimentista por meio da redução das desigualdades regionais e sociais, fomentando a busca do pleno emprego em prol da satisfação dos Princípios Fundamentais de erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais.

Tais premissas, tendentes a materializar princípios constitucionais, traduzem a imprescindibilidade da inter-relação do social e do ambiental, consolidando e harmonizando a constitucionalização dos direitos sociais conectados à manutenção das bases de reprodução natural que, essencialmente, manifestam a edificação do Estado de Direito Ambiental [5].

A probabilidade da construção de tal Estado traz à luz da imperatividade de constitucionalizar – principiologicamente – a Justiça Ambiental [6], como mecanismo propulsor da realização efetiva e não teórica da irradiação constitucional a partir de um viés socioambiental, atribuindo e inovando, por meio do art. 225 da Carta Magna, valor fundado em uma ordem que propicie a superação do atual modelo econômico capitalista.

Portanto, discorrer-se-á no presente trabalho em torno da superação do Estado para além do social, compreendendo valores ético-ambientais em prol da relação homem-natureza. Tais valores se sobrepõem ao atualizado padrão econômico, político e cultural de consideração Estatal-Constitucional ao patrimônio natural, tendo em vista a eficácia da Ordem Econômica Constitucional em detrimento do art. 225 da Constituição de 1988, o que torna intransponível e inalienável a salvaguarda de um Estado comprometido ideologicamente e materialmente a assegurar a vida para além do homem.

2- A inter-relação da ordem econômica constitucional e do meio ambiente como parâmetro hermenêutico de transição ao estado socioambiental de direito

A necessidade de compreensão do alcance dos objetivos fundamentais da República ultrapassa o viés característico de concretização da justiça social, construindo uma sociedade livre, justa e solidária e garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza, a marginalidade e as desigualdades sociais. Logo, não se coaduna esta necessidade às atuais exigências de uma sociedade que trabalha em prol de um desenvolvimento econômico capitalista [7].

A estrutura normativa que alicerça, em um plano programático [8], os objetivos fundamentais da República, art. 3º da Constituição de 1988, não explicita a sustentabilidade socioambiental [9] como pressuposto inalienável às persecuções institucionalizadas em prioridades nacionais. A busca em prol do desenvolvimento social, equivocadamente desvinculado da sustentabilidade ambiental, impede a transição de um Estado Democrático de Direito – Social – para um Estado Socioambiental de Direito [10].

Indubitavelmente, a transição paradigmática – do social ao ambiental – perpassa a discussão [11] de um, já (não)efetivado, Estado Social para atender à necessidade latente de um possível modelo que intente proteger o meio ambiente. Propor a transição democrático-constitucional à construção desse incipiente ambiental de Estado se faz primordial no presente trabalho, além de traçar horizontes que busquem justificar e antecipar a discussão à sociabilidade do Estado brasileiro.

Assim, não se concretizou a Constituição da República Federativa do Brasil, consoantemente ao tocante Estado Social. “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado

Providência ou *Welfare State* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social” [12].

Em que pese à doutrina nacional tratar como já consubstanciado tal Estado e, progressivamente partir em prol da efetivação de um Estado Ambiental (art. 225), alicerçado na Carta Constitucional de 1988, reitera-se a dificuldade de vislumbrar tal efetivação, incorrendo-se ao tratamento – tardio – da materialização do Social que, essencialmente, respalda-se no Texto Maior. Assim, a problemática brasileira tem duplo viés: efetivar o Social **concomitantemente** ao ambiental por meio de uma Ordem Econômica Constitucional, buscando promover a (in)sustentabilidade da inter-relação homem-natureza.

Ora, *a realidade brasileira aponta em direção contrária*: o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais (pensemos nos *Donos do Poder*, de Faoro, e no *Capitalismo de Laços*, de Lazzarini); parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não é cumprida; o controle concentrado de normas apresenta um *déficit* de eficácia, decorrente de uma “baixa constitucionalidade”; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (basta lembrar, exemplificadamente, afóra a crônica de uma morte anunciada” ocorrida com o mandado de injunção, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente foi regulamentada onze anos depois da promulgação da CF); [...].(Grifo do autor) [13]

É preciso situar, na quadra da história, como também do direito, o contemporâneo paradigma estabelecido no Brasil. A confusão vivida, delineada no primeiro capítulo, é tocante à formação-construção do Estado brasileiro. Necessariamente, as tendências mundiais, disseminadas em detrimento da globalização, o que remete aos modos de formação histórica de mundo – mercantilismo, Revolução Industrial, capitalismo financeiro e globalização – fases lideradas e vivenciadas por países desenvolvidos que, equivocadamente, a partir da inserção brasileira no mercado mundial, servem (como parâmetro), bem como influenciam na tomada de decisões relacionadas ao modelo de Estado, Sociedade e Direito no Brasil, desconsiderando o estágio histórico, social e jurídico abarcado pela Constituição de 1988.

Assim, o Brasil se encontra na luta para efetivar as promessas da modernidade (de um constitucionalismo social, democrático e dirigente), imerso em uma sistemática global, ameaçada por um emblemático modelo econômico neoliberal que prolifera a tendência mínima de Estado. Portanto, exsurge a lógica inversa, do liberalismo ao neoliberalismo, rompendo com o ideal – social – representado pela pluralidade de direitos constitucionais conquistados historicamente. Com isso:

Pretende-se, assim, pôr a pá de cal no movimento constitucional instaurador dos direitos fundamentais de segunda geração, econômicos e sociais, corporificadores da Social Democracia, delineados a partir da Constituição de Weimar, de 1919. Na instauração do neoliberalismo, há indiferença relativamente àqueles que são progressivamente excluídos do circuito econômico. Tudo é pensado a curto prazo, na busca do ganho imediato no menor tempo possível, sem consideração à dignidade humana. Nessa modernidade novecentista, impera a lógica econômico-

financeira, à margem da ética e indiferente à finitude dos recursos planetários indispensáveis à vida. Impera o mercado. Destroem-se os serviços públicos. Privatizam-se bens estatais ao menor preço possível, aludindo-se à hipotética criação de alguns empregos. No Brasil, ataca-se a Constituição de 1988, erodindo-se suas bases na ânsia de “flexibilizar” os direitos fundamentais sociais, tornando-se o trabalho precário e a pessoa do trabalhador descartável. Sucateiam-se os serviços de saúde e previdência. E tudo isso com ares de cientificidade e discurso abstruso de economistas comprometidos, sob a batuta do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, os quais, para salvar as aparências. Eventualmente falam em fins sociais de suas políticas impositivas, ao mesmo tempo em que insistem na sua execução draconiana. (Grifo do autor) [14]

Diante disso, faz-se imprescindível, em detrimento das crises que o Brasil enfrentou e ainda enfrenta, justificar a problemática da não materialização do Estado Social (formalmente) instaurado pela Constituição Social de 1988. Para isso, explicita-se a existência de três crises [15] – a constitucional, a constituinte e a de inconstitucionalidade – que, paralelamente, inviabilizam a realização de tal protótipo estatal.

A Crise Constitucional [16], representada pela Crise na Constituição, refere-se à determinada parte do Texto Constitucional, identificada como problema e que, cuja solução, encontra-se na modificação ou na revisão, por meio de mecanismos previstos na Carta Magna. Inexoravelmente, se a crise exceder **textualmente** a Constituição, percebe-se a ruína das bases da legitimidade e, fundamentalmente, da estabilidade do governo. Assim, tal crise não é, certamente, a única responsável pelas históricas mazelas evidenciadas nacionalmente. Entretanto, ao passo que a Constituição da

República Federativa do Brasil se encontra na realização de sua septuagésima primeira emenda constitucional, faz-se notável a incidência da Crise Constitucional e a sua colaboração à hodierna realidade instaurada. Desse modo,

[...] a crise só se resolve caso as dificuldades sejam efetivamente removidas. Essa possibilidade de remoção da crise por meios jurídicos normais previstos na Constituição ou por meios excepcionais, como a elaboração de um novo texto básico, é aquilo que faz os limites conceituais da crise constitucional. Não padece dúvida que se trata da espécie de crise que às vezes açoita os países e as sociedades com elevado grau de cultura e maturidade política, ou seja, aqueles cujos problemas políticos não exigem nem impõem a substituição do regime. A crise raiva neles com menos ímpeto; por isso não afeta as estruturas do poder nem abala os alicerces do Estado e da Sociedade [17].

Já a Crise Constituinte [18] - não superada desde o nascimento de um pensamento constitucional em território brasileiro -, não é relacionada à Constituição, mas sim advinda da problemática de um Poder Constituinte deficiente, ou seja, daquele que não logrou **êxito** em transformar a realidade política, social e jurídica de um país. No caso brasileiro, a conjuntura que possibilita analisar a eficácia dos direitos e das garantias fundamentais demonstra a permissibilidade da não realização dos mesmos, corroborando com a perpetuidade da crise constituinte.

[...] Desde os primórdios de nossa emancipação formal, a crise constituinte tomou aspectos gravíssimos, porquanto nunca se resolveu em termos definitivos, ficando sempre latente e recessiva,

como na época do Império até rebentar outra vez, por ensejo da erupção republicana de 1889 [19].

É de fundamental importância delinear a correspondência entre crise constituinte e Assembleia Nacional Constituinte. As constituintes brasileiras, em detrimento das pressões internas e externas, não foram livres, exclusivas e, essencialmente, não se valeram da plenitude de poder para corporificar os textos a partir da aferição dos valores construídos socialmente. Por isso, tal correspondência justifica-se por intermédio da crise constituinte, que decorre das problemáticas, até hoje insanáveis, que permearam as Assembleias Nacionais Constituintes no transcorrer da história constituinte brasileira.

A crise constituinte no Brasil tem sido, por conseguinte, em toda a história política do País, a nossa mais profunda crise de legitimidade, tanto pelos aspectos formais como materiais. Ela é indicativa da inferioridade ou da insuficiência de soberania das diversas Constituintes, cujas limitações tácitas ou expressas nos conduzem inarredavelmente à irretorquível conclusão de que, em verdade, jamais tivemos uma Assembleia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as instituições desde os seus fundamentos [20].

A terceira crise, denominada de crise de inconstitucionalidade, remete à impotência da Constituição. “[...] Uma pergunta se torna inevitável: que tipo de visão tem os operadores jurídicos – mergulhados no senso comum teórico – sobre a aplicação e a eficácia das leis existentes no Brasil?” [21].

A ideia disseminada, em torno da realização dos preceitos **democraticamente** inscritos na Constituição de 1988, é a de que os problemas foram resolvidos, construíram-se respostas a partir da inserção das mesmas em tal Texto, ou seja, bastou a formalização de direitos e garantias para o cumprimento das promessas constitucionais.

Em consequência disso, a crise de inconstitucionalidade leva à ingovernabilidade, bem como à incapacidade administrativa (executivo), no que tange ao cumprimento das responsabilidades constitucionais, o que conduziria à desordem institucional [22]. A inconstitucionalidade é a não relação da Constituição com o meio social, ou seja, é a inconstitucionalidade fática da Carta Federal e – com ela – a possibilidade de “[...] dissolução de uma nacionalidade que, perecendo para a liberdade e a democracia, passa a percorrer o caminho por onde se desagregam, em definitivo, os elementos de sua conservação e perpetuidade” [23].

A inconstitucionalidade não é senão a inconstitucionalidade fática da própria Constituição nos desmaios fatais de sua eficácia perante o meio e a realidade. Só a realidade pode fazer inconstitucional a Constituição! Formalmente, não é possível haver preceitos constitucionais inconstitucionais. Uma Constituição fora de seu tempo pode, todavia, fazer qualquer país rolar ao mesmo tempo nestes dois abismos: o da ingovernabilidade e o da inconstitucionalidade; em outras palavras. Ficar sem Governo e sem Constituição [24].

Adentrar-se na complexa questão ambiental, ou seja, delinear os pressupostos fáticos e jurídicos que possibilitam a transição do Social ao Ambiental é tarefa que antecede a análise de um Estado de Direito Ambiental. Ademais, o recente paradigma político, jurídico e social (que

reivindica outra lógica de consideração em relação ao meio ambiente) é abarcado pela crise estatal, conceitual, do poder como soberania [25].

A ideia de soberania, vinculada à construção moderna de Estado, inicialmente relacionada à burguesia, espria-se para não mais atrelar-se à determinada classe. A noção de Estado Democrático de Direito consubstancia-se a partir da soberania como “poder político do povo [26]”, bem como soberania popular. Para isso, a importância da soberania no que tange à transição tanto constitucional como social em prol do Ambiental, necessita, fundamentalmente, do seu compartilhamento, Estado e Povo, com a finalidade de se vislumbrar democraticamente a ecologização do Estado-Nação [27].

Com Rousseau, a soberania sai das mãos do monarca, e sua titularidade é consubstanciada no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado. É esta convenção que estabelece o aspecto racional do poder soberano. A *vontade geral* incorpora um conteúdo de moralidade ao mesmo. Todavia, o desenvolvimento histórico do conceito de soberania prossegue, atribuindo-se-á, de início, à burguesia, à nação para, posteriormente, já no século XIX, aparecer como emanção do poder político do povo. Posteriormente, será o próprio Estado, como personalidade jurídica, que deterá a titularidade da mesma, acrescentando-a como uma de suas peculiaridades. (Grifo do autor) [28]

Entretanto, há, indubitavelmente, o enfraquecimento do Estado no que se refere à disposição da soberania que, em detrimento disso, ocasiona a perda de sua titularidade popular. A fundamentalidade da independência, no que concerne à possibilidade da transição estabelecida acima, consiste na

valoração de raiz econômica, política, jurídica e cultural que identificariam a transformação do Social para o Ambiental.

3- A inefetividade do Estado/constituição social e a (im)possibilidade de um novo paradigma

A falência do Estado, principalmente da vertente social, da capacidade regulatória, intervencionista e da promoção de políticas públicas, por meio da programaticidade das normas constitucionais (constitucionalismo dirigente), engendra a submissão, a interdependência do Estado como a perda da capacidade de se autodeterminar. Tal proposta, ancorada na readequação das promessas, essencialmente constitucionais, na pretensão de se estabelecer paralelamente à ordem internacional, abandona o conceito clássico de soberania.

Talvez aqui fosse possível falar-se em um novo conceito de soberania alicerçada, como querem alguns, na capacidade de seu poder econômico, no seu papel hegemônico como poder bélico e na ampliação da velocidade e quantidade da troca de informação em nível global, em particular desde as novas possibilidades tecnológicas. Uma *soberania pós-moderna* cujas fronteiras, aquelas próprias do modelo do Estado, seriam flexíveis, onde sem que se saiba ao certo onde se iniciam e onde terminam, se é que se iniciam ou terminam em algum lugar demarcado. No *plano externo* – em particular, nas relações internacionais –, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência do Estado, dito soberano, como capacidade de autodeterminação. A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez

maior atrelamento entre as ideias de soberania e de *cooperação* jurídica, econômica e social, por um lado, e o de soberania e de intervenção política, econômica e/ou militar, de outro, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia em sua configuração clássica. (Grifo do autor) [29]

A interdependência política e econômica, mascarada por meio de um ideal deflagrado em torno da cooperação jurídica, possibilita afetar a estrutura autônoma do Estado, ao passo que, a partir da tomada de decisões em escala mundial, a fragilização do Estado-Nação no tocante à comunidade internacional e, essencialmente, no que tange à concretização dos direitos fundamentais, torna-se prática submissa aos interesses econômicos, políticos e jurídicos dos países desenvolvidos e das organizações internacionais. A perda da soberania e a sua relação com a não concretização da Constituição da República Federativa do Brasil têm possibilitado a abertura [30] de um campo estratégico às organizações de caráter não governamental que, em detrimento do não cumprimento das promessas que visam efetivar o Estado Social, acabam internalizando práticas culturais, jurídicas, econômicas e políticas alienígenas – totalmente – desvinculadas dos supostos interesses constitucionais nacionais.

Com isso, a percepção de um retrocesso, qual seja o desvirtuamento da unicidade referente à promoção de um Estado aos moldes do *Welfare State* [31], bem como de um Estado Social [32] de Direito, não encontra guarida na flexibilização ou, até mesmo, na perda da soberania. A efetivação do Estado Social no Brasil, supostamente advinda da promulgação da Constituição de 1988 e, indubitavelmente, das lutas [33] que interpenetraram uma busca em prol da consolidação das propostas institucionalizadas no corpo constitucional não obtiveram sucesso na transformação da realidade

nacional. Assim, retoma-se a problemática que identifica a falência da ordem constitucional [34] – materialização – com a ideia central de soberania vinculada à vontade do povo [35].

Quanto mais insustentáveis os pilares constitucionais (econômico, político, jurídico e social) da República Federativa do Brasil, menos atrelada ao povo estará a soberania. Como justificativa, explicita-se a omissão na realização da capacidade regulatória, distributiva e concretista que, imprescindivelmente, o Estado deveria desempenhar a partir do fornecimento das bases democráticas em prol do exercício popular do poder – democraticamente – conquistado.

O **princípio da soberania popular** transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas: (1) *o domínio político* – o domínio de homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à sua origem, isto é, precisa de *legitimação*; (2) a *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio **povo** e não de qualquer outra instância <<fora>> do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) *o povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio <<não populares>> (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva*, a necessidade de uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder derivam concretamente do povo), pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) *a soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos

cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio [...]. (Grifo do autor) [36]

Ante o exposto, remete-se à análise em prol de desvendar se há possibilidade de transição do Social ao Ambiental, por meio da hermenêutica constitucional, levando-se em consideração a sistematicidade das normas atinentes aos direitos sociais e, também, a existência da inter-relação e da organicidade entre o conteúdo social e o capítulo do meio ambiente presente na Carta Magna.

A relação programática constitucional de utilização da natureza como matéria-prima ao desenvolvimento do homem institucionaliza – indiscutivelmente – o modelo antropocêntrico, desconsiderando a inserção do homem e da natureza em meio comum, bem como todos sendo um. O meio ambiente alicerçado constitucionalmente, fazendo-se analogia ao Direito Penal, poderia ser definido como a “ultima ratio [37]” (natureza posta à margem das tomadas de decisões, principalmente econômicas), ou seja, a matéria ambiental não se encontra em harmonia com o conteúdo social, o que delega toda a necessidade de efetivação das promessas (não cumpridas) sociais, à utilização desenfreada da natureza como mecanismo propulsor de um dito desenvolvimento econômico (tardio) e insustentável.

A Constituição não fomenta, como reivindicação popular ou como vontade constituinte, a igualdade entre homem/natureza por meio da idealização do Direito à Vida como valor intrínseco à natureza.

A ecologia profunda rejeita fundamentalmente a perspectiva *dualista* dos seres humanos e da natureza como separados e

diferentes. Ela defende que os seres humanos são intimamente *uma parte* do ambiente natural: eles e a natureza são *um*. A perspectiva do que uma sociedade verde deveria ser advém de uma crença firme na bioética e no valor intrínseco da natureza. Seguindo a <<terceira lei da ecologia>> de Commoner (1972), segundo a qual a <<natureza conhece melhor>>, e o seu princípio de que qualquer mudança induzida pelo homem num sistema natural é provavelmente lesiva desse sistema, os ecologistas profundos propõem uma humildade aquiéscência à maneira de ser na natureza: tentar *viver de acordo*, e não em desarmonia, com os ritmos naturais. Eles opõem-se ao *antropocentrismo*, definido como (a) considerando os valores humanos a fonte de todo o valor, e (b) querendo manipular, explorar e destruir a natureza para satisfazer desejos materiais dos seres humanos. (Grifo do autor) [38]

A análise constitucional do meio ambiente, partindo-se do art. 225 (Do Meio Ambiente), não revela o conceito de qualidade de vida, considerando o meio ambiente bem de uso comum do povo, destinado à construção de um bem-estar social. Para se entender e enquadrar a questão ambiental na Carta Federal, faz-se necessário conhecer os objetivos fundamentais da República, bem como o direcionamento que lhe é peculiar, de modo a explicitar a referência constitucional à natureza como matéria-prima para atingir o desenvolvimento sustentável [39].

O art. 3º do Texto Federal (Constituem Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil) delinea o ideal fundacional destinado à edificação da sociedade brasileira. *Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de*

discriminação por meio da Ordem Econômica e Financeira (art. 170), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, utilizando, como propulsor para tal intento, a natureza – matéria-prima – sob a égide da ilusão de se estar garantindo o equilíbrio e a manutenção das bases de reprodução natural.

É perceptível a separação de homem/natureza, bastando para a Constituição 1988 atrelar qualidade de vida à justiça social e à ideia da necessidade de desenvolvimento econômico capitalista à custa do meio ambiente e da própria condição de vida que não seja a humana. Assim, torna-se evidente a inexistência de organicidade e, essencialmente, de igualdade entre o conteúdo social (base do Texto Constitucional) e o conteúdo ambiental (posto como condição de um constitucionalismo democrático, mas, indubitavelmente, desvinculado de uma possibilidade Socioambiental de Constituição e de Estado). Com isso, impossibilitando a transição do Social ao Ambiental, tendo em vista que o "[...] descontentamento verde com os conceitos acidentais de riqueza alarga-se à forma como a medimos" [40].

4- Considerações finais

Com efeito, o ideal de sustentabilidade proposto em seio nacional – não só nacional, mas global – não garante a sustentabilidade da relação entre homem-natureza, quiçá, reproduz a lógica utilitária arraigada desde a concepção humana. Em se tratando de Brasil, afirma-se, essencialmente, que não há um padrão de desenvolvimento econômico, ou melhor, de crescimento econômico estabelecido com vista a reduzir minimamente a destruição ambiental. A insustentabilidade da coexistência homem/natureza inviabiliza um modelo de sociedade pautado na jurisdição ambiental e atrelado à

construção de um Estado de Direito Ambiental que buscaria possibilitar, além de considerar o Patrimônio Ambiental como Bem, a igualdade entre todas as formas de vida.

Uma possível transformação paradigmática tenderia a visualizar sociedade e meio ambiente como um sistema indissociável, destinado à resolução da situação de vulnerabilidade por parte da população negligenciada pelo processo político, social, econômico e jurídico no Brasil. Isto é, esse novo paradigma estatal buscaria solucionar, em sua essência, um déficit democrático no que tange à distribuição desigual do lucro e das problemáticas advindas do extermínio ambiental. No entanto, o modelo distributivo estatal, (não)operado para socializar a lucratividade das atividades econômicas, não se efetiva, o que gera a impossibilidade na idealização de um desenvolvimento como solução à sociedade (homem-natureza) igualitária. O complexo normativo que edifica a programaticidade dos objetivos Fundamentais da República não abarca a sustentabilidade socioambiental como pressuposto imprescindível às perseguições identificadas como prioridades nacionais.

A promoção do desenvolvimento social, não vinculado à sustentabilidade ambiental, impossibilita a passagem de um Estado Democrático de Direito, ideologicamente social, para um Estado Socioambiental de Direito. A transição do Social ao Ambiental, foco do presente trabalho, mostrou-se inviável diante da hodierna conjuntura econômica, cultural, social e, essencialmente, jurídica em território brasileiro. Buscou-se, no respectivo texto, justificar a contrariedade referente à questão social brasileira, bem como explicitar que não se efetivou o Estado Social (promessas de inclusão) plasmado na Constituição.

Atualmente, a vinculação nacional às tendências mundiais, contradiz a própria concepção paradigmática de efetivação de tal Estado. Por isso, as bases que edificariam um necessário Estado de Direito Ambiental não foram

erguidas. Enquanto países lutam para construir um modelo ambiental de sociedade, o Brasil tropeça na atividade de fazer cumprir a Constituição e seus fundamentais direitos sociais.

A crise constituinte, constitucional e de inconstitucionalidade juntamente com a crise de soberania levam a ideia de Estado-Nação à derrota, enfraquecendo-o e o desvinculando das obrigações elencadas na sua Carta Constitucional. O esgotamento do Estado, no que tange à concepção social, de sua força regulatória, intervencionista, promotora de políticas públicas atreladas ao constitucionalismo dirigente, demonstrou a importância de um Estado Democrático de Direito como mecanismo de condução à realização da transição do Social ao Ambiental.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e Perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; BORATTI, Larissa Verri (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MARTÍNEZ ALIER, Joan. *O ecologismo dos pobres*. São Paulo: Contexto, 2007.

PEPPER, David. *Ambientalismo Moderno*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *O Desafio Ambiental*. São Paulo: Record, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Notas de fim

[1] O conceito de **constituição social** servirá aqui para designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social formalmente plasmados na Constituição. Ao contrário do que acontece na maior parte das constituições, esta **constituição social** não se reduz a um conceito extraconstitucional, a um **dado constituído**, sociologicamente relevante; é um amplo superconceito que engloba os princípios fundamentais daquilo que vulgarmente se chama **direito social** (CANOTILHO, 2003, p. 347-348).

[2] Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado causa ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervêm na economia como distribuidora, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante, o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social (BONAVIDES, 2011, p. 186).

[3] Ao mesmo tempo, o desafio ambiental será apropriado de um modo muito específico pelos protagonistas que vêm comandando o atual período neoliberal de uma perspectiva essencialmente econômico-financeira. Esses

afirmam que o *Abaixo as fronteiras* corresponde à dinâmica da natureza, na medida em que esta não respeitaria as fronteiras entre os países e, assim, legitimaria políticas de caráter liberal, como aquelas propostas pela Organização Mundial de Comércio (OMC). Assim, a globalização neoliberal seria natural. A globalização da natureza e a natureza da globalização se encontram (PORTO-GONÇALVES, 2011, p. 17).

[4] Os “efeitos colaterais” da industrialização (produção industrial massificada) e da absorção econômica dos desenvolvimentos fomentam a produção e a distribuição de ameaças à própria sobrevivência da humanidade pela potencialização da economia capitalista. Assim, a sociedade atual se posiciona em uma situação de autodestruição (*self-endangered*). As ameaças decorrentes da sociedade industrial são de natureza tecnológica, política e, acima de tudo, ecológica. Enquanto na sociedade industrial se pode dizer que há uma certa previsibilidade das consequências negativas dos processos produtivos capitalistas, na sociedade de risco (que não deixa de se tratar de uma sociedade industrial, porém potencializada pelo desenvolvimento tecnocientífico) há um incremento no grau de incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos. Dessa forma, essa nova estrutura social apresenta riscos transtemporais (efeitos ilimitados temporalmente), de alcance global e potencialidade catastrófica (CARVALHO, 2008, p. 13-14).

[5] O Estado de Direito do Ambiente é uma construção teórica que se projeta no mundo real ainda como devir. A despeito desse fato, a relevância do paradigma proposto deve ser observada para uma melhor compreensão das novas exigências impostas pela sociedade moderna, especialmente quando se considera o constante agravamento da crise ambiental. [...] O Estado de

Direito Ambiental, portanto, tem valor como construção teórica e o mérito como proposta de exploração de outras possibilidades que se apartam na realidade para compor novas combinações daquilo que existe. E, por si só, já é um conceito abrangente, pois tem incidência necessária na análise da Sociedade e da Política, não se restringindo ao Direito. Diante de um mundo marcado por desigualdades sociais e pela degradação em escala planetária, construir um Estado de Direito Ambiental parece ser uma tarefa de difícil consecução, porque se sabe que os recursos ambientais são finitos e antagonizados com a produção de capital e consumo existentes (LEITE, 2010, p. 169).

[6] Desde a década de 1980 e princípio dos anos de 1990, a luta pela **justiça ambiental** tem se convertido em um movimento organizado contra o **racismo ambiental**. [...] Entretanto, a **justiça ambiental** é uma expressão que possui maior proximidade com a sociologia ambiental e o estudo das relações étnicas do que com a ética ambiental ou a filosofia. Por exemplo, o catálogo da biblioteca da Universidade de Yale (1992-2000) inclui sob a rubrica de justiça ambiental as obras relacionadas com a igualdade da proteção para todos diante de ameaças de cunho ambiental e à saúde, sem discriminar raça, nível de renda, cultura ou classe social (MARTÍNEZ ALIER, 2007, p. 229).

[7] E isso porque – repita-se – o capitalismo assistencial reclama a estatização parcial da economia. Observa-se, enfaticamente, que embora a estatização e o intervencionismo estatal do domínio econômico possam aqui ou ali contrariar os *interesses* de um ou de outro *capitalista*, contudo, serão sempre adequados e coerentes aos *interesses do capitalismo*. No desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação

capitalista. Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico (GRAU, 2012, p. 43).

[8] Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, em princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Deste vem o conceito de *constituição-dirigente*, de que a Constituição de 1988 é um exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura, no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente (SILVA, 2012, p. 133-134).

[9] Porém, se, do início aos meados do século XX, a resposta jurídica à questão social e aos demais aspectos ligados ao Estado do Bem-Estar Social significaram uma crise profunda da ideia de interesses individuais e o surgimento de interesses coletivos, a segunda metade deste mesmo período histórico impõe, diante do próprio esgotamento das condições vitais do planeta, ao lado de outros problemas ligados à sociedade industrial, novas

questões que, para serem apreendidas pela regulação jurídica, significam o aprofundamento da crise da racionalidade jurídica individualista, o que pode ser alocado sob a perspectiva do que vamos nominar como questão ambiental. Em paralelo à questão social que caracterizou e pautou a formação do Estado Social em todas as suas versões desde os meados do século XIX, como antes anotado. São estes novos impasses relacionados genericamente à qualidade de vida das pessoas que põem na ordem do dia um novo tipo de interesses – os difusos (MORAIS, 2011, p. 75).

[10] Em linhas gerais, o Estado de direito ambiental pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção ao meio ambiente. [...] O Estado de direito ambiental constitui um conceito de cunho teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano. Percebe-se, portanto, que a crise ambiental vivenciada pela modernidade traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais, a qual impõe ao Estado de direito o desafio de inserir entre as suas tarefas prioritárias a proteção do meio ambiente (LEITE; FERREIRA, 2010, p. 13).

[11] No plano dessa justificação discursiva, objetivando a perenização desse *corpus ideologicus*, a dogmática jurídica se utiliza de um artifício que Ferraz Jr. denomina de *astúcia da razão dogmática*, a qual atua mediante a mecanismos de *deslocamentos ideológico-discursivos*. Esta astúcia da razão dogmática “põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de

recursos e de benefícios escassos, e os faz, ao torná-los, conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis”. Em outras palavras, a partir desse deslocamento, não se discute, por exemplo, o problema dos direitos humanos e da cidadania, mas sim, sobre (e a partir) deles. Uma das operações fundamentais do processo ideológico consiste na passagem do *discurso de* ao *discurso sobre* (Claude Lefort): “é assim que podemos quase detectar os momentos nos quais ocorre o surgimento de um discurso ideológico: por exemplo, quando o discurso da unidade social se tornou realmente impossível em virtude da divisão social, surgiu o discurso sobre a unidade; quando o discurso da loucura tem que ser silenciado, em seu lugar surge um discurso sobre a loucura; onde não pode haver um discurso da revolução, surge um outro, sobre a revolução; ali onde não pode haver o discurso da mulher, surge um discurso sobre a mulher” (STRECK, 2014, p. 91).

[12] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 27-28.

[13] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 62-63.

[14] AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56-57.

[15] A crise da estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis (BONAVIDES, 2012, p. 395).

[16] A crise constitucional, a qual temos reiteradamente asseverado, é a crise de uma Constituição ou, de modo mais frequente e preciso, de um determinado ponto da Constituição. Se ela não abrange toda a Constituição, basta para removê-la, utilizar o meio de reforma ou revisão, isto é, um recurso ou remédio jurídico que a Constituição mesma oferece, cifrado no chamado poder de reforma constitucional (BONAVIDES, 2012, p. 396).

[17] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 396.

[18] A crise constituinte tem sido, aliás, desde as origens do Estado brasileiro, a crise que ainda não se resolveu (BONAVIDES, 2012, p. 396).

[19] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 397.

[20] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 400.

[21] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 97.

[22] A *ingovernabilidade*, sendo o perecimento da ação executiva, representa a agonia final dos meios de exercício do poder, o desenlace de uma doença da legalidade, que torna o Executivo, de fato, demissionário de responsabilidades na administração da crise e ao mesmo passo incapaz de evitar a consumação do caos e prevenir a desordem institucional. Contudo, a *inconstitucionalidade* é muito mais grave: configura lesões irreparáveis no princípio da legitimidade toda vez que o poder constituinte, aparentemente legítimo, formula regras ou produz instituições em contradição com o bom senso, a realidade nacional e os limites de viabilidade receptiva do meio. Nessas circunstâncias, os perigos são muito mais sérios, assumem incomensurável gravidade (BONAVIDES, 2012, p. 403).

[23] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 404.

[24] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 404.

[25] MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

[26] MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

[27] Assim, a soberania constitui, é constitutiva e constituída pela ideia de Estado-Nação ou Estado Nacional, própria da modernidade, de regra nomeado Estado Moderno (MORAIS, 2011, p. 27).

[28] MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 26-27.

[29] MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28-29.

[30] Aqui é preciso que se tenha presente que a *crise conceitual*, como aqui refletida, atinge indistintamente a todos os Estados Nacionais, com maior ou menor intensidade. Também, neste sentido, é preciso que se considere que a permeabilidade dos espaços nacionais tem, em algumas circunstâncias, uma dupla via, onde ao mesmo tempo em que o Estado Nacional sofre influências externas há a possibilidade de agregar efeitos extraterritoriais às suas decisões. Ou seja, o que se quer referir aqui é que o modelo de Estado construído na modernidade, com sua tríplice caracterização – sem esquecermos o quarto elemento proposto por alguns doutrinadores, o finalístico, como função a ser cumprida – já não consegue dar conta da complexidade das (des)estruturas institucionais que se superpõem hoje. Em vez da unidade estatal própria dos últimos cinco séculos, tem-se uma multipolarização de estruturas, ou da falta delas – locais, regionais, nacionais, continentais, internacionais, supranacionais, mundiais; públicas, privadas, semipúblicas; oficiais, inoficiais, marginais; formais, informais, paraformais; democráticas, autocráticas etc. (MORAIS, 2011, p. 34-35).

[31] [...] O *Welfare state* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido por meio de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a *questão da igualdade e do bem-estar* aparecem – ou deveriam aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado (MORAIS, 2011, p. 40).

[32] O Estado de Bem-Estar Social seria, assim, “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político” (MORAIS, 2011, p. 40).

[33] A história dessa passagem, de todos conhecida, alicerça-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação/garantização/promoção para a convencionalmente chamada *questão social* acima referida. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão só assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais e dos projetos individuais no âmbito do mercado caracterizado por vínculos intersubjetivos a partir de indivíduos formalmente livres e iguais – para o Estado Social – que passa a assumir tarefas até então relegadas ao espaço privado através de seu ator principal: o indivíduo. Mas não só isso, por óbvio. O Estado Social incorpora um novo caráter ao liberalismo, vinculando à liberdade liberal, à igualdade própria da tradição socialista (MORAIS, 2011, p. 36-37).

[34] [...] A *constituição*, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as <<decisões>> e as <<manifestações de vontade do povo>> são jurídica e politicamente relevantes (CANOTILHO, 2003, p. 292).

[35] O termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de “povo”. Estados democráticos chamam-se governos “do povo” [“Volks” herrschaften]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria “governando”. Todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida. A explanação, bem como a justificação, movem-se habitualmente no campo das *técnicas* de representação, de instituições e procedimentos. Só assim o “povo” entra no campo visual; ou ainda nos momentos nos quais a delimitação (da “nação”, ou da “sociedade”) está em jogo (MÜLLER, 2013, p. 45).

[36] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 292.

[37] O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso,

o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT, 2009, p. 13).

[38] PEPPER, David. *Ambientalismo Moderno*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 34.

[39] Não há, então, consenso sobre se o desenvolvimento sustentável permite o crescimento econômico, como nos recorda Ekins (1993). Mas, diz ele, todos os lados concordam que exteriorizações ambientais negativas (por ex.: poluição) deveriam ser internalizadas ou reduzidas através da tecnologia, e deveria haver um *stock* que não decaísse de capital ecológico e social/organizacional (PEPPER, 1996, p. 103).

[40] PEPPER, David. *Ambientalismo Moderno*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 98.

*A aplicação do princípio da precaução no
gerenciamento do risco:
a ponderação acerca do risco ambiental diante da
análise probatória no processo judicial*

*The application of the precautionary principle in risk management: a deliberation
regarding environmental risk when facing the probative analysis in the judicial process*
*La aplicación del principio de la precaución en el gerenciamiento del riesgo: la ponderación
acerca del riesgo ambiental delante del análisis probatorio en el proceso judicial*

Gabrielle Tesser Gugel

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- Sociedade pós-moderna aliada ao conceito de sociedade de risco; 3- O princípio da precaução como meio de ponderação do risco ambiental; 4- A pertinência do olhar precaucional sobre a avaliação da prova no processo judicial; 5- Considerações finais; Referências.

1- Introdução

O presente texto tem por escopo analisar a importância do princípio da precaução no gerenciamento do risco a partir da dificuldade de avaliação da prova no processo judicial, quando se trata da aplicação do referido princípio, tendo em vista que por diversas vezes o julgador estará diante de uma situação meramente indiciária.

Para isso, inicialmente se contextualiza a sociedade pós-moderna, assim denominada pela doutrina a modernidade das últimas décadas, para que nessa perspectiva se possa caracterizar o risco social (2). A noção de que o

risco decorre de uma decisão permite que se possa ponderar antes do ocorrido. Contudo, mesmo diante de tal racionalidade, o gerenciamento do risco encontra obstáculos especialmente no processo judicial, pois este fundamenta as suas decisões em provas técnicas, muitas vezes amparadas por situações que envolvem o dano em concreto.

Busca-se então justificar a aplicabilidade do princípio da precaução para o gerenciamento do risco ambiental (3), por isso a base teórica do referido capítulo dar-se-á com o texto da escritora portuguesa Alexandra Aragão, uma vez que ela consegue abarcar as complexidades que envolvem o referido princípio. A precaução se fundamenta em um elevado grau de incerteza sobre a ocorrência do risco ambiental, pois este trabalha sob o paradigma da probabilidade/improbabilidade, sendo que o julgador ao decidir de maneira precaucional não observa somente o futuro, mas forma vínculos com este, a respeito de algo que ainda não ocorreu. Inclusive, nem se sabe se irá ocorrer, visto que na perspectiva da precaução não se tem conclusividade, mas sim hipóteses, das quais diferentes consequências poderão advir do risco ou até mesmo consequência nenhuma.

Dessa maneira, visando o emprego do princípio da precaução no processo judicial (4), muitos julgados esquecem toda a técnica jurídica processual que determina o devido processo legal, por isso, o necessário cuidado de se evoluir na técnica jurídica, para dar respostas jurídicas no Direito, sem que este se corrompa. Isto ocorre até porque todas as provas em sede de futuro são especulativas e indiretas e vão fundamentar o princípio da precaução, sendo que o indício só permite uma ideia dentro de um conjunto probatório. Nesse sentido, o padrão probatório possibilita um aprendizado entre os órgãos ambientais e o Judiciário.

2- Sociedade pós-moderna aliada ao conceito de risco

O termo pós-modernidade ou sociedade contemporânea [1] é usualmente utilizado pela doutrina para caracterizar a sociedade das últimas décadas como uma espécie de passagem da sociedade moderna, pois as teorias que antes a descreviam se tornaram ultrapassadas, ou seja, desgastadas diante das alterações e dos avanços proporcionados pela sociedade, gerando insegurança e medo [2]. Para Anthony Giddens [3], determinados aspectos sociais sofreram transições diante da divergência entre as instituições modernas e aquelas que a própria sociedade construiu nas últimas décadas, sendo que para o autor ainda não se avançou ao pós-modernismo, mas sim a uma insuficiência da modernidade.

Nesse sentido, o que muda é a racionalidade e a forma como as situações são absorvidas, tendo em vista o equilíbrio que antes era percebido, devido à clara colocação e função na sociedade, “de uma parte, os marginalizados, as mulheres, o terceiro mundo, os países em desenvolvimento, o desvio, a guerra; e de outra parte, o capitalismo, a burguesia, o direito, o Norte, a democracia” [4]. Logo, as expectativas sociais eram previsíveis e as decisões tomadas de acordo com tal contexto, porém, com os avanços e as catástrofes observadas (especialmente, após o desastre de Chernobyl), os riscos passaram a ser difundidos, ou seja, não possuem barreiras, aquela diferenciação que antes confortava a sociedade não pode mais ser observada, pois todos são suscetíveis às consequências dali advindas [5]. Desse modo, os riscos podem atingir uma gama de pessoas indeterminada, independente de sua colocação geográfica e social,

As transformações na sociedade moderna demonstraram um processo descontínuo, pois, além de estabelecerem uma maneira global de abrangência comunicacional, alteraram o cotidiano dos indivíduos. Assim, foram

rompidas as formas clássicas de ordem social e, juntamente a isso, tornou-se difícil a convivência entre o tradicional e o moderno, tanto nas cidades quanto no subjetivismo de cada ser humano. Observa-se que tal descontinuidade é diversa da história de períodos anteriores, porque a velocidade com que tal processo ocorre é muito rápida, com o que a tecnologia contribui. O seu alcance envolve todas as pessoas, de todas as culturas, além da adoção de modelos institucionais diversos daqueles que anteriormente estavam presentes na história da humanidade [6].

Assim, Luhmann aponta para a noção de risco [7] como uma oposição à noção de segurança que se tinha na modernidade, pois não é possível haver uma segurança absoluta, sempre pode ocorrer algum imprevisto, logo, a utilização da noção de risco permite uma maior segurança, tendo em vista que, ao invés das decisões políticas serem pautadas pela ideia de certeza, serão pautadas pela ideia de probabilidade. Por meio do binômio *risco-segurança*, torna-se possível que, em um primeiro momento, seja plausível tomar todas as decisões levando em consideração a sua margem de risco. Isso permite concretizar a noção de risco, bem como analisar de que forma, através dos séculos, o risco e a segurança estiveram presentes nas suas próprias decisões [8].

Por meio da noção de *modernidade tardia*, o desenvolvimento da indústria e a produção em massa geraram, ao invés da distribuição da riqueza (que é observada na sociedade moderna a partir da Revolução Industrial), a distribuição de riscos. Isso ocorreu devido a dois fatores: as garantias e regras do Estado Social, bem como o avanço do nível de produção humana e científica permitir uma diminuição da deficiência material; com a modernização, os riscos e as catástrofes tomaram uma proporção que nunca tinha sido observada. O problema então é observado a partir de um novo paradigma, ou seja, dos efeitos sucedidos do desenvolvimento *técnico-*

científico. A perspectiva observada na sociedade moderna do problema da utilização da riqueza material não deixa de existir, pelo contrário, está presente, porém o seu paradigma não mais prepondera. Esse paradigma dominante será o da sociedade de risco, proveniente de riscos que ela própria produziu [9].

Com o constante desenvolvimento da ciência e a ocorrência de novos riscos, a observação do risco tem em si um elemento futuro, tendo em vista que é preciso antever os possíveis danos que poderão ocorrer no futuro, mas que ao mesmo tempo são reais hoje. Logo, as decisões atinentes ao risco são *reais e irrealis*, pois algumas consequências dos riscos são observadas através de danos concretos já visíveis, porém, outras são projeções do que acontecerá no futuro [10], e, justamente por se concentrar no futuro, o risco pode ser que ocorra, como pode ser que não. Desse modo, a organização do presente dependerá da ponderação acerca do risco, dentro daquela ideia de Luhmann pautada no binômio *risco-segurança*.

Para explicar essa perspectiva de o futuro ser um risco, Luhmann trabalha com a noção de tempo e de memória. Para isso, explica que o tempo seria uma forma de diferenciar entre o antes e o depois, assim, há um movimento, no qual o antes é o passado, enquanto o depois é o futuro. A elaboração do tempo com a evolução das sociedades depende de cada cultura, por exemplo, Luhmann se pergunta se na sociedade moderna a semântica do tempo não poderia ser medida por meio da diferença entre a imanência e a transcendência. Para poder trabalhar dentro dessa perspectiva, o referido autor parte da ideia de tudo o que acontece, ocorre simultaneamente, ou seja, o ambiente existe em torno de um sistema e não antes ou depois, assim o ambiente não pode ficar preso no passado, nem mesmo o presente do sistema se voltar em direção ao futuro do entorno, assim existe um sincronismo entre os sistemas em si e deles para com o ambiente. Logo, é importante que se

observe que como os sistemas sociais são operativamente fechados e cognitivamente abertos, tomam suas decisões conforme o seu passado, ou seja, suas decisões sobre o futuro são sobre o passado. Nesse contexto, a memória quanto mais complexa (abrangendo diversas possibilidades) for, mais longe poderá antever inconsistências entre o passado e o futuro, porém, ao mesmo tempo, permite a sua diferenciação [11].

Essa memória permite a observação de incongruências entre passado e futuro. Ambas permeiam as decisões que envolvem o risco, pois apesar de as decisões abarcadas pelo risco preverem sobre o futuro, tais decisões por si só não são futurísticas e sim construções do tempo que levam em consideração a história.

Na sociedade de risco a consciência individual toma uma nova dimensão, porque o próprio agir humano redefiniu a sua responsabilidade ética, ou seja, como muitas das consequências e dos riscos vivenciados pela sociedade decorrem de atos humanos no planeta, da produção industrial e do desenvolvimento tecnológico, o agir humano toma uma nova perspectiva ética. Situações que anteriormente eram percebidas como exteriores à vontade humana, na qual a sociedade se limitava a aceitar as consequências de forma passiva, geralmente se reportando à noção de destino, no novo contexto social, os riscos são, ao menos indiretamente, decorrentes da existência humana. É “como se as fronteiras do natural e do artifício se tivessem progressivamente esbatido, e que tudo ou quase tudo do clima à diversidade biológica, estivesse, a partir de agora, em nosso poder”, ao mesmo tempo em que está em nosso poder, também lhe devemos o dever de proteção. Assim, muitos atos que anteriormente eram socialmente aceitos, não passam mais pelo crivo social, em razão de suas consequências para o planeta, o que cria uma *imputabilidade ética* a partir de um vínculo observado entre: um ato de um cidadão em particular que ganha uma proporção gigantesca, difundindo o

risco de maneira global, e pior, por vezes riscos invisíveis e difusos; uma conexão entre o local e os efeitos para as presentes e futuras gerações; analisar se o agente possuía conhecimento anterior acerca dos efeitos negativos do risco. Evidentemente, ocorre um alargamento nos padrões de responsabilidade, sendo que os juristas têm presente que a noção de responsabilidade, seja partilhada ou objetiva, progressivamente ampliou o seu conceito para abarcar uma situação que envolva a noção do risco [12].

Em outras palavras, a responsabilidade pelo risco ganha outra dimensão, em primeiro lugar, passa-se a imputar efetivamente quando da ocorrência do risco, sem que se necessite de um dano, outrossim, a imputabilidade ganha uma noção ética, pois o agir humano não mais pode ser inconsequente, justamente essa inconsequência deu vazão à sociedade de risco, de modo que a punição a quem não age eticamente é justificada em prol da defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Aliás, especialmente quando há a noção de que o agir social trará consequências irreversíveis à sociedade sem que saiba a sua efetiva magnitude.

Portanto, dentro dessa perspectiva de que o risco impera na sociedade pós-reflexiva, o poder judiciário tem integrado tal conceito em suas decisões, para tanto, utiliza-se da terminologia do princípio da precaução, quando se refere ao risco, diferenciando-o do dano em concreto.

3- O princípio da precaução como meio de ponderação do risco ambiental

Partindo dessa análise da sociedade de risco, o pressuposto do princípio da precaução seria uma forma de avaliar o risco ambiental, especialmente no processo judicial, pois, como a preocupação está diante do futuro, é justamente essa apreensão que deve balizar as escolhas de quais medidas devem ser tomadas para evitar o risco.

O princípio da precaução foi observado pela primeira vez pelo filósofo alemão Hans Jonas, na década de 1970, que, preocupado com as ameaças à humanidade provocadas pela energia nuclear e a clonagem, discorreu sobre uma ética do futuro e a necessidade de uma obrigação precaucional transgeracional de evitar catástrofes. Também na Alemanha, em 1974, a Lei Federal de Proteção Contra Emissões trouxe no seu texto o princípio da precaução no ambiente da poluição atmosférica. Entretanto, somente na década de 1990 o princípio ganhou proporções mundiais, o que foi possível graças à Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [13], realizada em junho de 1992, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual foi um marco para observância entre as nações do princípio da precaução, pois determina que mesmo diante da falta de certeza os Estados devem observar tal princípio.

Nessa mesma oportunidade, foram ratificados dois outros tratados internacionais que consagram o referido princípio. Na Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1994, consta no seu preâmbulo que os países “observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça” [14]. Além disso, foi assinada a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, visto que os Estados, claramente preocupados com catástrofes climáticas e efeito estufa, comprometeram-se a adotar medidas de precaução para mitigar os efeitos negativos do risco, as quais seriam satisfatórias em um contexto mundial ao menor custo admissível, devendo ocorrer uma cooperação entre os países, para que diferentes contextos socioeconômicos possam evitar os efeitos das alterações climáticas. Tal fato demonstra que tanto o sistema da Política

quanto o sistema do Direito internalizaram o referido princípio para controle do risco ambiental.

A aplicação do princípio da precaução depende que estejam presentes os *riscos ambientais* e a *incerteza jurídica*. Isso é o que o diferencia do princípio da prevenção, pois enquanto aquele regula riscos ainda improváveis ou que podem ocorrer, de outro modo, a prevenção tende a controlar os riscos tecnicamente comprovados. O fundamental é que a passagem da “regulamentação preventiva” para a “regulação precaucional” dos riscos representa uma mudança de paradigma, pois, enquanto o princípio da prevenção exige *provas científicas concludentes*, a precaução vai incidir sobre os riscos hipotéticos, ou seja, sem que tenham sido comprovados. É dentro dessa perspectiva que governos, cientistas e cidadãos vão gerir o risco, tendo em vista que tanto tratados internacionais quanto legislações específicas de cada país já internalizaram a noção de risco, bem como a aplicação do conceito de precaução para mitigá-lo [15].

O pressuposto dos riscos ambientais se justifica porque os resultados dos riscos são catastróficos e/ou preocupantes. Assim, não se pode esperar provas concludentes ou científicas de um dano, consequentemente, a precaução incide sobre os novos riscos ambientais que se caracterizam por serem: *globais*, ou seja, abrangem grandes regiões do planeta, que se difundem em uma larga escala, apresentando magnitude nunca antes observada; *retardados*, demoram gerações, décadas ou séculos para se concretizar, mas, em certo momento, estabilizam-se apresentando dimensões catastróficas, especialmente em face de sua irreversibilidade e extensão; *irreversíveis*, são aqueles que quando se concretizam são imutáveis ou, pelo menos, que enquanto o ser humano existir não poderá reverter a situação de risco, significa a impossibilidade de retroceder no tempo [16].

Evidente que essas três características (globalidade, retardabilidade e irreversibilidade) dos riscos não podem ser consideradas taxativas, pois mesmo que um risco não seja irreversível, dependendo da sua gravidade, irá justificar a aplicação do princípio da precaução. A gravidade irá depender da análise dos projetos, quando se encaminha uma licença de Estudo de Impacto Ambiental, nesse momento são observados especialmente os pressupostos descritos na Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986.

Mesmo com a preocupação acerca da irreversibilidade e globalidade, o que dificulta a discussão sobre o risco entre os Estados é sua invisibilidade. Tudo o que é feito pela sociedade está envolto por riscos, os quais são produzidos incessantemente por todos. Tal característica impede muitas vezes que seja possível indicar o seu causador e os riscos sequer são percebidos pelos consumidores, ocasionando uma *imputabilidade civilizacional do risco* [17]. Importante ressaltar que, devido ao efeito bumerangue, os países ricos acabam importando os riscos que produzem nos países em desenvolvimento, frequentemente explorando o trabalho das camadas mais baixas da sociedade.

O outro pressuposto para a aplicação do princípio da precaução é a existência da incerteza científica, ou seja, que as pesquisas científicas não tenham provas conclusivas acerca do risco. Nesse caso, a incerteza se caracteriza quando os danos já ocorreram, mas não se sabe o que os ocasionou, ou então as pesquisas apontam para uma possível causa para a ocorrência do dano, no entanto, desconhece-se como há uma relação entre eles, ou há dúvida se ao fazer determinado ato causar-se-á algum dano ou risco. Mesmo com a incerteza científica, a aplicação do princípio da precaução depende de uma *probabilidade mínima*, nesse sentido, a Comissão Europeia exige que *motivos razoáveis* justifiquem a precaução. Entretanto, outra expressão que melhor caracteriza a incerteza científica é a *verossimilhança*, tendo em vista que quando se observa a sociedade sob o

perspectiva do risco, o qual pode ser irreversível ou mesmo global, a possibilidade de sua configuração exige que a precaução seja aplicada [18].

Como se observa, o princípio da precaução exige esses requisitos de novos riscos e incerteza científica, cabendo a análise de sua verossimilhança. Pois bem, referida análise depende de um processo de governança, ou seja, de como o sistema do Direito e da Política irão aplicar a precaução para a tomada das decisões. Esse processo deve estar amparado pelos princípios, como aqueles descritos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, além da transparência, abertura, participação, eficácia e outros que regem a Administração Pública e os processos de licenciamento ambiental. O princípio da eficácia “se releva sobretudo na ponderação das vantagens e inconvenientes e na escolha das medidas precaucionais”, enquanto que os princípios da participação e abertura “são especialmente importantes na percepção da aceitabilidade social dos riscos”. O princípio da coerência “é crucial na escolha das medidas precaucionais”, sendo que em todos os casos incide o princípio da transparência “como uma exigência muito especial na regulação de decisões polêmicas como são forçosamente as que convocam o princípio da precaução” [19].

A responsabilização da sociedade através da adoção do princípio da precaução é necessária em razão de que a governança do risco exige que uma resposta protetiva seja dada devido ao agir ético. A responsabilização, como o próprio nome revela, gera que determinado agente *responda por* determinada situação, tendo em vista que na sociedade de risco o Poder Judiciário possui o dever de salvaguarda em face da vulnerabilidade ambiental, diante da proteção constitucionalmente amparada. A decisão judicial que vai determinar a responsabilização não é vista como arbitrária, uma vez que o agir humano é responsável pelos atos por ele produzidos. Quando o agente fere o agir ético que dele se espera deve assumir as obrigações dali decorrentes, logo,

a partir do momento que não respeita o texto constitucional, deverá arcar com as respectivas consequências. Nesse caso, a gravidade dos riscos é tamanha que a atividade que os causa fica sujeita a responsabilidade, pois o que está em discussão é “o risco criado num horizonte futuro indeterminado e a respeito de uma categoria abstrata de pessoas”, posto que sem a proteção a tais valores ambientais a sua manutenção no planeta não está assegurada diante da existência humana. Inclusive, François Ost chama esse dever de proteção de *missão*, visto que é uma obrigação que está diante da fragilidade do meio ambiente [20].

A ponderação acerca de vantagens e inconvenientes é necessária porque as situações de risco geralmente envolvem grandes empresas e atividades muito lucrativas, sendo que os efeitos colaterais, ou seja, suas consequências, além de serem difusas, serão percebidas somente pelas futuras gerações, logo, enquanto o lucro é notado no presente, os seus efeitos somente no futuro. Isso prejudica a ponderação, pois o decisor precisa enxergar o futuro e, para dentro dessa perspectiva, construir o seu presente, levando em consideração, inclusive, a ideia trazida por Luhmann de *risco-segurança*. Assim, para que essa ponderação seja possível, somente um processo pluridisciplinar que envolva tanto critérios jurídicos quanto científicos, já mencionados anteriormente na análise do risco, para a aprovação de um Estudo de Impacto Ambiental permite que as decisões sejam pautadas por princípios da transparência e do contraditório. Esse processo, que leva em conta aspectos sociais, ambientais e econômicos, ao ser transparente permite que a sociedade, em especial a população que será afetada pelo risco, tome conhecimento e possa opinar e participar dessa tomada de decisão [21].

Na sociedade de risco, aquele que produziu o risco ou mesmo lucrou com ele em algum momento será por ele atingido, isso é chamado de *efeito*

bumerangue, ou seja, inclusive os países ricos estão sujeitos às consequências de sua produção. Explica Beck que “esse efeito socialmente circular de ameaça pode ser generalizado: sob uma égide dos riscos da modernização, cedo ou tarde se atinge a *unidade entre o culpado e a vítima*” [22]. Por isso que o autor fala em equidade entre as classes, pois, via de regra, na sociedade industrial, os efeitos colaterais geralmente eram percebidos pelas camadas mais baixas da população, e, com isso, não se quer dizer que tal diferenciação e distribuição não-equânime tenham deixado de existir, mas na sociedade de risco essa diferenciação se torna difusa, inclusive, mitigando-se aquela observada entre o culpado e a vítima. Importante observar que mesmo com a noção e as consequências dos riscos difusos e seu efeito bumerangue, ainda assim, as populações mais pobres são as mais afetadas pelo risco, principalmente em função de seu despreparo para lidar com os efeitos.

Além da ponderação acerca do risco, o processo para a sua aplicação se baseia na *construção social do risco* e na decisão acerca do nível adequado de proteção que o princípio da precaução irá determinar. A construção social do risco deve ser entendida como a criação da aceitabilidade social acerca do risco e em informar a população por meio de processos transparentes e participativos, os quais permitam a criação de uma percepção do risco. Isso exige que o Poder Público e quem detenha o conhecimento científico forneçam informações e conhecimento acerca das vantagens inconvenientes e com demais características, ou seja, o conhecimento não deve ser monopolizado, a sociedade precisa estar informada sobre o risco. Nesse caso, a participação pública é necessária, pois quanto maior a incerteza, mais importante será a participação da sociedade. Logo, a gestão do risco exige a sua ponderação, tendo em vista que a presença do risco é inerente à sociedade, de modo que, para que o sistema da Política, o qual tem a função de tomar decisões coletivamente vinculantes [23], leve em consideração a

opinião pública, os cidadãos necessitam ter informações corretas e coerentes acerca do risco, para que não sejam iludidos ou influenciados por um medo que não se adéqua às consequências do risco [24].

Apesar da necessidade de que a população seja ouvida acerca do risco, especialmente com as audiências públicas, a aceitação social não é a opinião que deve prevalecer na escolha de se adotar alguma medida precaucional, bem como qual será efetivada. A sociedade pode aceitar relativamente bem atividades, pesquisas que possuam grande risco, enquanto repudia outras que possuem um baixo risco [25], ou seja, existem riscos que são socialmente aceitáveis, tendo em vista que não se tem como admitir uma sociedade sem riscos. Logo, não se pode permitir que as gerações atuais opinem sobre quais riscos são aceitáveis, quando as suas consequências serão percebidas pelas futuras gerações, que, conseqüentemente, não puderam decidir sobre isto.

Considerando que é função da política a tomada de decisões, o princípio da precaução deve procurar um consenso entre os cidadãos, comunidade científica e poder político, proporcionando, dessa forma, que sejam evitados os riscos considerados graves e irreversíveis pela comunidade científica e, ao mesmo tempo, não tolerados e considerados injustos pela população, especialmente aquela afetada pelo risco, e, ainda, os que não são aceitos pelos poderes políticos. Dentro dessa sistemática, a ponderação levará em consideração a análise do risco, o que dentro de uma perspectiva objetiva satisfaz a discussão sobre a inexistência de provas científicas concludentes, haja vista que se trabalha sob a ideia de verossimilhança [26]. Por fim, havendo a aplicação do princípio da precaução, necessita-se a ponderação sobre qual medida adotar, bem como sua intensidade.

4- A pertinência do olhar precaucional sobre a avaliação da prova no processo judicial

O princípio da precaução há um longo tempo vem dominando a doutrina, conforme se observou no capítulo anterior, porém encontra óbice quando da aplicação perante os Tribunais, os quais em última instância são os personagens que resolvem os conflitos que envolvem a proteção do meio ambiente diante do risco ambiental.

Para melhor contextualizar o tratamento do Judiciário perante o risco ambiental, é necessário um resgate histórico, pois os riscos ambientais, decorrentes do avanço tecnológico e industrial, não eram motivo de preocupação, eis que o progresso científico e o desenvolvimento econômico não eram objeto do Direito. Assim, em um primeiro momento, o Direito somente se atentaria aos danos efetivamente concretizados. Com a gradativa destruição ambiental e tímida formação da noção de risco ambiental, no segundo momento, as decisões judiciais passam a contemplar os riscos, porém somente quanto ligados a um dano, ou seja, o risco como forma de apontar para o causador do dano. Em um terceiro momento, dentro do conceito de pós-modernidade, passa-se à efetiva preocupação com os riscos produzidos pelo avanço tecnológico e especialmente com a sua complexidade e magnitude, de modo que os riscos realmente começam a fundamentar decisões jurídicas, sem que, para tanto, tenha que haver um dano concreto. Conforme se observa diante desses três momentos, o Judiciário tratava somente dos chamados *riscos concretos*, em que, em matéria de responsabilidade civil, o risco é critério de imputação para a punição do causador de danos concretizados. Todavia, de acordo com o que se percebe no terceiro momento da aplicação do risco, a partir da perspectiva da sociedade de risco, não se pode pensar somente na proteção a partir do dano,

mas sim levar em consideração que o risco cria vínculos com as próximas gerações. Dessa forma, deve ser realizada a gestão do *risco abstrato*, para prevenir a ocorrência de danos, ou mesmo de novos riscos, visto que há um dever de preservação em prol das gerações vindouras, uma vez que hoje a sociedade lida com problemas, sobre os quais nada se sabe [27].

Dentro dessa perspectiva da gestão do risco, a Constituição Federal prevê, no seu artigo 225, o direito fundamental “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como 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”. Em outras palavras, o Estado de Direito ao prever referida noção de proteção ambiental em sua Constituição demonstra que essa norma é essencial para a sociedade, sendo que ao prevê-la na sua lei maior, tanto o legislador quanto a comunidade possuem o dever de respeitá-la, pois é fundamental à vida. Outrossim, considerando a sua dimensão de fundamentalidade, bem como a positivação da norma, estas embasam a noção de que os direitos legitimam a atuação do Estado e são formas de Justiça social [28].

Nesse sentido, José Joaquim Canotilho [29] explica que o Estado de Direito deve ser um Estado ambiental, o que é observado a partir de duas dimensões jurídico-políticas, a primeira seria a de que o Estado, juntamente com outras nações, cidadãos e comunidade científica, deve elaborar e incentivar políticas públicas pautadas na sustentabilidade. A outra dimensão se configura no dever de a sociedade civil e os órgãos estatais tomarem medidas concretas para responsabilizar o poder público pela preservação em face das futuras gerações. A gestão do risco, nesse caso, ganha aspectos intergeracionais, tendo em vista que o que se busca é evitar riscos vindouros, ou seja, tomam-se decisões no presente, para que as futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, o

Estado de Direito Ambiental deve construir regras e princípios, bem como possuir uma vigilância sobre a sociedade, para que a sustentabilidade seja efetiva, porém tudo deve ser feito “sem postergação das regras básicas da juridicidade estatal”. Exige-se ainda que o Estado de Direito Ambiental promova a justiça ambiental, ou seja, uma igualdade entre a comunidade, sob pena de que os riscos ambientais sejam deslocados para zonas periféricas ou nações, que, por suas condições, possuam menos capacidade para criar meios de conter o risco. Mesmo se uma lei violar um Estado de Justiça Ambiental, pode-se fazer uma reflexão sobre ela, entendendo que ela cria uma desigualdade ambiental, especialmente em razão do dever de proteção ambiental ser norma fundamental e legitimadora de um Estado de Direito.

A tutela jurisdicional, visando promover uma justiça intergeracional, vai proferir decisões constitucionalmente amparadas, as quais protejam as presentes e futuras gerações, de modo a considerar ilícitos os riscos produzidos atualmente. Dentro dessa perspectiva, a ponderação judicial acerca do risco, ou seja, se determinada atividade excede os limites socialmente aceitáveis, vai depender de uma racionalização sobre a incerteza diante do futuro, bem como da análise da probabilidade, verossimilhança e magnitude do risco. Inclusive, a análise desses critérios de gravidade potencial do projeto vai ocorrer, em um primeiro momento, na elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, bem como da prova pericial técnica realizada durante o processo. De qualquer forma, o julgador ao declarar que determinada atividade é ilícita em razão de produzir determinado risco, vai se basear no princípio da precaução para impor determinada obrigação de fazer ou de não-fazer, a qual deverá ter relação direta com o risco que está em discussão [30]. Justifica-se a adoção de medidas obrigacionais, ao invés de indenizatórias, porque quando se trata de risco, a princípio não existem parâmetros quantificáveis, como ocorre com o dano.

Fica claro que a proteção ao meio ambiente decorre da diminuição dos efeitos nocivos produzidos pelos seres humanos, pautada por um meio-termo entre a salvaguarda dos equilíbrios naturais e a proteção dos interesses humanos. Entretanto, o que muitas vezes se observa é que o agir humano opõe os equilíbrios naturais aos seus interesses, sem perceber que a manutenção dos interesses humanos é passível ao equilíbrio natural, ou seja, ambas podem e devem coexistir, sem que sejam deturpadas mutuamente. Dentro da perspectiva do dever de manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, impõe-se a lógica de que se determinada proteção é justa de maneira intergeracional, certamente também o será para a geração presente que habita o planeta [31], de maneira que a responsabilização diante do risco é permitida e se justifica, cabendo ao jurista quando da análise da prova judicial ter presente que o risco ambiental, por trazer consequências adversas à manutenção da sadia qualidade de vida, fundamentar-se na aplicação do princípio da precaução. Referida decisão, por evidência, estará em consonância com o que termina o texto constitucional, haja vista que o respeito às formas de vida existentes no planeta, por vezes demanda a abstenção de provas cientificamente concludentes, tendo em vista que o agir ético determina que a responsabilidade diante do risco atinja uma conotação pautada na verossimilhança.

A avaliação da prova no processo judicial vai depender de um acoplamento estrutural entre a ciência e o Direito, pois o julgador terá que analisar, sob a perspectiva do Direito, as informações técnicas produzidas pelos estudos científicos. Logo, é fundamental, dentro do processo, a avaliação da prova pericial e, por isso, essa questão gera certos conflitos quando de sua ponderação pelo julgador, uma vez que este, na qualidade de observador, deve aplicá-la dentro dos limites do Direito. Esse diálogo entre os

sistemas do direito e da ciência não vincula a decisão do juiz ao laudo pericial, eis que, conforme determina o sistema processual civil brasileiro, no seu artigo 436, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. É claro que a prova pericial, em razão do seu cunho técnico e científico, observa ou não a existência de um risco, porém quando o julgador necessita formar a sua convicção, ao analisar dentro do sistema do Direito referida prova, está permitido a adotar postura diversa daquela indicada pelo perito [32]. Importante observar, que quando se fala que a prova pericial é fundamental, deve-se considerar que determinados riscos, diante de sua incerteza não permitem a produção de prova pericial. Contudo, essa “não-prova” também é uma prova, pois demonstra a insegurança e a difusão do risco, de modo que havendo uma verossimilhança (através, por exemplo, de indícios ou de riscos já observados, os quais podem desencadear outros riscos indiretos) para a possível ocorrência do risco, a tutela jurisdicional vai se fundamentar nessa “não-prova” para aplicar uma medida precaucional.

Esse filtro que o Direito esboça para analisar a prova pericial traz os critérios valorativos substanciais e procedimentais, nos quais o julgador irá se amparar para observar a tecnicidade, haja vista que o Direito está observando outro sistema, fazendo uma construção racional de algo que não é jurídico. Sobre como analisar o laudo pericial, utilizam-se os critérios *substanciais* que vão demonstrar se há coesão no laudo pericial, bem como se é possível lhe atribuir veracidade científica, analisando especialmente a metodologia aplicada [33]. De outro modo, o critérios *procedimentais*, como o próprio nome revela, referem-se ao resguardo do procedimento de análise do laudo, ou seja, se foi respeitado o devido processo legal e a análise científica prova para elucidação dos fatos e convencimento do juízo, devendo observar nesse caso o disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Referidos critérios permitirão que o julgador, quando da ponderação da prova pericial, faça-o de acordo com a credibilidade atestada pela prova pericial [34], ou seja, a realização da prova terá que respeitar os comandos processuais brasileiros.

Assim, a gestão do risco realizada pelo julgador, dentro da perspectiva do princípio da precaução, depende que a prova produzida contenha os critérios acima referidos, sendo que mesmo que não seja possível a realização de prova técnica, devem estar presentes meios para firmar a convicção do julgador sobre a possibilidade de ocorrência do risco. Esses meios seriam, especialmente, a probabilidade de ocorrência do risco, já verificada anteriormente, e, para dosar o nível da medida precaucional, analisa-se a sua magnitude, ou seja, quão grave é o potencial lesivo do risco. Dentro do ponto de vista da magnitude, o julgador deverá avaliar a irreversibilidade do risco, bem como as características da região que será afetada pelo mesmo, tendo em vista que determinada área geográfica pode ao mesmo tempo ser “área de preservação permanente (art. 2º da Lei 4.771/1965), macrorregião especialmente protegida (§ 4º do art. 225 da CF) e unidade de conservação (Lei nº 9.985/2000)”, de modo que “cada uma dessas *camadas de proteção* exerce uma maior sensibilização do Judiciário à proteção ambiental, diminuindo a tolerância aos riscos ambientais ali produzidos” [35].

Conforme se observa, na sociedade do risco os juristas decidem formas de controlar/criar o futuro, cabendo-lhes analisar o caso concreto para ponderar acerca de qual medida precaucional melhor se adéqua proporcionalmente à preservação do meio ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (percepção de intergeracionalidade). Ainda, deverão se ater aos comandos constitucionais e processuais para realização do devido processo legal, uma vez que o princípio da precaução e a noção de

risco não podem violar o Estado de Direito, mas, ao contrário, permitirem a sua concretização.

5- Considerações finais

A sociedade pós-moderna precisa suportar os riscos que foram produzidos a partir de sua industrialização e produção em massa, de modo que os avanços e as catástrofes que a assolam passam a difundir os riscos ambientais. Estes são observados a partir de critérios de invisibilidade e globalidade. A gestão do risco é possível a partir do *risco-segurança* proposto por Luhmann, pois a tomada de decisões, levando em consideração a sua margem de risco, pode formar a real noção de risco. De qualquer forma, partindo da perspectiva que o risco está presente na sociedade pós-reflexiva, os juristas integram aludido conceito em suas decisões sem associá-lo ao dano (como ocorria quando começou a ser utilizado), aplicando, no caso, o princípio da precaução.

Referido princípio é uma forma de avaliar o risco ambiental, tanto no processo judicial quanto no administrativo, quando da análise de um Estudo de Impacto Ambiental, pois, como a preocupação está diante do futuro, é justamente essa apreensão que deve balizar as escolhas de quais medidas o julgador deve tomar para evitar o risco. A força do princípio da precaução ocorreu devido à existência de Convenções Internacionais, como a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica e a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas que obrigaram os países a proteger o meio ambiente mesmo diante da incerteza científica. Assim, a aplicação do princípio da precaução depende de um processo que faça a análise dessa incerteza, bem como demonstre quão provável é a

ocorrência do risco, visto que este irá determinar que espécie de medida deve ser adotada para que o mesmo seja evitado.

Com efeito, o cuidado do texto constitucional brasileiro com a gestão do risco ambiental determinou que é dever de todos a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. A responsabilização em razão da falta do agir ético em relação à proteção ambiental em uma sociedade produtora de riscos vai determinar que cada pessoa seja responsável por determinada situação (quando for possível a sua identificação), tendo em vista que na sociedade de risco o Poder Judiciário possui o dever de salvaguarda em face da vulnerabilidade ambiental, diante da proteção constitucionalmente amparada.

Dessa forma, o Direito ao acoplar a prova técnica deve se balizar de critérios que descrevam o risco ambiental de maneira coerente e proba, bem como se utilizar de toda a técnica jurídica processual, tendo o cuidado de evoluir na técnica sem se corromper para dar respostas jurídicas dentro da perspectiva do Direito. Além disso, a atuação jurisdicional demonstra e legitima o Estado de Direito, pois tem o dever de proteger o comando fundamental inserto na Constituição pátria.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília: Senado Federal, 1988.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1049822/RS*. Recorrente: AllAmerica Latina Logística do Brasil S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Min. Francisco Falcão. Brasília, 18 de maio de 2009. STJ. REsp 1049822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009. Seção Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800840619>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARVALHO, DéltonWinter de. A construção probatória para a declaração jurisdicional da ilicitude dos riscos ambientais. *Revista da AJURIS*, n 123, ano XXXVIII, set. 2011.

____. A genealogia do ilícito civil e a formação de uma regulação de risco pela responsabilidade civil ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. n. 65, ano 17, São Paulo: RT, jan./mar. 2012.

____. A tutela constitucional do risco ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, HelineSivini; BORATTI, Larissa Verri. *Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

____. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CONSELHO Nacional do Meio Ambiente – IBAMA. *Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

CORSI, Giancarlo. *Glosario sobre La teoría social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Iteso, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1993.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

MINISTÉRIO do Meio Ambiente. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2000.

NAÇÕES Unidas. *Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global (2012): povos resilientes, planeta resiliente*. Nova York: Nações Unidas, 2012. Disponível em: <www.un.org/gsp>. Acesso em: 03 ago. 2012.

OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

Notas de fim

[1] O termo pós-modernidade é explicado por Ulrich Beck (*Sociedade de risco: rumo à outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010) como um esforço para compreender os conteúdos que o desenvolvimento histórico da modernidade nas últimas duas, três décadas atribuiu a essa partícula. Já a nomenclatura “sociedade contemporânea” é utilizada por Raffaele de Giorgi (*Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1993. p. 185). Refere Anthony Giddens (*As consequências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991. p. 12) que o termo pós-modernidade foi popularizado por Jean-François Lyotard como um “um deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no processo planejado humanamente”.

[2] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1993. p. 185.

[3] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991. p. 58.

[4] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1993. Ibid., p. 186.

[5] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 7.

[6] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991. p. 14-16.

[7] Como o presente texto vai tratar acerca do risco, é importante que este não seja confundido com o perigo, conforme explica Luhmann, pois o risco provém da decisão enquanto o perigo de fatores externos: “Conel objeto de poder hacerjusticia a ambos niveles de laobservación, daremos otra forma al concepto de riesgo. Nos serviremos, más concretamente, de la distinción entre riego y peligro. Esta distinción supone (y así se diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una inseguridad en relación a daños futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al médio ambiente; y em este caso, hablamos de peligro.” (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992. p. 65).

[8] Ibid. p. 62-63.

[9] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 23.24.

[10] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo:34, 2010.p. 39-40.

[11] LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992. p. 78-79.

[12] OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 304-305.

- [13] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p. 9-10.
- [14] MINISTÉRIO do Meio Ambiente. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2000. p. 7-8.
- [15] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p. 19-20.
- [16] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p. 20-21.
- [17] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 49-51.
- [18] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p. 32-33.
- [19] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p. 37.
- [20] OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 307-309.
- [21] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p.38-39.

[22] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 43-44. Grifo do autor.

[23] Explica Giancarlo Corsi (Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Iteso, 1996. p. 128) que “el sistema político es un sistema parcial de la sociedad diferenciada por funciones [véase diferenciación de la sociedad] Su función específica es aportar para la sociedad la capacidad de decidir de una manera colectivamente vinculante. La política está relacionada estrechamente con el proceso y con la utilización del poder [véase poder], que permite realizar la función de la misma política. Esto no significa que todas las comunicaciones políticas sean uso o amenaza de uso del poder (no lo son. por ejemplo, los debates parlamentarios, las discusiones entre los partidos políticos, etcétera), sino que un sistema político se forma, diferencia y alcanza autonomía sólo a partir de la ineliminabilidad de un poder capaz de motivar a aceptar decisiones vinculantes. El código del poder (superiores/inferiores) permite la reproducción de la comunicación política.”

[24] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p. 42-44.

[25] Ulrich Beck (*Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 69) sobre essa conscientização dos riscos como uma luta entre as racionalidades científica e social possui a seguinte tese: “A origem da crítica e do ceticismo em relação à ciência e à tecnologia encontra-se não na ‘irracionalidade’ dos críticos, mas no fracasso da racionalidade científico-tecnológica, diante de riscos e ameaças

civilizacionais crescentes. Esse fracasso não é mero passado, e sim um presente urgente e um futuro ameaçador. Tampouco é o fracasso de disciplinas ou cientistas isolados, mas se encontra fundado sistematicamente na abordagem institucional-metodológica das ciências em relação aos riscos. As ciências, portanto, da maneira como estão constituídas – em sua ultraespecializada divisão do trabalho, em sua compreensão de métodos e teorias, em sua heterônoma abstinência da práxis – não estão em condições de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, de vez que têm destacado envolvimento em seu surgimento e expansão. Antes de mais nada, elas tornam-se – em parte com a boa consciência da ‘pura cientificidade’, em parte com peso na consciência – as madrinhas legitimatórias de uma poluição e contaminação industrial em escala mundial do ar, da água, dos alimentos etc., assim como da decrepitação generalizada com ela associada e da morte das plantas, animais e seres humanos”.

[26] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2008. p. 49-50.

[27] CARVALHO, Délton Winter de. A tutela constitucional do risco ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri. *Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 263-264.

[28] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 56.

[29] *Ibid.* p. 44-45.

[30] CARVALHO, DéltonWinter. A genealogia do ilícito civil e a formação de uma regulação de risco pela responsabilidade civil ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. n. 65, ano 17, São Paulo: RT, jan./mar., 2012. p. 93-94.

[31] OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 310-311.

[32] CARVALHO, DéltonWinter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 106-107.

[33] CARVALHO, DéltonWinter de. A construção probatória para a declaração jurisdicional da ilicitude dos riscos ambientais. *Revista da AJURIS*. n.123, ano XXXVIII, set., 2011. p. 41-42.

[34] CARVALHO, DéltonWinter de. A construção probatória para a declaração jurisdicional da ilicitude dos riscos ambientais. *Revista da AJURIS*. n.123, ano XXXVIII, set., 2011. p. 43-44.

[35] *Ibid.* p. 55-57. Grifos do autor.

Sobre os autores

Bruno Cozza Saraiva

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Advogado. Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS). brunocozza19@hotmail.com

Carlos Alexandre Michaello Marques

Mestrando em Direito Público na Linha de Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogado. Graduado em Direito (2006) e Especialista em Gestão Ambiental em Municípios (2008) pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, em Didática e Metodologia do Ensino Superior (2010), em MBA em Gestão de Pessoas (2011) e em Metodologias e Gestão para Educação a distância (2012) pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Professor e Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS/CNPq) e do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH) da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. prof.alexandre@mmpadvogados.com

Celine Barreto Anadon

Mestranda em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Especialista em Direito Público pela Anhanguera –

UNIDERP e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Procuradora do Município de São José do Norte/RS.

Fernanda Frizzo Bragato

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito e Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pós-doutora pela Birkbeck College da Universidade de Londres. Professora de Direitos Humanos na Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS.

Francisco Quintanilha Vêras Neto

Professor Associado I, titular da cadeira de História do Direito da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal de Rio Grande – FURG. Líder do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS) do curso de Direito da mesma Universidade. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental da FURG.

Gabrielle Tesser Gugel

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, na Linha de Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, São Leopoldo, RS, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogada. gabigtugel@gmail.com

Gleirice Machado Schütz

Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Tem formação

interdisciplinar em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e especialização/MBA em Direito da Economia e da Empresa, na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Atualmente, é bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, com ênfase em Direito Público, e participa de pesquisas em Direitos Humanos nesta instituição de ensino.

João Luiz Rocha do Nascimento

Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI).

João Paulo Allain Teixeira

Professor da Faculdade de Direito do Recife (CCJ/UFPE). Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE). Professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Democracia e Constitucionalização de Direitos (UNICAP/CNPq).

Rafael Fonseca Ferreira

Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Comércio em Relações Internacionais pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor de Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande – FURG. Advogado.

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos Cursos de Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora Adjunta. Professora convidada do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina (UNESC). Pesquisadora CNPq e Fapergs. Coordenadora do Grupo de Estudos sobre o Constitucionalismo Latino-Americano – GEDCONST. Grupo de pesquisa no CNPq: Direito, Ambiente e interculturalidade.

Ricardo Azenne

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/PUCRS)

Sheila Stolz

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FaDir/FURG/RS). Mestre em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (UPF/Barcelona/Espanha). Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE-CAPES) realizado na Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (UCM/España). Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG). Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG-UAB-CAPES).

Silvana Mattoso Gonçalves de Oliveira

Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professora de Direito Constitucional da Faculdade Nova Roma.

Taysa Schiocchet

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com período de pesquisas doutorais na Université Paris I – Panthéon Sorbonne (CAPES) e FLACSO – Buenos Aires (FIC/NIH). Pós-doutorado pela Universidad Autónoma de Madrid (Fundación Carolina). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professora convidada da Université Paris X. Líder do Grupo de Pesquisa e Estudos Avançados em Direito, Tecnologia e Biopolítica – |BioTecJus|. taysa_sc@hotmail.com.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social

Vol. IV – Hermenêutica, sociedade e natureza:
análise crítica dos paradigmas (pós) modernos

Organizadores da coleção:

SHEILA STOLZ

CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES

CLARICE GONÇALVES PIRES MARQUES

Produção vinculada ao Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade - GTJUS

Informações sobre os volumes anteriores:

Vol. I – Estado, Violência e Cultura na Sociedade contemporânea.

Organizadores: Sheila Stolz; Carlos Alexandre Michaello Marques; Clarice Gonçalves Pires Marques

Vol. II – Cultura e Educação em Foco

Organizadores: Sheila Stolz; Carlos Alexandre Michaello Marques; Clarice Gonçalves Pires Marques

Vol. III – A juventude diante das estruturas materiais e simbólicas da modernidade

Organizadores: Jackson da Silva Leal; Carlos Alexandre Michaello Marques; Sheila Stolz.

Todos os volumes integrantes da Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social são uma iniciativa do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH), estão vinculados ao Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG/UAB) e foram financiados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).



NUPEDH



SEAD



CAPES

Ministério da
Educação



COLEÇÃO OLHARES E REFLEXÕES SOBRE
DIREITOS HUMANOS E
JUSTIÇA SOCIAL



NUPEDH



SESD



Ministério da
Educação

