

Antonio Carlos Wolkmer
Maria Aparecida Lucca Caovilla
(Orgs.)

Temas Atuais sobre o Constitucionalismo Latino-Americano



Antonio Carlos Wolkmer
Maria Aparecida Lucca Caovilla
(Orgs.)

**Temas Atuais sobre o Constitucionalismo
Latino-Americano**

São Leopoldo

editora
Karywa
2015

© Editora Karywa – 2014

Rua Serafim Vargas, 66
São Leopoldo – RS
cep: 93030-210
editorakarywa@gmail.com

Conselho Editorial:

Dra. Adriana Schmidt Dias (UFRGS – Brasil)
Dr. Cristóbal Gnecco (Universidad del Cauca – Colômbia)
Dr. Eduardo Santos Neumann (UFRGS – Brasil)
Dr. Raúl Fonet-Betancourt (Aachen – Alemanha)

Comissão científica do evento

Alejandro Rosillo Martínez (Universidade Autónoma do México)
Lucas Machado Fagundes (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC)
Marcelo Markus Teixeira (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Reginaldo Pereira (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Ricardo Sontag (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Sidney Francisco Reis dos Santos (Universidade Estácio de Sá)
Silvana Winckler (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)

Organizadores do evento

Núcleo de Iniciação Científica Cidadania e Justiça na América Latina (UNOCHAPECÓ)
Núcleo de Estudos e Pesquisas Emancipatórias – NEPE (UFSC)
Núcleo *Stricto Sensu* em Direito da UnoChapecó

Comissão organizadora do evento

Antonio Carlos Wolkmer (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC)
Maria Aparecida Lucca Caovilla (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Anderson Pinheiro (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Bruno Ferreira (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Cláudia Cinara Locateli (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Daiane Vidal (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Helenice da A. Dambrós Braun (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)
Lucas Machado Fagundes (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC)
Tiarajú Luiz da Rosa Lázari (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)

Apoio: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

* *Os textos são de responsabilidade de seus autores.*

Diagramação e arte-finalização: Rogério Sávio Link

T278 Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano. [e-book] / Orgs. Antonio Carlos Wolkmer, Maria Aparecida Lucca Caovilla. São Leopoldo: Karywa, 2015.

359p.

ISBN: 978-85-68730-02-7

1. Direito constitucional; 2. Interculturalidade; 3. América Latina; I. Antonio Carlos Wolkmer; II. Maria Aparecida Lucca Caovilla.

CDD 340
CDU 342.4

SUMÁRIO

| | |
|-------------------|---|
| APRESENTAÇÃO..... | 8 |
|-------------------|---|

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Profª. Ms. Maria Aparecida Lucca Caovilla

PARTE I: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

| | |
|---|----|
| OS MOVIMENTOS SOCIAIS NA AMÉRICA LATINA DO SÉCULO XXI: UM NOVO PARADIGMA | 11 |
|---|----|

Bruno Ferreira
Carmelice Faitão Balbinot Pavi
Maria Aparecida Lucca Caovilla

| | |
|---|----|
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO E DIALÉTICA DA DESCOLONIZAÇÃO | 32 |
|---|----|

Débora Ferrazzo

| | |
|--|----|
| NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CIDADANIA E JUSTIÇA COMUNITÁRIA | 47 |
|--|----|

Anderson Tadeu Pinheiro
Helenice Braun
Ligiane Franceschi

| | |
|---|----|
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO E SUA APROXIMAÇÃO COM AS POLÍTICAS SOCIAIS, COM ÊNFASE NO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA | 70 |
|---|----|

Julcéia Carmen Kroth Gheller

| | |
|--|----|
| NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR: UMA PERSPECTIVA BASEADA NA CULTURA DA PAZ | 87 |
|--|----|

Mônica Martins
Jeverson Hermenegildo
Amélia Silva

| | |
|---|----|
| LIBERTAÇÃO E SOCIALISMO: UM DIÁLOGO A PARTIR DE ELEMENTOS DAS 20 TESES DE POLÍTICA E DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO | 97 |
|---|----|

Luís Henrique Orio

PARTE II: PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO PARTICIPATIVO

| | |
|---|--|
| A NAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: ESTADOS PLURINACIONAIS..... | 119 |
| | <i>Jeniffer da Silva</i> |
| PLURALISMO, NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA: APROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS | 132 |
| | <i>Ivone Fernandes Morcilo Lixa</i> <i>Débora Ferrazzo</i> |
| RELAÇÕES ENTRE O PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO E OS MOVIMENTOS SOCIAIS | 153 |
| | <i>Antonio Carlos Wolkmer</i> <i>Débora Vogel da Silveira Dutra</i> |

PARTE III: INTERCULTURALIDADE E MULTICULTURALIDADE

| | |
|--|--|
| INTERCULTURALIDADE: MATRIZ DE FUNDAMENTAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA | 168 |
| | <i>Daiane Vidal</i> <i>Cláudia Cinara Locateli</i> |
| CIDADANIA MULTICULTURAL: DOS DIREITOS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS CULTURAIS | 186 |
| | <i>Aline Luciane Lopes</i> <i>Yasa Rochelle de Araujo</i> |
| CONSTITUCIONALISMO DO SUL E INTERCULTURALIDADE: A EXPERIÊNCIA BOLIVIANA | 204 |
| | <i>Débora Ferrazzo</i> <i>Francisco Carlos Duarte</i> |

PARTE IV: NOVAS INSTITUCIONALIDADES CONTEMPORÂNEAS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

| | |
|---|---------------------------|
| O DIREITO À CONSULTA NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS: REGULAMENTAÇÃO E EFETIVAÇÃO..... | 220 |
| | <i>Thais Luzia Colaço</i> |
| PRINCÍPIOS DA FORMAÇÃO PROFISSIONAL DOS JUÍZES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO | 232 |
| | <i>Giovanni Olsson</i> |

| | |
|---|---|
| A ACCOUNTABILITY COMO INSTRUMENTO EFICAZ NO GOVERNO ELETRÔNICO E NO PROCESSO JUDICIAL | 249 |
| | <i>Rodrigo da Costa Vasconcellos</i> <i>Odisséia Aparecida Paludo Fontana</i> |
| A IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SANTA CATARINA ENQUANTO NOVA INSTITUCIONALIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA E EXPRESSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO | 272 |
| | <i>Idir Canzi</i> <i>Deisemara Turatti Langoski</i> <i>Geslene Agostini</i> |
| O CARÁTER POLÍTICO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 290 |
| | <i>Niédjá Alcyole Matiello</i> |
| VINCULAÇÃO DE RECEITA TRIBUTÁRIA E A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL: NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTADO | 301 |
| | <i>Andrea Aparecida Leite Marocco</i> <i>Luciane Aparecida Filipini Stobe</i> |
| TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA | 319 |
| | <i>André Amaral Medeiros</i> <i>Caren Silva Machado</i> <i>Isadora Kauana Lazaretti</i> |
| OS DIREITOS DOS ANIMAIS NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO | 339 |
| | <i>Patrícia Balancelli Pires</i> <i>Reginaldo Pereira</i> |

APRESENTAÇÃO

Nas últimas décadas ganhou força o protagonismo popular nos países latino-americanos por meio do movimento denominado novo constitucionalismo latino-americano, o qual desencadeou uma proposta de ruptura social e institucional a partir das novas Constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009). A proposta dessas constituições é diametralmente oposta ao Constitucionalismo tradicional, caracterizado pelo formalismo de matriz eurocêntrica e excludente. O novo constitucionalismo surge dos movimentos e reivindicações sociais, das revoltas e protestos, propondo a inversão do modelo eurocêntrico de poder, centrado fortemente nas camadas dominantes.

A mobilização e as diversas manifestações sociais expressam o abandono do Estado em relação ao povo latino-americano, contrapondo-se ao sistema político liberal e elitista, que desvia a principal função do Estado Social, Plural, Multiétnico e Democrático. O modelo estatal contemporâneo, nesse sentido, mostra-se insuficiente e incapaz de suprir as necessidades sociais e jurídicas existentes.

O novo constitucionalismo trilha um caminho na tentativa da materialização do pluralismo jurídico comunitário-participativo, que visa emancipar os diferentes grupos historicamente marginalizados, permitindo identificar as experiências vivenciadas na complexa realidade social latino-americana. Assim, a contribuição de constitucionalistas e juristas críticos nacionais e internacionais propõe o avanço da pesquisa científica no âmbito constitucional latino-americano, relacionada com a realidade social concreta, transformadora e provocadora de uma refundação do Estado (Estado plurinacional).

O I Congresso Catarinense Novo Constitucionalismo: Interculturalidade e Pluralismo Jurídico na América Latina, ocorrido na Unochapecó – Universidade Comunitária da Região de Chapecó, por meio do Núcleo de Iniciação Científica “Cidadania e Justiça na América Latina”, em parceria com a UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, através do NEPE – Núcleo de Estudos e Pesquisas Emancipatórias – em Chapecó – SC, nos dias 6 e 7 de dezembro de 2013, debateu e analisou as propostas democráti-

cas do novo constitucionalismo, da Interculturalidade e do Pluralismo Jurídico na América Latina.

O evento, em sua primeira edição no Oeste de Santa Catarina, reuniu pesquisadores de países latino-americanos que discutiram os desafios e potencialidades das práticas do Constitucionalismo contemporâneo na região. Tal atividade resultou no encontro de pesquisas e perspectivas produzidas por fundamentações epistemológicas, filosóficas, históricas, sociais e jurídicas genuinamente voltadas ao pensamento e a realidade dos povos latino-americanos e suas cosmovisões de mundo e vida, onde os questionamentos, reflexões e inter-relações advindas do I Congresso Catarinense Novo Constitucionalismo: Interculturalidade e Pluralismo Jurídico na América Latina, importaram no reflexo prático dos agentes participantes, os quais retornaram aos seus países de origem com uma ampla visão do contexto no continente, bem como deixaram no Brasil, especialmente no Estado de Santa Catarina, as suas contribuições.

O evento, coordenado pelos signatários, proporcionou a integração, o diálogo e o debate entre pesquisadores do Direito e da área das humanidades, reforçando assim, as expectativas de rompimento com um ideário hegemônico eurocêntrico de pensar as ciências humanas e jurídicas, reafirmando a importância de um pensamento descolonizado e insurgente no campo da teoria e prática do novo constitucionalismo latino-americano. A obra oportunizou, ainda, na parte final, introduzir temas de relevância jurídica contemporânea, em que acadêmicos e pesquisadores, contribuíram com a apresentação de seus projetos mediante artigos para a difusão e o fomento da produção científica. Em suma, eis portanto, os intentos gerais desta coletânea, que vem contribuir para um olhar diferenciado e um aprofundamento na direção de maior sensibilidade para o nosso contexto de América Latina, o que poderá ser conhecida a partir de uma leitura atenta das contribuições teóricas que se seguem.

Chapecó, abril de 2015.

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Profª. Ms. Maria Aparecida Lucca Caovilla

**PARTE I: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO**

OS MOVIMENTOS SOCIAIS NA AMÉRICA LATINA DO SÉCULO XXI: UM NOVO PARADIGMA

Bruno Ferreira*

Carmelice Faitão Balbinot Pavi**

Maria Aparecida Lucca Caovilla***

Introdução

Este estudo pretende analisar o esgotamento do modelo e da cultura jurídica tradicional na América Latina que tem se evidenciado de maneira mais intensa no início do século XXI, quando se percebe que a cultura vigente numa sociedade de massa e o modo de vida no atual estágio da humanidade não atende mais aos modelos e padrões normativos do direito estatal.

As contradições sociais, os novos paradigmas sociais emergentes, obrigam a uma discussão mais aprofundada sobre um novo fenômeno jurídico: a vontade política das classes populares nos países da América Latina, que tem demonstrado grande mobilização social e política capaz de protagonizar uma nova institucionalidade, baseada no pluralismo jurídico democrático participativo.

A reflexão propõe-se a entender especialmente o processo constitucional da Bolívia, considerando as dificuldades de construção de um constitucionalismo transformador.

* Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó. Bolsista do Núcleo de Iniciação Científica: Cidadania e Justiça na América Latina, desde março de 2012.

** Docente e pesquisadora da Área de Ciências Humanas e Jurídicas da Unochapecó. Especialista em Direito Processual Civil. Pesquisadora voluntária do Núcleo de Iniciação Científica: Cidadania e Justiça na América Latina.

*** Docente e pesquisadora da Área de Ciências Humanas e Jurídicas – Curso de Direito da Unochapecó. Mestre e Doutoranda em Direito pela UFSC. Coordenadora do Núcleo de Iniciação Científica: Cidadania e Justiça na América Latina.

Pluralismo Jurídico: uma característica marcante da América Latina

As histórias do Brasil e da América Latina se confundem pela dominação e escravização dos povos pelos colonizadores europeus. As culturas indígenas e dos primeiros povos que aqui viviam foram suprimidas, assim como os quilombolas, verdadeiras organizações sociais que detinham um direito próprio, plural e que confrontava com o direito oficial, produto das classes dominantes, em especial, a coroa portuguesa no Brasil.

Nesse contexto, Robert Weaver Shirley, disserta acerca da situação colonial vivida no Brasil nesse período:

(...) Portugal não tencionava trazer justiça ao povo ou mesmo prestar serviços mais elementares a sua colônia. Essa desvinculação entre o Estado e a população é um tema constante na história brasileira. Direito que aqui existia era o dos coronéis, as leis da elite agrária, que embora basicamente uma forma do direito consuetudinário português do século XVI. A estrutura do Estado era fundamentalmente neofeudal e patrimonial, com o poder de fato nas mãos das grandes famílias de fazendeiros. A maior parte da população não tinha voz no governo nem direitos pessoais. Entretanto o que realmente ocorreu foi uma constante fuga de escravos das fazendas para o interior, onde criaram pequenas comunidades africanas – os quilombos, ou se misturaram aos indígenas, ou mesmo aos mulatos, descendentes de portugueses e escravos africanos. Ao longo dos séculos, grandes áreas do Brasil central foram povoadas com estas pequenas comunidades rurais, em grande parte excluída das leis das cidades e da economia nacional e internacional. (...) Esta camada social, denominada caipira ou cabocla nas várias regiões do Brasil, também possuía uma elaborada cultura legal, baseada no direito consuetudinário português. (SHIRLEY, 1987, p. 80s).

O colonizador introduziu o seu modo de viver em desfavor das camadas sociais mais abastadas, não houve oportunidade e nem vontade para emancipar os povos que aqui viviam, pelo contrário, suas culturas e vontades foram ao longo dos anos objetivo de “coisificação”¹, ocultando seus direitos e promovendo toda forma de alijamento social. O Estado

¹ Expressão utilizada por Enrique Dussel para retratar a condição do negro escravo, tratados como mercadoria: “Nunca na história humana tal número e de tal maneira coisificados como mercadorias, foram tratados membros de nenhuma raça. Outra glória da Modernidade!” (DUSSEL, 1993, p. 163).

nasce das elites e não dos anseios da população e deixa um lastro até os dias atuais.

A propósito, a colonização tanto no Brasil, quanto na América Latina como um todo, passa pela ausência de reconhecimento dos povos como protagonistas de mudanças, um modelo colonizador que importou um aparato burocrático e formalista na cultura jurídica brasileira e latino-americana, em favor das classes dominantes, um constitucionalismo de matriz hegemônica, apontado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo:

O feito colonial colocou os povos indígenas em uma posição subordinada. Seus territórios e recursos foram objeto de espólio e expropriação por terceiros; Sua mão de obra foi explorada, e até o seu destino como povos foi retirado de suas mãos. A ideologia da “inferioridade natural dos índios” e a figura jurídica da tutela indígena permitiram estabilizar por muito tempo o modo de subordinação indígena, a independência política das colônias americanas a respeito das metrópoles não significou o fim dessa subordinação. Os novos Estados latino-americanos se organizaram embaixo de brilhantes Constituições liberais, mas com projetos neocoloniais de sujeição indígena. (2011, p. 139, grifos do autor, tradução nossa)

A autora continua descrevendo o surgimento do pluralismo jurídico em meio à colonização, pouco ou quase nada preocupada com os povos, surge em primeiro plano a figura do Estado e as demandas sociais sequer são debatidas, a realidade social e as manifestações sociais e jurídicas dentro de um mesmo espaço geopolítico são desconsideradas (FAJARDO, 2011).

(...) O pluralismo jurídico, como forma de coexistência de vários sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico, inclusive em sua forma colonial subordinada, não era admissível para a ideologia do Estado-nação. O Estado-nação monocultural, o monismo jurídico e o modelo de cidadania censitária (para homens brancos, proprietários e ilustrados) foram à coluna vertebral do horizonte do constitucionalismo liberal do século XIX na América Latina. Um constitucionalismo importado através das elites crioulas para configurar estados a sua imagem e semelhança, com exclusão dos povos originários, dos afrodescendentes, das mulheres e das maiorias subordinadas, e com objetivo de manter a sujeição indígena. (FAJARDO, 2011, p. 140, tradução nossa)

O pluralismo jurídico, portanto, vem para rever a situação de hegemonia das elites, permitindo o reconhecimento e o respeito à diversidade

de normas jurídicas paralelas ao Estado, que apontam para um novo olhar sobre o Direito, pois este não consegue enquadrar todas as relações de distintos extratos sociais, com particularidades próprias e incompatíveis com o direito formalista, considerado como único e válido.

Significa dizer que o pluralismo jurídico está voltado para o reconhecimento da pluralidade de direitos em um mesmo espaço geopolítico, para os novos atores sociais, compostos pela diversidade, que ao longo da história foram excluídos pelo poder absoluto das classes dominantes. A respeito dos novos atores sociais, Antonio Carlos Wolkmer (2013, p. 21) aduz que: “Na composição e dinâmica do pluralismo jurídico, compreende-se a interdependência na diversidade de instituições sociais: Igrejas, sindicatos, associações civis e empresas”.

A reflexão de Wolkmer assenta a ideia de várias manifestações sociais dentro de um mesmo espaço geopolítico, mas que ao longo dos séculos foram encobertas pela colonização e pela hegemonia do Estado. Fatores que produziram um Direito voltado para as elites, que não almeja a emancipação do sujeito.

(...) o pluralismo no direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Sem adentrar em uma discussão sobre as variantes do pluralismo jurídico “desde cima”, transnacional e globalizado, seja do modelo “desde abaixo, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, importa sublinhar a proposição de um constitucionalismo pluralista comunitário e intercultural”. (WOLKMER, 2013, p. 21)

Para Maliska (2009, p. 31): “o pluralismo jurídico surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades”, esclarecendo que não se trata de um sistema, mas de múltiplos ordenamentos que viabilizam as necessidades de grupos de pessoas, contrapondo o modelo positivista, para o qual o único detentor do poder de devolver a tutela de um direito é o Estado, desconsiderando os conhecimentos locais, as normas paralelas ao Direito oficial.

Ante o poder monopolista do Direito, surge, então, pela Constituição Brasileira, o dever do Estado respeitar e admitir coexistência de outros sistemas organizacionais ou ordens jurídicas fundadas em nor-

mas, usos, costumes e tradições que regulam a vida social de um povo indígena. A essa coexistência é dado o nome de pluralismo jurídico. A idéia de pluralismo no tocante à aceitação de um sistema ou ordem jurídica de povos indígenas não retira características primordiais do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a unidade estatal, e a aplicação de lei a todos. Ao contrário, a aceitação das normas jurídicas não-estatais (pela previsão do Pluralismo na própria Constituição Federal de 1988 e em legislação promulgada como nacional – Convenção 169/OIT) que afastam a aplicação da norma jurídica estatal tem o simples objetivo de fortalecer e legitimar os mecanismos de administração da justiça. (VILLARES, 2012, p. 292)

Nos últimos anos o pluralismo jurídico na América Latina aparece com força renovada, isso se deve, também, às lacunas promovidas pelo Estado, cuja desigualdade social propicia a criação de normas paralelas ao direito oficial, vez que o Direito é reduzido a meras formalidades e a população vive nesse descompasso, a mercê das elites que colonizaram e introduziram seus costumes nos países latino-americanos, considerando que, os poucos direitos conferidos foram suprimidos, ou apenas parcialmente reconhecidos.

No entanto, este modelo atual do Direito, fundando em uma matriz hegemônica e elitista, já não se mostra suficiente, quiçá algum dia foi. Esse modelo único e soberano é ineficiente à realidade social, pelo descompasso do Estado de Direito com a realidade dos povos. A crise do Direito e sua estagnação são explicadas por Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 88, tradução nossa): “A simetria liberal moderna – todo o Estado é de direito e todo direito é do Estado – é uma das grandes inovações da modernidade ocidental”. O autor observa ainda, a dificuldade de se adotar um conceito mais amplo do Direito, frente à pluralidade cultural.

Depois de dois séculos de suposta uniformidade jurídica, não será fácil para os cidadãos, organizações sociais, atores políticos, serviços públicos, advogados e juízes adotarem um conceito mais amplo de Direito que, ao reconhecer a pluralidade de ordens jurídicas, permita desconectar parcialmente o direito do Estado e reconectá-lo com a vida e a cultura dos povos. (SANTOS, 2010, p. 89, tradução nossa)

No mesmo sentido, o professor Antonio Carlos Wolkmer elaborou um profundo estudo acerca do pluralismo jurídico democrático do tipo comunitário participativo, em sua obra intitulada “Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito”, apontando para as novas

formas de manifestações sociais, bem como a multiplicidade de práticas jurídicas em um mesmo espaço sócio-político.

O pluralismo jurídico deve ser entendido como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagida por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais. (WOLKMER, 2001, p. 219, grifos do autor)

Nesse sentido, a pluralidade de fontes materiais do Direito é uma característica da cultura brasileira, inserida na diversidade dos povos, por isso, não se pode mais reduzir a fonte jurídica única e exclusivamente na lei, que por sua vez, é criada pelo Estado. Tal assertiva assenta-se na teoria de Hans Kelsen (1998, p. 231), o qual defende que: “somente uma pluralidade de comunidades ou ordens jurídicas colocadas umas ao lado das outras, sem uma ordem global que as abranja a todas, as delimite umas em face das outras e constitua uma comunidade global é impensável”.

O pluralismo jurídico é diametralmente oposto ao monismo jurídico, considerando que a concepção monista é baseada no poder único e exclusivo do Estado, nos padrões historicamente enraizados na cultura do Direito moderno², no modelo eurocêntrico, ou seja, um modelo centralizador, elitista, liberal-individualista, construído a partir da imagem e semelhança do colonizador europeu, representado, principalmente, pelo direito privado, pelas leis abstratas e gerais, que desconsideram a diversidade e outras formas de manifestações sociais.

Não é por demais relevante lembrar que, na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial, quanto as instituições jurídicas formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições) derivam da tradição legal europeia, representada, no âmbito privado, pelas fontes clássicas dos direitos romano, germânico, e canônico. Igualmente, na formação da cultura jurídica e do processo de constitucionalização pós-independência, há de se ter em conta a herança das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas e liberais inerentes às declarações de direitos, bem como provenientes agora da nova

² A modernidade é um processo gestado no continente europeu ao início da afirmação dos Estados unitários e que culmina a invasão, conquista e colonização da América Indiana (LEAL; FAGUNDES, 2011, p. 120).

modernidade capitalista, de livre mercado, pautada na falsa tolerância e no perfil liberal-individualista. (WOLKMER, 2013, p. 22-23)

A cultura jurídica herdada pelo Brasil institucionalizou um Direito que não abrange as culturas, povos e manifestações sociais. Pelo contrário, permanece enraizada uma cultura centralizada no Estado e, com isso, não permite outras formas de poder, legitimadas nos atores sociais. O poder unitário não pode se sobrepor à diversidade. “A constituição (...) enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas” (WOLKMER, 2013, p. 19).

Fazendo um contraponto, Gregorio Robles Morchón aduz que:

A tese monista, segunda a qual só existiria um “direito”, o que quer dizer que só haveria um ordenamento jurídico no mundo, tem sua origem na Teoria do direito natural. Esta concepção responde em sua origem a uma ideia harmoniosa e unitária do mundo, a uma metafísica de ordem cósmica. Assim como a natureza constitui uma ordem organizada de acordo com a lei, um cosmos unitário, assim sucede com o mundo humano e com o direito. Só existiria um direito autenticamente, o direito natural, o qual se manifestaria de distintas maneiras pela necessidade de adaptar-se as mudanças culturais característica de toda teoria jusnaturalista, mas aonde talvez alcance sua expressão mais elaborada é na filosofia jurídica da Escolástica, com sua doutrina sobre a triologia de leis que lhe é própria: *lex artema*, *lex naturalis*, *lex positiva*. Para o pensamento escolástico o direito é essencialmente uno, posto que uno é o direito natural, mas se manifesta diversamente nas distintas comunidades humanas. Se compagina desse modo a unidade do conceito e a pluralidade fenomênica ou histórica. (MORCHÓN, 2007, p. 36-37, grifos do autor, tradução nossa).

O pluralismo jurídico, por sua vez, acompanha as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, um modelo inovador, insurgente, transformador, que se opõe à tese monista, com regulação e peculiaridades próprias, são realidades distintas, nas palavras de Antonio Carlos Wolkmer:

(...) ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do “pluralismo” designa a *existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos au-*

tônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem em si. (2001, p. 171, grifos do autor)

O pluralismo jurídico revela-se de característica singular, embora não seja um tema novo, nos últimos anos surge com força renovada, haja vista que as sociedades ao longo dos anos, em especial os povos ameríndios e autóctones, foram submetidas a diversas formas de alijamento social, principalmente devido ao modelo hegemônico e excludente que imperou e ainda impera na sociedade latino-americana.

No mesmo sentido, o pluralismo jurídico se constitui em uma nova forma de manifestação, para além da jurisdicionalidade estatal, que em virtude da colonização hegemônica tipicamente do homem ocidentalizado, promove a exclusão e as desigualdades de todas as ordens. O movimento divide-se em modelo das classes dominantes e hegemônicas e o conservador que une os indivíduos, sujeitos, grupos organizados em prol do bem comum. Caracteriza-se ainda, pelas formas alternativas de aplicação do direito, em que o Estado não é fonte exclusiva da jurisdição (WOLKMER; FAGUNDES, 2011).

A propósito, além do Pluralismo Jurídico o Novo Constitucionalismo Latino-Americano tem como característica o Estado Plurinacional, baseado no reconhecimento da diversidade, oriundo das novas cartas políticas da América Latina, nas chamadas Constituições Andinas, que reorganizam o poder, não aquele dominante, mas um poder em que a diversidade é respeitada, emergindo um novo constitucionalismo transformador.

O fato é que a sociedade está a cada dia mais complexa e, da diversidade de grupos sociais surgem multiplicidades de direitos a serem atendidos, ou seja, novas formas de organização social, baseados nos princípios do Estado Social, Plural, Intercultural e Democrático, das mais diversas formas e interesses. A participação da sociedade nas demandas que a envolvem é fundamental, a fim de buscar o bem comum, rompendo assim, o paradigma dominante e centralizador do poder.

Desta forma, percebe-se uma evidente colonização dos povos latino-americanos, ao longo dos séculos utilizados para atender as elites coloniais. Nesse período já existiam formas de organização social próprias, constituindo-se verdadeiros ordenamentos jurídicos autônomos e calcados em conhecimentos locais. Isso se deve ao fato da colonização trazer um modelo eurocêntrico, distante da realidade vivida na América Latina. Apesar da tentativa de exterminar os povos latino-americanos eles estão presentes, e agora, de forma organizada, pois o Estado não consegue acompanhar e dar

respostas ao pluralismo jurídico incorporado e relegado à margem do Direito positivo.

Os movimentos sociais na América Latina

A intensificação dos novos movimentos sociais gerados na América Latina, no início do século XXI, perpassa pela problemática do desenvolvimento econômico e social, por meio de experiências particulares no âmbito das políticas neoliberais, que vêm ampliando as desigualdades sociais.

Esses movimentos sociais na América Latina têm alcançado êxito por conta da capacidade de articulação e de organização de alianças entre os diferentes povos e etnias. Desta forma, quando os processos de globalização convertem-se em direitos, estes podem se tornar importantes aliados para as lutas emancipatórias.

A América Latina, no século passado e no início desse novo século, vivenciou consideráveis mudanças no aspecto político, tendo em vista as coalizões de esquerda, de tendências socialistas, nacionalistas ou desenvolvimentistas, que indicam outra linha de mudança político-ideológica fundamentada na crítica aos modelos liberais, no diálogo entre os países latino-americanos e no resgate da emancipação política e econômica para o desenvolvimento latino-americano.

O sujeito, antes da conquista de uma identidade cultural, deve buscar uma condição de pertencimento no mundo em que vive, de compreensão desse mundo, o que lhe dará uma condição diferenciada, estabelecendo pontes entre as diferentes culturas, identidades e diálogos interculturais. Diferenças culturais existem, mas especialmente quando o Estado identifica todos os sujeitos sob o manto de uma igualdade que não pode ser igual.

A produção de diferenças nasce a partir de 1500, quando existiam indígenas de um lado e africanos de outro, grupos humanos de distintas maneiras foram colonizados em sentido geral da palavra. Índios e afrodescendentes eram considerados pessoas inferiores.

Avaliar a possibilidade de uma sociedade de política universal, em que os movimentos sociais, feministas, sem terras, camponeses, indigenistas, entre outros, sejam uma opção pacífica de uma sociedade inclusiva, diferentemente da sociedade civil, que mantém o cumprimento de deveres

cívicos, porém, com pouco comprometimento com a construção da cidadania e da efetivação dos valores humanos, é necessário.

Contudo, é preciso propor o debate, que contemple uma proposta de emancipação social, fundada na autonomia das pessoas, dos sujeitos relegados ao longo da própria história, como prioridade no campo das ciências humanas e sociais.

Boaventura de Sousa Santos, ao escrever sobre “a sociologia das ausências e a sociologia das emergências: para uma ecologia de saberes” – afirma as implicações técnicas para “uma nova cultura política emancipatória” e, dessas duas dimensões, aos desafios políticos “para uma democracia de alta intensidade”, propondo as bases e as possibilidades para a reinvenção da emancipação social na realidade dos países periféricos.

A sociologia das ausências trata da superação das monoculturas do saber científico, do tempo linear, da naturalização das diferenças, da escola dominante, centrada hoje no universalismo e na globalização, além da produtividade mercantil do trabalho e da natureza. O caminho proposto pelo autor baseia-se na ideia de uma contraposição de cinco monoculturas, cinco ecologias, cujo espaço e tempo situam-se nas sociedades colocadas à margem pelos centros hegemônicos colonizadores nas lutas, experiências e saberes de organizações populares: *a ecologia de saberes*, que postula um diálogo do saber científico com o saber popular e laico; *a ecologia das temporalidades*, que considera diferentes e contraditórios tempos históricos; *a ecologia do reconhecimento*, que pressupõe a superação das hierarquias; *a ecologia da transescala*, que possibilita articular projetos locais, nacionais e globais; e por fim, *a ecologia das produtividades*, centrada na valorização dos sistemas alternativos de produção da economia solidária, popular e autogestionária. (SANTOS, 2007, p. 9, grifos do autor)

É nos movimentos sociais e nas lutas populares que o autor enxerga a saída para a superação do modelo excludente e capitalista estruturado na ordem social e jurídica na América Latina. Os movimentos sociais, como novos sujeitos coletivos surgem na sociedade capitalista nos anos 70 e 80, sob a denominação dos chamados “novos movimentos sociais” (WOLKMER, 2001, p. 121), demarcando a possibilidade de reconhecimento da capacidade de tornarem-se novos sujeitos históricos legitimados para a intervenção legal não-estatal.

Para Wolkmer (2001, p. 122):

Os “novos movimentos sociais” devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais.

Trata-se de um paradigma, de uma nova cultura jurídica e política que deve ser reconhecida especialmente pela sua caminhada histórica e social, como pela sua origem e finalidade que se estabelece como promessa de emancipação e autonomia dos sujeitos na sociedade, pugnando por uma nova organização política periférica que tem em sua essência a melhoria das condições de vida da população, diante das particularidades geradas pela convivência social e que resultam em demandas centrais da coletividade.

A proposta do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

Com o advento da modernidade, a produção do conhecimento jurídico foi configurada por único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural. Essa visão redutora atrelada ao positivismo jurídico e aos desígnios do colonialismo impediu a possibilidade de emancipação dos povos indígenas no Brasil.

Nesse sentido, as classes populares vêm se destacando num movimento latino-americano insurgente, que nas últimas décadas reforça a América Latina como expoente na construção de um novo marco constitucional, que nasce de “baixo para cima”, possibilitando a superação do colonialismo e sugerindo alternativas para a emancipação dos povos indígenas. O novo constitucionalismo latino-americano emerge como uma prática anti-colonial, capaz de romper com o pensamento eurocêntrico, dominante e voltado para as elites.

Contrariamente, a vontade constituinte das classes populares, nas últimas décadas, se manifesta no continente através de uma vasta mobilização social e política que configura um constitucionalismo desde baixo, protagonizado pelos excluídos e seus aliados, com o objetivo de expandir o campo político, através de uma institucionalidade nova (plurinacionalidade), uma territorialidade nova (autonomias assimétricas), uma legalidade nova (pluralismo jurídico), um regime político novo (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, comunidades, nações, povos, nacionalidades). Estas mudanças, em seu conjunto, poderão garantir a re-

alização de políticas anticapitalistas e anticoloniais. (SANTOS, 2010, p. 72, tradução nossa)

O novo constitucionalismo latino-americano chega como proposta transversal ao modelo centralizador, porquanto arquitetam-se novos paradigmas de interpretação do Direito, capazes de atender aos anseios dessa nova realidade social dos povos, promovendo mudanças no âmbito da interpretação e aplicação do Direito, bem como a superação do modelo de Estado elitista, apontando para um novo caminho.

A “refundação” do Estado, porém, se dá sobre novas bases, que atribuem um valor fundamental à biodiversidade e à sociodiversidade, reconhecidas constitucionalmente como bens da comunidade e das coletividades e como prerrogativas para o futuro. Estas evoluções representam desafios significativos e estimulantes, tanto para a hermenêutica, a interpretação e aplicação das disposições constitucionais, quanto para as políticas públicas e para a redefinição das relações sociais no âmbito de um novo paradigma de sustentabilidade socioambiental que, pela primeira vez na história da América Latina, e também como uma grande inovação para a teoria constitucional, parte dos princípios da cosmovisão indígena, que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns, expressões da *Pachamama*. (MELO, 2013, p. 77, grifos do autor)

Os constantes movimentos sociais vivenciados pela sociedade latino-americana vêm desencadeando a necessidade de se (re)pensar a existência de um novo constitucionalismo, o latino-americano, que se estabelece na perspectiva de emancipação do sujeito e do devido reconhecimento deste em uma sociedade diversificada e em constante transformação.

Embora os países da América latina tenham se tornado independentes, isso não representou uma mudança definitiva em relação à Espanha e Portugal, em que as matrizes europeias incorporaram os princípios do liberalismo individual, do capitalismo e da filosofia positivista. A resposta para a sociedade baseava-se ainda nas velhas estruturas europeias, representadas especialmente pelo direito romano, germânico e canônico (WOLKMER; FAGUNDES, 2011).

(...) na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas camponesas e populares. (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 377)

Tradicionalmente, os diplomas legais elaborados na América Latina, em grande parte exprimiram a vontade e os interesses das classes dominantes, esquecendo os temas locais, as necessidades dos povos indígenas, camponeses e dos movimentos urbanos. Pelo contrário, as Constituições pautaram-se na igualdade formal de todos perante a lei, cultura típica hegemônica. O novo constitucionalismo latino-americano de acordo com Wolkmer e Fagundes:

(...) traduz-se em dar vida às palavras consagradas nos textos formais, que se confirmam nas ações práticas, conduzindo as populações do regime de marginalização política e social a melhores condições de vida; eis o requisito transformador. Desde que também se constituam em processos aglutinadores de forças da cosmovisão histórica do ameríndio ou camponês, na nova ordem constitucional. (2011, p. 379)

O novo constitucionalismo latino-americano surge do descontentamento do cidadão “esquecido”, por meio de movimentos sociais dos povos, a fim de emancipar o sujeito que ao longo de sua história foi objeto de “coisificação”, uma mera moeda de troca, num sistema escravocrata que limitou e suprimiu-lhes a dignidade em favor dos interesses das classes dominantes.

A proposta do novo constitucionalismo latino-americano surge para, e, em prol daquele sujeito que ao longo de sua existência sofreu alijamento de todas as ordens. Ademais, o interesse pelo constitucionalismo e o papel da Constituição tem despertado a sociedade dos países da América Latina para um movimento insurgente, inovador e moderno, rompendo com os paradigmas do modelo europeu hegemônico, típicos do velho constitucionalismo. Um dos principais motivos para a ruptura de paradigmas é o descontentamento da situação social atual e a necessidade de recuperação da dignidade, por parte dos povos latino-americanos.

Antes de uma preocupação jurídica ou democrático-legitimadora, existe a realidade marginalizada e com carências emergenciais, fator desencadeador do processo político e jurídico (WOLKMER; FAGUNDES, 2011). Assim, o novo constitucionalismo latino-americano, a exemplo das constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela, busca romper com a matriz hegemônica, elitista e eurocêntrica, a fim de legitimar a vontade do povo, aproximando esses sujeitos dos processos decisórios, respeitando seu espaço geopolítico.

Cabe destacar que estes movimentos sociais protagonistas de mudanças no seio constitucional, deixam de serem processos impostos, pois advém das necessidades da sociedade, a fim de atender um poder que se aproxima da diversidade e da pluralidade nos processos decisórios (WOLKMER; FAGUNDES, 2011).

A esse respeito:

A democracia igualitária é a superação da democracia representativa do século XIX e a participativa do século XX, por uma democracia onde a igualdade material é o centro da atividade estatal, a igualdade formal se fecha no baú da história hipócrita de constitucionalismo moderno. (CHIVI VARGAS, 2010 *apud* WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 385, tradução nossa)

Resta destacar a abrangência e o alcance dos artigos que a positivação constitucional propicia. Exemplo disso é a Constituição Boliviana em seu artigo primeiro³, na tentativa de abranger ao máximo as diversidades. Outro motivo que traz a Bolívia como expoente do novo constitucionalismo latino-americano é a preocupação com o entendimento por parte da população pelo chamado “juridiquês”, afastando o latim e aproximando a linguagem popular dos verbetes jurídicos.

Assim, o novo constitucionalismo latino-americano busca romper com a tradição hegemônica, típica do direito moderno, a fim de consolidar o verdadeiro sentido do Direito, que não se limita no acesso ao judiciário, mas consolidar o acesso a uma ordem jurídica justa, pautada no respeito às diferenças e adequando-se as novas realidades sociais emergentes nos países latino-americanos.

O processo constitucional boliviano

Nos países andinos os novos movimentos sociais estabelecem um marco importante no âmbito do novo constitucionalismo latino-americano, tendo em vista as ações do movimento indígena, a favor da vida – da diversidade dos grupos e dos povos e a tentativa de integração

³ “Art.1. Bolívia se constitui em um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomia. Bolívia se funda na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país” (Tradução nossa).

estabelecida por uma identidade étnica politizada, que surge a partir da crise do Estado Boliviano, em 2000.

Os processos de lutas no país se fizeram presentes progressivamente nos últimos anos, antes que Evo Morales ascendesse como líder indígena, e tem como causa geral o esgotamento do modelo de Estado liberal que jamais contemplou a diversidade da população indígena do país. (PRONER, 2013, p. 146)

O ressurgimento da cultura política indígena na luta por recursos naturais estratégicos, o rompimento da ideia do Estado-Nação e a criação do Estado plurinacional, tentam estabelecer um novo marco jurídico para o constitucionalismo intercultural, com o objetivo de superar o modelo liberal, o domínio colonial e reestruturar as relações políticas e sociais.

O Estado Plurinacional é considerado com um modelo de organização política para descolonizar nações e povos indígenas originários, recuperar sua autonomia territorial, garantir o exercício pleno de todos os seus direitos como povos e exercer suas próprias formas de autogoverno. Um dos elementos fundamentais para a concretização do Estado Plurinacional é o direito à terra, ao território e aos recursos naturais. Do mesmo modo, para as organizações do Pacto, o Estado Plurinacional implica que os poderes públicos tenham representação direta dos povos e nações indígenas, originários e camponeses de acordo com suas normas e procedimentos próprios. (GARCES, 2009, p. 176)

O Estado Plurinacional permite o verdadeiro reconhecimento dos povos indígenas, que ao longo dos séculos sofreram com o processo colonizatório, integratório e desigual. A Constituição Boliviana rompe com o modelo jurídico unicista, permitindo que se reconheça e se efetive a jurisdição indígena diante do pluralismo jurídico, superando o modelo monista, haja vista que a justiça indígena será exercida pelas próprias autoridades⁴, considerando a diversidade e as características desses povos.

O processo de mudança normativa na Bolívia culminou com a aprovação do texto constitucional que apresenta novidades importantes e

⁴ “Artigo 179. I. A função judicial é única. A jurisdição ordinária se exerce pelo Tribunal Supremo de Justiça, pelos tribunais departamentos de justiça, os tribunais de sentença e os juizes; (...) a jurisdição indígena originaria campesina se exerce por suas próprias autoridades; existirão jurisdições especializadas reguladas pela lei. II. A jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originária campesina gozarão de igual hierarquia” (Tradução nossa).

que efetivamente são rupturas ao modelo preexistente de constituição. Interessa-nos especialmente buscar elementos de aproximação do modelo comunitário ao modelo jurídico individual formalista, os dispositivos nos quais essa aproximação se revela e algumas contradições e metadiscursos. (PRONER, 2013, p. 149)

A partir desse novo cenário, surgem novos processos reivindicatórios de direitos, propostas de reformulação das instituições públicas, de legitimação do Estado descolonizado, cujo debate se instaurou a partir da realidade pluriétnica. A propósito, o que há de novo agora com o Estado plurinacional é o respeito às diferenças, ao invés da homogeneização, uniformização e tratamento abstrato, fazendo com que seus membros entendam seus direitos, afastando a complexidade jurídica (WOLKMER, 1990).

(...) o projeto do novo Estado constitucional boliviano tem curto tempo histórico para que seja possível perceber as consequências, dificuldades, erros e acertos nos processos que estão sendo propostos, o modelo é bem sucedido *a priori* por permitir que a grande maioria da população do país que permanecia invisibilizada passe a existir jurídica e politicamente e se torne possível escutar suas preocupações por meio das instituições estatais. O reconhecimento da autonomia e autogoverno para os departamentos, regiões e povos ou nações no interior do país combinados com um sistema de participação e proteção departamentos, regiões e povos ou nações em conjunto com o Estado são as características fundamentais e estimulantes desse novo constitucionalismo emancipador. (PRONER, 2013, p. 152, grifos do autor)

Nesse processo, destacam-se as diversas condições pluriculturais existentes, tendo em vista a limitação e obscurização, forçada pela influência das elites e de seus interesses na seara patrimonial. Esse modelo, ora insuficiente, deve direcionar-se pela emancipação, em contraponto ao modelo dominante, que sempre decidiu de maneira unilateral. Para a quebra dos paradigmas corporalizados pela colonização, destaca-se a importância do “diálogo” e da “interculturalidade”, instrumentos fundamentais para a refundação do Estado, com uma matriz oposta ao modelo hegemônico dominador (WOLKMER; FAGUNDES, 2011).

Nas últimas décadas destaca-se a Constituição da Bolívia que permite um novo olhar sobre as estruturas jurídicas, bem como as bases políticas do Estado, pautando-se num processo de descolonização, evidenciado

principalmente pelo artigo 9^o da Constituição da Bolívia (FAGUNDES, 2013). É nesse sentido, que a consolidação do modelo de Constituição da Bolívia⁶ é apontada por Rubén Martínez Dalmau como principal fator da mudança Constitucional, baseando na necessidade de transformações e a reinvenção das estruturas políticas dos Estados latino-americanos, marcados pela opressão aos povos originários.

Para a Bolívia, o século XXI chega com uma nova expectativa, pois a partir das lutas dos movimentos sociais, setores de esquerda e agremiações políticas, ascenderam diversas matrizes teóricas para novas perspectivas no âmbito da efetivação dos valores e dos direitos humanos. É nesse sentido que a experiência da Bolívia retrata a possibilidade de avanços para a construção de novas alternativas e fazem pensar a possibilidade de aliar a justiça e o pluralismo jurídico, na perspectiva da interculturalidade, como um caminho a ser percorrido na construção de um novo Direito, despido da hegemonia e da exclusão dos povos indígenas.

A inclusão de ideias como educação para descolonização, Interculturalidade, formas de democracia comunitária, autonomias indígenas, pluralismo jurídico, Estado plurinacional, a presença dos idiomas indígenas e cosmovisões como *suma qamanã* (viver bem), *teko kavi* (vida boa), a simplificação linguística das terminologias de origem romana, como exemplo da ação e liberdade (ao invés de *habeas corpus*), são representativas de novas formas de organização do Estado com a exigibilidade e prestígio dos valores, costumes e modo de ser autênticos da heterogeneidade que conforma o país. (FAGUNDES, 2013, p. 167, grifos do autor)

A Constituição Boliviana, promulgada em 2009, cria o Estado plurinacional e intercultural e afirma direitos específicos à população de origem indígena e campesina, as quais passam a ter um maior domínio sobre uma determinada jurisdição, por meio da justiça comunitária, em que autorida-

⁵ “Artigo 9º. São fins e funções essenciais do Estado, ademais o que estabelece a constituição e a lei: 1. Construir uma sociedade justa e harmoniosa, cimentada na descolonização, sem discriminação nem exploração, com plena justiça social, para consolidar as identidades plurinacionais” (Tradução nossa).

⁶ A Bolívia tem uma população indígena que, de acordo com o Censo Nacional de População e Moradia de 2001, tem 40% da população com autodefinição indígena, 68% de autodefinição étnica como mestiços, 18% de indígenas-originários e 37% de brancos. A identidade cultural, organização política, estrutura econômica e social indígena sempre foram muito deficientemente admitidas, e seu reconhecimento se fez sob o marco das instituições provenientes da cultura dominante dos países colonizadores (PRONER, 2013, p. 144).

des escolhidas pelos próprios movimentos decidem de forma definitiva e soberana, sem interferência da jurisdição ordinária, os conflitos oriundos das comunidades indígenas, assumindo uma proposta de diversidade cultural e étnica. Isto está estabelecido nos artigos 200 e 201:

Artigo 200 – A jurisdição indígena originário campesina conhecerá todo tipo de relações jurídicas, assim como atos e feitos que vulnerem bens jurídicos realizados por qualquer pessoa dentro do âmbito territorial indígena originário campesino. A jurisdição indígena originário campesina decidirá de forma definitiva, suas decisões não poderão ser revisadas pela jurisdição ordinária, e executará suas resoluções de forma direta (Constituição da Bolívia Artigo 201 – Toda autoridade pública ou particular acatará as decisões da jurisdição indígena campesina). (Tradução nossa)

No contexto dos princípios e da cultura indígena, esse modelo compreende uma espécie de jurisdição especial, que tem seus procedimentos próprios, respeitando a cultura e os valores de cada povo indígena. Trata-se de um conjunto de direitos que vão sendo respeitados e reconhecidos nas práticas rotineiras, permitindo uma ruptura do Direito e de suas instituições jurídicas.

Ademais, tem o propósito de descolonizar a Bolívia, integrando as pessoas à comunidade, numa convivência pacífica, de respeito e de entendimento. E ainda, ao pluralismo jurídico⁷ na Bolívia evidencia a postura do Estado em reconhecer as formas e organização sociais paralelas ao Direito positivo, por meio de procedimentos próprios⁸, e que deverá ser acatada pelo poder público⁹, o que torna plenamente possível a coexistências de

⁷ “Artigo 1. A Bolívia se constitui um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. A Bolívia se funda na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país” (Tradução nossa).

⁸ “Artigo 190. I. As nações e povos indígenas originários campesinos exercem suas funções jurisdicionais e de competência através de suas autoridades, e aplicarão seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios” (Tradução nossa).

⁹ “Artigo 192. I. Toda autoridade pública ou pessoa acatará as decisões da jurisdição indígena originária campesina. II. Para o cumprimento das decisões da jurisdição indígena originária campesina, suas autoridades poderão solicitar o apoio dos órgãos competentes do Estado. III. O Estado promoverá e fortalecerá a justiça indígena originária campesina. A lei de Deslinde Jurisdicional, determinará os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena originária campesina com a jurisdição ordinária e a jurisdição agroambiental e todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas” (Tradução nossa).

ordens jurídicas distintas e com força normativa dentro de um mesmo espaço geopolítico.

Esse é um legítimo processo de mudança pelo qual passa a Bolívia, e que serve de modelo para o Brasil, para uma ruptura epistemológica, que pressupõe uma descolonização igualmente epistemológica, dos povos originários camponeses e dos povos indígenas, que buscam cultivar o “Bem Viver”.

A experiência da Bolívia retrata a possibilidade de avanços para a construção de novas alternativas e fazem pensar a possibilidade de aliar a justiça e o pluralismo jurídico, na perspectiva da interculturalidade, como um caminho a ser percorrido na (re)construção de um Direito e de uma sociedade, mais iguais, justos e humanizados.

Considerações finais

Os Estados latino-americanos vêm passando por mudanças significativas nos últimos tempos, especialmente no final do século XX e início do século XXI, quando ocorre a promulgação da Constituição da Bolívia. Há um novo constitucionalismo surgindo que pretende resgatar a inclusão social, um novo fenômeno no campo das ciências sociais e jurídicas, que tem como marco inicial a América Latina.

A proposta do novo constitucionalismo latino-americano é singular, pautada nas constituições andinas como forma real de efetivação de uma nova cultura de justiça, que nasce a partir das reivindicações dos novos sujeitos sociais, por meio de movimentos organizados para a conquista de uma nova sociedade, a do século XXI.

Há necessidade de superação dos resquícios do direito eurocêntrico, para que se reconheça a pluralidade étnica e a interculturalidade, em favor de uma sociedade inclusiva, participativa e especialmente coletiva, que surja de “baixo para cima”, a fim de estabelecer o respeito e o reconhecimento ao outro enquanto sujeito de direitos.

Há uma proposta de mudança radical, que rompe com a cultura do direito uniformizador europeu, enraizada na organização social da América Latina, propondo a valorização do diálogo em que sujeitos possam emancipar-se e transformar-se, rompendo com a hegemonia do Estado, na perspectiva do respeito às diferenças e à diversidade, já que, paulatinamente, valores culturais, costumes e dignidade, estão sendo inseridos nas novas cartas políticas dos países latino-americanos.

Nesse sentido, a informação e educação para o exercício de direitos e deveres na sociedade é fundamental à criação de uma nova cultura do Direito e especialmente do sistema de justiça latino-americano. O monopólio do Estado, no âmbito do judiciário decididamente não resolve as principais mazelas da população quanto aos seus direitos. O pluralismo jurídico propõe essa mudança de cultura em que o ator é o povo e o povo é o protagonista no resgate de seus direitos individuais e coletivos de forma mediada e participativa.

Referências

BOLÍVIA, Constituição (2009). *Nueva Constitución Política de Estado*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.bo>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*, conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o novo constitucionalismo sul-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS, Milena (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GARCES, Fernando V. Os esforços de construção descolonizada de um Estado Plurinacional e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*: IES, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. *Pluralismo e justiça comunitária: contribuindo para juridicidade alternativa*. Disponível em: <<http://www.editora.unoesc.edu.br>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno – notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MORCHÓN, Gregorio Robles. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas: ensayo de teoría comunicacional del derecho*. España: Aranzadi AS, 2007.

PRONER, Carol. O Estado plurinacional e a nova constituição boliviana – contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETTERS, Milena (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução: Mouzar Benedito. São Paulo: Bom Tempo, 2007.

SCHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VILLARES, Luis Fernando (Coord.). *Direito penal e povos indígenas*. 1. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990.

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

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO E DIALÉTICA DA DESCOLONIZAÇÃO

Débora Ferrazzo*

Introdução

A estrutura hierarquizada de normas é teorização eurocêntrica da ciência jurídica. Consolidada por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, a proposta de submeter normas de regulamentação social a outras normas que lhe confirmam eficácia até o alcance de uma norma fundamental difundiu-se por todo o ocidente e grande parte do oriente. Significa com isto, que todas as expressões de direito das diversas sociedades devem ser validadas, identificadas com a lei, para estarem aptas a produzir efeitos e serem oponíveis entre membros destas sociedades. Em suma: só é direito, o *direito posto*, o direito positivo, validado por uma norma superior, que na cultura jurídica homogeneizada no mundo, seria a Constituição.

Neste contexto, a Constituição seria o símbolo maior e instrumento fundamental para a concretização da ciência jurídica eurocêntrica. Esta ciência, a mesmo tempo em assentou sua formatação dos Estados neste sistema jurídico, elaborou alguns postulados que, incorporados nas Constituições adotadas nos diversos países, puderam conferir alguma uniformidade aos diversos países da América do Sul e esta uniformidade constitui uma identidade com os países europeus. Este movimento de identificação entre a Europa e o Sul da América Latina, denomina-se “neocolonialismo” e a teoria crítica assumida aqui, adota a perspectiva da “descolonização”.

Pois são justamente estes postulados (antropocentrismo, tripartição dos poderes, Estado Nação, entre outros) que estão sendo formalmente rechaçados em diversos países latino-americanos, nos últimos anos, em um movimento que a comunidade acadêmica tem denominado “novo constitucionalismo latino-americano”.

* Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE). Bolsista de mestrado da CAPES. Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB) em 2011.

A questão, todavia, que intriga a comunidade acadêmica, é se, embora cause grande impacto na tradição do direito positivo, a incorporação de novos paradigmas pode revolucionar a cultura jurídica, implicando no que se denomina “descolonização”, uma vez que estes movimentos tem se expressado num espaço que, como visto acima, é o símbolo maior desta cultura jurídica que se tem questionado.

Este artigo objetiva então, não a pretensiosa tarefa de responder a estes questionamentos da comunidade jurídica, uma vez que tal tarefa exige, para ser satisfatoriamente cumprida, anos de observação (um período que o próprio movimento do novo constitucionalismo ainda não propiciou), mas trazer à tona a elucidação de alguns conceitos relacionados ao debate e algumas experiências desenvolvidas no Sul, a partir do olhar do Sul (o olhar da comunidade latino-americana, espoliada, oprimida e subalternizada pelo colonizador europeu), confrontando os novos paradigmas constitucionais da América Latina com os paradigmas constitucionais clássicos eurocêntricos.

Considera-se relevante aglutinar alguns elementos de reflexão, como os citados acima, pois de fato o momento que se vive é inédito: um continente historicamente dominado e explorado, como foi e ainda é a América Latina levanta-se para assumir o protagonismo de sua vida política e ousa viver experiências criadas a partir de sua própria realidade, circunstância que não ocorre neste continente desde o início das colonizações.

Então, neste momento, não somente estão sendo inauguradas experiências inéditas no constitucionalismo mundial, como estas experiências estão sendo idealizadas fora do eixo da ciência europeia. Incrementa a riqueza e a relevância deste momento, o (aparente?) paradoxo instaurado entre a “descolonização e constitucionalismo”.

Através do método dialético, pretende-se confrontar os novos paradigmas constitucionais aos paradigmas clássicos da teoria pura do direito e da teoria geral do Estado, entretanto, sempre orientando-se pela perspectiva da teoria crítica.

Para tanto, a primeira parte deste artigo delineará em breves traços a colonização e o neocolonialismo, apontando para o eurocentrismo como mola propulsora da ocidentalização colonialista do mundo. A segunda parte apresentará, a partir do referencial teórico de autores latino-

¹ Que seria a superação do positivismo jurídico, do eurocentrismo, ou ainda, do colonialismo.

americanos, algumas experiências inovadoras em sede constitucional, acerca das quais se discute a possibilidade de inauguração de novos paradigmas de direitos. Finalmente, a terceira parte abordará os paradoxos latentes no debate sobre a descolonização pela via constitucional e a abordagem se dá sob o compromisso inarredavelmente ligado aos interesses do povo.

Colonização e neocolonialismo na América Latina

No campo jurídico, a cultura predominante na América Latina foi construída pelas mãos do colonizador. Trazido da Europa, o positivismo jurídico foi difundido por todas as regiões colonizadas e serviu como instrumento para a expansão capitalista dos países europeus, que usurpavam destas regiões suas riquezas: através da escravização e opressão dos povos originários e de outros trazidos para o mesmo fim, os colonizadores obtinham a mão de obra necessária para a extração e produção das riquezas que alimentam o sistema capitalista e aumentam as desigualdades sociais.

Previamente ao processo de expansão positivista, o movimento colonialista investiu contra o enfraquecimento, pretendendo a destruição, das culturas perpetuadas pelos povos autóctones do continente latino-americano:

A repressão cultural e o genocídio massivo levaram a que as prévias culturas da América fossem transformadas em subculturas camponesas iletradas, condenadas à oralidade. Isto é, despojadas de padrões próprios de expressão formalizada e objetivada, intelectual, plástica ou visual. Mais adiante, os sobreviventes não teriam outros modos de expressão intelectual ou plástica formalizada e objetivada, mas através dos padrões culturais dos dominantes, mesmo subvertendo-os em certos casos, para transmitir outras necessidades de expressão. A América Latina é, sem dúvida, o caso extremo da colonização cultural da Europa (QUIJANO, 1992).

Entretanto, os povos resistiram e as violências praticadas contra estes povos foram reconhecidas como tal, a partir do que, passaram a ser rechaçadas pelo mesmo sistema que historicamente vem preparando terreno e servindo de instrumento para a expansão eurocêntrica e capitalista: o direito positivo. Como exemplos disto podem ser indicadas a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do ano de 1989 e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, às quais alguns autores remetem parcela de respon-

sabilidade sobre as novas disposições constitucionais que vêm se consolidando pela América Latina, como é o caso do Equador (processo constituinte de 2008) e da Bolívia (processo constituinte de 2007-2008), que reconheceram em suas constituições o caráter plurinacional de seu Estado, rompendo com a ideia clássica positivista de uma nação para cada Estado, circunscritos num território.

Na verdade, estes instrumentos surgiram como resposta à resistência dos blocos de oprimidos e marginalizados, que mantiveram viva sua cultura, a composição de sua identidade e seus valores, e o mesmo se dá com as novas constituições, que não são ajustes à Convenção 169 da OIT ou à declaração da ONU. Dizer o contrário, que as constituições acataram as determinações dos organismos internacionais, além de equívoco, faz incorrer no risco de legitimar uma eventual tentativa do próprio sistema em se apossar fictamente da força popular, gerando no imaginário dos povos a ilusão de que a justiça constitucional nasce não de sua força, mas da virtude do sistema.

O fato é que o sistema positivo, se desvendado pelo discurso das teorias críticas libertárias, não guarda virtude nem justiça e historicamente o que este sistema vem fazendo é justamente se apossar dos méritos das organizações populares e no momento de confrontar-se com suas contradições, negá-las, transformando as necessidades humanas em garantias formais com eficácia institucional e vazias de factibilidade. Tomem-se os exemplos da declaração de direitos humanos e da reforma do século XX, através do pós-positivismo, que incorporou estas garantias e a força normativa dos princípios sob a justificativa de garantir a justiça.

Outro fato é que o sistema jurídico positivista é inadequado para as comunidades diversas da América Latina e serve, basicamente, para permitir que as relações capitalistas de opressão pelas elites mantenham a dominação sobre as classes internas e de domínio ante as classes estrangeiras. Por isto, a força coercitiva, pressuposto do positivismo, é imprescindível à manutenção deste sistema. Ocorre que, em confronto com a força do povo, o verdadeiro e inalienável titular poder (DUSSEL, 2007), a força coercitiva do direito não pode contê-lo.

Então, a maneira eficaz de manter a vigência do positivismo é através da incorporação dos anseios populares no rol de garantias do sistema. Garantias formais que apesar de vazias de factibilidade, tem este caráter omitido e são usadas como justificativa para negar o direito de resistência e revolução das comunidades oprimidas.

A proposição positivista (KELSEN, 2001, p. 69 e ss.) é que, em nome da unidade, a nação que se organiza num mesmo Estado concorda, num processo democrático, em se submeter à força coativa, pois é esta força coativa imposta pelo direito que garante a segurança das relações sociais. Então, o direito positivo eurocêntrico usa esta força para manter a ordem, a distribuição da justiça e a paz social. A parte não revelada no discurso kelseniano é que, a justiça e a paz social só serão distribuídas a uma pequena parte da sociedade. Aos demais, restará a miséria, a pobreza, a ausência de condições mínimas necessárias à sobrevivência digna. É o outro sofrendo os efeitos de um consenso do qual não fez parte (LUDWIG, 2010, p.102 e ss.).

Então, neste “consenso democrático”, cujos efeitos sofre mesmo sem ter tomado parte, o povo latino-americano passa a ser voz dissonante: propõe e exige novos espaços, onde possa expressar e afirmar sua diversidade. Desta dissonância, um novo paradigma de direito pode estar se desenhando e será a partir das demandas populares da América Latina.

Como já assinalado nas linhas introdutórias, esta simples possibilidade, já implica em um momento histórico, considerando a construção da racionalidade moderna e o nascedouro das tecnologias e paradigmas adotados em todas as ciências, inclusive (e especialmente) na jurídica. Ou seja: a racionalidade enquanto fenômeno de totalização da identidade europeia, redutora da alteridade e da diversidade latino-americana (LUDWIG, 2010, p. 99). É que a construção dos paradigmas científicos se deu dentro da racionalidade eurocêntrica e qualquer influência produzida fora deste eixo, acabou sendo subsumida à mesma racionalidade, territorial e institucionalmente falando.

O momento atual é importante por dois motivos: o primeiro é a possibilidade de se estar vivenciando a construção de um paradigma latino-americano, fora do eixo eurocêntrico, portanto; o segundo, e especialmente: um paradigma construído “de baixo”, pelos movimentos populares, para atendê-los e não para atender às elites dominantes.

A América Latina é palco deste momento histórico, onde outras culturas se levantam e se fazem reconhecer, exigindo com voz forte, a horizontalidade que a igualdade iluminista prometeu e nunca cumpriu. Exigindo a libertação suplantada por séculos pela liberdade capitalista europeia e denunciando que a fraternidade só se constrói no âmbito restrito das relações econômicas e em razão destes interesses, resultando na miséria e infelicidade humana.

Tem-se um momento em que as experiências históricas alertam e exigem perspectivas críticas e libertárias. Se o momento histórico tem potencial revolucionário (e sem dúvidas tem), tanto as lições do passado, quanto os anseios do futuro, não podem ser perdidos de vista. Para o futuro, que o horizonte seja a libertação dos povos, a alteridade e a solidariedade, como forma de combater a injustiça.

A contribuição que este trabalho pretende dar, consiste em pontuar a realidade sob a perspectiva crítica e com manifesto compromisso em favor dos oprimidos e marginalizados, reconhecendo no direito de resistência e negação à ordem uma fonte de direitos legítima e urgente. E partindo deste ponto e vislumbrando este horizonte, analisar a insurgência dos movimentos populares e seu impacto na ordem constitucional latino-americana como propõe Celso Ludwig:

Creio que, em síntese, posso afirmar que a *Teoria Crítica* tem como ponto fundamental mostrar *como as coisas realmente são* – objetivo de uma teoria –, porém *a partir* da perspectiva de *como deveriam ser*. Isso porque as coisas poderiam ser, mas não são (afinal, as coisas tem potencialidades que não são realizadas). Nessas condições, fazer *teoria crítica* significa que só posso entender o mundo a partir do que ele poderia ser. Compreender o mundo desde o melhor que nele está embutido, mas não efetivado. Não se trata aqui do interessante tema da *utopia*. O tema é o tema da factibilidade, porque se trata do que as coisas são nas suas potencialidades. Portanto, na perspectiva de uma *teoria crítica* quem diz apenas o que as coisas são só diz parte do mundo; diz o que é, e não diz a parte que ainda pode ser (LUDWIG, 2010, p.192-193).

O risco do mero reformismo e da subsunção da luta popular e suas reivindicações ao modelo tradicional positivista é a conjuntura que exige a perspectiva crítica. Afinal, foi desta forma que o pós positivismo salvou o modelo positivista clássico do colapso ante a insurgência popular: garantindo formalmente para conformar e nunca efetivando os direitos prometidos. Se os movimentos populares aceitarem novamente este acordo falaz, a história da modernidade se repetirá: um imenso rol de promessas nunca cumpridas.

Novos paradigmas constitucionais latino-americanos

A percepção pelos povos latino-americanos acerca das inadequações do juspositivismo eurocêntrico, suas contradições e ideologias ocultas,

entre outras, aliada ao processo histórico de colonização e respectiva resistência, especialmente indígena, favoreceram a instauração de uma crise que atualmente vem desconstruindo diversos modelos consagrados pelo sistema positivo, tais como a unidade da nação, o antropocentrismo, a divisão do Estado em três poderes, o monismo jurídico entre outros. Este processo vem sendo celebrado pelas comunidades oprimidas ou marginalizadas que vislumbram no continente latino-americano, a possibilidade de tornar possíveis direitos negados desde o início da colonização europeia.

Entretanto, na análise desta crise e seus reflexos constitucionais, há um ponto crucial que não pode ser perdido de vista: o risco de subsunção dos êxitos populares ao sistema positivista capitalista. Por isto, “*A factibilidade estratégica*, ou seja, a possibilidade de realizar com a razão instrumental e empiricamente os propósitos da vida humana e seu aumento histórico” (DUSSEL, 2007, p. 28. Grifo no original), através das propostas do novo constitucionalismo latino-americano, precisam ser analisadas sob uma perspectiva crítica libertária.

Há propostas (inovadoras em comparação à perspectiva positivista, mas milenares, se consideradas suas raízes nas culturas populares) surgindo nas novas Constituições latino-americanas que parecem ter condições de revolucionar as ordens jurídicas de seus respectivos países e destoar com o modelo verticalizado de direito adotado no mundo ocidental. Citam-se algumas, para exemplificar:

Em 1999, foi aprovada a *Constituição da República Bolivariana da Venezuela*. Esta constituição aumenta o núcleo do poder do Estado, há séculos dividido nas representações executiva, legislativa e judiciária. Em seu artigo 136 determina: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. *El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral*” (sem grifo no original).

A esta disposição constitucional Dussel denomina “novidade histórico-mundial nas práticas políticas da humanidade” (DUSSEL, 2007, p.153). E grifa que há possibilidade de consulta popular para eleição do poder Cidadão. Como esta não é a realidade incondicional do processo de eleição do poder, diz o autor que o processo está no meio do caminho.

De qualquer maneira, constitui um avanço com potencialidades muito interessantes do ponto de vista da participação popular. Na verdade, os dois novos poderes o significam: o poder eleitoral porque inova ao reportar a um poder específico a responsabilidade pela integridade e legi-

timidade dos processos de escolha dos representantes do povo e mesmo pela integridade dos processos eleitorais civis, quando a sociedade solicita e o poder cidadão, porque exerce função de fiscalizar todos os demais poderes e observar se estes poderes dirigem suas ações aos interesses populares.

Em 1991, a constituição colombiana anuncia em seu artigo 1º, ser uma república participativa e pluralista. Um dos instrumentos previstos na própria constituição para efetivar este princípio, é a criação de duas representações adicionais no Senado, que fica composto por cem senadores, mais dois, estes, eleitos exclusivamente entre as comunidades indígenas, para lhes representar.

Esta constituição garante ainda, o reconhecimento da autonomia dos povos, mas aparentemente, neste sentido, os maiores avanços são obtidos nos litígios judiciais, quando a Corte Constitucional Colombiana, através de sentenças, promove a factibilidade daquilo que a própria constituição, por si só, não foi capaz. Infelizmente, as próprias sentenças são, eventualmente contraditórias, na missão de efetivar a garantia de respeito à diversidade étnica e cultural (LOZANO, 2009, p. 195 e ss.).

Em 2008, foi a vez do Equador, que instituiu em sede constitucional um capítulo para tratar dos direitos da Pacha Mama, usando mesmo a denominação autóctone da natureza, tomando esta como sujeito de direitos e rompendo com a lógica antropocentrista colonizadora, que a define como objeto de direito, cuja preservação está relacionada aos interesses humanos e de desenvolvimento econômico. Determina também, no artigo 1º, que o Estado será unitário, no que não há novidade, mas insere o reconhecimento ao plurinacionalismo, e no artigo 257, onde determina os princípios da interculturalidade e da plurinacionalidade, determina a autonomia nas circunscrições territoriais dos povos indígenas e afroequatorianos.

Desde 1998 a Constituição do Equador vem progredindo no reconhecimento na diversidade cultural. Entretanto, a Constituição está em descompasso com a jurisprudência, que infelizmente é mais tímida neste reconhecimento, e com as políticas públicas em geral, que ignoram a disposição constitucional, onde se registra exceção às políticas de saúde e educação, para as quais, subsiste controvérsia sobre a influência da Constituição, mas que de qualquer forma, mostram-se mais democráticas e factíveis ao Estado realmente plurinacional e intercultural. Destaca-se ainda, que a constituição de 2008 do Equador não utiliza a divisão clássica do

positivismo para direitos em políticos, civis, econômicos etc. e usa em seu lugar uma divisão temática: direitos de participação, liberdade etc. (GRIJALVA, 2008, p. 113-133).

Finalmente, demonstrando que os movimentos populares reivindicatórios de novos direitos são anteriores aos instrumentos dos organismos internacionais, aos quais alguns autores atribuem significativa parcela de influência sobre os novos textos constitucionais latino-americanos, constata-se que “O movimento indígena equatoriano vem desenvolvendo desde os anos 80, uma definição dos *povos indígenas como nacionalidades*, e a conseqüente necessidade de um Estado plurinacional” (GRIJALVA, 2008, p. 123. Sem grifo no original).

E então a Bolívia, para concluir sucintamente o rol de exemplificações, tal como o Equador, constitucionaliza o Estado Plurinacional, e mais, Comunitário e com **autonomias**, conforme dispõe o artigo 1º da Constituição Política do Estado, que no seu preâmbulo denuncia também os abusos da colonização europeia:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y *jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia*. (Sem grifo no original)

Estes exemplos demonstram alguns avanços das lutas populares e a possibilidade de tomada da constituição, para colocá-la a favor dos povos, entretanto, aparentemente, a grande dificuldade dos Estados que vêm reconhecendo a livre determinação dos povos entre outros novos direitos, está justamente em conciliar este pressuposto com o modelo positivista de organização jurídico e política. Destaca-se que o positivismo foi projetado para ser monista. Talvez daí, derive toda a contradição denunciada pelos pesquisadores.

Novo constitucionalismo e possibilidade descolonização

Ante os aspectos já levantados, especula-se o risco de que os movimentos populares latino-americanos, se contentes com suas conquistas constitucionais formais, sejam conformados por um rol de garantias inefi-

cazes, como já o são as atuais garantias do tão romanceado Estado Democrático de Direito.

Portanto, estes movimentos precisarão manter-se permanentemente alertas, pois a centralização do poder delegado em um só instrumento (a Constituição) e especialmente se este instrumento for operado na lógica do positivismo, poderá ser mais facilmente deturpado, incorrendo no risco da fetichização, conforme alerta Enrique Dussel e Atilio Boron, em seu *Aristóteles em Mancondo*, onde reflete sobre a factibilidade de uma genuína democracia num sistema capitalista, concluindo pela impossibilidade.

a autodeterminação nacional tem sido minada inexoravelmente pelo crescente peso das forças externas políticas e econômicas, que tem assumido a tomada de decisões internas, a tal ponto que o termo “neo colônias” descreve estes países muito melhor que a expressão “nações independentes” (BORON, 2009, p.46).

Ainda sobre a questão do neocolonialismo, cuja existência é denunciada por diversos autores (incluindo Aníbal Quijano) e o seu papel fundamental para a manutenção das relações capitalistas, suas implicações nas democracias latino-americanas parecem constituir verdadeiros fatores limitantes, uma vez que:

A dinâmica da economia capitalista leva simultaneamente à criação de maior riqueza para uma minoria e de maior pobreza para a maioria. Agindo em cumplicidade com esses centros de poder, as oligarquias nacionais mantêm, através de diversos mecanismos e em seu benefício, uma situação de dominação dentro de cada país, [fala-se] de “colonialismo interno” e “neocolonialismo externo” que, na América Latina são as causas últimas da violência contra os mais elementares direitos do homem (GUTIÉRREZ, 1984, p.46).

Seguindo adiante, a redução à unidade é uma proposta eurocêntrica e em seu procedimento (e isto pode ser demonstrado pela simples observação da história) se faz pela negação daquilo que se constrói fora da Europa. Então, a identidade que se constrói na unidade, ainda que em território latino-americano, não é resultado da troca de culturas e valores, do diálogo destas culturas: é a identidade eurocêntrica, que se constrói na negação de todas as demais.

Há um paradoxo intrigante aí: incorporada às novas constituições juntamente às ideias de plurinacionalidade, diversidade cultural, livre determinação dos povos, vem então a ideia de unidade, representada pelo

Estado e pela própria Constituição e tudo o que representa². Na verdade, a junção destes conceitos dependeria de uma transformação profunda no próprio Estado, para que ele fosse espaço factível de participação e inserção popular, bem como fonte democrática de direitos. Não sendo assim, “(...) há o risco da proposta de Estado Plurinacional se converter em um ajuste da classe política para evitar o conflito social e alcançar a tão alardeada governabilidade” (GARCÉZ, 2009, p. 184).

Considerações finais

O Estado, como é historicamente consolidado, não serve para o propósito da descolonização: na prática, o Estado é impregnado tanto pelo distanciamento dos povos, quanto pela subserviência às elites. Mudar esta lógica, se possível for, requer de fato, uma revolução.

Percebe-se então, que a factibilidade do novo constitucionalismo latino-americano é controversa. E talvez seja de fato cedo para se arriscar uma opinião mais precisa sobre o tema. Mas é sem dúvida uma questão que precisa ser enfrentada. É necessário compreender se o momento histórico que a América Latina vivencia é o início da eclosão revolucionária que, depois de mais cinco séculos, finalmente se anuncia, ou se mais uma vez esta revolução será postergada, pelas promessas do positivismo e daqueles a cujo interesse serve: as classes econômicas dominantes.

A posição que se defende, ao menos preliminarmente, é de alerta. Que o otimismo pelas novas conquistas populares não afaste a vulnerabilidade de se conquistar espaços dentro das instituições colonizadoras (o Estado, o positivismo jurídico, o sistema capitalista etc.). Sobre isto, Santos (1997) identifica nas estruturas sociais, espaços que chama de emancipação social e de regulação social nos quais as exigências impostas pela sociedade pela via organizada foram se contrapondo às necessidades do sistema econômico capitalista. As exigências nasciam então nos espaços de emancipação, mas precisavam ser realizadas nos espaços de regulação, onde eram na verdade negadas. Com isto, a mega-armadilha da modernidade seria transformar incessantemente as energias emancipatórias em energias regulatórias.

O direito auxilia o sistema nestas transformações, diante do que, se existe algum potencial genuinamente revolucionário dentro do direito

² A redução dos direitos à lei, sendo direito somente o que a lei o diz ser.

positivo, ainda não se comprovou no curso desta ciência. Mesmo algumas das práticas alternativas que se mostraram tão intensas no Brasil, serviram mais para dar sustentabilidade ao positivismo e mantê-lo como sistema jurídico vigente, que propriamente para realizar direitos historicamente sonegados.

As constituições são dogmas juspositivistas. São os símbolos maiores do direito em cada Estado. Quando demandas sociais são abstraídas genericamente em textos constitucionais afastam-se da factibilidade. Ou seja: quanto mais ampla e abstrata for a abrangência da garantia constitucional, mais difícil será sua efetivação. Esta é a marca dos *princípios constitucionais*, que, se por um lado são verdadeiros “coringas” nas argumentações jurídicas, nas construções hermenêuticas, por outro são muito mais difíceis de se efetivar, por serem mais difíceis de se precisar. Então, dependerá o dispositivo de outras normas e práticas que lhe confirmem eficácia, tanto institucional, quanto prática, se a Constituição for capaz de lograr eficácia.

Então, o problema das constituições, se circunscritas na lógica positivista e para locais onde não há o interesse real na emancipação ou libertação, como é o caso claro dos colonizados pela Europa, é que estas constituições nunca se efetivam. É que as sociedades que apresentam mão de obra, que podem produzir riquezas para outras classes e especialmente, cujas terras podem guardar outras fontes de riqueza além do trabalho vivo, estão fadadas à opressão e exploração perpétuas, e é isto que viverão e legarão para as gerações futuras, caso não exerçam seu poder de insurgência.

Tais reflexões mostram que conquistas, como as que vem experimentando a América Latina, guardam grande importância, mas, não são suficientes as garantias meramente formais. Se estas conquistas forem garantias meramente formais, a América Latina não estará construindo sua descolonização. Por isto, chama atenção o termo “descolonização constitucional”, de Vargas (2009, p. 156), para quem o constitucionalismo, apesar de servir de máscara para o colonialismo, pode ser subvertido em favor dos povos oprimidos ou marginalizados.

Considerando todos estes elementos, o conceito “descolonização constitucional” mostra-se intrigante: ao menos tempo em que anuncia grandes possibilidades de conquistas para Abya Ayala, Pacha Mama, ou América Latina, inspira profunda cautela e ações verdadeiramente revolucionárias, pautadas na resistência incessante e na insurgência persistente apesar das promessas e ainda que algumas destas se tornem realidade. É

provável que para manter as conquistas celebradas no seio do constitucionalismo, seja necessária vigília permanente e rigorosa.

Para que descolonização constitucional seja um conceito possível, seria necessário que as comunidades se apropriassem deste instrumento e fizessem dele uma fonte efetiva de direitos e não uma fonte meramente formal, que a rigor na história deste continente tem servido muito mais ao propósito de conformar os blocos de excluídos que promover a anunciada emancipação popular.

Em síntese: o momento é histórico pela simples inserção de novos valores nas constituições eurocêntricas; é potencialmente revolucionário, pois deste momento pode surgir um novo paradigma que coloque a vida digna para todos como horizonte; mas guarda o risco de que este ciclo se conclua legando mais um rol de promessas não cumpridas. Portanto, há diversas questões abertas neste novo constitucionalismo que vem se construindo na América Latina e que requerem observação e questionamento crítico. Em termos filosóficos jurídicos, a formulação que poderia ser aceita e tomada como horizonte factível para este questionamento seria a de Celso Ludwig (2006, p. 221): “Em tempos de exclusão, permitir que todos caibam é direito fundamental.”

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, vol. 1, n. 6, setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 set. 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2007-2008. Disponível em: <<http://www.consuladoboliviano.com.ar>>. Acesso em: 02 out. 2013.

BORON, Atilio A. *Aristóteles en Mancondo: notas sobre el fetichismo democrático en América Latina*. Córdoba: Espartaco Córdoba, 2009. 84 p.

COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*. 1991. Disponível em: <<http://web.presidencia.gov.co>>. Acesso em: 09 set. 2013.

DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007. 184 p.

EQUADOR. *Constitución del Ecuador*. 2008. Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gov.ec>>. Acesso em: 09 set. 2013.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 44 ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra: 2005. 213 p.

GARCÉS V., Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado Plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009. p. 167-192.

GRIJALVA, Agustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009. p.113-133.

GUTIÉRREZ, Gustavo. *A força histórica dos pobres*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1984. 328 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Editora Armenio Amado, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 159p.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo Jurídico: insurgência e resignificação hermenêutica. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Orgs.). *Pluralismo jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 125-138.

LOZANO, Luisa Fernanda Garcia. A jurisprudência indígena da Corte Constitucional colombiana: produto de práticas emancipadoras ou adaptativas? In: VERDUM, Ricardo (org.) *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009. p.193-211).

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. 240p.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia e pluralismo: uma justificação filosófica transmoderna ou descolonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp. 99-124.

- MIGNOLO, Walter D. *La colonialidad: la cara oculta de la modernidad*. Disponível em: <<http://www.europphilosophie.eu>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- PAZELLO, Ricardo Prestes. MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *Libertação e Emancipação: uma revisão conceitual para a América Latina*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade e Modernidade/Racionalidade*. 1992. Disponível em: <<http://www.scribd.com>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- _____. *Colonialidad del poder, globalización y democracia*. 2000. Disponível em: <<http://alainet.org>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- _____. *Colonialidade, Modernidade e identidade na América Latina*. Disponível em: <<http://www.brasilautogestionario.org>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- _____. *Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina*. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 02 out. 2013.
- _____. *De la resistencia a la alternativa*. 2007. Disponível em: <<http://alainet.org>>. Acesso em: 02 out. 2013.
- _____. *Des/colonialidad del poder: el horizonte alternativo*. 2008. Disponível em: <<http://alainet.org>>. Acesso em: 02 out. 2013.
- RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. 3 ed. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006. 201 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1997. 348 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001. 415 p.
- VARGAS, Idón Moisés Chivi. Os caminhos da descolonização na América Latina: os Povos Indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.) *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009. p. 151-166.
- VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999. *Gaceta Oficial Extraordinaria n. 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, viernes, 24 de marzo de 2000. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion>>. Acesso em: 02 out. 2013.

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CIDADANIA E JUSTIÇA COMUNITÁRIA

Anderson Tadeu Pinheiro

Helenice Braun

Ligiane Franceschi

Introdução

As Constituições dos países latino-americanos, historicamente, consagram apenas a igualdade formal perante a lei, independência dos poderes e outros aspectos, sendo que, na realidade, as instituições jurídicas são fortemente delineadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial, isto é, predomina a exclusão, sistema representativo clientelista e elitista, com total desconsideração dos movimentos populares e camponeses.

Nesse contexto histórico poucas vezes as Constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político refletiram as necessidades das esferas sociais majoritárias, a exemplo das nações indígenas, as populações afro-americanas, as populações camponesas agrárias e os diferentes movimentos urbanos. O que se verifica é que raramente essas camadas sociais foram ouvidas e tiveram voz na elaboração de uma Constituição.

O constitucionalismo moderno tradicional de modelo liberal-estatista não satisfaz os anseios das populações. O modelo presente nas Constituições liberais não se sustenta mais, tendo em vista a necessidade de mudança frente aos anseios emergenciais das populações latino-americanas. Ganha espaço a proposta do constitucionalismo insurgente ou andino, que começa a surgir nos países latino-americanos, em razão das mudanças políticas e dos novos processos constituintes com suas caracterizações. As mudanças constitucionais nos Estados latino-americanos são constituídas por processos constituintes com participação efetiva dos povos. As primeiras mudanças ocorridas na América Latina foram a Constituição Brasileira de 1988 e a Constituição Colombiana de 1991, sendo seguidas pela Constituição Venezuelana de 1999, com o conhecido constitucionalismo popular e participativo e, por último, a Constituição Equato-

riana e Boliviana, de 2008 e 2009. Esses textos representam um constitucionalismo plurinacional comunitário, com base nas experiências de sociedades interculturais, práticas de pluralismo igualitário jurisdicional – convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia – jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa.

A experiência de alguns países da América Latina que passaram por processos constituintes nos últimos anos merece atenção e estudo por parte dos atores do direito, já que o novo constitucionalismo latino-americano caracteriza-se como fruto de reivindicações sociais.

Este texto tem como objetivo analisar o movimento denominado de novo constitucionalismo latino-americano, suas características preponderantes, com destaque ao Pluralismo Jurídico, Cidadania e Justiça Comunitária.

O movimento do novo constitucionalismo latino-americano

Historicamente o processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos teve forte influência europeia, com aporte nas Declarações dos Direitos anglo-francesas, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1887) e da França (1791 e 1793) e pela Constituição Espanhola de Cádiz (1812). Na América Latina, a cultura jurídica e suas instituições jurídicas (tribunais, códigos e constituições) também advêm da cultura europeia. A partir desse modelo a juridicidade moderna com um viés liberal se reflete diretamente sobre as estruturas institucionais dependentes e que repetem os interesses coloniais das metrópoles.

O interesse pelo constitucionalismo e o papel das Constituições para o avanço das sociedades aumentou em muitos países da América Latina, em paralelo ao incremento da consciência de exploração dos seus cidadãos e diante da evidência da falta de identidade entre interesses dos representantes políticos e os representados.

Para uma abordagem sobre os modelos constitucionais é necessário observar a concepção de Constituição:

A constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes. (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 373).

O constitucionalismo apresenta-se a partir de três modelos concebidos com base na sequência afirmativa democrática e política, voltada aos interesses sociais, mas teoricamente, com quebras de perspectivas que os diferenciam entre si, resultam em autenticidade e particularidade dado ao contexto político e social no qual se inserem, são os momentos chamados de neoconstitucionalismo – novo constitucionalismo – novo constitucionalismo latino-americano.

O neoconstitucionalismo apresenta-se como uma teoria de Direito e não uma teoria da Constituição, pois trata dos aspectos construtivos do Estado, mas também normas de proteção e rigidez constitucional. Esse modelo explica o conjunto de textos constitucionais que surgem a partir da década de setenta. São Constituições que não se limitam a estabelecer competências e a separar os poderes públicos, porém, contém altos níveis de normas materiais substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos, a exemplo a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição espanhola de 1978. O Neoconstitucionalismo deste ponto de vista é uma teoria do Direito e não propriamente, uma teoria da Constituição. Há que observar que a rigidez constitucional e as garantias frente ao Estado estão ligadas aos fatos políticos que antecederam estas Constituições, com o objetivo de recuperar a centralidade da Constituição em seu ordenamento jurídico e fortalecer sua presença determinante no seu desenvolvimento e interpretação da mesma.

O novo constitucionalismo tem como preocupação primordial a legitimidade popular, a construção democrática e participativa, o envolvimento e comprometimento com as demandas sociais que impulsionaram os novos textos constitucionais e a redimensão jurídica em favor das populações historicamente relegadas nas necessidades fundamentais, fatores que fizeram surgir o movimento chamado de “novo constitucionalismo latino-americano”.

No século XXI, os países da América Latina, em especial, Bolívia, Colômbia, Equador, Venezuela são expoentes na era denominada de constitucionalismo, emergentes da nova visão do direito constitucional. Aspecto marcante do novo constitucionalismo latino-americano é o protagonismo popular antes e depois do processo constituinte, com base na mobilização popular para a formação do poder constituinte permanente, o que o diferencia do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se distancia da participação do povo.

O atual quadro social de exigibilidade da concretização de políticas eficazes em torno das necessidades fundamentais é a linha mestra que movimenta essas novas Constituições. O movimento do constitucionalismo latino-americano pretende (re)fundar as instituições políticas e jurídicas com ideias adversas ao modelo liberal-individualista de matriz eurocêntrica, atomizado em singularidades. Esse constitucionalismo tem como aporte a riqueza cultural diversificada, observadas as tradições das comunidades, superação do modelo de política exclusivista, o qual esta a serviço das elites dominantes e do capital estrangeiro (MARTÍNEZ DALMAU, 2009).

Esse novo modelo parte do pressuposto que a Constituição deve ter como pilar a participação popular, a qual fundamenta a sua legitimidade, isto é, a proposta de Constituição deve ser elaborada por uma Assembleia Constituinte eleita com a tarefa de receber propostas e inseri-las no texto constitucional. A função da Assembleia Constituinte é fundamental, pois deve se manifestar e regular as principais funções do Estado: “a melhor distribuição da riqueza, a busca por igualdade de oportunidades, a integração das classes marginalizadas. Em suma, uma Constituição que busque o ‘Sumak Kamaña’ ou o ‘Sumak Kawsay’, como dizem as Constituições boliviana e equatoriana: o ‘viver bem’ (em quéchua) da população.” (MARTÍNEZ, 2009).

Devido a essa nova visão, o novo constitucionalismo latino-americano é chamado de constitucionalismo ‘sem país’. Pois somente o povo pode ser considerado o criador de uma Constituição, por meio dos mecanismos participativos e que legitima os processos constituintes.

Constitucionalismo “novo”, “emancipatório” ou “transformador” que esta correndo majoritariamente nos países andinos, o qual tem sido a mais recente faceta no estudo do direito constitucional, mexendo nas esferas de poder político e na ordem do Estado de Direito, passando a inovar em diversos aspectos, fatos diferenciado para cultura constitucional nas suas várias etapas históricas (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 378).

Constata-se que esse novo paradigma latino-americano apresenta questões que rompem com os velhos modelos políticos do direito e também do direito constitucional, ou seja, o Estado Plurinacional e Pluralismo Jurídico, são bases para a compreensão desse movimento político-jurídico nos países latino-americanos e sobre estes elementos far-se-á algumas considerações.

Estado plurinacional

O estudo sobre o Estado plurinacional inicia do reconhecimento de que os Estados latino-americanos adotaram o neoconstitucionalismo, o Estado moderno e o conceito de Estado-nação para atender aos interesses da massa dominadora, atraindo o poder ao Estado e este desconsiderando as especificidades históricas dos diversos povos andinos.

Neste aspecto, ressalta-se que:

O Estado moderno é uniformizador, normatizador. Desta uniformização (homogeneização) depende a efetividade de seu poder. A criação (invenção histórica) de uma identidade nacional para os estados nacionais é uma necessidade do Estado. (...) é fundamental que se crie uma nova identidade por sobre as identidades preexistentes (MAGALHÃES, 2012, p. 13).

Com isso, os Estados latino-americanos efetivam seu poder por meio da identificação de apenas uma nação, desconsiderando o fato que os povos andinos tiveram, desde antes da intervenção do colonizador europeu, uma diversidade de identidades culturais.

A discussão sobre a plurinacionalidade já está ocorrendo em vários pontos do planeta como evidenciado por Grijalva:

O constitucionalismo plurinacional é ou deve ser um tipo de constitucionalismo novo, baseado em relações interculturais igualitárias que redefinem e reinterpretam os direitos constitucionais, reestruturando a institucionalidade advinda do Estado nacional. O Estado plurinacional não é ou não deve reduzir-se a uma Constituição que inclua um reconhecimento puramente culturalista, às vezes apenas formal, por parte de um Estado, na verdade instrumentalizado para o domínio dos povos com culturas distintas, mas sim um sistema de foros de deliberação intercultural autenticamente democrática (GRIJALVA, 2009, p. 117).

A plurinacionalidade baseia-se na existência de diversas nações históricas, identidades culturais, num mesmo espaço territorial, contrapondo-se com a teoria do Estado-nação incorporado no modelo imposto na América Latina (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 391-392).

Um dos pontos centrais da plurinacionalidade é, com a interação entre as identidades culturais existentes na região latino-americana, a refundação do Estado por meio do diálogo. Entretanto, é essencial que a

refundação rompa com as práticas do modelo impositivo, como por exemplo as práticas exclusivistas das concepções liberal-individualistas que mantém a cultura monista. Menciona-se a ideia de Magalhães (2012, p. 29) no especial tocante à refundação estatal que “(...) as revoluções da Bolívia e do Equador, (...) fundam um novo Estado, capaz de superar a brutalidade dos Estados nacionais nas Américas: o Estado plurinacional, que é a ideia de uma democracia consensual, dialógica e participativa.”.

Assim, reconhecida a diversidade de identidades culturais existentes na América Latina é que a plurinacionalidade, como característica do novo constitucionalismo, se faz presente nas recentes mudanças constitucionais latino-americanas.

Pluralismo Jurídico

Outra característica importante do novo constitucionalismo latino-americano é o pluralismo jurídico que surge a partir dos impasses sociais ocorridos por meio da globalização e do neoliberalismo, sendo imprescindível repensar o modelo instituído nos Estados latino-americanos. Assim, é que a sociedade civil organiza-se para a produção de juridicidade descentralizada.

O reconhecimento do pluralismo na cultura jurídica do Direito implica na vigência de formas descentralizadas instituídas e não instituídas pelo poder estatal.

É assim que o Direito implica não unicamente na produção normativa e sua conseqüente aplicação pelo Estado moderno, mas também a elaboração de normas em processo descentralizado. Nesse tocante merece atenção o pensamento que há diferentes conceitos e valores, modos de vida, desejos e, principalmente, conceito de dignidade humana, legitimando uma nova juridicidade, descentralizada e voltada à efetiva solução dos conflitos sociais.

É necessário buscar uma conceituação sobre o que vem a ser o pluralismo jurídico, assim entendido por Wolkmer (2001, p. 219) como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficial e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

O pluralismo jurídico possui como princípios valorativos: a autonomia, que reconhece o poder dos grupos sociais; a descentralização, caracte-

rizada pelo deslocando do poder decisório para esferas locais; participação dos grupos no processo decisório de seus próprios conflitos; o localismo, entendido como o poder local que se sobrepõe ao poder central estatal; e a diversidade, base de todo o reconhecimento concedido aos povos com identidades culturais únicas.

A proposta do pluralismo jurídico abrange tanto ao direito oficial como o não-oficial, porém, possui maior efetividade no direito não-oficial. O Direito oficial não supõe somente que a norma jurídica emane do Estado, mas também que haja de alguma forma legitimidade da autoridade legislante, por exemplo, o próprio Estado ou cada grupo social. Por outro lado, o Direito não-oficial é vinculado às práticas e ações concernentes a consenso do grupo (WOLKMER, 2001, p. 223).

As articulações são importantes para a existência de um espaço comunitário descentralizado e participativo para a efetivação do pluralismo de dimensões jurídicas e políticas. Entretanto, a cultura latino-americana é extremamente centralizada no Estado, dificultando a produção desse espaço e prezando pelo pensamento eurocêntrico e todos os aspectos negativos que isso traz à possibilidade de normatização comunitária (WOLKMER, 2001, p. 249).

As formas descentralizadas dos procedimentos instituídos em âmbito estatal oficial, expressas por normatização legítima, podem ser relacionadas à área de direitos coletivos trabalhistas, mas também na esfera conciliadora, mediadora, arbitradora e nos juizados especiais, respeitando, como no Brasil, as leis infraconstitucionais. Esses procedimentos são conhecidos como “alternativos”, por serem utilizados pelos novos atores sociais.

O modelo que se propõe, conforme Wolkmer (2011, p. 399) é o pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo, direcionado às necessidades emancipatórias dos povos. Elenca como características do pluralismo jurídico: a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização de um espaço público participativo; d) defesa pedagógica em favor da ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória. Essas características explicam-se a partir da legitimação dos novos sujeitos sociais em face da noção do sujeito coisificado, abstrato, privado e metafísico do liberalismo moderno, da exigência de políticas que atendam as necessidades fundamentais do ser humano,

bens materiais e imateriais que auxiliem à sobrevivência, bem como a ética antropológica da solidariedade comprometida com a dignidade do outro.

Os meios alternativos, independentes do Direito oficial, são desenvolvidos a partir da insuficiência dos procedimentos positivados e pela observância de conceitos amplos de acesso à justiça, impondo meios de elaboração normativa e também de resolução de conflitos descentralizados. Verificada a incapacidade do poder estatal em solucionar demandas levadas pelos novos atores sociais, é que esses meios não institucionalizados ganham força (WOLKMER, 2001, p. 309).

Percebe-se que pluralismo jurídico emancipatório, de cunho participativo e comunitário, proposto pelo novo constitucionalismo latino-americano é fundamental para a prática emancipatória dos povos marginalizados, devendo-se nesse tocante observar o exercício de direito.

As constituições latino-americanas inovadoras

As Constituições da Bolívia, da Colômbia e do Equador já incorporaram o pluralismo jurídico e o direito de aplicação da justiça indígena paralela à juridicidade estatal, reconhecendo a manifestação periférica de outro modelo de justiça e de legalidade diferente daquele implantado e aplicado pelo Estado moderno.

As Constituições desses países se caracterizam pela sua originalidade, já que tratam de problemas específicos de cada sociedade, participativas na questão da economia e que buscam a efetividade dos direitos de todos os cidadãos. Nelas, também, estão previstas instituições paralelas de controle com suporte na participação popular. No Equador é conhecido como “Poder Cidadão” ou “Quinto Poder”, com o objetivo de recompor a distribuição do poder público e fortalecer a organização popular.

A Constituição Equatoriana de 2008 estabelece um Estado plurinacional e intercultural. A questão da diversidade cultural é um dos pontos centrais que o constitucionalismo atual enfrenta. O desafio se origina de dois problemas teóricos e práticos, advindo da coexistência entre grupos humanos com diversas culturas no território de um mesmo Estado. Essa coexistência critica conceitos importantes como nação, cidadania, igualdade, sempre formados a partir de projetos de Estados nacionais, os quais desconsideravam os povos indígenas, não reconhecendo-os ou querendo inseri-los a uma cultura nacional homogênea. Para Grijalva (2009, p. 115) “a diversidade cultural não é apenas um questionamento externo ao sistema

de direitos que uma Constituição estabelece, mas sim que se assenta fortemente sobre vários desses mesmos direitos”.

O constitucionalismo moderno, isto é, liberal clássico com base na igualdade formal perante a lei, no Estado nacional centralizado e na cidadania culturalmente homogênea, é fortemente questionado pelo próprio constitucionalismo sob o ponto de vista histórico e conceitual.

O primeiro questionamento do constitucionalismo moderno aparece com o Estado social e suas consequências, os direitos sociais e a concepção material do princípio da igualdade. O Estado social faz surgir o reconhecimento explícito das diferenças com o objetivo de atingir uma igualdade mais próxima da realidade, o que faz surgir também o olhar de sujeitos de direitos diferente dos individuais e de direitos distintos dos individuais.

Com o Estado social, os grupos e indivíduos concretos passam a requerer do Estado ações positivas para atingir essa igualdade real. O segundo ponto de discussão aparece na questão sobre federalismo, formas de descentralização do Estado e integração entre Estados. Em razão dessas questões que se apresentam, há a necessidade de ocorrer à discussão sobre esse novo constitucionalismo a partir do debate dialógico, concretizante e garantista. Diálogo, sob o ponto de vista da necessidade da comunicação e da deliberação constantes para que haja a familiaridade com o entendimento do outro, do diferente. Na esfera constitucional, naquilo que esteja relacionado aos direitos das nacionalidades e povos indígenas, deve operar em termos interculturais. Concretizante, esse constitucionalismo deve procurar respostas e soluções específicas e ao mesmo tempo consistentes para as situações individuais e complexas. Além disso, essas soluções devem derivar em decisões generalizáveis para casos comparáveis. É o liame entre a norma e realidade social e cultural, a interpretação constitucional deve ser, ela mesma, intercultural e interdisciplinar.

Ao intérprete constitucional compete buscar o diálogo que possibilita compreender o ponto de vista de uma cultura distinta e, principalmente, ouvi-la, se valendo dos conceitos e da indagação empírica das ciências sociais, com destaque para a Antropologia Jurídica. Garantista, porque as soluções que surgem da deliberação em torno de problemas e soluções concretas devem ter como marco a compressão e vigência intercultural dos valores constitucionais institucionalizados dos direitos humanos (GRIJALVA, 2009).

Nessa direção os direitos constitucionais só podem ser compreendidos como complementares e de hierárquica idêntica. Direitos constitucionais como os de identidade individual e livre desenvolvimento da personalidade, religião, consciência ou expressão possuem uma nova dimensão, uma vez que os indivíduos incluídos só podem exercer tais direitos em relação ao próprio direito e à própria cultura, que operam como suas condições prévias. No entanto, esse direito à própria cultura não pode ser absoluto e desconhecer os mínimos ou núcleos essenciais interculturalmente definidos dos demais direitos constitucionais. Ou seja, o direito à identidade e à diferença cultural deve estar incluso no marco dos direitos humanos à medida que estes vão sendo delineados pelo Estado plurinacional.

No que se refere a plurinacionalidade e interculturalidade no Equador a Constituição do Equador de 1998 definia o Estado como pluricultural e multiétnico e estabelecia um rol extenso de direito coletivos e diversas referências às culturas indígenas nas questões como idiomas, saúde ou educação, que foram ampliadas e enriquecidas na Constituição de 2008. Conforme destaca Grijalva (2009, p. 122):

a resposta à falta de desenvolvimento dos direitos coletivos indígenas é complexa e inclui variáveis políticas, sociais e culturais. (...) A Constituição de 1998, não antecedeu nem sucedeu o desenvolvimento de um constitucionalismo plurinacional e intercultural, tampouco um processo de constitucionalização geral e efetivo. Nem os legisladores, nem o executivo, nem o Tribunal Constitucional e outras instituições públicas de defesa de direitos humanos assumiu efetivamente, em sua atividade, os princípios constitucionais de diversidade cultural e étnica.

Exemplo clássico dessa questão é a Justiça Indígena, pois não foi criada uma lei de coordenação de justiça estatal e indígena, ou seja, a lei não se criou e não foi concretizada nenhuma jurisprudência ou instituição para fins de coordenação entre as jurisdições indígenas e a estatal. Em face dessas limitações, fica evidente o risco para o Estado plurinacional e intercultural, a sua redução à dimensão nominal, a uma forma de retórica constitucional inoperante ou simplesmente legitimadora frente às instituições e à sociedade.

Nesse processo, a Constituição deve envolver atores sociais, políticos, institucionais e técnico-jurídicos.

Verifica-se, neste aspecto, que o movimento indígena equatoriano está em busca, desde os anos 80, de uma definição dos povos indígenas

como nacionalidade e, por consequência, a necessidade de um Estado plurinacional, o que está relacionado com o reconhecimento da diversidade cultural que ganha espaço nas esferas institucional e política da estrutura do Estado.

A Constituição Equatoriana de 2008 avança no que se refere aos direitos coletivos indígenas, alguns aspectos se destacam quanto à titularidade dos direitos coletivos, diz que são titulares as comunidades e nacionalidades indígenas, bem como o povo afroequatoriano e os povos costeiros. Denota-se a ampliação desses direitos, já que a Constituição Equatoriana de 1998 estabelecia que a titularidade desses direitos eram dos povos indígenas e dos povos negros e afroequatorianos, naquilo que lhe for aplicável. Verifica-se que a classificação tradicional de direitos se elimina, dando maior visibilidade ao caráter e à igualdade hierárquica de todos os direitos constitucionais. Não consta a divisão de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e passa a ser de forma temática, isto é, direitos de participação, direitos de liberdade, entre outros. Os direitos coletivos são denominados como “direitos das comunidades, povos e nacionalidades”, sendo titulares desses direitos pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletividades, e que podem ser exigidos individualmente ou coletivamente. Essa universalização de capacidade de reivindicar direitos está em consonância com a regulamentação de garantias constitucionais da Constituição de 2008.

A Constituição da Bolívia também passa por um processo de mudanças, vivendo um tempo político emancipatório, no sentido de criar um direito a partir da realidade do povo. O artigo primeiro da Nova Constituição Política do Estado da Bolívia, define a nova organização territorial, estrutura as formas de economia, no aspecto político elege o ser humano como prioridade, na sua dimensão individual e coletiva.

De acordo com Chivi Vargas (2009, p. 160) a constitucionalização da realidade ocorre nos cenários políticos da seguinte forma: no cenário plurinacional, com a constitucionalização de formas de governo próprias, suas economias, sistema jurídicos, medicina, educação e cultura originária dos povos indígenas; no cenário comunitário, com a redistribuição da riqueza social do país, visando a construção de uma sociedade igualitária e com justiça social, traduzida no Bem Viver; a descolonização como fim fundamental do Estado em economia, política e sociedade; por fim a democracia igualitária, com vista à democracia participativa.

Portanto, a constitucionalização da realidade, a redistribuição da riqueza social entre os indivíduos que fazem parte da sociedade, a descolonização do Estado e da Sociedade, com base em uma democracia igualitária são eixos elementares que formam a Constituição da Bolívia.

Quanto a Constituição Brasileira de 1988, esta é reconhecida como uma Constituição cidadã, pois incorporou um rol significativo (e não exaustivo) de direitos humanos e introduziu novas formas de participação da sociedade na formulação e gestão de políticas sociais. Percebe-se que seguiu a tendência das constituições democráticas contemporâneas, segundo Häberle, (1997) é uma constituição aberta que demanda um esforço permanente de interpretação e integração por parte do jurista.

O Brasil, ao promulgar a Constituição Federal de 1988, fez a opção pelo Estado Democrático de Direito, estabelecendo a inclusão social, por meio da ampliação do rol de direitos e deveres dos cidadãos, uma de suas principais conquistas, que se traduzem em desafios a serem superados face à complexidade à sua efetivação.

As reformas constitucionais ocorridas na América Latina a partir da década de 80 e durante os anos 90 introduziu cláusulas de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, sedimentou-se o critério de respeito aos Direitos Indígenas, com reconhecimento da justiça indígena e de suas autoridades. Reconhece-se, também, que a partir dessas cláusulas nos textos constitucionais, os movimentos indígenas avançaram na maioria desses países, introduzindo mudanças que efetivamente respondessem às demandas de proteção dos direitos da diversidade dos povos que fazem parte do seu território.

Reafirma-se, nestas considerações, que o momento histórico vivido pela humanidade, com destaque para América Latina, desafia a construção uma nova ordem jurídico-política não necessariamente estatal, quiçá inter ou transconstitucional, dada a perspectiva de intensificação dos movimentos de integração regional, que reconheça a interculturalidade como elemento constitutivo da cena pública onde se explicitam, debatem e instituem direitos, mediante regras de um jogo de democracia real (e não meramente formal) no qual liberdade e justiça possam ser valores conciliáveis.

Cidadania emergente

O movimento insurgente do novo constitucionalismo latino-americano é fruto de movimentos populares, o povo dizendo o que quer para si, neste aspecto, leva-se em consideração as discussões, as elaborações e o papel das Assembleias Constituintes na formação de uma Constituição, pois a argumentação não é apenas a estratégia básica de se fazer ciência, é também ferramenta elementar de construção de processos emancipatórios, é onde a cidadania se faz presente, se efetiva.

Ao falarmos em cidadania é impossível fugir ao debate trazido por Thomas Humphrey Marshall (1967, p.75), de acordo com esse clássico podemos pensá-la sempre aliada a existência de direitos, que o autor estabelece como direitos civis, referentes ao século XVIII; direitos políticos, adquiridos no século XIX; e os sociais, conquistados no século XX. Então, sob essa ótica, cidadão é aquele que, em uma comunidade política, goza plenamente dos direitos civis (liberdades individuais), dos direitos políticos (participação) e dos direitos sociais, tais como, educação, saúde, moradia, entre outros.

A visão de Marshall sobre cidadania, no entanto, recebe críticas pertinentes trazidas por autores contemporâneos, dando-se ênfase neste artigo às concepções de Décio Azevedo Marques de Saes e Adrian Gurza Lavalle. De acordo com Saes (2000, 10-11) a concepção de cidadania trazida por Marshall baseia-se em uma postura evolucionista, acreditando que a construção da cidadania se deu por; meio de um processo de evolução institucional, que se caracteriza pela “fusão de instituições no plano geográfico e pela separação de instituições no plano funcional” (SAES, 2000, p.10), isso revela uma concepção linear do tempo, os direitos então, são sempre considerados como processos resultantes de revoluções burguesas, desconsiderando assim o papel das lutas populares nesse processo, levando-o a uma concepção idílica sobre a da construção da cidadania.

Adrian Gurza Lavalle (2003, p.75-76) retoma as discussões feitas por Marshall sobre cidadania e a formação do Estado-nação, mas traz um elemento novo ao tratar da diferença. Na realidade atual as diferenças culturais aparecem como algo que deve ser incorporado à temática dos direitos e da cidadania. Gurza Lavalle defende a tese de que não existem empecilhos na assimilação política e institucional da diferença, mas o Estado não tem capacidade para universalizar benefícios, para ele existe “diferença sem equidade, quer dizer, a diversificação da substância da cidadania – reconhecimento dos reclamos da diferença – sem condições

para avançar na universalização da equidade” (GURZA LAVALLE, 2003, p. 91). O debate da diferença emerge em um contexto no qual a capacidade do Estado em garantir a igualdade está sendo colocada em “xeque”. Existe um paradoxo em que a diferença tem sido absorvida, mas ao lado dessa absorção existe a dificuldade prática de o Estado dar conta da igualdade.

Gurza Lavalle introduz essa discussão relacionando a questão cidadania e Estado-nação, ou seja, como que no processo de consolidação desse Estado desenvolveram-se duas perspectivas: a da subordinação e da incorporação ao mesmo tempo. A cidadania então é uma estratégia política que tende a incorporar sujeitos ou determinados aspectos culturais e ao mesmo tempo subordinar por meio de um processo “seletor” que supostamente geraria a “igualdade”, essa subordinação então, nada mais é do que um instrumento do Estado (detentor do monopólio do poder). O autor trabalha com dois Eixos para explicar as forças desestabilizadoras: o primeiro eixo refere-se à crise do Estado, sobre esse aspecto é possível afirmar que, o movimento crescente em direção a igualdade pressupunha um poder do Estado, que seria capaz de atender às demandas e transformá-las em direitos na perspectiva da universalização, por isso o estado de bem-estar social fora tão singular na realidade capitalista (era um estado que estava economicamente preparado para atender as demandas). Gurza Lavalle apresenta a ideia de que a partir da década de 1970 com a crise do estado de bem-estar social o Estado passa por uma crise fiscal, que vivemos até hoje e que afeta a capacidade do Estado em garantir igualdade de cidadania a todos. O segundo aspecto diz respeito às mudanças socioculturais e a diferenciação social, a emergência de identidades, aspecto que envolve temas como o pluralismo, política da diferença, diversidade cultural e novas identidades.

Compreendendo que na sociedade brasileira, por exemplo, existe uma matriz cultural predominantemente europeia que historicamente se impôs como dominante em relação a determinados grupos ou culturas, gerando uma relação de “dominantes e dominados”, é necessário, para a real efetivação da cidadania, o reconhecimento da diferença de forma positivada, transformando demandas plurais em direitos, possibilitando a redistribuição tanto econômica quanto social e política de recursos.

A discussão a respeito da cidadania fundamentalmente nos leva a inclusão de outro aspecto no campo de debates, o multiculturalismo de viés emancipatório, sobre o qual Boaventura de Sousa Santos (2004, p.10), lembrando conceitos de Edward Said (1994), escreve

As versões emancipatórias do multiculturalismo baseiam-se no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida em comum para além de diferenças de vários tipos. Estas concepções de multiculturalismo estão ligadas, geralmente, e como notou Edward Said, a “espaços sobrepostos” e “histórias entrelaçadas”, produtos das dinâmicas imperialistas, coloniais e pós-coloniais que puseram em contato metrópoles e territórios dominados, e criaram as condições históricas de diásporas e outras formas de mobilidade. A ideia de movimento, de articulação de diferenças, de emergência de configurações culturais baseadas em contribuições de experiências e de histórias distintas tem levado a explorar as possibilidades emancipatórias do multiculturalismo, alimentando debates e iniciativas sobre novas definições de direitos, de identidades, de justiça e de cidadania.

Importante lembrar que o processo de conquista da cidadania pelas minorias (de direito), se deu por meio de processos de resistência e luta que ocorreram a partir da tomada de consciência das diferenças e desigualdades. Kabengele Munanga (2003, p.03) escreve sobre três tipos de identidades, com origens diferentes:

A identidade legitimadora, que é elaborada pelas instituições dominantes da sociedade, a fim de estender e racionalizar sua dominação sobre os atores sociais; A identidade de resistência, que é produzida pelos atores sociais que se encontram em posição ou condições desvalorizadas ou estigmatizadas pela lógica dominante (...) A identidade-projeto quando os atores sociais com base no material cultural a sua disposição, constroem uma nova identidade que redefine sua posição na sociedade, conseqüentemente se propõem em transformar o conjunto da estrutura social.

Quanto ao debate sobre cidadania é elementar trazer à tona os apontamentos de Pedro Demo, pois é com base na concepção desse autor que também aborda-se a noção de cidadania.

Para esse educador é necessário desenvolver a noção política social do conhecimento, para que se possa concretizar os direitos e conquistar a efetiva cidadania. Por isso é preciso saber pensar a cidadania para que se possa aquilatar a relevância do saber pensar para a conquista e efetivação da cidadania. Está em jogo o controle democrático, que só pode ser bem realizado por população que sabe argumentar (DEMO, 2005, p. 67-a).

Explorar a potencialidade pedagógica da autoridade do argumento, porque o acesso ao saber pensar poderia ser visto como ato pedagógico na

construção da cidadania. Aprender a argumentar é saber arquitetar a democracia dos consensos possíveis e sempre abertos, à medida que aprendemos a modular a influência que não exija subordinação. Saber pensar a cidadania, esse é o grande desafio “Quem não sabe pensar acredita no que pensa. Quem sabe pensar questiona o que pensa” (DEMO, 2005, p. 69 – a).

Constata-se que a força do conhecimento, no saber pensar não está apenas o lado formal, mas também o lado político. Por isso, o modo mais adequado de argumentar em favor da relação entre saber pensar e cidadania seria surpreender a dinâmica política dentro da própria dinâmica formal. Conhecer supõe sujeito, no gesto reconstrutivo típico do ser vivo que age de dentro para fora.

A teoria não acaba no gesto especulativo, contemplativo, metodológico, mas implica na intervenção de um cérebro que compreende de dentro para fora, na postura do observador ou do sujeito.

Cidadania não pode vir depois, em lugar especial ou concessivo, ou apenas tolerada e de acréscimo, mas como razão maior do ser. Saber pensar é de si, naturalmente por biologia e cultura, ato de cidadania, porque nele não apenas constatamos e afirmamos, mas sobretudo nos fazemos” (DEMO, 2005, p. 82 -a).

A sociedade quer muito mais do que ser assistida, quer emancipação, autonomia e cidadania. A porta de entrada para o mundo desenvolvido é a do conhecimento e da educação, mas o conhecimento é fenômeno não linear.

Demo (2005-a) indica três etapas essenciais para a constituição da cidadania: a) espírito crítico, conhecer é questionar; b) organização coletiva, é preciso volume, dar respostas às grandes causas, fundar uma sociedade mais igualitária; c) projeto alternativo, visando o bem comum, colocado acima dos interesses privados e pessoais.

A cidadania aliada ao conhecimento e a aprendizagem é cidadania mais consistente, se alimenta instrumentalmente do que está mais próximo da autonomia humana, é capaz de elaboração e pesquisas próprias, sabe pensar. Para aprender é necessário pesquisar, elaborar, fundamentar, argumentar. “Hoje podemos afirmar: o direito de ser é antes de tudo o direito de aprender, e vice-versa” (DEMO, 2005, p. 93-a).

Com base nos ensinamentos de Demo (2005-a) percebe-se que em uma sociedade autoritária, prevalece o argumento de autoridade. Na sociedade democrática, é possível criar espaços cada vez maiores de autoridade

do argumento, em que se busca o questionamento que se aceita parceria, a parceria que não se entrega, o consenso que incita a questionar e o questionamento que reconhece a necessidade de conviver. Argumento bem elaborado, convencer sem vencer (DEMO, 2005, p. 83-a).

Portanto, a efetiva cidadania se realiza por meio dos princípios da democracia, ela se forma a partir da criação de espaços sociais de luta, é a conquista e consolidação social e política.

Justiça comunitária

A Justiça Comunitária é trazida como uma juridicidade emancipatória contradizendo a cultura monista de formação estatal, especialmente à rigidez processual instituída no modelo de direito oficial. A Justiça Comunitária nasce dos grupos organizados para a resolução de conflitos por meio de práticas e conhecimentos comunitários específicos de cada identidade cultural. São esses conhecimentos que devem ser observados no consenso conciliatório, informal e elaborados no próprio espaço comunitário que se constitui para a formulação e aplicação de um direito mais humano, indo de encontro com as premissas do pluralismo jurídico emancipatório, participativo.

Apontam Leal e Fagundes (2011, p. 130) que “(...) apresenta-se a pluralidade jurídica como forma de emancipação social, tomada de consciência pelas comunidades que na luta por justiça criaram alternativas de resistência e enfrentamento às ofensivas segregações que sofre(ra)m.

Nesse aspecto, menciona-se que

(...) a justiça comunitária, enquanto forma diferenciada de aceder à justiça e elaborar o direito, tem seu primeiro marco legal na Colômbia, a partir da Lei n. 23, de 21 de março de 1991. (...) a lei anunciava, entre estes, a conciliação em equidade, modalidade comunitária (...) de desjudicialização dos conflitos (SOUZA, 2004, p. 332).

A busca por acesso à justiça de modo universal, a necessidade de mudanças no que diz respeito à forma como se trata o conflito e também a emergência em efetivar acordos são pontos importantes para a concretização da Justiça Comunitária por seus mecanismos próprios.

Esses mecanismos de solução de conflitos levam em consideração a cultura de cada povo, buscando meios igualitários para colocar lado a lado os sujeitos conflitantes e aplicando regras que tenham como base os cos-

tumes da localidade. A informalidade condiz com a realidade local efetivando-se os conceitos de protagonismo e participação comunitária, principalmente por, no uso dos meios do Direito não oficial, não trazer regras fixas para a solução (LEAL; FAGUNDES, 2011, p. 131).

Entretanto, critica-se que

tragicamente, muitas das possibilidades de resolução pacífica e dialogada do conflito de índole comunitária erguem-se contrariamente ao predomínio da violência e da situação de guerra que tem rendido o espaço social de convivência num campo fragmentado e de enfrentamento hostis (SOUZA, 2004, p. 330).

Demonstra-se, por conta de sua antiguidade, a experiência do Estado peruano, pois, com a justiça de paz, historicamente conhecida por estar instituída na Constituição de 1820, com atuação de juízes leigos eleitos pela própria comunidade, traduz uma tradição de resolução de conflitos na esfera não estatal, percebendo a cultura de resolução extraoficial. Nesse tocante aponta-se que os juízes leigos trazem ao conflito seus entendimentos sobre costumes e demais conhecimentos costumeiros, porém, não percebe nenhum rendimento do Estado e aplicam sanções específicas para o caso de não cumprimento da decisão (SOUZA, 2004, p. 339).

A apreciação sobre a vida cotidiana é de fundamental importância para a compreensão do que se quer propor com a justiça comunitária, para tanto, podemos ainda destacar a análise de Maria da Gloria Gohn (2004: p. 137 -138) sobre a concepção habermasiana de “mundo da vida”, segundo a qual a vida cotidiana compreende três componentes: cultura, sociedade e personalidade. Nesse sentido, são a partir das necessidades materiais partilhadas por determinados grupos ou comunidades que se inscreve a necessidade de produção de formas alternativas para solução de problemas e conflitos comuns àqueles sujeitos.

Guirza Lavalle (2003, p. 92) escreve que “o desafio enorme reside em encontrar novos modelos que possibilitem não apenas preservar defensivamente a equidade, mas ampliá-la com efetividade universal sem abrir mão da diferença”. É nesse sentido que o exercício da cidadania, no que tange aos direitos conquistados nos campos sociais de luta e disputas emergentes, efetiva-se de maneira mais eficaz quando a resolução dos conflitos ocorre por formas alternativas, isso porque a concepção tradicional e formal de justiça, vinda de cima para baixo, já não é capaz de atender a todas as demandas, isto é, os sujeitos não se reconhecem frente a um judiciário que não compreende as particularidades de questões oriundas de

um sistema distinto daquele em que o direito formal e tradicional fora moldado, daí a importância e necessidade de que as próprias comunidades e os sujeitos envolvidos busquem maneiras alternativas para a solução de seus problemas.

Considerações finais

Do exposto, percebe-se que os movimentos do constitucionalismo que ocorrem nos países sul-americanos objetivam quebrar com a lógica liberal-individualista das Constituições tradicionais. Esse movimento insere uma nova concepção de espaço público a partir das necessidades das minorias, costumeiramente desconsideradas historicamente dos processos decisórios. Sob o ponto de vista da filosofia jurídica essas novas Constituições são uma quebra de paradigma, rompe com o modelo eurocêntrico de pensar o Direito e o Estado para o continente, seu olhar volta-se para a reconfiguração das instituições, das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor das culturas escondidas da sua própria história.

Nas últimas décadas o movimento político-jurídico nos países sul-americanos aponta para novas perspectivas, por meio do movimento denominado de constitucionalismo latino-americano, considerado como movimento transformador, inovador, insurgente, popular e participativo, que introduz e consolida princípios pontuados no pluralismo, na emancipação, na interculturalidade e no bem viver com dignidade.

O surgimento do novo constitucionalismo latino-americano ocorre da combinação de movimentos cívicos com propostas políticas adotadas pelos povos, em um quadro de conflitos sociais e políticos, razão pela qual também é chamado de constitucionalismo 'sem país', já que somente o povo pode ser considerado o criador de uma Constituição, por meio dos mecanismos participativos e que legitima os processos constituintes. Essas mudanças na história constitucional que tiveram momentos específicos chamados de constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático e constitucionalismo social e que se resumem na expressão Estado Social e Democrático de Direito, aparecem nos últimos anos na América Latina de forma renovada.

O novo constitucionalismo, fruto das assembleias constituintes comprometidas com processos de reconfiguração social e política, aponta para um novo paradigma de Constituição, com força, original e vinculante, com participação direta do povo, o pressupõe a substituição do velho constitucionalismo.

Constata-se que o novo modelo latino-americano é inovador, pois reconhece, por meio de suas características, a diversidade de identidades culturais e o protagonismo de atores sociais.

O pluralismo jurídico emancipatório destina-se a descentralizar o poder julgador concentrado no ente público, concedendo aos povos a autonomia na elaboração e aplicação de suas próprias normas. Essa característica pode ser evidenciada tanto no Direito Oficial como no Direito não-oficial, sendo sua prática conhecida também pelo direito alternativo, conhecido no direito oficial por meio, principalmente, da conciliação e mediação. No Direito não-oficial, as práticas emancipatórias trazidas pelo pluralismo jurídico, especialmente pelo reconhecimento da justiça comunitária para solução de conflitos sociais no espaço comunitário, concedem às partes conflitantes a autonomia em dizer o que de fato é mais benéfico e a efetivação da decisão por agentes comunitários.

Considerando que a “identidade legitimadora” está associada à matriz dominante europeia, assim constituída no processo de construção histórica da América Latina, enquanto minorias de direito estiveram sempre associadas a “identidades de resistência”, é possível evidenciar que, sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano, a própria noção de cidadania mostra-se inovadora ao reconhecer o papel dos atores nas lutas sociais na conquista de direitos e na construção de uma cidadania emergente.

Referências

CHIVI VARGAS, Idón Móises. *Constitucionalismo emancipatório y desarrollo normativo* (desafíos de La Asamblea Legislativa Plurinacional). Bolívia: 2011.

_____. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo. (Org.). *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesp, 2009.

CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution: Cultura y lengua constitucionales*. Trotta: Madrid, 1997

COLAÇO, Thais Luzia. O despertar da antropologia jurídica. In: (Org.). *Elementos de antropologia jurídica*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

DEMO, Pedro. *Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. (a).

_____. *Conhecimento moderno: sobre ética e intervenção do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *A educação do futuro e o futuro da educação*. Campinas: Editores Associados, 2005 (b).

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo. (Org.). *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesp, 2009.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros*. São Paulo: Loyola, 1995.

GURZA LAVALLE, Adrián. Cidadania, igualdade e diferença. *Lua Nova*, São Paulo, v. 59, n. 59, p. 75-94, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: contribuindo para juridicidade alternativa. *Revista Espaço Jurídico*: v 12, n.1, p. 113-136, jan./jun.2011.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Santo Ângelo, v.6, n.11, p.183-194, jul./dez. 2011.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Assembleias constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*. N. 17, julho/dezembro, 2008. (a).

_____. El proyecto de Constitución de Ecuador como último ejemplo del constitucionalismo latinoamericano. *Revista Del Grupo Democracia Y Desarrollo Local Quito-Ecuador*. n. 15. Agosto/Setembro, 2008. p. 67-71.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MUNANGA, Kabengele. *Diversidade, etnicidade, identidade e cidadania*. Ação Educativa, ANPED. Palestra proferida no 1º Seminário de Formação Teórica Metodológica - SP. 2003. <<http://www.acaoeducativa.org>>. Acessado em 08 de março de 2013.

RAMÍREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista. In: *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. VERDUM, Ricardo. (Org.) Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesp, 2009.

SAES, Décio Azevedo Marques de. Cidadania e capitalismo: uma crítica à concepção liberal de cidadania. *Instituto de Estudos Avançados – USP*, São Paulo, Caderno nº 8, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado; MENESES, Maria Paula. “Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo”, In: Santos, Boaventura de Sousa (org.), *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Edições Afrontamento. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SOUZA, Thaisa de. Justiça Comunitária: práticas de democracia participativa na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris, 2004.

VERDUM, Ricardo. Organizador. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesp, 2009.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ágora – Revista de Ciencias Sociales*, n. 13, 2005, p. 55-68.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, dez 2006.

_____. *Pluralismo jurídico fundamento de uma nova cultura em Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

_____. Pluralismo jurídico, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, n. 54, p. 95-106, jul. 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

ZAMBRANO, Carlos Vladimir. *Apropiación y reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica: antropología jurídica para la globalidad*. 1. ed. União das Universidades da América Latina. México: Ciudad Universitária, 2003.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO E SUA APROXIMAÇÃO COM AS POLÍTICAS SOCIAIS, COM ÊNFASE NO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

Julcéia Carmen Kroth Gheller*

Introdução

O presente texto é uma comunicação oral de caráter bibliográfico, obtida através de uma pesquisa em construção, em nível de mestrado, cuja primeira etapa da abordagem teórico-metodológica é fazer um “estado do conhecimento” sobre estudos relativos ao novo constitucionalismo e sua aproximação com as políticas sociais, com ênfase no Programa Bolsa Família (PBF), na literatura existente.

Este estudo indica pistas para se pensar o novo constitucionalismo com foco nas relações humanas, e que estas devem ser regidas por valores que promovam a inclusão social, política e econômica. Deste modo, os valores jurídicos devem priorizar a solidariedade e a igualdade material, ou seja, o espaço político e jurídico reivindica o respeito ao passado, no sentido de que a cultura ancestral de um povo deve ser reconhecida não somente como um discurso político-social, mas também com força de normatividade jurídica; a possibilidade de conviver de modo pacífico com as diferenças; o direito de participar diretamente em decisões políticas que possam interferir de modo substancial em suas vidas; a tutela do Estado para proporcionar oportunidades educacionais, de trabalho, de lazer, enfim, condições de vida com qualidade. E, para além do novo constitucionalismo, aproximá-lo das políticas sociais brasileiras, proporcionando vez e voz à população invisível, esquecida e excluída do mercado capitalista.

Neste artigo, buscamos, antes mesmo de adentrarmos na questão do PBF, trazer para o debate fundamentos sobre o novo constitucionalismo, sua importância na atualidade e as possíveis aproximações com as políticas

* Graduada em Pedagogia com habilitação em séries iniciais – UNOCHAPECÓ, cursando Graduação em Letras Português/Inglês e respectivas Literaturas – UNOCHAPECÓ. Especialista em Educação Infantil e Séries Iniciais – Faculdades Integradas do Vale do Ribeira, SP. Mestranda em Educação – UNOCHAPECÓ. E-mail: julceiagheller@unochapeco.edu.br

sociais, no sentido de compreender como estas são interpretadas e geridas no Brasil.

Desenvolvimento

O novo constitucionalismo latino-americano ou constitucionalismo andino tem seu marco de referência nas Constituições brasileira (1988), colombiana (1991), venezuelana (1999), equatoriana (2008) e boliviana (2009). Os princípios fundamentais indicam um processo emancipatório político, social e jurídico das antigas colônias europeias. Estão presentes as condições jurídicas para viver as conquistas de uma democracia participativa, plural e intercultural, com acesso à justiça estatal e à jurisdição indígena em igual hierarquia. Tais pilares permitem resgatar tradições e identidades que, por vários séculos, foram desconsideradas porque não correspondiam aos parâmetros socioculturais e políticos dos colonizadores.

A constituição de um povo tem entre suas importantes funções indicar e salvaguardar os valores e tradições para o presente e para as gerações que seguem. Ela deve representar esta aliança de modo a possibilitar a convivência com os desafios entre o que está consolidado, conquistas e as mudanças. A Carta Magna de um Estado é, sem dúvida, a identidade de um povo construída ao longo do tempo e deve ser fonte de integração, união e esperança.

Diante dos vários acontecimentos políticos, sociais e econômicos no século XX, em diferentes lugares do planeta, da consolidação do fenômeno da globalização, da prática de processos democráticos abrindo espaço para a participação de grupos sociais até então excluídos das decisões de interesse público, ficam expostos novos paradigmas a serem considerados na interpretação do Direito. Ou seja, o intérprete da ordem jurídica, neste início de século XXI, deve considerar a composição plural das sociedades atuais e da consequente heterogeneidade cultural.

Atualmente as discussões e reivindicações, nos mais diversos espaços públicos nacionais e internacionais, concentram-se nas relações humanas regidas por valores que promovam a inclusão social, política e econômica. Para tanto, os valores jurídicos devem priorizar a solidariedade e a igualdade material. Esses valores são fundamentos para buscar paz e justiça social. Assim, o espaço político e jurídico reivindica o respeito ao passado, no sentido de que a cultura ancestral de um povo deve ser reconhecida não somente como um discurso político-social, mas também com força de normatividade jurídica; a possibilidade de conviver de modo pacífico com

as diferenças; o direito de participar diretamente em decisões políticas que possam interferir de modo substancial em suas vidas; a tutela do Estado para proporcionar oportunidades educacionais, de trabalho, de lazer, enfim, condições de vida com qualidade.

Esses são os atuais caminhos apontados pelo constitucionalismo construído em alguns Estados na América Latina. Tem-se como exemplo as Constituições do Brasil (1988), da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Todos esses documentos jurídicos têm em comum um foco humano, ecocêntrico e de respeito à democracia participativa.

O novo constitucionalismo está muito próximo das políticas sociais brasileiras; estas por sua vez, estão relacionadas diretamente às condições vivenciadas pelo país em níveis econômico, político e social e firmadas pelas lutas sociais.

Historicamente as políticas sociais estão relacionadas aos movimentos de massa social-democratas e ao estabelecimento dos Estados-Nação na Europa ocidental no final do século XIX (PIERSON, 1991). Seu ápice situa-se na passagem do capitalismo concorrencial para o monopolista, em especial na sua fase tardia, após a Segunda Guerra Mundial.

As sociedades pré-capitalistas não privilegiavam as forças de mercado e assumiam algumas responsabilidades sociais, com o intuito de manter a ordem social e punir a vagabundagem. Obrigavam o pobre a aceitar qualquer trabalho que lhe fosse oferecido; regulavam a remuneração do trabalho, não permitiam negociação; proibiam a mendicância (mendigar) dos pobres válidos, obrigando-os a se submeterem aos trabalhos “oferecidos” (CASTEL, 1988, p. 99).

Associadas ao trabalho forçado, essas ações garantiam auxílios mínimos (alimentação) aos pobres reclusos nas “workhouses” (casas de trabalho). Com um acesso criterioso e seletivo, poucos conseguiam receber os benefícios, e os que recebiam tinham que realizar uma atividade laborativa para justificar a assistência recebida. A divisão entre “pobres merecedores” e “não merecedores” tinha a função de impedir a mobilidade do trabalhador e manter a organização social do trabalho (POLANYI, 2000; CASTEL, 1998).

O período de meados do século XIX até a terceira década do século XX foi marcado pelo liberalismo e seu sustentáculo: o princípio do trabalho como mercadoria e sua regulação pelo livre mercado (como idealizadores,

David Ricardo e Adam Smith). A proposição do Estado liberal era de que cada indivíduo, agindo em seu próprio interesse econômico, quando atuando com a coletividade dos indivíduos, maximizaria o bem-estar coletivo. O funcionamento livre e limitado do mercado asseguraria o bem-estar, gerando uma suposta ausência de intervenção estatal. O Estado resume-se a fornecer a base legal com a qual o mercado pode melhor maximizar os “benefícios aos homens”. Adam Smith reafirmava a necessidade da existência de um corpo de leis e ação do Estado que garantisse maior liberdade ao mercado livre. O Estado foi, até aquele momento, uma criação dos ricos para preservar a desigualdade, a propriedade e os interesses liberais¹ (BEHRING; BOSCHETTI, 2006).

Com o predomínio dos princípios liberais assumidos, o Estado capitalista (no final do século XX) incorporou apenas algumas demandas da classe trabalhadora, transformando as reivindicações em leis com melhorias tímidas sem atingir o cerne da questão social. As primeiras iniciativas de políticas sociais aparecem na relação entre Estado liberal (XIX) e Estado Social (XX) – ambos têm o reconhecimento de direitos sem colocar em xeque os fundamentos do capitalismo (BEHRING; BOSCHETTI, 2006).

A mobilização e a organização da classe trabalhadora foram determinantes para a mudança da natureza do Estado liberal (XIX). Pautada na luta pela emancipação humana, na socialização da riqueza e na instituição de uma sociabilidade não capitalista, a classe trabalhadora conseguiu assegurar importantes conquistas na dimensão dos direitos políticos, como os direitos de voto, de organização em sindicatos e partidos, de livre expressão e manifestação (BARBALET, 1989).

A generalização dos direitos políticos é resultado da luta da classe trabalhadora, que contribuiu significativamente para ampliar os direitos sociais, para tensionar, questionar e mudar o papel do Estado no âmbito do capitalismo a partir do final do século XIX e início do século XX, e é por meio da Constituição que concretizamos esses direitos.

O Brasil, nos anos 1980, viveu o protagonismo dos movimentos sociais, que contribuiu com uma série de avanços para a legislação brasileira

¹ Elementos do Liberalismo: predomínio do individualismo; o bem-estar individual maximiza o bem-estar coletivo; predomínio da liberdade e competitividade; naturalização da miséria; predomínio da lei da necessidade; manutenção de um Estado mínimo; as políticas sociais estimulam o ócio e o desperdício; a política social deve ser um paliativo (BEHRING; BOSCHETTI, 2006).

no que diz respeito aos direitos sociais. A Constituição Federal promulgada em 1988, chamada Constituição Cidadã, pauta-se em parâmetros de equidade e direitos sociais universais. Consolidou conquistas, ampliou os direitos nos campos da Educação, da Saúde, da Assistência, da Previdência Social, do Trabalho, do Lazer, da Maternidade, da Infância, da Segurança, definindo especificamente direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, da associação profissional e sindical, de greve, da participação de trabalhadores e empregadores em colegiados dos órgãos públicos, da atuação de representantes dos trabalhadores no entendimento direto com empregadores (artigos 6 a 11, do Capítulo II, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais)².

Pela primeira vez na história brasileira, a política social teve grande acolhimento em uma Constituição. Entretanto, depois de duas décadas, observa-se que nunca houve tantos desrespeitos à sociedade brasileira, como hoje, por meio de violações, fraudes e corrupções explícitas do Estado, da classe hegemônica, dos representantes do poder e do povo, na legislação vigente, nos repasses dos recursos financeiros, nas relações de trabalho, com um mercado altamente seletivo e excludente, ou seja, uma política social sem direitos.

O que vivemos é que a efetivação de políticas sociais (públicas ou privadas) reflete a realidade marcante de um país dependente e está condicionada ao modelo neoliberal, que prevê que cada indivíduo garanta seu bem-estar em vez da garantia do Estado de direito.

O fundamento das desigualdades sociais está alicerçado na forma de produção da riqueza, que, na sociedade capitalista, se sustenta sobre a propriedade privada dos meios de produção e nas contradições de classe. Diante disso, o homem torna-se sujeito coletivo e transformador das relações existentes. Então, a busca pela transformação social é um processo que necessita do fortalecimento da população para a conquista de direitos e da luta de classes. No início deste milênio, o cenário capitalista brasileiro, em seu modelo neoliberal, apresenta alto índice de desempenho, aumento da concentração de renda/riqueza, empobrecimento e miserabilidade da população, necessitando de um novo projeto societário com referência à conquista dos direitos da cidadania. Daí o redimensionamento das políticas sociais que poderão sinalizar uma distribuição de renda equitativa.

² BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

A situação social atual, a valorização dos direitos fundamentais e a necessidade de implementação de políticas sociais eficazes são ferramentas capazes de originar as novas Constituições. Os movimentos pela refundação do Estado latino-americano nascem da reivindicação histórica por ambiente democrático e reúnem interesses a partir da renúncia da posição de sujeitos passivos na relação social com os poderes estabelecidos.

No Brasil, o contexto das políticas sociais (programas de transferência de renda) ganha importância nos estudos sobre o combate à pobreza na década de 1970, por ser um problema central, exigindo respostas para seu enfrentamento. Neste sentido, os programas de renda mínima constituem alternativas para promover a inclusão social. Sposati (2001, p. 78) destaca:

É preciso entender que a inclusão social não é só econômica, apesar de vivermos em uma sociedade de mercado onde a economia é central. A inclusão é política, cultural, social, ambiental, religiosa, de escolhas, isto é, tem múltiplas facetas. (...) Inclusão, como processo ético, é junção do substantivo com o adjetivo, ou seja, é preciso dizer do caráter decente que entendemos como caracterizador de inclusão.

Em 1991, o debate sobre a instituição de programas de transferência de renda começa a fazer parte da agenda pública, sendo classificado pelos autores Silva, Yazbek, Giovanni (2008) a partir de **cinco momentos** distintos, resumidos a seguir (p. 94-101).

Primeiro momento: se inicia em 1991, com a apresentação e aprovação no Senado Federal do Projeto de Lei n. 80/91, propondo a instituição do Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM), de autoria do Senador Eduardo Suplicy (PTSP). O programa tinha como objetivo garantir uma renda mínima a todo brasileiro, a partir de 25 anos de idade, com renda abaixo de 45 mil cruzeiros na época.

Segundo momento: compreende o período entre 1991 e 1993, quando Camargo defendeu uma proposta de transferência de renda no valor de um salário mínimo a todas as famílias, independentemente da renda familiar, desde que tivessem filhos entre 5 e 16 anos matriculados e frequentando regularmente escolas públicas. Essa proposta introduz a ideia de articular uma renda monetária, de caráter assistencial e compensatório, com a educação, de caráter estrutural, como estratégia de enfrentamento à pobreza. Outra inovação foi a substituição do indivíduo pela unidade familiar como beneficiária.

Terceiro momento: período que se inicia, em 1995, com a implantação das primeiras experiências municipais de políticas de transferência de renda nos municípios de Campinas, Ribeirão Preto e Santos (SP) e em Brasília (DF); expandindo-se depois para outros municípios e estados. No plano nacional, começava o primeiro mandato do governo de Fernando Henrique Cardoso. Foi aprovado o Projeto de Lei n. 9.533, de 10 de dezembro de 1997, do Deputado Nelson Marchezan (PSDB-RS), sancionado pelo presidente Fernando Henrique em 2 de junho de 1998, através do Decreto n. 2.609. Recebeu a denominação de Programa de Garantia de Renda Mínima “para toda criança na escola” (PGRM), cuja implementação foi iniciada em 1999. Tinha como objetivo complementar a renda de segmentos extremamente pobres, cabendo ao município a sua execução. Sua viabilidade dependia de autorização do Executivo, ou seja, era de caráter apenas “autorizativo”. Nesse período, foi implantado o Programa Comunidade Solidária, que se caracterizou como uma estratégia de combate à pobreza, focalizada em municípios mais miseráveis, baseada numa gestão que excluía a participação dos movimentos sociais.

Quarto momento: tem início em 2001, no segundo mandato de Fernando Henrique (1999-2003), caracterizado como momento de grande expansão de programas de renda mínima, com gestão descentralizada, através da iniciativa do Governo Federal. O Programa de Garantia de Renda Mínima “para toda criança na escola” (PGRM), aprovado em dezembro de 1997, foi substituído pelo Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação – “Bolsa Escola” –, que passou a ser implementado em julho de 2001. Foram criados também os Programas Bolsa Alimentação, Bolsa Renda, Vale Gás, entre outros, além de expandidas as ações do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), criado em 1996, e do Benefício de Prestação Continuada. Tais programas passam a ser considerados pelo governo como o eixo central de uma “Rede de Proteção Social”³. Entra na agenda do debate nacional uma nova discussão em torno da Renda de Cidadania, a partir do Projeto de Lei n. 266, de 2001, do Senador Suplicy, propondo uma renda básica incondicional para todos os brasileiros.

³ A denominada Rede de Proteção Social compreendia até 2003 um conjunto de programas direcionados à população pobre: BPC, PETI, Agente Jovem, Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Auxílio Gás, Cartão Alimentação. Até dezembro de 2004, o governo considerava também outros programas como de transferência de renda e integrantes da rede: Abono Salarial (PIS/PASEP).

Quinto momento: inicia-se em 2003, com o governo Lula, que lançou o Fome Zero⁴, definido como a principal estratégia para o enfrentamento da fome e da pobreza no Brasil, e o Programa Bolsa Família, considerado o principal componente dessa estratégia. Segue um breve histórico do programa.

O Programa Bolsa Família (PBF) foi criado em outubro de 2003, sendo determinante para a ampliação, articulação e consolidação da rede de proteção social no País. Diferentemente da prática de vários outros países da América Latina e do Caribe, a experiência brasileira está ancorada numa norma legal federal, a Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004, o que lhe confere mais estabilidade e aponta para a perspectiva de continuidade em sua implementação.

A implantação do programa não ignorou a existência prévia de outros programas de transferência de renda. A lei que criou o PBF determinou a unificação dos programas de transferência de renda então existentes: Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Auxílio Gás e Cartão Alimentação. Ao mesmo tempo que tal decisão garantiu o direito das famílias que já vinham sendo atendidas e, ainda, deu legitimidade à ideia de que tais programas não é iniciativa de um único governo, mas demanda compromisso continuado, o processo de integração agregou complexidade à implantação do PBF.

O PBF é um programa de transferência de renda com condicionais, voltado para famílias vulneráveis. Segundo o Ministério de Desenvolvimento e Combate à Fome, a vulnerabilidade social refere-se também às situações gerais de carência advindas do estado de pobreza ou da incapacidade de acessar bens e serviços mínimos à garantia da reprodução da vida social e familiar. O programa define pobreza segundo a renda familiar

⁴ O FOME ZERO é uma estratégia impulsionada pelo governo federal para assegurar o direito humano à alimentação adequada às pessoas com dificuldades de acesso aos alimentos. Tal estratégia se insere na promoção da segurança alimentar e nutricional, buscando a inclusão social e a conquista da cidadania da população mais vulnerável à fome. Dessa forma, os princípios do FOME ZERO têm por base a transversalidade e intersetorialidade das ações estatais nas três esferas de governo; o desenvolvimento de ações conjuntas entre o Estado e a sociedade; a superação das desigualdades econômicas, sociais, de gênero e raça; a articulação entre orçamento e gestão e de medidas emergenciais com ações estruturantes e emancipatórias. O FOME ZERO atua a partir de quatro eixos articuladores: acesso aos alimentos, fortalecimento da agricultura familiar, geração de renda e articulação, mobilização e controle social (MDS).

per capita mensal – mesmo reconhecendo que pobreza é um fenômeno multidimensional, que não se restringe à privação de renda.

Mesmo tendo a família como alvo da sua ação, o PBF reconhece e reforça a importância do papel das mulheres no interior da família. Ela é a responsável legal e preferencial para o recebimento dos benefícios, situação que está presente em 95% das famílias beneficiárias.

Uma das grandes ferramentas do PBF para garantir que a intersectoralidade aconteça foi a criação das condicionalidades, pois esta faz com que a gestão do Programa Bolsa Família trabalhe em conjunto para a complementaridade dos serviços da assistência social, saúde e educação. Para o tratamento adequado dos problemas derivados das grandes desigualdades sociais e regionais e da pobreza existente no País, é necessário unir esforços das três esferas de governo. Segundo o programa, essas condicionalidades visam certificar o compromisso e a responsabilidade das famílias atendidas e representam o exercício de direitos para que as famílias possam alcançar sua autonomia e a inclusão social sustentável.

De um lado, há as responsabilidades das famílias em relação ao cumprimento de uma agenda de atendimento nas áreas da saúde e da educação, voltada à melhoria das condições para que crianças e jovens de famílias beneficiárias desfrutem de mais bem-estar no futuro. Essa agenda, na área de educação, trata da matrícula e da frequência escolar mínima de 85% das crianças e dos adolescentes entre seis e 15 anos e de 75% para jovens de 16 e 17 anos integrantes das famílias beneficiárias. Na área de saúde, a agenda é o acompanhamento da vacinação e do crescimento e desenvolvimento das crianças até seis anos de idade e, ainda, da gravidez, parto e puerpério das mulheres. Além disso, também deve ser assegurado o compromisso da família de que as crianças não serão expostas ao trabalho infantil.

Atualmente o programa atende, segundo o Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS, 2013; Brasil 2013), mais de 12 milhões de famílias em todo o território nacional. Esse Ministério aponta, ainda, o Programa Bolsa Família como um importante instrumento de redução da desigualdade social e da pobreza, citando dados do 4º Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que demonstra queda da pobreza extrema de 12%, em 2003, para 4,8%, em 2008 (PNUD. 4º Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, 2010).

Observando os direitos e deveres previstos na Constituição Brasileira de 1988 – como tratar todos os cidadãos com dignidade, ou seja, igual respeito e consideração – e aproximando-os das premissas do PBF, percebemos que alguns dispositivos do programa contrariam o direito de todos serem tratados como indivíduos merecedores de igual respeito e consideração, que pontuaremos a seguir.

A lei 10.836/04 criou o Programa Bolsa Família, destinado à transferência de rendas com condicionalidades (art. 1º). Os objetivos do PBF são estes:

I – promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social; II – combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; III – estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza; IV – combater a pobreza; e V – promover a intersectorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público. (Art. 4º, Decreto n. 5209/04).

Começamos com os objetivos do programa: promover acesso à rede de serviços públicos, combater a fome e promover a segurança alimentar, estimular a emancipação sustentada, combater a pobreza. O combate à fome e a garantia da segurança alimentar, inscritos como objetivos do programa, devem ser vistos a partir da perspectiva dos direitos, ou seja, a fome não pode ser tomada como reserva calórica mínima. O programa não cai nesse reducionismo, tendo como objetivo proporcionar

(...) o acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que seja ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentável (Art. 3º, Lei n. 11.346/06).

Os objetivos do programa relacionam a garantia da segurança alimentar com a implementação de outros direitos: prática ambiental, cultural e socialmente sustentável; qualidade dos alimentos; saúde e diversidade cultural. Estão na base do programa a indivisibilidade dos direitos fundamentais e a participação social. Afinal, o respeito à diversidade cultural e a promoção de práticas socialmente sustentáveis somente podem ser atendidos por meio do exercício da cidadania, da abertura à participação social. O programa, em toda sua estrutura, prevê diversos mecanismos de partici-

pação social, no entanto, em sua instância máxima, encontra-se fechado à sociedade.

A utilização do Cadastro Único de Programas Sociais é uma iniciativa interessante, pois possibilita a identificação das famílias em estado de vulnerabilidade, permitindo o desenvolvimento de ações sociais integradas e direcionadas às unidades familiares. Todavia, é preocupante o fato de nem todas as famílias credenciadas estarem inclusas nele, mesmo quando atendem os critérios do programa.

A entrada depende da disponibilidade orçamentária, contrapondo-se, assim, a políticas como o Benefício de Prestação Continuada. Neste, ao serem atendidos os critérios, recebe-se o benefício, o que contribui para a compreensão da política como ação de promoção de direitos. Não se despreza a função do orçamento para a formulação de políticas públicas, o que se exige é a prioridade dos objetivos quando formulado o orçamento. Submeter os objetivos ao orçamento é um forte indício de políticas públicas “pobres”. Como ressalta o relator brasileiro para o direito à alimentação, “(...) a condição da pessoa deveria ser o único critério para o ingresso no programa, (...) o Bolsa Família não é concedido com base na concepção de garantir o benefício a todos que dele necessitem. Adota, ao contrário, seletividade por vezes excludente. O que viola a lógica dos direitos” (ZIMMERMANN, 2006, p. 152).

Todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração. O PBF tem como objetivos o enfrentamento da pobreza e a promoção da segurança alimentar. O que é contraditório e oposto à lógica dos direitos no programa é que ele identifica pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, no entanto não inclui todos no programa. A violação de direitos é constatada, mas o enfrentamento não é desenvolvido.

O ingresso no programa deveria realizar-se com base especificamente nos critérios de admissibilidade, como no caso do Benefício de Prestação Continuada. Entra-se aqui no ponto mais crítico do programa: o valor das bolsas e a definição dos beneficiários. Serão atendidas pelo PBF famílias extremamente pobres ou pobres – estas, desde que possuam uma ou mais variáveis e que não ultrapassem a renda *per capita* de R\$ 70,00. A questão central é: tanto a definição das linhas da pobreza como o valor do benefício são decisões políticas sob responsabilidade do Executivo.

Ao se deixar margens tão amplas ao Executivo para a definição dos critérios de entrada, do número de pessoas que ingressarão e do valor do benefício, corre-se grande risco de o PBF transformar-se em uma política

“pobre”: aquela que se pauta pelas sobras orçamentárias e não por seus objetivos e metas. Como é muito bem demonstrado por Pedro Demo (2003, p. 193), estudos e definição de pobreza existem vários, assim, jogos metodológicos e conceituais geralmente são usados para adequar o número de famílias pobres às possibilidades orçamentárias. Podem-se estabelecer linhas de pobreza tão baixas que sua superação não significará o gozo de relações sociais dignas. A superação da pobreza está diretamente relacionada à possibilidade de gozo de direitos. Essa acepção, apesar de estar presente nos objetivos do programa, não condiz com os valores recebidos pelos beneficiários. Isso pode contribuir para que o programa seja visto como ajuda (DEMO, 2003, p. 193).

Cabe mais uma vez ressaltar que, mesmo com toda a flexibilidade legal em relação à definição do benefício e dos destinatários, nem todas as famílias que atenderem os critérios ingressarão no programa. Este é o ponto mais delicado do PBF, pois todas as normas contribuem para uma flexibilidade orçamentária enorme: a prioridade torna-se o orçamento, e não as metas.

Políticas públicas devem promover a dignidade. São meios para que a razão que norteia o direito imponha limites à lógica econômica, que transforma tudo em objeto. Políticas que priorizam o orçamento não são desenvolvidas a partir do respeito à igualdade de tratamento, mas tornam-se reféns da razão que dirige a economia. O objetivo central dessas políticas não é a promoção de direitos.

Os valores repassados constituem um auxílio à renda familiar, mas não conseguem atender os objetivos do programa – entre eles, combate à pobreza e garantia da segurança alimentar. Famílias que pouco ou nada possuem terão os orçamentos influenciados por contribuições diretas, por menores que sejam. No entanto, contribuições mínimas não possibilitarão a saída das famílias da situação de vulnerabilidade em que se encontram, podendo ter efeito contrário, visto que reforçam a lógica clientelista: o benefício é visto como um favor e não como meio para efetivação de direitos.

O valor fixado deveria, no mínimo, permitir que as famílias saíssem da linha da pobreza (lembre-se: critério fixado pela própria legislação do PBF) e garantir a segurança alimentar. Como destaca o relator brasileiro para o direito à alimentação, “(...) o valor do Programa Bolsa Família viola o direito humano à alimentação, uma vez que é insuficiente para aliviar a fome de uma família brasileira” (ZIMMERMANN, 2006, p. 152).

A garantia do direito à alimentação está relacionada ao desenvolvimento de relações sociais que permitam aos indivíduos usufruírem alimentos saudáveis, variados, que respeitem a diversidade cultural, o lazer e o meio ambiente. O PBF deve possibilitar aos beneficiários condições para o desenvolvimento dessas relações. Nesse sentido, o valor do benefício faz toda a diferença. A bolsa pode contribuir para o alívio de algumas privações mais imediatas, no entanto, caso não permita o desenvolvimento de relações sociais dignas, não garantirá direitos (HABERMAS, 2003, p. 159).

O fato de as mulheres possuírem prioridade no recebimento do benefício é uma inovação. Em uma sociedade fundada na valorização do trabalho e da renda, a aferição mensal das bolsas pelas mulheres contribui para o resgate da importância delas diante da família e da comunidade, mas também larga em seus ombros nova e grande responsabilidade. O aumento da capacidade econômica das mulheres contribui para o aumento da autoestima e do autorrespeito, combatendo o machismo e afirmando a igualdade entre sexos (REGO; PINZANI, 2013).

As condicionalidades são um ponto bastante polêmico. Os principais argumentos contrários são os seguintes:

- o PBF busca atender um direito e, portanto, seu gozo não pode ser condicionado;
- o não cumprimento das condicionalidades gera a exclusão do programa, penalizar-se-á o grupo de pessoas mais vulneráveis, que, possivelmente, devido às suas carências e privações, não conseguiram atender as obrigações impostas (ZIMMERMANN, 2006, p. 147);
- reforçam a lógica punitiva, ou seja, as famílias são ameaçadas para que exerçam direitos básicos. Isso se contrapõe à consciência de direitos, em que indivíduos gozam de políticas públicas sociais por saberem que é seu direito e dever do Estado. O caráter punitivo distancia o beneficiário da gestão e implementação do programa, ocasionando um déficit de legitimidade e estabelecendo uma via de mão única entre Estado e sociedade. Com isso, perde-se todo o processo dialógico que deve subsidiar políticas públicas emancipatórias;
- as condicionalidades ferem o direito de igualdade previsto na Constituição. Todos têm o direito de estarem livres da pobreza e da fome e de terem a dignidade respeitada. Esse direito deve ser exercido independentemente de condicionalidades. Por que as famílias mais carentes terão que se submeter a condicionalidades, no gozo de di-

reitos fundamentais, se tais previsões legais não são impostas a toda a sociedade? (ZIMMERMANN, 2006, p. 147).

Camargo (2006) opõe-se a essas objeções. Afirma que o objetivo delas não é penalizar as famílias mais vulneráveis, mas proporcionar um acompanhamento ainda mais direcionado a elas. Por meio das condicionais, é possível saber o nome e o endereço de cada família que não vacinou os filhos, não os matriculou no colégio, não realizou acompanhamento pré-natal. Diante dessa situação, o Conselho local e o Poder Público poderão verificar quais motivos não permitiram que as famílias cumprissem as condicionalidades. Identificando os motivos, poderão promover ações conjuntas envolvendo políticas públicas intersetoriais para a solução dos problemas.

Ao analisar os argumentos apresentados, pode-se afirmar que o PBF em si não é um direito, mas uma política pública que visa à efetivação de um direito: livrar as famílias da pobreza e promover sua segurança alimentar. Direitos não são prestações materiais, mas relações sociais. O direito à saúde não está no hospital, na assistência médica, mas em um conjunto de relações sociais que garantam a melhor saúde possível, o que inclui o hospital e o médico. O mesmo pode ser dito sobre o direito à alimentação. Alimentar-se adequadamente não é simplesmente ter acesso à comida, mas estar inserido em um conjunto de relações sociais que permitam o pleno exercício desse direito e o gozo de uma alimentação saudável e prazerosa (HABERMAS, 2003, p. 159).

Contudo, apesar de o PBF não se constituir em um direito em si, a sua suspensão pode ocasionar violação de direitos. O programa deve ser considerado uma barreira última em que se inserem as famílias mais vulneráveis da sociedade brasileira; propõe-se a ser uma importante política pública de combate à pobreza política e material. Famílias que forem retiradas do programa estarão sendo excluídas da “última barreira” de combate à pobreza. Essas famílias se verão entregues à própria sorte, sob pena de serem tratadas como indivíduos esquecidos, excluídos das políticas públicas mais elementares, seres indignos de igual respeito e consideração.

O PBF é um programa que normativamente tem como objetivo a promoção de direitos fundamentais. Para isso, insere-se em um processo dialógico em que a população deve exercer controle democrático, contribuindo para a execução, avaliação e fiscalização. Como referido, alguns pontos não estão em sintonia com os objetivos, não atendendo as exigên-

cias do direito e da democracia. O programa não deve ser condenado como um todo por isso, entretanto suas falhas devem ser corrigidas; quem sabe, com o auxílio dos debates, das conquistas do novo constitucionalismo, possa ser alcançada a concretização do PBF como um direito social universal.

Considerações finais

Observamos que o constitucionalismo moderno tradicional, advindo da matriz liberal estatista, não se adéqua mais à realidade dos países latino-americanos. Isso porque ocorreram mudanças políticas, sociais e econômicas que impulsionaram novos processos constituintes democráticos. Assim surgiu o novo constitucionalismo latino-americano, que tem como característica fundamental a participação popular e a pluralidade, ou seja, é comunitário, intercultural e adota práticas de pluralismo igualitário jurisdicional.

As transformações políticas e os inovadores processos sociais de luta nos países latino-americanos não só originaram novas Constituições que concretizaram novos atores sociais, as realidades plurais e as práticas desafiadoras; também propuseram, sob a ótica da diversidade de culturas minoritárias e da força incontestável dos povos indígenas locais, um novo paradigma de constitucionalismo, qual seja o respeito absoluto à natureza.

O novo constitucionalismo está muito próximo das políticas sociais brasileiras; estas, por sua vez, estão relacionadas diretamente às condições vivenciadas pelo país em níveis econômico, político e social e firmadas pelas lutas sociais. A principal política pública para a promoção de segurança alimentar no Brasil é o Programa Bolsa Família. Este tem como objetivo o combate à pobreza e a promoção da segurança alimentar e da emancipação sustentada. Coube ao estudo desenvolvido analisar aspectos normativos do programa, averiguando se ele atendia os critérios democráticos e dos direitos fundamentais.

Concluiu-se que o PBF possui um enorme potencial no combate à pobreza e na garantia do exercício de direitos fundamentais. A legislação possui algumas falhas que fragilizam todo o programa, como a excessiva discricionariedade do Poder Executivo na definição da condição para ingresso e do número de beneficiários. Ações sociais de transferência de renda são essenciais para se promover o desenvolvimento que atinja a todos, atendendo assim a dignidade da pessoa humana.

O PBF deve ser aprimorado, para que possa se transformar em uma política assistencial que garanta cidadania e dignidade às famílias vulneráveis do Brasil. Para isso, é essencial que as condicionalidades sejam repensadas. Devem continuar existindo mecanismos que possibilitem o acompanhamento das vulnerabilidades das famílias mais carentes. Todavia, o caráter punitivo deve ser extinto, pois infantiliza os beneficiários, trata-os de forma não igual, exige contraprestações de famílias cuja condição de vulnerabilidade deveria ser o único critério, uma vez que o gozo de relações sociais dignas não pode ser condicionado.

O valor da bolsa deve aumentar, possibilitando que as famílias desenvolvam relações sociais em que a dignidade esteja preservada. Não é suficiente amenizar a pobreza, é essencial que a violação a direitos fundamentais seja eliminada. No mais, os destinatários devem compreender como funciona o programa; para isso, são essenciais mais informações e a implementação dialogada. Esta contribuirá para que o PBF não seja visto como favor, mas como uma política pública que garanta direitos, e que pode ser concretizada por meio do novo constitucionalismo.

Referências

BARBALET, J. M. Teorias da cidadania. In: BARBALET, J. M. *A cidadania*. Lisboa: Estampa, 1989.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política Social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto 5209. Decreto que Regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 set. 2004.

_____. Lei 10.836. Lei Programa Bolsa Família. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jan. 2004.

_____. Lei 11.346. Lei Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 15 set. 2006.

_____. *Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>>. Acesso em: 2 jul. 2012; 27 fev. 2013.

_____. *Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome*. 2013. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

CAMARGO, José M. O Bolsa Família é um programa assistencialista? *O Globo*, 12 ago. 2006. Disponível em: <<http://oglobo.com>>. Acesso em: 12 set. 2012.

CASTEL, R. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1988.

DEMO, P. *A pobreza da pobreza*. Petrópolis: Vozes, 2003.

HABERMAS, J. A virada pragmática de Richard Rorty: contextualismo, razão e naturalização. In: SOUZA, J. C. (Org.). *Filosofia, racionalidade e democracia: os debates Rorty e Habermas*. São Paulo: UNESP, 2005.

_____. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

MESQUITA, C. S. *O programa bolsa família: uma análise do seu impacto e alcance*. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, 2007. Disponível em: <<http://bdttd.ibict.br>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

PIERSON, C. *Beyond the Welfare State?* Cambridge: Polity Press, 1991.

PNUD. *4º Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

POLANYI, K. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*. São Paulo: Unesp, 2013.

SILVA, Maria Ozamira da Silva; YASBEK, Maria Carmelita; DI GIOVANNI, Geraldo. *A política social brasileira no século XXI: a prevalência dos programas de transferência de renda*. São Paulo: Cortez, 2008.

SPOSATI, Aldaíza. A inclusão social e o programa de renda mínima. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 66, a. XXII, jul. 2001.

ZIMMERMANN, C. R. Os programas sociais sob a ótica dos Direitos Humanos: o caso do Bolsa Família do governo Lula no Brasil. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 4, ano 3, 2006.

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR: UMA PERSPECTIVA BASEADA NA CULTURA DA PAZ

Mônica Martins*
Jeverson Hermenegildo**
Amélia Silva***

Introdução

O novo constitucionalismo latino- americano traz em sua concepção uma quebra de paradigmas, que por sua vez abrange novos olhares para a constituição. Com isso, vemos que as diversidades ganham espaço nesse novo contexto que se apresenta a partir de uma compreensão multicultural. Assim, os direitos sociais são efetivados a fim de reforçar a proteção dos direitos humanos e possibilitar o acesso à justiça. Nessa perspectiva, o Estado trilha para o caminho da construção de consensos, a partir de ações dialógicas e participativas que visam romper com a supremacia advinda de uma cultura imposta.

Amplia-se o olhar para a democracia participativa plural, a qual abre possibilidades para transformações sociais que não são excludentes e que visam integrar todos os sujeitos, enquanto protagonistas nesse contexto multicultural. Portanto, favorece a articulação de ações em diversos movimentos que se unem numa discussão que opera no campo contra- hegemônico dos direitos fundamentais. Nesta direção, o estímulo ao diálogo se apresenta enquanto uma questão central, pois, é um das formas mais eficazes de comunicação.

* Acadêmica do curso de Psicologia da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó).

** Acadêmico do curso de Psicologia da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó).

*** Acadêmica do curso de Serviço Social da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó).

Observa-se uma reformulação da ordem global, a qual ultrapassa as imposições e cede lugar para a construção da complementaridade, em que se reconhece a pluralidade de sujeitos inseridos na sociedade. Nesse sentido, são (re)significadas as visões quanto aos sujeitos e seus cenários, pois, a subjetividade humana não tem relação estática ou com fim entre sujeito e sociedade. Acreditamos que o trabalho voltado para o sujeito carece de aproximação e abertura para o diálogo, levando em consideração sua singularidade e subjetividade, respeitando-o. Para isso, demanda conhecê-lo em toda a sua complexidade, além de dar atenção á importância de entender esse sujeito enquanto biopsicossocial. Compreendemos que essa nova visão, implica tanto em mudanças ideológicas, quanto democráticas.

Na direção desses novos movimentos unidos pela cultura de paz, o poder judiciário abre espaço para os serviços de mediação, pois, percebe-se que estes serviços apontam para resultados efetivos e proveitosos enquanto método de resolução de conflitos. Sendo assim, a Mediação Familiar atua num campo em que as pessoas, muitas vezes, pretendem ingressar em juízo com sentimentos que nem mesmo sabem definir. Muitas vezes, pelo emaranhado de emoções negativas, tendem a pensar que o processo judicial que privilegia a disputa consiste na melhor solução. Com frequência, esta forma de vazão à cultura adversarial, não consegue administrar sentimentos e ressentimentos e, conseqüentemente gera conflitos intermináveis. Ou seja, o que parecia ser uma solução definitiva, resulta em várias outras situações conflituosas. Neste sentido, decorre de uma concepção de Direito de Família tradicional, o qual prima pelo patrimônio em detrimento à afetividade e relações de cooperação.

Vale destacar, que aqui, descreveremos sobre a mediação familiar, articulado ao conhecimento concebido a partir das vivências no Serviço de Mediação Familiar da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó), o qual tem contribuído significativamente para nossa formação profissional e cidadã.

Novo constitucionalismo latino-americano e mediação de conflitos

Ao direcionar o olhar para as bases políticas e institucionais na América Latina, observa-se que no decorrer das últimas décadas em diversos países se estabeleceram significativas mudanças, ou seja, esses países passaram por um processo de redemocratização, em que rompe com a submissão a governos autoritários e inaugura uma nova fase na história constitucional, pautada na construção de uma sociedade democrática e plural.

Assim, nasce o novo constitucionalismo latino-americano, como forma de integrar todos os povos, a partir de um pensamento liberal, que visa o respeito aos Direitos Humanos.

(...) o Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para a produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 374).

Esse constitucionalismo plurinacional, propõe um novo Estado, no qual, não haja a imposição de uma única cultura, mas, que diversidades culturais sejam reconhecidas. Em outras palavras, “(...) trata-se da convergência política intercultural do ponto de vista a legar direitos materiais e possibilidade fática de exercício deles aos setores que foram excluídos historicamente do poder decisório” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 379). Com isso, entendemos que possibilita a construção de uma sociedade democrática pautada na crença de que todos os sujeitos devem participar da discussão dos problemas da sua realidade.

Acreditamos que o novo constitucionalismo latino americano emerge a fim de assegurar Direitos negados durante décadas aos considerados excluídos. Sendo assim, com base numa sociedade livre, justa e solidária que orgulha-se da diversidade de seus sujeitos, dando vez e voz a eles para que proponham um efetivo e concreto domínio do Estado. Concordamos com Wolkmer e Fagundes (2011) quando pontuam sobre a estrutura política e jurídica do Estado, a qual beneficiou durante muito tempo o setor social elitista e “(...) no atual momento inverte o percurso e brota do seio popular; a constituição deixa de nascer no âmbito exclusivista das minorias hegemônicas para atender ao chamado de outra forma de poder, multifacetado, diversificado, plural” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 385). Desta forma, entendemos que, a efetiva participação de todos, garante a igualdade de direitos, a importância da solidariedade e do respeito, e fortalece a recusa a qualquer tipo de exclusão ou discriminação.

Podemos refletir sobre o novo constitucionalismo latino americano atrelado à teoria de redes, se pensada em conjunto à gestão das políticas públicas, em que se considere a participação social como forma de integrar os múltiplos atores envolvidos nesse processo. Por meio dessa integração possibilita que seja descentralizado o poder e se consolide nas forças que

contribuem no processo de (re)democratização. Assim, “(...) cabe destaque ao protagonismo popular, durante e depois do processo constituinte, conformado na mobilização social para formação do poder constituinte permanente, diferentemente do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se afastada participação do povo” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 385). Com isso, propicia a visão de um povo enquanto uma sociedade livre e espontânea de sujeitos que fazem parte do todo.

Vale lembrar que a criação do Estado na América Latina teve forte influência da cultura europeia. O modelo implantado, visto como superior e universal, serviu para atender a necessidade das elites e os demais sujeitos, tiveram que se adequar a ele. É possível pensar que as discussões que giram em torno do novo constitucionalismo foram suscitadas a partir de ações deficitárias do Estado nacional para com a sociedade, a qual rompe com o constitucionalismo clássico e manifesta um novo sistema de valores moldado por uma visão democrática, dialógica e plural. Com isso, vê-se um processo emancipatório e transformador voltado à aplicação de métodos e práticas que levam em conta a realidade cultural de todos inseridos na sociedade, bem como, a “(...) articulação de múltiplas culturas e o respeito às diferenças em vez de igualdade em homogeneidades abstratas e redução de complexidades” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 392). Entendemos que esse Estado plural, possibilita pensar a diversidade baseada nos princípios éticos da autonomia, da responsabilidade, do respeito ao bem comum, dos direitos e deveres de cidadania, a fim de orientar ações e reflexões sobre a realidade social. Nesse sentido, Wolkmer e Fagundes (2011, p. 392) destacam que

(...) a partir da historicidade crítica, os sujeitos que foram coisificados e moldados à racionalidade externa homogeneizadora emergem no cenário político de exigibilidade das suas necessidades fundamentais, tomando o poder sob as variantes da mentalidade voltada aos interesses populares e com vista a absorver as complexidades, sem, contudo, uniformizá-las.

Portanto, os múltiplos atores conhecem os problemas e aprendem sobre eles. Por meio desse conhecimento, criam e recriam visões, as quais possibilitam uma nova percepção do mundo e a relação dos sujeitos com ele. Compreendemos que cada um desses múltiplos atores que compõem a rede, deve ser visto como um todo e que esse todo é constituído a partir da contribuição de cada um, pois, juntos formam uma rede heterogênea, na qual todos são importantes. Por isso, a necessidade de que esse todo se comunique, com base no “(...) respeito à condição cultural diferente, para

longe das determinantes simplificadoras da tradição política elitista, fundar as bases do Estado que reconheça e se firma na diversidade de culturas através do diálogo” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 392).

Com o empoderamento da minoria que foi privada de seus direitos durante muito tempo e o redimensionamento dos Direitos humanos, vemos que o novo constitucionalismo latino-americano suscita grandes transformações, que se apresentam enquanto possibilidades frente à falta de diálogo entre as diversidades. Concordamos com as pontuações de Wolkmer e Fagundes (2011, p. 394), quando apontam que “(...) o diálogo objetiva erguer outra unidade política, que não pressupõe a necessária uniformização”. Compreendemos que a ideia de um Estado plurinacional traz consigo uma perspectiva global integradora, que propõe um contexto baseado no diálogo aberto e profundo respeito à diversidade de núcleos e suas diferenças.

(...) para esta reinterpretação pluricultural, foi destacado o papel do diálogo e da interculturalidade como os principais instrumentos, na medida em que não se devem repetir os erros dos dominadores, recolonizando o poder, ou mesmo tornando-o hegemônico novamente. Tal ideia se propõe impedir a sobreposição de culturas, no sentido de que haja compatibilidade dos “diferentes”, convergindo em diálogo humanitário (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 395).

Na atual conjuntura social, vê-se que as novas forças trazidas pelo novo constitucionalismo latino-americano mostram-se muito importantes ao desenvolvimento da sociedade e caminham para um panorama de pacificação social, que atribui à mediação de conflitos enquanto um importantíssimo instrumento de auxílio ao Poder Judiciário. Com isso, entendemos que advém da cultura de paz, a fim de obter uma articulação recíproca entre pluralismo e Constituição. Se recuperarmos a história, vemos que a partir da resolução 52/15, em novembro de 1997, o ano de 2000, foi elencado como o Ano Internacional da Cultura de Paz e favoreceu para um marco mundial que impulsionou movimentos globais para ações voltadas a cultura de paz. Segundo versa o artigo 1º da Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz,

(...) uma Cultura de Paz é um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados: a) No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação; c) No pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fun-

damentais; d) No compromisso com a solução pacífica dos conflitos; i) Na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações (NAÇÕES UNIDAS, 1999, p. 02).

Diante disso, vemos que com o novo constitucionalismo latino-americano atrelado à cultura de paz surgiram novos significados em relação ao Direito e o Estado. É possível observar que se tem produzido novas configurações de instituições, e posteriormente as ideias e instrumentos/ferramentas jurídicas concebem um objetivo que atende os sujeitos que durante muito tempo foram excluídos da sua própria história. Portanto, compreendemos que o contexto judiciário se amplia para a necessidade do povo e mais do que isso, reconhece suas diferenças.

Considerando a necessidade de alteração na maneira de se interpretar o Direito, os direitos fundamentais passam a merecer lugar de destaque no ordenamento jurídico, por serem elementos inalienáveis e inerentes à condição humana cuja finalidade é proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões (LEAL JUNIOR *apud* SANNOMYA; CACHAPUZ, 2012, p. 92).

Nesse panorama percebe-se a viabilidade da mediação de conflitos enquanto um mecanismo alternativo, pois, apresenta diversos instrumentos e estratégias que possibilitam um trabalho de caráter participativo, dialógico e inovador. Assim, podemos dizer que contribui para a redução de riscos sociais, enfrentamento das violências, economia de custos, bem como, minimiza desgastes emocionais, além de favorecer o acesso à justiça. Desta forma, por meio de uma proposta dicotômica, os próprios sujeitos buscam encontrar o desfecho para o conflito em que estão envolvidos. Assim, desentendimentos, disputas, sentimentos, são ressignificados, com a ativa intervenção da terceira parte (mediador/es) que deve se manter imparcial, no sentido de não prejudicar nenhuma das partes e que busca mediar e muitas vezes instigar o diálogo. Simões Júnior (*apud* ABREU, 2003, p.45) pontua que

(...) a mediação é uma técnica pela qual duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um profissional imparcial para obterem num espaço curto de tempo e a baixos custos uma solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem. A mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que ten-

ta através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajudar as partes a acordarem entre si, sem imposição de uma decisão por terceiro, num efetivo exercício de cidadania.

É importante ressaltar que a palavra mediação se origina da palavra latina “mediato” – “meditationis” no seu genitivo –, que significa “mediação” ou “intervenção com que se busca produzir um acordo”, ou ainda “processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é sugerida, não imposta às partes” (ABRAME – Associação Brasileira de Árbitros e Mediadores).

Destacamos que, no âmbito da mediação existem diferentes setores, dentre eles, podemos citar a mediação familiar, penal, civil, trabalhista, escolar e outros. Aqui, daremos enfoque para a mediação familiar, tomando como base a experiência do Serviço de Mediação Familiar da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó.

Ao observar as constantes mudanças que tem ocorrido em nossa sociedade, principalmente no âmbito das relações familiares, observamos a importância de um trabalho de atenção e diálogo entre os sujeitos envolvidos em conflitos familiares. Sendo assim, é possível pensar na valiosa ferramenta que se tem disponível, o Serviço de Mediação Familiar. “(...) a experiência da Mediação familiar vem se consolidando como instrumento com significativo potencial de disseminação da cultura da paz e da redução da violência” (SOUZA *et al*, s/d, *sem paginação*). É um processo, portanto, que exige técnicas de diálogo, reflexão e facilitação por meio de recursos das áreas de humanas e jurídicas. Desta forma, a intervenção profissional ocorre de forma interdisciplinar, em que o diálogo é estimulado por meio de um trabalho entre as áreas da Psicologia, Direito e Serviço Social. O trabalho interdisciplinar nesse contexto, favorece perceber e trabalhar tanto elementos afetivos e inconscientes, como objetivos do âmbito jurídico. Com isso, possibilita um processo de cooperação e respeito a todos os envolvidos, visando uma atenção a toda a família. Podemos dizer que a mediação familiar se constitui numa perspectiva mais efetiva para o estímulo ao diálogo entre todos os envolvidos, na tarefa de ressignificar sentimentos, percepções, emoções e, principalmente, na forma de encaminhar ações para a resolutividade do conflito em questão.

A experiência já consolidada da metodologia da mediação familiar tem demonstrado que as decisões referentes à guarda, divisão de bens, pensão alimentícia, dissolução conjugal, ou quaisquer outras, pela media-

ção, têm-se configurado bem mais profícuas. Todas as intervenções visam, portanto, a busca por soluções pacíficas e consensuais, a fim de estimular a cultura da paz, com o intuito de contribuir na resolução dos impasses, a partir de um meio menos dispendioso e menos desgastante emocionalmente, já que as pessoas são levadas, na mediação, a agir cooperativamente. Com isso, favorece para que ambos experienciem esse processo de uma maneira menos dolorosa e traumática, principalmente quando envolve um vínculo vitalício, como pais e filhos. Podemos dizer que o Serviço de Mediação Familiar, tem um papel fundamental, que é o de proteger a família. Assim, realiza um trabalho que contribui para a reorganização da vida familiar e pessoal dos sujeitos que buscaram auxílio no Serviço. Portanto, podemos dizer que

(...) a mediação, constitui-se num recurso de extrema relevância para a quebra dos paradigmas contemporâneos da solução dos conflitos, com perspectiva transformadora e informadora, através da construção da paz nas relações intrapessoais e interpessoais, para a implementação da solidariedade, do consenso, da valorização do ser humano e de sua dignidade (SOUZA *et al*, s/d, *sem paginação*).

Outro aspecto relevante na mediação é que além da facilitação do acesso à justiça, possibilita-se o empoderamento das pessoas nas tomadas de decisões. Pois, no método da mediação não existe um terceiro que toma as decisões, mas, as próprias pessoas em conflitos, inseridas em um espaço de diálogo numa perspectiva da autonomia e da promoção da paz.

Com isso, possibilita ampliar a visão jurídica da sociedade brasileira, uma vez que favorece o acesso à justiça, desburocratiza e agiliza as demandas judiciais apresentadas, além de permitir pensar um novo modelo societário quando sua proposta é superar a ideologia de ganhador e perdedor frente aos conflitos. Para isso, propõe a abordagem da cooperação e não da competição.

Ao pensarmos nas perspectivas que o novo constitucionalismo latino-americano abarca e o método da mediação de conflitos, vemos que é possível fazermos uma conexão entre eles. Pois, compreendemos que ambos buscam efetivar a cidadania com a participação da sociedade. Assim sendo, refletimos que, se vivemos numa sociedade do patriarcalismo e do medo que legitima a violência, coisifica o humano e reafirma que o que vale é a exploração e o lucro a qualquer custo, logo afirmamos relações conflituosas, desiguais e injustas. Neste contexto de sociedade, compreendemos que a mediação consolida a cultura da paz, da humanização e não da

violência. Pois, entendemos que um povo soberano é o povo capaz de gestar seus conflitos à luz do diálogo, da paz e contra as forças opressoras das guerras.

Considerações finais

O propósito deste artigo foi refletir sobre o novo constitucionalismo Latino-americano, atrelado as possibilidades de pensar formas alternativas de acesso à justiça, de maneira a contribuir para que as pessoas que acessem a justiça se tornem sujeitos ativos no processo e consigam, com a contribuição de uma terceira pessoa, gerir seus conflitos, com um acesso à justiça que vá além da justiça tradicional que temos vigente no país. Para tal, constata-se a mediação como uma alternativa de acesso a justiça que firma a cultura da cooperação, do diálogo e da paz. Não há povo soberano numa cultura que legitima a violência, a desigualdade e a exclusão das minorias.

Observa-se a importância de pensar um novo modelo societário no qual, não haja a imposição de uma única cultura ou classe, mas que diversidades culturais sejam reconhecidas, que a concentração de renda seja superada e que as minorias sociais e culturais tenham voz e vez. Percebemos que só haverá reconhecimento das diversidades como legítimo quando entendermos que, a efetiva participação de todos, é que garante a igualdade de direitos. É relevante a constatação de que a cultura da paz não é ausência de conflitos, mas, sim o desejo de solucioná-los por meio do diálogo, do entendimento e do respeito à diferença.

Consideramos que o novo constitucionalismo latino-americano deve estar fundamentado numa melhor distribuição da riqueza socialmente produzida, na busca da igualdade de oportunidade e integração dos/as marginalizados e seu acesso à justiça. Em suma, compreendemos que o novo constitucionalismo latino-americano tem como uma das características principais a participação popular e a pluralidade, ou seja, é comunitário, no ímpeto de respeitar o pluralismo, a emancipação, a interculturalidade e o bem viver com dignidade.

Referências

ABREU, Maria Elizete Batista. *Mediação Familiar: a dimensão inovadora dessa intervenção frente às demandas postas ao serviço da Vara de Família.*

Monografia (Curso de Serviço Social) – Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê Paulista para a Década da Cultura de Paz. *Resolução 53/243: Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz*. 1999. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br>>. Acesso em: 27 out. 2013.

SANOMYA, Renata Mayumi; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da mediação e sua relação com a cultura da paz e com as relações privadas empresariais. *Revista Direito em (Dis)Curso*. Londrina, 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em: 27 out. 2013.

SOUZA, Carmem Carvalho; BRESSAN, Fries Marlene Claudete; LANGOSKI, Deisemara Turatti. *A perspectiva transformadora dos conflitos: a experiência da mediação familiar*. Disponível em: <<http://www.unochapeco.edu.br>>. Acesso em: 27 out. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*. Fortaleza, 2011.

LIBERTAÇÃO E SOCIALISMO: UM DIÁLOGO A PARTIR DE ELEMENTOS DAS 20 TESES DE POLÍTICA E DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Luis Henrique Orio*

Introdução

As 20 Teses de Política de Enrique Dussel, mesmo que recentes, são um clássico da filosofia política crítica latino-americana. Reflexo de sua filosofia e de sua ética da libertação, esta verdadeira plataforma política propõe as bases para uma transição rumo à transcendência da libertação, do esplendor do *outro*.

Recentemente, a América Latina viu brotar em seu seio uma das experiências contemporâneas mais ricas e contundentes de questionamento da ordem vigente, com a mobilização de uma pluralidade de atores em direção a uma unidade que apontava para a necessidade de novas constituições. Venezuela, Bolívia e Equador, assim, experimentaram a sua própria refundação enquanto estados e uma reivindicação e exercício de poder popular poucas vezes vista.

A primeira vista da leitura das teses e de relatos das experiências destes países, é visível uma simbiose prática entre ambas. Este exercício surge, assim, como uma tentativa de clarificar estes elementos de contato, trabalhando categorias e suas repercussões práticas. Em um primeiro momento, portanto, são expostos elementos centrais da obra de Dussel, e recortados especificamente alguns a partir dos quais se projetará o segundo momento, de fixação e apreensão do fenômeno do novo constituciona-

* Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Teoria, Filosofia e História do Direito. Membro do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE). Bolsista do CNPq – Brasil.

lismo latino-americano¹ com o conseqüente encontro das teses com aspectos da sua política.

Deste diálogo, parte-se para uma tentativa tímida de lançar outras referências ao exame da síntese dos primeiros dois itens do artigo. Retomando a noção de classe, pôr-se-á em perspectiva a inafastabilidade da luta de classes e da necessidade da negação do capitalismo com a conseqüente sustentação prática de um projeto de sociabilidade alternativo.

As 20 teses de política de Enrique Dussel: uma plataforma para a libertação

O filósofo argentino radicado no México Enrique Dussel é certamente um dos pensadores mais ricos e originais da América Latina. Não apenas por sua condição de latino-americano em si, seu renome e culto foram construídas precisamente pela preocupação na construção de um pensamento voltado às especificidades latino-americanas, à condição historicamente acumulada do colonizado, com fôlego, rigor teórico e um profundo domínio da tradição filosófica ocidental.

A maior expressão do seu vulto teórico é a *filosofia da libertação*. Uma teoria para o redescobrimento do Outro, para o reesplendor das identidades solapadas pela colonização, pelo imperialismo e pelo capitalismo. Em contida síntese, a teoria de Dussel, calcada na categoria da exterioridade e na ética da alteridade, pressupõe a *vida humana como critério fonte*, a partir da *afirmação analética* como método para a negação afirmativa da exterioridade do outro (LUDWIG, 2006), descoberta a partir de uma ética igualmente centrada no reconhecimento da corporalidade deste outro que é o outro vítima (WOLKMER, 2009).

A *libertação*, portanto, é um projeto inédito, não se confundindo com a *emancipação* marxiana, por exemplo, e tem como cenário próprio de

¹ Cabe aqui de pronto uma advertência: adota-se, para fins da abordagem realizada no presente trabalho, a demarcação do novo constitucionalismo latino-americano que contempla os processos de refundação dos estados venezuelano, equatoriano e boliviano, como referidos no texto, a partir de seus pontos comuns de inovação na história constitucional latino-americana. Neste sentido, conferir ARMENGOL, C.M.V., 2012. Destaque-se que há uma linha de análise relativamente diversa, mas bastante convergente, que remonta os primórdios deste novo paradigma constitucional tendo como marco a constituição colombiana de 1991 (cf. DALMAU; RODRIGUES, 2013).

germinação a realidade latino-americana. As nuances que Dussel constrói em relação à emancipação podem ser assim compreendidas:

A exterioridade assim posta, além do horizonte da totalidade, requer em cada nível um projeto de *libertação*, e não meramente de *emancipação*, pois a emancipação consiste num caminho dialético progressivo na busca de um “novo lugar”, situado no interior da totalidade vigente. Admitindo-se que uma determinada totalidade vigente é estruturalmente injusta, a emancipação não rompe com a injustiça. A emancipação, ainda que necessária, como um projeto revela-se insuficiente, porque consiste num movimento interno. A lógica da totalidade, fundando em “o mesmo” – opera-se um eterno retorno do mesmo (LUDWIG, 2006, p. 275).

Advirta-se que as descrições acima não têm – nem poderiam ter, dada a perspectiva do artigo – a pretensão de dar a conhecer suficientemente a contribuição filosófica de Dussel, bastando ter em conta que, como esclarece Eduardo Mendieta (2002), uma filosofia e uma ética de libertação, fincadas na perspectiva de um *projeto libertador* – que, digamos, é o objeto último das formulações de Dussel – só poderiam ter como complemento lógico uma *política da libertação*, cuja enunciação principiológica exposta principalmente nas *20 Teses* será minimamente trabalhada doravante.

Esclareça-se inicialmente que Dussel não parece ter a pretensão de alçar suas teses como a plataforma definitiva a ser encampada pelos sujeitos da libertação como manual para a sua práxis, como sugere:

A filosofia política não propõe nem os projetos, nem as transformações concretas empíricas. Isso é tarefa de grupos de cientistas sociais, de partidos políticos e dos movimentos sociais, nos níveis econômico, ecológico, da saúde, etc. Aqui só se trata de enunciar os princípios, os critérios fundamentais da transformação, no médio prazo (uns cinquenta anos, por exemplo), que substituam o antigo modelo autoritário ou totalitário latino-americano, e o recente modelo neoliberal aplicado nas duas últimas décadas do Século XX (...) (DUSSEL, 2007, p. 131).

Outrossim, o autor situa sua formulação a partir de uma renovação ética, teórica e prática, descartando portanto os postulados burgueses-liberais e o do socialismo real, rumo a uma *nova civilização transmoderna e transcapitalista* (DUSSEL, 2007). É visto, portanto, que muito embora Dussel se reaproprie de algumas categorias marxistas e transpareça – ainda que timidamente – elementos de uma ética habermasiana do discurso

(MENDIETA, 2002), seu projeto não se alicerça univocamente nos tradicionais horizontes das organizações revolucionárias (o socialismo), ou reformistas (uma renovação do estado social) ou liberais (o livre mercado aperfeiçoado).

Neste sentido, se muito embora não é possível remeter Dussel, em toda sua robustez e originalidade teórica, unicamente a uma ou outra tradição filosófica específica, é certo que sua obra é fruto dialético de sua própria trajetória e seus contextos. Não se pretende aqui correlacionar as vertentes das quais bebeu Dussel ao que o autor projeta em suas teses de política, mas tão somente registrar os momentos de seu *itinerário filosófico*, conforme exposto por Eduardo Mendieta (2002): já no começo de sua trajetória, nos anos sessenta, Dussel se preocupava com o lugar da América Latina na geopolítica, o que lhe evidenciou a insuficiência dos modelos e paradigmas europeus para sua compreensão na história do mundo. A partir da leitura de Levinas, Dussel desenvolve o método (a *analética*) que lhe permitiria evoluir de uma ontologia para a descoberta da alteridade, para a transcendência metafísica do outro. Em outro momento posterior de sua trajetória, Dussel se dedica ao estudo da obra de Marx, produzindo uma das mais robustas contribuições e retomadas do legado marxiano. Da leitura de Marx, Dussel extrai a compreensão de que sua crítica da ordem burguesa é fundamentalmente uma obra ética de reafirmação da vida do outro que é expropriada na lógica de produção de mercadoria. Dussel reafirma, portanto, um Marx humanista. Uma terceira fase da trajetória do filósofo se apresenta com o debate em torno da ética do discurso, centralmente com Apel e Habermas (cf. MENDIETA, 2002).

Se bem estas três nuances não conformam por si só o referencial dusseliano, são contudo pistas importantes que apontam respectivamente para três elementos de sua política: o “outro” como *excluído*, a partir da exterioridade levinasiana, apresenta o sujeito político do projeto de libertação, que assume a condição de *povo*. Do marxismo, especialmente de Gramsci, Dussel trabalha a noção de *hegemonia*; e da ética do discurso busca a razão prática discursiva como espaço de legitimidade e validade democrática (MENDIETA, 2002).

Um outro apontamento metodológico é importante e reafirma a heterogeneidade referencial do autor trabalhado: suas teses de política estão alicerçadas na noção de *campo político*, num sentido próximo da noção de

campos de Pierre Bourdieu² (DUSSEL, 2007). Isto implica em considerar, portanto, que a política, para Dussel, tem um espaço próprio de relações intersubjetivas, cooperativas e conflituosas. É neste espaço, essencialmente dinâmico e composto por diversos sistemas e subsistemas, que se exerce a *potentia*, a origem insuperável do poder de determinação de uma comunidade política; a partir da ação política intersubjetiva naquele se irradiam efeitos práticos, essencialmente materiais, para outras esferas (campos) do mundo da vida.

Colocadas estas premissas de base das *teses* dusselianas, e considerando a intencionalidade do artigo (fazer um diálogo entre aquelas e alguns elementos do novo constitucionalismo latino-americano) na sequência serão abordadas algumas categorias ou postulados da *segunda parte* das 20 Teses, que mais centralmente se alçam enquanto formulação prospectiva e mesmo concreta para um porvir de libertação dos povos colonizados e que serão projetadas no próximo tópico a uma noção conjuntural de elementos da política do novo constitucionalismo latino-americano.

Povo

A categoria povo é nodal na contribuição política de Dussel, comportando não essencialmente um arranjo metafórico-categorial de um ator político determinado, mas compreendendo um sucedâneo da sua própria construção filosófica que supera a ontologia. É dizer: o *paradigma da vida*, como critério fonte da ética da alteridade (LUDWIG, 2006), implica reconhecer tanto a condição dos *oprimidos* (no sentido de *explorados*) no seio da *totalidade* da ordem vigente e dos *excluídos*, a partir da exterioridade, da própria totalidade, tendo negada sua condição de sujeitos no âmbito mesmo da totalidade (DUSSEL, 2007).

Assim que, pelo exercício da exterioridade Dussel vai (re)encontrar os pobres, marginalizados, povos indígenas, etc., que, conjuntamente e para além da *classe trabalhadora* (categoria que na tradição marxista com-

² Em apertada síntese, Bourdieu entende os campos como espaços relativamente autônomos, dotados de certos limites e impulsionados por certas lógicas que lhe são próprias. Os campos não se somam para formar um mundo, mas sim se entrecruzam e mutuamente condicionam. Esta compreensão cá exposta é certamente determinada pelo enfoque a ser utilizado para a formulação de Dussel, não estando rigorosamente referenciada na criação original do próprio Bourdieu. Neste sentido, conferir BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

porta o sujeito coletivo da ação política revolucionária) dão corpo ao *povo*, uma categoria política revestida de unidade a partir da pluralidade do conjunto de reivindicações, de necessidades solapadas, concretizando-se, em *conjunturas políticas críticas*, em *ator coletivo político* (DUSSEL, 2007).

Indo “da classe ao povo” (a partir obviamente de uma interlocução com Marx) Dussel tenta dar conta da especificidade histórica latino-americana, indo da centralidade da alienação do trabalho à negação da vida na pobreza, nos etnocídios, na colonização. Por mais que a reivindicação do povo, em certas construções políticas, possa ensejar severas críticas sociologicamente determinadas (que mereceriam, mas não serão tratadas no presente artigo, dados seus limites), o povo em Dussel aparece como um sujeito em potencial, não uma idealização romântica colada a noções liberais de nação.

Práxis anti-hegemônica

Como apontado acima, Enrique Dussel se utiliza da categoria *hegemonia* no sentido proposto por Gramsci (2002), ou seja, o modo pelo qual as classes dirigentes, principalmente por intermédio da ideologia, logram estabelecer o controle da ordem vigente a partir de um arranjo consensual com as classes dominadas mediado por mecanismo como o Estado e a democracia.

Dussel (2007) acredita assim que uma *práxis* de libertação é essencialmente *anti-hegemônica*, porque deve trabalhar a partir da negação dos efeitos históricos desta direção hegemônica, minando seu controle consensual, e ao mesmo passo tornando-se imaginação e criação de uma nova ordem. É um processo com dois vetores:

A *práxis* de libertação é crítica enquanto anti-hegemônica, em seu início. Quebra a hegemonia da classe dirigente. É uma *práxis* cuja eficácia aumenta na medida em que a legitimidade hegemônica do sistema diminui. Há, então, um processo crescente por um lado (o da *práxis* de libertação) e decrescente do outro (a legitimidade consensual vai se convertendo em uma maior dominação ante um desacordo também maior em que, como numa espiral, se apoiam um no outro: a maior repressão e violência, maior consciência e desejo de produzir uma situação de liberdade) (DUSSEL, 2007, p. 125-126).

Neste excerto, o autor, novamente retomando Gramsci, recupera um fenômeno bastante experimentado na experiência política latino-

americana: na medida em que a hegemonia vai arrefecendo (fala-se *crise de hegemonia*) a resposta das classes dominantes é com coação e violência institucional, ou seja, deixa de ser direção e passa a ser dominação. Daí da importância reafirmada por Dussel (2007) de a *anti-hegemonia* apresentar positivamente suas respostas à ordem negada, o que passa, como veremos na sequência, pela defesa de transformações institucionais, projetadas no seio da *construção da nova hegemonia*.

Transformação institucional

Dussel (2007) entende as instituições (em última instância o Estado) como *necessárias* para alcançar *eficácia instrumental* na reprodução material da vida. O autor diferencia *transformação* de *reforma* ou *revolução* (resignificando a histórica distinção de Rosa Luxemburgo).

Assim, diz Dussel (2007), a transformação se contrapõe à reforma no sentido que esta última compreende mudanças aparentiais, que todavia não alteram substancialmente uma instituição ou sistema institucional, enquanto que *transformar*, para a sua plataforma política, compreende mudar *de forma* as instituições, de modo que resultem uma nova maneira de exercer a *potestas* (poder delegado da *potencia*, sendo esta o poder popular, titulado pelo povo) no interesse dos sujeitos desta transformação. As teses apontam também para a inviabilidade histórica de instituições perenes, de modo que o povo, sujeito das transformações institucionais, deve articular-se para um processual aperfeiçoamento institucional.

Princípio crítico-democrático

A *tese 14* (DUSSEL, 2007, p. 109) coloca *crítica* e *democracia* em mútua determinação para afirmar o postulado da legitimidade popularmente referenciada da ação política e seus sujeitos, que se volta ao momento anterior da afirmação do consenso para avaliar a participação real das vítimas do sistema dito democrático.

Não se trata, aponta o autor energicamente, de postular a *inclusão* dos excluídos na ordem política institucional, mas apontar para a transformação desta própria ordem de modo que esta alcance uma legitimidade democrática maior em relação à participação ou igualdade de participação nos processos institucionais de decisão.

Este princípio é exposto no texto com a seguinte exortação:

O princípio de legitimação crítico ou de democracia libertadora (completamente afastada da democracia liberal) poderia enunciar-se assim: devemos alcançar *consenso crítico*, em primeiro lugar, *pela participação real e em condições simétricas dos oprimidos e excluídos*, das vítimas do sistema político, porque são os mais afetados pelas decisões de que se lembraram no passado institucionalmente! (DUSSEL, 2007, p. 110).

Este princípio dá conta assim de acompanhar o movimento ideal da afirmação do consenso crítico dos excluídos e oprimidos como um primeiro exercício de democracia e seu consequente desenvolvimento em torno da ampliação democrática do *sistema institucional* a ponto de este último poder contemplar materialmente novas formações de consenso então legitimadas.

Estes fragmentos das 20 Teses, obviamente, não foram dispostos dos demais como categorias ou pressupostos em si. Tratam-se de elementos de uma proposta geral e transcendente em muito referenciada em uma vastíssima produção literária do próprio Enrique Dussel que perfaz, ademais, um sistema filosófico propriamente dito. De modo que, se bem não podem ser afastadas da totalidade do pensamento dusseliano, são chaves de análise de possível determinação histórica, de modo que a projeção dialética destas teses ao que se vem experimentando na política do novo constitucionalismo latino-americano é um exercício de compreensão, crítica e projeção do que tal fenômeno comportar e pode comportar e não propriamente uma avaliação positivista e linear no sentido de determinar se tais experiências encaminham-se ou não para a libertação proposta pelo autor.

Um encontro com a práxis libertadora? A política no fenômeno do novo constitucionalismo Latino-Americano

Neste segundo momento do artigo, traz-se a experiência recente do que se convencionou denominar *novo constitucionalismo latino-americano* (ou ainda *constitucionalismo pluralista* e *constitucionalismo andino*) e, a partir de algumas expressões políticas que lhe vêm no ensejo, pontua-se o entrecruzamento das teses de política de libertação trabalhadas no tópico anterior.

Primeiro, esclareça-se que a perspectiva de abordagem do novo constitucionalismo ventilada neste trabalho assimila-o enquanto fenômeno, portanto vai além das constituições em si (venezuelana de 1999, equatoriana de 2008 e boliviana de 2009) recortando de sua experiência, com

suas devidas determinações históricas e políticas, alguns pontos de destaque.

Se bem cada país teve e tem suas condições e fatores específicos, é certo que se pode (não sem alguma simplificação) compreender o fenômeno do novo constitucionalismo como um movimento único. Os processos históricos seguiram praticamente um mesmo caminho: em um contexto de crise de hegemonia, com a perda da legitimidade das instituições, efeitos materiais nefastos das políticas neoliberais, explosão da rebeldia historicamente sufocada, eclodem revoltas populares e uma série de intervenções mais ou menos radicalizadas, protagonizadas por uma pluralidade de sujeitos, que logra unificar-se em torno de uma plataforma comum: a *refundação* dos estados, com novas constituições. São eleitos presidentes comprometidos com tal projeto (respectivamente: Hugo Chávez [Venezuela, 1998], Evo Morales na [Bolívia, 2005] e Rafael Correa [Equador, 2006]), que, investidos nas presidências e tendo por base a pressão popular que os conduziu, promoveram os impulsos iniciais para os processos constituintes que se lhes seguiu.

Os processos constituintes foram uma experiência ímpar: superando o histórico pactualismo elitista da ficção do poder constituinte originário, nasceram processos de notável disputa de classes, de apropriação pelos sujeitos renegados deste tipo de espaço.

(...) el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo sin padres. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución, por la genuina participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes. Desde la propia activación del poder constituyente, a través de referéndum hasta la votación final para su entrada en vigor, pasando por la introducción participativa de sus contenidos, los procesos se alejan cada vez más de aquellas reuniones de elites del viejo constitucionalismo para adentrarse, con sus ventajas y sus inconvenientes, en su propio caos, del que se obtendrá un nuevo tipo de Constitución: más amplia y detallada, de mayor originalidad, pensada para servir a los pueblos, cercana de nuevo al objetivo revolucionario (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 9).

Fruto desta agitação construtiva de movimentos sociais, classe trabalhadora e outros sujeitos históricos, as resultantes constituições (venezuelana [1999], boliviana [2009] e equatoriana [2008]) e o novo modelo de Estado que em sua arquitetura *refundam*, são expressões de lutas sociais que sepultam a ideologia do fim da história.

Da breve síntese de caracterização do fenômeno, faz-se então a problematização sobre um potencial processo de libertação inaugurado. Como já esclarecido, as contradições e complexidades que permeiam estas conjunturas não permitem que se atribua um carimbo (pelo menos não é possível fazê-lo aqui) sobre o caráter de um fenômeno que é essencialmente político.

Mas veja-se que dos elementos da política de libertação exposta nas 20 Teses (DUSSEL, 2007), há apostas que podem ser confrontadas com a experiência descrita acima³.

A confiança de Dussel no *povo* como um sujeito coletivo a se constituir conforme a conjuntura, formando o “boco social dos oprimidos” (DUSSEL, 2007) encontra no caldo político dos três países⁴ uma expressão da constituição de um sujeito coletivo político que logrou afirmar-se em torno de uma linha política mais ou menos comum (novas constituições e refundação do estado). Proximamente a noção gramsciana de “bloco histórico”, o *povo* na acepção dusseliana pode ser considerado assim como o sujeito coletivo político do novo constitucionalismo latino-americano. Seu critério da *exterioridade* permite visualizar assim os *oprimidos* e *excluídos* exercendo de fato sua *potentia* (DUSSEL, 2007), como experiência histórica, e não como mera idealização teórica. Vão neste sentido os relatos de autores que acompanharam os processos constituintes (PASTOR; DALMAU, 2010; 2012) e formularam sobre as convulsões que expressaram o “estado de rebelião” (Dussel, 2007) do *povo* (MIRZA, 2006; LÓPEZ e ABAD, 2012; OLVERA e NORIEGA, 2010).

Este sujeito coletivo político, a partir de suas necessidades insatisfeitas e historicamente acumuladas expõe a negação da hegemonia da classe dirigente, minando processualmente o consenso estabelecido em torno da ordem vigente. Assim, como já apontado, a ida às ruas, a eclosão de uma série de movimentos e episódios, violentos ou não, assinalou a derrocada do consenso hegemônico. Do mesmo modo que a configuração conjuntural dos “blocos sociais” afirmou uma resposta de certa forma alternativa às ordens questionadas, que implicou na tomada de poder [em Dussel (2007)

³ O próprio autor faz referências expressas a lideranças destes processos (Hugo Chávez e Evo Morales), sem descer a análise em si, mas deixando entendida uma certa confiança no que deles e sua base poderia surgir ou havia surgido até então (2007).

⁴ Vale referir episódios símbolo, como o Caracazona Venezuela em 1989 e as Guerras do Gás (2003) e da Água (2000) na Bolívia (SILVA, 2011).

– que renega esta expressão, frise-se –, “exercício da *potestas*”] e na construção afirmativa de uma outra hegemonia. Concretiza-se assim, é possível afirmar, o que o autor das 20 Teses nomeia *práxis anti-hegemônica*.

Uma evidência desta ofensiva anti-hegemônica, por exemplo, no âmbito da contra-ideologia, observa-se nos preâmbulos das Constituições, que mencionam o histórico de espoliação dos povos originários, as lutas populares, a exploração econômica e a miséria e a própria constituição como obra histórica destas classes. Outra expressão de afirmação ideológica das transformações desejadas está contida na proclamação, pelos governos dos três países (mais incisivamente pelo venezuelano), do “Socialismo do Século XXI”, que muito embora até então seja vista mais como figura retórica do que como programa propriamente dito, se referencia como baluarte das transições políticas destes países e é, no mínimo, uma manifestação de factibilidade e anseio de uma ordem alternativa ao capitalismo.

Se para Dussel as *transformações institucionais* para o serem de fato devem contemplar mudanças significativas na forma das próprias instituições, de modo que impliquem em outro modo de exercer o poder delegado do povo, o novo constitucionalismo latino-americano parece ter assimilado sua distinção entre *reforma* e *transformação* na medida em que propõe ou reivindica a *refundação* do Estado e outras formas de democracia.

Surgem assim novos Estados: *Estado democrático y social de derecho e de justicia* na Venezuela, *Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario* na Bolívia e *Estado constitucional de derechos y justicia* no Equador. Esta *tipologia* destes novos certamente não basta para compreender o conjunto de transformações institucionais. Entrementes, para a aproximação cá realizada com as teses de política de Dussel, merece ser destacada a plurinacionalidade dos estados boliviano e venezuelano. A plurinacionalidade reconhece finalmente a auto-gestão e a organização político-jurídica de nações originárias, remetendo a descolonização das ancestralidades sufragadas no estado-nação (WOLKMER; FAGUNDES, 2011) ao mesmo tempo que mantém uma unidade nacional mínima e portanto preserva a noção de *povo* tanto na *totalidade* como na *exterioridade*.

Outro nível de transformações institucionais se opera no sistema democrático. Os arranjos institucionais-democráticos do novo constitucionalismo latino-americano repercutem as premissas liberais clássicas, como não podia deixar de ser, bem como garantem a democracia liberal mantendo o sistema representativo. Entrementes, por ter sido fruto de uma possivelmente inédita incidência real do titular do poder originário na

definição dos contornos da nova ordem política em construção (o que lembra em muito o *princípio crítico-democrático* postulado por Dussel (2007, p. 110), a democracia nas constituições de Venezuela, Bolívia e Equador alça ao âmbito da institucionalidade uma noção de organização política advinda de suas práticas comunitárias. Assim que, numa tentativa de encaixar a democracia do novo constitucionalismo na tipologia das democracias que a ciência política oferece, pode-se dizer que Venezuela, Bolívia e Equador, a partir de suas mais recentes constituições, organizam-se sob a égide de um sistema de modelo misto de democracias: a representativa e a participativa.

Assim que, se Dussel afirma a *democracia crítica* como princípio e sistema institucional que possa assegurar a legitimidade na construção racional do consenso, e consolidar a proeminência e fidelidade da *postestas* em relação à *potentia*, pode-se entender num sentido parecido a democracia do novo constitucionalismo latino-americano, que se propõe a uma retomada conceitual da democracia a partir do *demos*, de um corpo cidadão ativo e de participação real, que se reafirme constantemente como o responsável pelas decisões políticas da comunidade a partir de instrumentos efetivos e concretos para tanto, superando assim os engodos superestruturais da democracia formal e da exclusividade da representação.

Esta simbiose que as aproximações brevemente destacadas acima apresentam não estão colocadas, como já afirmado, na perspectiva de qualificar ou não os fenômenos do novo constitucionalismo latino-americano como potencialmente *de libertação* ou não. É certo que as teses de política de Enrique Dussel, como não poderia deixar de ser para um teórico com seu perfil, são ao mesmo tempo reflexo de uma tradição política da esquerda latinoamericana construída ao longo do século XX e exercício de (re)formulação principiológica de um projeto contra-hegemônico para uma *nova civilização* a partir desta própria tradição. Avaliar o potencial *libertador* deste novo constitucionalismo, tendo em vista as superações que o próprio Dussel propõe, é exercício que a história recém começa a desafiar.

Um fantasma para rondar a América Latina: notas para a síntese de uma via política

Feita esta aproximação preliminar entre elementos do projeto político de Enrique Dussel para a libertação e elementos da política do fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano, este terceiro momento

reserva a perspectiva de se trabalhar criticamente algumas de suas contradições e limites entendidos a partir de um critério: a perspectiva potencial de superação da unidade sistêmica do capitalismo.

Neste sentido, portanto, no que toca à reprodução material da vida, as transformações dos cenários ora trabalhados apresentam uma certa pusilanimidade de intervenção na ordem econômica frente ao que se poderia esperar de um “Socialismo do Século XXI”. O novo constitucionalismo latino-americano garante a propriedade privada e mantém a regência do mercado na produção, perseverando o modo de produção capitalista e, por consequência, mantendo os entraves da cisão da vida entre economia, organização do trabalho, e, principalmente, política (este apontamento crítico, como resta aparente, vem estribado na crítica marxiana da alienação do trabalho e a mediação do estado na emancipação *política*).

Entrementes, também como expressão da tensão dialética das transformações, há de se destacar que, além do amplo processo de estatização de empresas centrais para a organização econômica dos países e monopólio de alguns setores produtivos (como a exploração do petróleo na Venezuela e dos hidrocarbonetos na Bolívia) e da garantia da participação popular na decisão dos rumos macroeconômicos dos países, as três constituições orientam algumas medidas interessantes do ponto de vista de uma alternativa ao modo de produção capitalista, como o incentivo e assistência à criação de cooperativas livremente organizadas e sob controle coletivo dos trabalhadores, a proteção do modo de produção e organização da vida comunitária das nações indígenas, reconhecimento e apoio a processos associativistas e comunitários, criação de arranjos jurídico-formais para o desenvolvimento de uma economia endógena e garantia de gestão participativa dos processos produtivos⁵.

⁵ Neste sentido, os seguintes dispositivos das respectivas Constituições: Constituição Venezuelana:

Artigo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. Artículo 118. El Estado promoverá y protegerá las asociaciones solidarias, corporaciones y cooperativas, en todas sus formas, incluyendo las de

Feito este destaque, em linhas gerais, portanto, temos que em Venezuela, Bolívia e Equador, na sequência das mobilizações que culminaram nas suas respectivas novas constituições e institucionalidades, não houve alteração substancial nas bases materiais de suas sociedades (economia), assumindo as políticas econômicas uma orientação social-democrata nacional-desenvolvimentista (em que pese algumas medidas e a garantia constitucional de sistemas produtivos comunitários e em cooperativas), com uma considerável melhora na distribuição de renda e prestação de direitos pelos Estados⁶, mas com índices de pobreza ainda periclitantes⁷.

Voltando a Dussel, igualmente, as transformações do novo constitucionalismo latino-americano parecem não contemplar sua política econômica formulada dentro de uma de suas teses: “(...) devemos imaginar novas instituições e sistemas econômicos que permitam a reprodução e o crescimento da vida humana, e não do capital! Estas alternativas deverão criar-se em todos os níveis institucionais e com a ajuda de todo o povo” (2007, p. 107).

carácter financiero, las cajas de ahorro, microempresas, empresas comunitarias y demás formas asociativas destinadas a mejorar la economía popular.

Constituição Boliviana: Artigo 307. El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria. Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos.

Constituição Equatoriana: Artigo. 283. (...) El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. Artigo 319. Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.(...) Artigo 320. En las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente (...).

⁶ Quanto à distribuição de renda, também segundo o relatório “La hora de la igualdad” (CEPAL, 2010, p. 186), “El período 2003 a 2008, en cambio, no solo se caracterizó por un crecimiento económico sostenido, sino por una tendencia, leve pero evidente, hacia una menor concentración del ingreso”.

⁷ Conforme estatísticas do relatório — La hora de la igualdad (2010), elaborado pela CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), vinculada à ONU, a Bolívia e o Equador ainda possuem “brechas severas de bienestar” enquanto a Venezuela possui “brechas intermediaria de bienestar”. A CEPAL considerada “bienestar”, para fins dos seus relatórios, o “(...) recorte analítico de una conjunto de políticas y acciones que se hacen presentes en todos los Estados. Esta última acepción es la que aquí se utiliza” (p. 206). O relatório aponta que os índices de pobreza nos primeiros países beira 45%, enquanto na Venezuela este índice é de 30% a 40%.

Ocorre que é precisamente por aqui que se ousa afirmar necessária uma retomada dialética entre as categorias centrais dusselianas, minimamente exploradas até o presente momento, e categorias igualmente centrais marxianas que vêm sendo diminuídas ou relativizadas pelas tendências pós-modernas, mas que entende-se inafastáveis para a interpretação da realidade: classe e trabalho⁸.

É pensando na centralidade do trabalho na constituição da América Latina que Ricardo Antunes fala em *continente do labor* (2011). É do trabalho que Mariátegui (2010) vai retirar a compreensão de que o problema indígena não é outra coisa senão o problema da terra, porque a *vida* dos povos originários era a produção material dela mesma, era a atividade concreta de organizar a reprodução econômica do trabalho na terra no *comunismo inca*.

A complexificação da transformação do trabalho em mercadoria, hoje, obnubila cada vez mais a cisão da sociedade em classes e consequentemente força ao abandono da própria *luta de classes*.

“Isto porque a classe trabalhadora no mundo contemporâneo, em sua *nova morfologia*, é mais complexa e heterogênea do que aquela existente durante o período de expansão do fordismo. O resgate do que Alain Bihl chamou de *sentido de pertencimento de classe*, contra as inúmeras fraturas objetivas e subjetivas impostas pelo capital é um dos desafios mais prementes. E devemos ter ainda uma noção *ampliada* de trabalho, que não nos leve à tese equívoca e eurocêntrica do mito do fim do trabalho” (ANTUNES, 2011, p. 70).

Neste sentido, a onipresente reprodução sócio-metabólica do capital (MÉSZÁROS, 2004) *amplia* a subsunção das pessoas a esta lógica reprodutiva, de modo que por classe trabalhadora hoje, não é possível se entender uma caricatura da classe obreira industrial do século XIX, mas sim uma classe fragmentada que não dispõe de outra coisa que não sua força de trabalho para vender e, portanto fica mercê das reestruturações produtivas do capital.

⁸ Obviamente não se pode olvidar que o próprio Dussel é um dos teóricos que mais se debruçou sobre a obra marxiana. Entretanto, a proposta aqui colocada não é entrecruzar paradigmas, mas sim retomar elementos da tradição marxista que possam emprestar concretude a um projeto político que efetivamente assimile a factibilidade de uma superação radical da ordem burguesa. Em resumo, é reafirmar, no esteio do que a classe trabalhadora e os movimentos sociais ainda reivindicam, o socialismo como um horizonte possível e necessário.

Daí que se afigura necessário uma (re)atenção criativa para com a dinâmica da luta de classes. Sem pretender aqui fazer um contraponto definitivo entre *classe* e *povo*, mas entendendo que talvez a política dusse-liana possa ser enriquecida com um toque central na classe, é imperioso ter em conta a força política do capital contra a qual qualquer projeto de sociabilidade alternativa deve se contrapor.

Na perspectiva da luta política da luta de classes, portanto, o que pode estar em jogo na política do novo constitucionalismo latino-americano, ou do “Socialismo do Século XXI” (agora com outro aporte para além da política de libertação)?

É visível o enorme ganho de espaço no campo superestrutural e o acirramento da disputa da hegemonia nos três países, tal como vistas acima. A abertura dos canais democráticos a partir da participação direta, o reconhecimento dos preâmbulos das constituições do passado de opressões dos povos originários, e mais uma série de elementos de reconhecimento de grupos e a própria auto-proclamação de ideais de igualdade como o “Socialismo do Século XXI”, ou a evocação de uma grande pátria-mãe latino-americana são evidências desta disputa ideológica. O que sugere a perquirição acerca do potencial de influência desta “vantagem ideológica” na consciência do ser social, dos trabalhadores e povos originários. Apontaria para um inevitável processo de conscientização do ser social acerca da possibilidade histórica de construção de uma nova sociabilidade?

A observação primeira a ser feita é a de que avanços no campo superestrutural sempre são intermediações de classes, ou seja, concessões que não alteram as bases materiais de organização da vida.

Como sustenta Mézaros:

Na verdade, a “hegemonia” da ideologia dominante não pode ser compreendida apenas em função de seu suposto “poder autônomo”; (...) Antes de mais nada, a soberania normalmente preponderante da ideologia dominante deve ser explicada em termos da já referida *base existencial comum*. As *inversões práticas* constantemente reproduzidas no sistema socioeconômico estabelecido – para o qual as várias manifestações teóricas e instrumentais da ideologia dominante contribuem ativamente em seu próprio plano – constituem, na imediatez paralisante de sua materialidade inevitável, a determinação mais fundamental a este respeito.

Nunca será demasiado sublinhar a impossibilidade de explicar o poder da ideologia (efetivamente exercido apesar das distorções identificáveis) em termos ideológicos auto-referenciais. Somente a pro-

funda *afinidade estrutural* entre as *inversões práticas e materiais* e as *inversões intelectuais e ideológicas* pode tornar inteligível o impacto maciço da ideologia dominante sobre a vida social (...) (2004, p. 475).

Está intimamente conectada a ideologia, portanto, à *base existencial comum* e a centralidade das *inversões práticas materiais* para a configuração do panorama ideológico da época, de acordo com Mézaros (2004). Na sequência da sua compreensão da construção ontológica da consciência, o mesmo autor conclui:

Significa apenas que a transformação radical do “panorama ideológico da época” não pode ser definida em termos estritamente ideológicos como o *trabalho da consciência sobre a consciência*. Mais exatamente, deve conter, como um componente organizacionalmente articulado da estratégia geral, a *negação prática materialmente eficaz* das estruturas produtivas dominantes, em vez de reformá-las através da “economia mista” e de várias formas de “participação” na reestabilização socioeconômica e política do capital em crise (2004, p. 486).

Assim, contemplando o autor, tanto são limitadas as estratégias de disputa hegemônica colocadas como é insuficiente a organização político-econômica social-democrata verificada no novo constitucionalismo latino-americano, o que faz com que as transformações institucionalizadas não tenham repercussão contundente para fins da *negação prática materialmente eficaz* das bases materiais dominantes.

Assim, a ocupação dos “canais” de democracia que admitem participação direta deve, sim, estar na pauta dos atores protagonistas das transformações, mas não deve ser compreendida como um fim em si mesmo.

O próprio Mézaros contribui com uma conclusão que aparenta ser conjunturalmente adequada às estruturas institucionais em estudo:

Deve-se enfatizar aqui que a *negação prática materialmente eficaz* das estruturas reprodutivas dominantes não implica a ilegalidade, ou mesmo a rejeição apriorística da estrutura parlamentar. Todavia, envolve a sustentação organizacional de um desafio contínuo às restrições mutiladoras que as “regras do jogo” parlamentarista *unilateralmente* impõem somente às classes subalternas. O que nos preocupa no presente contexto é que, enquanto os representantes parlamentares das classes dominantes fazem uso irrestrito, como fato natural, das *forças extraparlamentares do capital* – que não só dominam totalmente as bases materiais da sociedade como também se acham rigorosamente organizadas na esfera política e cultural (...).

Por isso, a organização adequada das forças *extraparlamentares socialistas* como um movimento de *massa* autodeterminado – em conjunto com as formas parlamentares tradicionais de organização política, que muito precisam do *apoio radical* de tais forças extraparlamentares – precisa ser reconhecida como parte inalienável da estratégia gramsciana para transformar “o panorama ideológico da época” (2004, p. 487, com grifos no original).

Contra a ofensiva do capital, portanto, com toda sua sorte de aparatos, que historicamente já se mostrou completamente avessa à experiência do novo constitucionalismo latino-americano, somente a mobilização constante dos sujeitos engajados é que pode assegurar a manutenção, sequência e radicalização das transições (Dussel vai neste mesmo sentido em sua tese 15, por exemplo).

Por fim, se bem as insígnias não traduzem de todo o que por trás delas se alicerça, é certo que são no mínimo uma aparência que guarda sentido da essência. Dussel (2007, p. 10) constrói suas teses de política rumo a uma *nova civilização transmoderna e transcapitalista*. Mariátegui (2006, p. 109), ao seu tempo, proclamava: “Capitalismo ou Socialismo”. Ao proclamar um “Socialismo do Século XXI”, os sujeitos das transformações experimentadas recentemente na Venezuela, Bolívia e Equador acenam para um futuro que desejam construir. Ao mesmo tempo, sua práxis encontra na *libertação* um referencial que deu frutos. Em síntese, portanto, os desafios e as dificuldades que os sujeitos históricos das recentes transformações na América Latina encontram continuam a exigir um esforço crítico, teórico-prático, de reformulação original, atenta às especificidades e formatações históricas dos contextos locais e regionais, tarefa para a qual as contribuições de Enrique Dussel e da tradição marxista, com suas convergências e distanciamentos, fornecem aportes inafastáveis para este desafio histórico.

Considerações finais

A conclusão do presente artigo não guarda a pretensão de apontar uma síntese acabada entre o referencial teórico buscado e os fenômenos objeto de estudo. O trabalho permitiu, entretanto, verificar a atenção epistemológica, histórica e social das teses de política de Dussel (como obviamente era esperado) mas com um incremento na análise que foi a aproximação de elementos daquelas com uma realidade concreta e em curso nas conjunturas políticas conformadas pelo fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano.

A metodologia da abordagem, ademais, permitiu que se pudesse tentar um aporte crítico a partir do marxismo para com a política de libertação tendo como elemento objetivo a experiência política do novo constitucionalismo latino-americano, o que acena para a possibilidade, a ser confirmada com desenvolvimento metodológico apropriado, de se amalgamar os referenciais para a produção de novas sínteses comprometidas com a continuidade dos processos que se avaliam progressistas para a transformação da realidade latino-americana.

Bem assim que, precisamente pela preocupação e certeza de que qualquer transformação deve surgir de uma construção que aponte um horizonte político a ser alcançado (como utopia realizável) que a afirmação categórica da factibilidade da perspectiva socialista (sustentada por setores das transformações apontadas) rebrota nesta conclusão como exercício a ser revigorado, teórica e praticamente, em atenção à resposta histórica buscada pela classe trabalhadora e movimentos sociais ao revés da própria academia e das ideologias dominantes que insistem na acomodação dos sujeitos que há tempos amadurecem sua própria emancipação.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *O continente do labor*. São Paulo: Boitempo, 2011.

ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. El derecho constitucional del siglo XXI en latinoamerica: Un cambio de paradigma. In: PASTOR, Roberto Viciano (Org.). *Estudios sobre El nuevo constitucionalismo latino americano*. Valencia: Editora Tirantlo Blanch, 2012. p. 51-76.

BOLÍVIA. *Nueva Constitución Política del Estado*. 2009.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Organização das Nações Unidas. *La hora de la igualdad: Brechas por cerrar, caminos por abrir*. Santiago, Chile: 2010. Disponível em <<http://www.eclac.cl>>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: PASTOR, Roberto Viciano (Org.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Editora Tirantlo Blanch, 2012. p. 11-50.

_____. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, n. 25, p. 7-29, 2010.

_____. O processo constituinte venezuelano no marco do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: *Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 43-57.

DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

ECUADOR. *Constitución del Ecuador*. 2008.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 5.

LÓPEZ, Josefina Mendes; ABAD, Marta L. Zaldívar. “Revolución constituyente” en América Latina: Espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos. In: PASTOR, Roberto Viciano (Org.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Editora Tirantlo Blanch, 2012. p. 105-170.

LUDWIG, Celso. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARIÁTEGUI, José Carlos. O Socialismo Indo-Americano. In: LOWY, Michael. *O marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 1999. p. 108-109.

_____. *Sete Ensaios de Interpretação da Realidade Peruana*. São Paulo: Expressão Popular – CLACSO, 2010.

MENDIETA, Eduardo. Política en la era de la globalización: Crítica de la razón política de Enrique Dussel. *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 20.

MÉSZAROS, István. *O Poder da Ideologia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

MIRZA, Christian Adel. Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina: la construcción de nuevas democracias. In: *Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe de la Red CLACSO*. Buenos Aires: 2006. Disponível em <<http://biblioteca.clacso.edu.ar>>.

OLVERA, Alberto; NORIEGA, Armando Chaguaceda. ¿Hay democracia participativa en los países del ALBA? *Revista Envío*, Manágua, n. 334, 2010. Disponível em <<http://www.envio.org.ni/articulo/4125>>.

SILVA, Fabricio Pereira da. Estado, Movimentos Sociais e Questão Democrática na Venezuela, Bolívia e Equador. In: *XV Congresso Brasileiro de Sociologia (Anais)*, 2011, Curitiba. Disponível em: <<http://netsal.iesp.uerj.br>>.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Revista Pensar*, v. 16, n. 2, Fortaleza: jul./dez. 2011. p. 371-408.

**PARTE II: PLURALISMO
JURÍDICO COMUNITÁRIO
PARTICIPATIVO**

A NAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: ESTADOS PLURINACIONAIS

Jeniffer da Silva*

Introdução

Ao longo da história da humanidade, Estado e nação tem vivido em uma confusão conceitual. Diversos autores consideram o Estado como sinônimo de nação; outros consideram a nação como a base fundamental do Estado, devendo, portanto, possuir mais importância que este; e, ainda, há os que consideram que apesar de a nação ser uma ideia mais complexa, não é importante, pois é o sujeito de Direitos – Estado, enquanto governo – quem dirige o futuro da nação.

Essa confusão em definir o que é a nação fez com o que o Princípio das Nacionalidades – que assevera que cada nação deve ter seu próprio território – não fosse empregado da forma como foi teorizado. Este princípio será analisado na primeira seção deste artigo. A segunda seção cuidará da análise do Princípio da Autodeterminação dos Povos, que é considerado a junção do princípio das nacionalidades com a ideia de democracia. Ainda, será mostrada, em linhas gerais, a dificuldade prática da aplicação desses princípios.

A terceira sessão é dedicada ao modelo de Estado Plurinacional, que, em nossa análise, figura como a tentativa prática de equacionar os dois princípios descritos nas sessões anteriores, em uma alternativa à secessão, para que as fronteiras dos Estados já existentes não sejam desintegradas em processos sangrentos.

Estado, nação e o princípio das nacionalidades

L'état c'est moi. Esta frase emblemática, atribuída a Luis XIV, demonstra que os governantes do Antigo Regime contemplavam o Estado como uma espécie de “propriedade pessoal” (ELIAS, 1994). O Estado per-

* Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias – NEPE.

tência à nobreza e os súditos eram vistos como personagens desimportantes na marcha dos acontecimentos, quase que alheios ao Estado. Os súditos, por sua vez, também não se identificavam com o conceito de Estado fornecido pela nobreza: Durante este período, segundo Shafer *apud* Bobbio “uma pessoa (...) deveria se sentir antes de tudo um cristão, depois um borgonhês e, somente em terceiro lugar, um francês” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 785).

Diante deste quadro, conseguimos entrever uma dualidade de forças composta pela sociedade e pelo Estado monárquico. Bobbio continua nesse sentido, e ainda afirma que a importância dada ao Estado, por sua aparente força, foi demasiado exagerada ao longo da história. A sociedade, que aqui entenderemos como Nação, agiu muito mais sobre o Estado Francês do que o contrário, com seu ápice na Revolução Francesa.

Seguindo por este caminho, em 1851, Pasquale Mancini defendeu o princípio das nacionalidades. Para ele, os Estados deveriam ser organizados com base na nacionalidade, conceito este entendido como uma sociedade de homens com unidade de território, de origem, de costumes e de língua, de vida e consciência social comuns (MANCINI, 2003). Apesar de levar em conta o fator *raça* – que foi declarado como inexistente pela UNESCO, na década de 50, numa tentativa de “eliminar a confusão entre fatos naturais, herança genética dos indivíduos e cultura” (EVANGELISTA, 1999, p. 163) – Mancini tenta nos guiar pelos labirintos da nacionalidade, argumentando que, quando ela se torna organizada e forte o suficiente para construir-se internamente, a Nação é capaz de se manifestar externamente. Ele sutenta que existe um Estado, um corpo inanimado, um Leviatã, mas ele é incapaz de funcionar sem que dele faça parte o espírito nacional. Périn (1888), compartilha da ideia de Mancini e complementa dizendo que “voilà donc les peuples qui, chacun avec leur conscience nationale, forment la société internationale”¹.

Holtzendorff, anos mais tarde, confirma a teoria de Mancini, afirmando que ela, além de servir de marco filosófico, criou uma nova tendência na ciência italiana. Dessa forma, não haveriam guerras por território baseadas em divisões estatais arbitrárias que não levam em conta o povo em suas decisões. “C'est la nation ainsi entendue, la nation ethnographique, et non l'État ou la nation dans le sens juridique

¹ São os povos, cada um com sua consciência nacional, que formam a sociedade internacional. Tradução nossa.

traditionnel, que forme la monade élémentaire en droit des gens”² (HOLTZENDORFF, 1889).

Quando um Estado sufoca várias nacionalidades dentro de seu território, e geralmente o faz sob a égide do princípio da igualdade, consegue apenas uma igualdade forçada, uma igualdade na servidão. Ele é incapaz de se tornar um corpo político e faz com que as Nações suprimidas se tornem coisas, instrumentos para fins alheios as suas vontades. Mancini nos mostra, em suma, que o cerne de um Estado não é seu governo, sua organização hierárquica, e sim seu povo em sua unidade, de onde todo poder emana.

Santi Romano, por sua vez, argumenta que a nação não é sujeito de Direito Internacional. Ela é invocada quando é necessário proteger o povo contra ameaças de destruição ou para garantia de seus direitos fundamentais. Fora dessa esfera, a nação não tem personalidade jurídica internacional e, para ele, a teoria que Mancini defende que

(...) considerava le nazioni come i veri soggetti del diritto internazionale, a differenza degli Stati, enti, secondo lui, arbitrari e illegittimi se non fondati sul principio nazionale, può aver valore come ideale di giustizia o come tendenza politica, ma non ha base, in quella formulazione, nel diritto positivo³ (ROMANO, 1939).

Santi Romano, dessa forma, considera que a nação não seja o elemento fundamental, mas um princípio a ser defendido tendo em vista determinados fins. Pellet (2003), segue uma linha de raciocínio similar. Para ele, não cabe usar a nação como elemento de Direito Internacional, pois não há nenhum princípio que obrigue os países a se formarem com apenas uma nação em seu território. Ele ainda vai além: para ele, o critério de conceituação de uma nação não está sequer definido. Existe uma corrente “subjetiva”, que diz que para haver uma nação, é necessário apenas o sentimento comum de querer construir um futuro juntos. Para essa concepção, o passado não importa. Os laços de origem, costumes e língua não fariam sentido caso não houvesse na população o sentimento de unidade.

² É então a nação, a nação etnográfica, e não o Estado ou a nação no sentido legal tradicional, o elemento fundamental do direito internacional. Tradução nossa.

³ (...) considerava as nações como os verdadeiros sujeitos do Direito Internacional, diferentemente dos Estados, entidades que, segundo ele, são arbitrárias e ilegítimas se não fundadas sob o princípio da nacionalidade, pode ter valor como ideal de justiça ou como tendência política, mas não há base, naquela formulação, no direito positivo. Tradução nossa.

Já a corrente “objetiva”, afirma que a definição de Mancini seria a mais correta e, mesmo contra a vontade, todos os indivíduos devem integrar a nação a qual pertencem. Nesse contexto, Eric Hobsbawm (1990), assevera que as experiências havidas com Estados-nação coerentes, com essa espécie de culto à nacionalidade única e traços culturais específicos, resultaram na expulsão ou exterminínio e embate constante dos diferentes povos que vivem sob os mesmos marcos territoriais.

Lafayette Pereira foi um dos primeiros teóricos brasileiros a abordar o tema, e tentar dissociar o Estado e a nação. Sua conceituação de nação deriva da de Hugo Grocius, como sendo a nação

(...) a reunião de homens que, ocupando território próprio e determinado, se constituem em associação estável e independente, sob um mesmo governo, para o fim de assegurarem a conservação e o exercício de seus direitos e proverem á utilidade comum (PEREIRA, 1902, p. 49).

Para ele nação não é o mesmo que Estado. O Estado seria um conjunto de órgãos estruturadores das ações políticas da nação, o poder do povo organizado para o funcionamento da vida comum. Lafayette considera, dessa forma, que a nação é uma ideia muito mais complexa que a de Estado por englobar este em sua gênese. Ele alerta, porém, que, dadas as confusões semânticas e a falta de sinônimos nos idiomas de origem anglo-saxã, comumente nação e Estado se confundem. O tema dos sinônimos também é abordado por Accioly. Ele argumenta no sentido da incongruência da expressão “Organização das Nações Unidas”, quando dela fazem parte e são reconhecidos apenas os Estados como sujeitos de Direito, atendidos os requisitos formais para tal⁴.

Accioly (2000, p. 67), afirma que o conceito de Nação se refere a um “conjunto de pessoas ligadas pela consciência de que possuem a mesma origem, tradições e costumes comuns, e geralmente falam a mesma lín-

⁴ A saber, Jean Touscoz (1994) define os elementos constitutivos do Estado como três: a população – entendida como o “vínculo a um Estado pelos laços da nacionalidade”, porém não a nacionalidade defendida por Mancini, e sim uma definida através de regras criadas pelo próprio Estado – o território – que são linhas jurídicas “definidas por acordos entre Estados vizinhos” – e o governo – que é o “conjunto de poderes públicos nomeados pela Constituição”. A soberania durante muito tempo foi considerada como um elemento constitutivo dos Estados, porém com o advento do próprio Direito Internacional e da cooperação entre os Estados, este é um conceito que vem sofrendo uma mutação doutrinária.

gua”. Este conceito se afina com o de Mancini, mas Accioly faz parte do grande grupo que considera que o Estado como elemento central do Direito Internacional, alegando que os motivos que levaram Mancini a defender o princípio das nacionalidades, mais do que puramente jurídicos, eram políticos, pois Mancini tinha em mente uma teorização que pudesse ser usada como base para a unificação da Itália. A força conferida a noção de Estado fez com que alguém que ousasse defender um princípio que tentasse diminuir o poder emanado dele, fosse desacreditado nos seus motivos, e não propriamente em sua argumentação. O Estado, dessa forma, conseguiu o posto de sujeito de Direitos e a nação foi relegada a segundo plano, servindo apenas como vínculo do indivíduo ao Estado e inspirador de paixões potencialmente perigosas.

O princípio da autodeterminação dos povos

A maioria dos autores reconhece o Princípio da Autodeterminação dos Povos, sacramentado no § 2º do artigo 1º da Carta das Nações Unidas, como derivado do princípio das nacionalidades. O artigo cita que um dos propósitos das Nações Unidas é “Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal” (CARTA, 1945).

O Princípio da Autodeterminação, segundo Touscoz (1994) fundamentado na resolução 1514 da Assembleia Geral da ONU, prevê que é direito dos povos poder escolher sua forma de governo e governantes. Ainda, conceitua como “não-autônomo todo o território geograficamente separado, étnica ou culturalmente distinto do país que o administra”. Retomando Pellet, o Princípio da Autodeterminação é derivado da idéia das nacionalidades, pois os limites geográficos não deveriam ser impostos sem a anuência da população, e também da idéia de democracia, pois o povo deve escolher sua forma de governo.

Confirmando o que disse Accioly para o Princípio das Nacionalidades, Touscoz afirma que o princípio da Autodeterminação dos Povos é mais político do que jurídico. Sua aplicação se deve mais a fatores políticos condicionantes, do que à simples subsunção de uma norma jurídica, pois se choca com a integridade dos Estados que já existem. Toda a configuração das fronteiras africanas, por exemplo, deveria ser repensada caso levássemos ao pé da letra a autodeterminação dos povos, e, conseqüentemente, haveria um Estado para cada tribo.

Iash Ghai (2003), por sua vez, argumenta que o Princípio da Autodeterminação dos povos só é aplicado quando a população em questão não se encontra sob a jurisdição de outro Estado já constituído. Caso se encontre, a Autodeterminação se encontra em obedecer às leis do Estado, desde que este garanta os direitos fundamentais da população. Além dos direitos fundamentais, o artigo 27⁵ do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos assevera o respeito às minorias de um Estado. No entanto, a aplicação desses direitos era até pouco tempo atrás, assegurada apenas ao indivíduo e não à coletividade, e, ainda, como direitos negativos, ou seja, ao Estado era vedado à tentativa de supressão das minorias, mas também não lhe era imposto nenhum tipo de política de promoção de uma cultura que não fosse a hegemônica. Graças à evolução contínua, este quadro vem mudando acentuadamente, com novas interpretações para este artigo, considerando que, apesar de individuais, a coletividade é necessária para a garantia desses direitos.

James Tully (1995), afirma que, apesar das minorias reclamarem constantemente o seu autogoverno, baseando-se no princípio da Autodeterminação dos Povos, na grande maioria dos casos eles não esperam secessão: eles querem o direito de participar nas instituições que já existem, de forma que possam ser reconhecidos e sejam levadas em conta suas decisões como grupo diferente do dominante, com opiniões e visões diversas. Pois as constituições modernas, apesar de nascidas sob a égide de princípios democráticos e homogêneos, na prática, mais assimilam ou excluem outras culturas do que qualquer outra coisa dita em seus artigos.

Portanto, apesar de ser um princípio pleiteável por todos os povos que encontrem-se na situação de governados por autoridades com as quais não se identificam culturalmente – e aí entrevemos a sua derivação do princípio das nacionalidades – para grande maioria dos casos, o princípio da autodeterminação não restará efetivo. Não há como, em termos práticos, separarmos todas as nações, povos e identidades culturais diferentes, dando a cada um seu pedaço de terra para que se autogovernem. Isso implicaria, muito provavelmente, na Terceira Guerra Mundial, ou uma

⁵ Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua. (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 27, 1966).

singela retomada do estado de natureza hobbesiano, numa guerra de todos contra todos, pois cada Estado tentaria resguardar seus limites territoriais.

Após essa análise um tanto pessimista, deveríamos concluir que o Princípio das Nacionalidades e da Autodeterminação é, para a imensa maioria dos povos, uma falácia jurídica sem efetividade. Cabe-nos analisar, porém, um fenômeno recente que incorpora a idéia inicial dos princípios, e também o que afirma Tully sobre o desejo dos povos de participarem ativamente nas intuições já formadas. Este fenômeno é chamado, comumente, de Estado Plurinacional.

O modelo de Estado Plurinacional e a experiência constitucional boliviana

O Estado-nação só se legitima enquanto consegue criar projetos comuns que unam o povo e superem as aspirações individuais de cada um. Quando ele deixa de ter êxito nesta tarefa, acontecem movimentos como o da fragmentação da Iugoslávia em diversos Estados étnicos diferentes como a Macedônia, Sérvia, Montenegro, Croácia, Bósnia, Eslovênia, e o recente conflito da independência de Kosovo. A alternativa à secessão surge no paradigma do Estado plurinacional e sua atraente proposta de autonomia provincial mesmo dentro de um país pré-constituído.

Para entender o Estado plurinacional, precisamos recorrer ao conceito de pluralismo, cunhado por Antônio Carlos Wolkmer. O termo pluralismo designa

a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si (WOLKMER, 2001, p. 172).

A lógica do Estado plurinacional deriva do reconhecimento do pluralismo dentro de um Estado. Este reconhecimento possibilita o diálogo com o poder público, o reconhecimento de diferentes culturas e procedimentos, inclusive com formas de resolução de conflitos diferentes da justiça estatal, e não somente aquela fria tendência uniformizadora e excludente. Ainda, o novo modelo baseado na diversidade permite que o Estado se legitime e seja reconhecido pelos povos sem questionamentos sobre seu fundamento, como acontece frequentemente com os Estados que confinam várias nacionalidades dentro de seu território onde geralmente eclodem

dem conflitos armados com perdas para todos os lados (MAGALHÃES, sdp).

A tentativa de homogeneizar os vários povos constantes de um território é pressuposto básico para a criação do Estado-nação. É necessário que exista uma identidade cultural única, excluindo-se dela tudo o que é diferente, restando aos outros povos a separação, a integração, ou, na grande maioria dos casos, serem dizimados pelos colonizadores.

Como grande exemplo da separação, temos o Canadá. Sua população multicultural, composta basicamente por povos originários e imigrantes ingleses e franceses, fez com que o país fosse dividido ao meio. Das dez províncias canadenses, Quebec – onde 80% da população se considera franco-canadense – conserva as disposições do Direito Francês na esfera Civil, em contraposição com o resto do país que é regido pela *Common Law*. Em princípio, ao reconhecer o direito dos imigrantes de usarem sua legislação pátria o governo canadense estaria reconhecendo a pluralidade de seus cidadãos. Porém, ao invés de criar uma harmonia entre as pessoas, com base no reconhecimento e aceitação do outro, é senso comum que o Canadá é dividido em duas partes, a inglesa e a francesa, com costumes e línguas diferentes, que pouco se comunicam entre si.

O conceito de integração é simples e encerra em si muitas armadilhas. Inúmeras políticas públicas, apesar de sua canhestra tentativa de fazer o bem, são, ao invés de inclusivas, uniformizadoras. Integrar-se à sociedade significa deixar de lado seus costumes atrasados e fazer parte da nação tão exaltada nos textos constitucionais. Existe uma grande dificuldade em conservar sua cultura, e não é só porque não há incentivo para isso, mas também por conta do sentimento de inadequação que é perpetuado para os que estão inseridos em uma sociedade integradora.

A terceira forma de exclusão do outro é através do extermínio e não é preciso grandes desenvolvimentos nesse sentido. Quando o outro, que teve seu território invadido e seus costumes inferiorizados e ridicularizados, não coopera com o projeto que o colonizador quer implantar nas terras que “descobriu”, ele deve ser dizimado sem piedade, pois são considerados bárbaros que jamais conseguirão viver civilizadamente.

O Estado plurinacional, nesse contexto, aparece como o resultado da crise do Estado-moderno. O modelo de Estado Clássico, centrado no governo único e soberano, em diversas situações, principalmente na matriz latinoamericana, formou-se de cima para baixo, sem uma identidade cultural que legitimasse a intervenção, totalmente desvinculado da diversidade

existente no território e dos objetivos de cada povo. Isso se deu, sobremaneira, porque durante o choque cultural, os colonizadores encaravam os povos originários como ignorantes e infantis, que deveriam se curvar aos europeus e seu desenvolvimento e racionalidade superiores (Wolkmer; Fagundes, 2013). Por exemplo, a lei brasileira n. 6.001/73, conhecida como estatuto do índio, assevera, no seu artigo 8º, que é nulo todo ato praticado por índio não integrado e por pessoa estranha à tribo que não tenha sido tutelado por órgão competente. Este é só um dos inúmeros exemplos de inferiorização do outro enquanto não integrado à sociedade dominante. E pior, o desajuste de tal modelo e suas consequências desastrosas ainda são imputadas ao que se considera uma “índole incivilizada” daqueles que deveriam seguir a norma sem se insurgirem contra ela.

Dessa forma, o reconhecimento da plurinacionalidade cria condições para que todos os povos, principalmente as minorias invisíveis, esquecidas ao longo do processo colonizador, tomem suas próprias decisões na circunscrição dos seus territórios, modificando o sistema de representação de “democrático-representativo para participativo e dialógico” (SIQUERIA JÚNIOR; Abras, 2010).

Boaventura Souza Santos (2010), nesse contexto, assim define o que o reconhecimento da plurinacionalidade pode trazer, em termos de direitos humanos, para as populações em situação de dominação:

(...) la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas (SANTOS, 2010, p. 81)⁶.

A grande demanda desses povos seria, então, que lhes fossem fornecidas oportunidades de desenvolvimento cultural coletivo, em vias de desenvolver suas crenças, ritos e justiça, e não somente a garantia dos abstratos direitos fundamentais que desconhecem a pluralidade. Na Bolívia, país onde a nova constituição consagrou o modelo de Estado Plurinacional, o reconhecimento desta condição se deu por um processo longo

⁶ (...) a plurinacionalidade implica no reconhecimento de direitos coletivos dos grupos sociais nas situações em que os direitos individuais das pessoas que os integram resultam ineficazes para garantir o reconhecimento e a persistência de sua identidade cultural e o fim da discriminação de que são vítimas. Tradução nossa.

que guarda suas origens na própria formação do Estado. Com uma diversidade atual de cerca 36 povos originários, todos reprimidos e marginalizados ao longo da história, fatalmente, em algum momento o Estado perderia sua justificação por não atender as demandas das diversas sociedades constituídas em seu seio. Do segundo parágrafo do preâmbulo da Constituição Boliviana conseguimos entrever um pouco deste processo:

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado (BOLÍVIA, Constituição, 2009)⁷.

O reconhecimento da nação plural vem, em tese, romper com a prática uniformizadora do modelo clássico de Estado-nação com base europeia. A Constituição boliviana concede autonomia às intâncias departamental, regional, municipal e indígena, cada uma podendo organizar suas eleições, seus recursos econômicos, seu direito de família e de propriedade de acordo com os costumes de seu povo. Esta autonomia é uma vitória enorme, pelo simples fato de romper com o modelo clássico de construção da sociedade, onde as normas são simplesmente postas pela autoridade competente, sem qualquer participação dos receptores no processo.

No entanto, o Estado Plurinacional, na sua conformação atual, ainda não é uma idéia pronta. Já existe rica literatura sobre o tema, porém, a gênese ainda é recente, devendo as teorias se adequar para descrever os processos em desenvolvimento. Pode-se considerar este momento como uma transição, onde o velho deve dar, gradualmente, espaço para o novo. Esse processo de transição não nasce dos livros, mas das lutas, como alternativa estatal para os princípios de nacionalidade/autodeterminação que não são tão aplicados quanto seria necessário. Ele vem como uma forma de resguardar os direitos das minorias e tentar, na construção prática, sem os devaneios utópicos do mundo do *dever ser*, conceder os direitos retirados

⁷ Nós, o povo boliviano, de composição plural, desde a gênese de sua história, inspirados nas lutas do passado, na revolta indígena anticolonial, na independência, nas lutas populares de libertação, nas marchas indígenas, sociais e sindicais, nas Guerras da Água e de Outubro, nas lutas pela terra e território, e com a memória de nossos mártires, construímos um novo Estado.

dos povos nos processos excludentes de formação e consolidação dos Estados ao longo da história.

Considerações finais

A nação, que por tempos ficou relegada a segundo plano, servindo apenas como instrumento do Estado, retorna, com o princípio da autodeterminação dos povos ao palco de discussões. Sua conceituação consegue, ainda, suprir as demandas dos povos que se encontram oprimidos por outros povos. Eles querem ter um governo só seu, e deveriam conseguir isso invocando o princípio da autodeterminação, sacramentado na própria Carta das Nações Unidas. O fato é que, como o mundo atual funciona sob pressões políticas e baseado na força bélica dos Estados, somente em casos muito extremos é possível atender as minorias oprimidas e isso apenas após muita violência. É necessário então uma alternativa, alguma forma de harmonizar a voz de todas as nações com o Estado, enquanto representação do povo médio. O Estado Plurinacional, enquanto modelo em fase de implantação, parece atender esses anseios tão longamente gestados. Por não ser um modelo pronto; várias perguntas ainda encontram-se sem resposta, e elas somente virão com o tempo e a experiência prática. Por enquanto só podemos prever que, se bem aplicado, é uma forma de administração construída pelos próprios membros da sociedade, o que certamente trará melhorias em todas as instâncias para as minorias oprimidas.

Dado o exposto, podemos inferir que não existe um único modelo de Estado Plurinacional. Cada Estado constrói seu modelo na prática cotidiana, observando sua história e o desenvolvimento das suas relações internas. Um tipo de Constituição que se reconheça plural apresenta um novo modelo de Estado, que inaugura novas relações até mesmo no Direito Internacional. O sucesso do Estado plurinacional dependerá da forma como ele conseguirá se articular e defender sua visão na esfera internacional. Isso vai requerer que o próprio Direito Internacional amplie seu aparato, para poder compreender essas novas relações que surgirão advindas das experiências em comunidade. O Direito Internacional terá que deixar um pouco de lado seu estado de natureza de constante competição, e adquirir uma postura de diálogo semelhante a que é necessária para que se rompa com o modelo clássico e seja implantado o Estado Plurinacional.

Referências

- ACCIOLY, H. et al. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2000. 976p.
- BOBBIO, N; MATTEUCCI, M; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998. v. I. 674p.
- BOLÍVIA. Constituição (2009). *Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia*. Disponível em: <<http://www.justicia.gob.bo>>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 1945. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- GHAI, Y. Globalização, Multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- GENERAL ASSEMBLY resolutions. United Nations. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org>>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- ELIAS, N. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1994.
- EVANGELISTA, E. G. S. *A UNESCO e o Mundo da Cultura*. Campinas: Edições UNESCO Brasil, 1999. 222p.
- HOBBSAWM, E. J. *Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- HOLTZENDORFF, F. *Introduction au Droit des Gens*. Hambourg: Verlag-sanstalt und druckerei, 1889.
- MAGALHÃES, J. L. Q. *O Estado Plurinacional na América Latina*. Disponível em: <<http://joseluizquadrosmagalhaes.blogspot.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- MANCINI, P. S. *Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003. 312p.
- PACTO dos Direitos Cívís e Políticos. Nova Iorque: 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- PELLET, A. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 1815p.
- PEREIRA, L. R. *Princípios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editor Jacinto Pereira dos Santos, 1902.

PÉRIN, C. *L'Ordre International*. Paris: Librairie Lecoffre, 1888.

ROMANO, S. *Corso di Diritto Internazionale*. 4. ed. Pádova: CEDAM, 1939. 294p.

SIQUEIRA JUNIOR, L. M.; ABRAS, M. *A Autodeterminação dos Povos no Estado Plurinacional: Da Integração Latino-Americana à Objeção aos Efeitos Perversos da Globalização*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, PUC-MG, v. 26, n. 13, p.41-60, 2010.

SANTOS, B. S. *Refundacion del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

TOUSCOZ, J. *Direito Internacional*. Lisboa: Editora Europa América, 1994.

TULLY, J. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____; FAGUNDES, L. M. *Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina*. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n. 2, p. 329-342. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br>>. Acesso em: 06 out. 2013.

PLURALISMO, NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA: APROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS

Ivone Fernandes Morcilo Lixa*

Débora Ferrazzo**

Introdução

A hermenêutica jurídica firmou-se no direito positivo moderno como o instrumento por excelência de interpretação de leis e declaração de direitos, um instrumento a ser operado por especialistas, que contribuem com a manutenção do monopólio estatal sobre o direito. Nesta lógica, a hermenêutica expandiu-se pelo mundo ocidental, contribuindo com o processo de colonização política, epistemológica, cultural etc.

Houveram, todavia, processos de ressignificação no campo da hermenêutica que, hora marcaram avanços sociais, hora retrocessos. Diante destes diversos processos desencadeados no mundo e na América Latina, procura-se compreender o estágio atual da hermenêutica brasileira, que, ainda demasiadamente apegada à herança colonialista, negligencia as necessidades populares e às práticas emancipatórias de seus países vizinhos.

Considerando as novas normatividades de países latino-americanos como Bolívia e Equador, notadamente, a constitucionalização do pluralismo jurídico e outras medidas, inclusive estatais, orientadas pela concretização de interesses populares, procura-se neste trabalho, compreender as potencialidades para a hermenêutica e o próprio direito brasileiro, e tam-

* Professora do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau. Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla - UFSC). Pós-doutoranda pela UFSC.

** Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE). Bolsista de mestrado da CAPES. Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB) em 2011.

bém diagnosticar seus limites e retrocessos no cenário que vem se consolidando no continente.

Para desenvolver o trabalho, será utilizado o método dialético de abordagem, partindo do reconhecimento das contradições e enfrentamentos na sociedade e que o direito não somente é produto destas lutas, como também é instrumento de manutenção da ordem elitista social. Os métodos de procedimento serão o histórico e o funcionalista, buscando a compreensão crítica de diversas das unidades que definem o direito e a hermenêutica, suas funções e caracterização. A técnica de pesquisa, no campo da coleta de dados utilizará a documentação indireta, com consulta bibliográfica, pelo que, terá gênero teórico.

A primeira parte do trabalho abordará a função da hermenêutica enquanto instrumento de apoio à dogmatização jurídica e ao colonialismo eurocêntrico, bem como, seu caráter ideológico, posto que contribui para a dissimulação das contradições sociais. A seguir, analisará eventos históricos e suas implicações na hermenêutica e no direito como um todo, que, em sua sucessão, marcaram um período pós-colonial, fomentando diversos debates sobre a “crise e fim da modernidade” e sobre a persistência de outras formas de colonização, para além da política, todavia, agora enfrentadas pela insurreição de diversas teorias de emancipação e libertação. A terceira parte analisa no campo brasileiro a exclusão social, a subserviência às elites dos países centrais e propõe como alternativa emancipadora a construção de uma hermenêutica de cunho pluralista, enquanto instrumento de um pluralismo jurídico comunitário participativo.

Serão analisadas, assim, as vivências do direito brasileiro e o modo como as experiências continentais e mundiais interferem nas práticas jurídicas nacionais. É uma busca pela recuperação das expressões e potencialidades do pensamento jurídico crítico brasileiro e suas possibilidades de reinvenção e superação da herança colonial.

Colocação do problema: a “hermenêutica” como saber dogmático e colonizador

“Hermenêutica”, enquanto campo específico do conhecimento preocupado com a “questão da interpretação” nasce sob o signo da modernidade como parte integrante do um projeto de “racionalização” do saber asentado na lógica da monocultura universal que absorve e nega as diversidades, constituindo-se padrão mundial de poder, racionalidade e modelo civilizatório hegemônico. Neste processo, a racionalidade europeia vai

aproximando o positivismo do racionalismo moderno, privilegiando a razão sobre a vida e dissociando ambas (CALDERA, 1984, p. 17).

Com o advento da moderna “gestão científica” do conhecimento, natureza e sociedade, ao Direito foi conferida a tarefa de assegurar a “ordem” exigida pelo modelo liberal capitalista dominante, assumindo um papel racionalizador científico da vida moderna. “Para desempenhar essa função, o direito moderno teve que se submeter à racionalidade cognitiva-instrumental da ciência moderna e torna-se ele próprio científico” (SANTOS, 2001, p.120). Encontrando na lei a “máxima expressão de um saber e vontade racional”, o Direito é convertido numa ciência sistemática racional, acreditando assim, superar os “saberes anteriores”, rechaçados, a partir de então, por serem considerados irracionais e a-científicos. O positivismo se converte em conduta e forma de vida, onde o lucro, o pragmatismo utilitário se transformam em valores da nova sociedade (CALDERA, 1984, p. 21). Neste paradigma, positivismo jurídico e normativismo tornaram-se inseparáveis, e, por via de consequência, o saber racional sobre Direito converte-se também em “correta interpretação” das normas.

Com isto, a metodologia positivista absorveu e acabou por confundir-se com a atividade hermenêutica, reduzindo de maneira inquestionável a realidade jurídica a um conjunto de normas de sentido imanente. Na esteira deste modelo jurídico e hermenêutico floresce e predomina a convicção de que o sistema normativo positivado possui em si os critérios necessários para legitimamente resolver os conflitos jurídicos, não necessitando seu operador recorrer a nenhuma outra fonte para além daquelas estabelecidas pelo legislador. Nesta perspectiva, tendencialmente a ordem jurídica possuiria capacidade de auto-integração, devendo, portanto, seus operadores estarem submetidos exclusivamente a lei, sendo então, a administração da justiça a administração do Direito legal (SAAVEDRA, 1978, p. 4).

A estatização da lei, permitindo a perda de autoridade dos juristas frente às novas formas de exercício de poder legislativo, segundo Manuel Calvo García, faz com que o direito deixe de ser um “direito dos juristas” em sentido estrito da palavra. Antes, na fase medieval, afirma o pensador espanhol, a autoridade mágica do texto, a opinião dos doutores garantia as exigências de segurança e certeza na fixação do sentido objetivo da lei. Agora, com as novas organizações de poder, são exigidas novas formas de legitimidade. Coloca-se, assim, a necessidade de revestir o velho direito de uma nova legitimidade, já que a mera consideração de *ratio scripta o ver-*

bum Dei deixa de ser suficiente, e progressivamente a autoridade legislativa assume esta função política, agora vazia (GARCÍA, 1994, p. 39).

A positivação do direito, um longo e complexo processo, onde convergem fatores sociais, políticos, ideológicos, orquestrados pelos interesses da burguesia em ascensão, transformando a racionalização em estatização do direito culminando com o fenômeno moderno da codificação que acaba por produzir progressivamente um sistema normativo complexo que exige para sua interpretação e aplicação a intermediação de juristas profissionais e especializados.

Em qualquer caso, o que interessa destacar neste ponto é que o trabalho dos juristas, em geral, se transforma a teor das exigências que determinam suas novas funções passando a desempenhar um trabalho puramente científico e não legislador. O jurista enfrenta um direito criado, ao qual acaba vendo como um objeto científico, como algo que já não é produzido pela própria dogmática, mas que deve ser considerado como algo autônomo (GARCÍA, 1994, p. 39-40. Tradução livre as autoras)¹.

Assim, a atividade compreensiva transforma-se num saber técnico de finalidade burocrática dentro dos limites de uma racionalidade formal legitimada pelo método.

Em síntese, a necessidade de um saber dogmático acerca da norma jurídica, a “hermenêutica jurídica” – campo específico, especializado de conhecimento – pode ser compreendida como parte integrante de um processo cultural, ideológico e político que impôs não apenas a necessidade de racionalizar e explicar a criação do Direito, mas também sua interpretação e aplicação. O racionalismo jurídico anterior à modernidade não havia conseguido atingir o âmbito da criação do Direito, tornando fora de propósito no âmbito teórico ou/e prático, problematizar a interpretação e aplicação das leis.

Como resultado, a hermenêutica jurídica define-se exclusivamente no campo epistemológico, preferencialmente metodológico, como parte de uma Teoria Geral de Interpretação. Um conhecimento capaz de reproduzir

¹ En cualquier caso, lo que interesa destacar en este punto es que la labor de los juristas, en general, se transforma a tenor de las exigencias que determinan sus nuevas funciones pasando a desempeñar una labor puramente científica y no legisladora. El jurista se enfrenta a un derecho creado, al que acaba viendo como un objeto científico, como algo que ya no es producido por la propia dogmática; sino que debe ser considerado como algo autónomo.

a verdade fundada num correto “espelho” da realidade jurídica, portanto, do sistema normativo formal. Uma teoria fundada em “adequados” critérios metodológicos, preferencialmente idealista, e assim, este “otimismo epistemológico hermenêutico”, converte o trabalho dos juristas em atividade meramente formal orientada na busca unívoca do “justo legal”.

Portanto, a lógica jurídica positivista do século XIX trata de colocar a tarefa interpretativa como uma questão puramente metodológica formal, alheia a qualquer reflexão acerca da finalidade prática (GARCÍA, 1994, p. 91). Assim, a hermenêutica jurídica assume-se como uma das dogmáticas jurídicas, capaz de superlegitimar a ordem normativa cumprindo a função de conferir coerência e plenitude ao sistema jurídico, ao mesmo tempo, dando a flexibilidade necessária à aplicação da norma, reafirmando os postulados da generalidade e universalidade do Direito. Em suma, a atividade hermenêutica mantém a ficção de que o intérprete não cria o Direito já que as soluções normativas são atributos imantes ao sistema (GARCÍA, 1994, p. 91).

A tarefa hermenêutica confinada ao campo epistemológico, preferencialmente metodológico formal, adquire *status* de instância racional do texto legal permitindo superar aparentemente as contradições da ordem dogmática, “adequando” o significado da norma ao contexto de sua aplicação. As teorias hermenêuticas de matriz formal legalista, não dando conta, ou considerando alheio a sua tarefa, elaborar um saber jurídico-normativo adequado a uma justa compreensão do problema concreto, dirigem todo esforço no sentido de elaborar “corretos” critérios, cânones ou procedimentos capazes de produzir uma “boa” interpretação no sentido mais exegético possível. Esta é a hermenêutica jurídica definida por Castanheira Neves como “pura idealidade prescritivo-proposicional manifestada e subsistente numa intencionalidade linguístico-sistematicamente significante perante um mundo a relevar só no modo como esta significante idealidade o pensa” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 129); ou seja, tarefa compreensiva da norma-prescrição fechada em significação e idealidade.

Este é o paradigma sob o qual serão construídas as propostas metodológicas e procedimentais da hermenêutica jurídica moderna que servirá de fundamento justificador de operacionalidade do Direito. Tais teorias acerca da hermenêutica jurídica de matriz positivista são as que insistem preferencialmente em servir de modelos orientadores para as práticas jurídicas dominantes, apesar de suas intrínsecas contradições, impotências e insustentabilidade.

A hermenêutica jurídica brasileira, parte da concepção hegemônica e colonizadora da cultura jurídica moderna, manteve tradicionalmente ausente a discussão acerca dos elementos norteadores do fenômeno compreensivo servindo para reproduzir práticas e crenças mascaradas metodologicamente que acabaram por banalizar e reduzir a questão hermenêutica a um conhecimento técnico-formal a serviço da manutenção e reprodução de uma ordem política-jurídica, que embora plural e contraditória, é apresentada como ordenada e coerente. Reproduziu um discurso hermenêutico vazio acerca dos conflitos e interesses presentes nas relações de poder da sociedade brasileira, insistindo em permanecer colonizada, apesar de não serem poucos os que desde as últimas décadas do século XX apontam os esgotamentos e insuficiências de seus pressupostos teóricos e práticas que os alimentam e justificam.

Poscolonialismo: contexto e pretexto

O final da Primeira Guerra Mundial, marcado pela “vitória” do liberalismo, assinala um novo momento de divisão política no sistema de dominação internacional. Inaugura-se um longo período de disputa pela hegemonia política e econômica liberal entre o “velho” centro europeu e o “novo” norte-americano. Entretanto este modelo, pilar central da modernidade triunfante desde as Revoluções Burguesas, nos primeiros anos do século XX já havia começado a ser rechaçado pelas revoluções e levantes nacionalistas em distintos lugares do mundo em nome de uma modernidade libertária, representando uma “ameaça” concreta a este projeto universalizante. Na América Latina também começam a despontar uma série de levantes populares, as guerras de guerrilha, que marcam a transição do “bom selvagem” ao “bom revolucionário” nos dizeres de Flores (1991, p. 24 e ss.). A ideologia socialista, com repercussões na África e América Latina, que, sem defender uma oposição à modernidade tecnológica, acreditava que para serem cumpridas as promessas e esperanças preconizadas pela modernidade necessitava de libertação (WALLERSTEIN, 2002, p. 143). Nos anos que se seguiram entre as guerras mundiais, a geocultura liberal, embora ameaçada, mantinha-se como estratégia não apenas de luta entre as potências pela hegemonia no sistema de dominação mundial, como também como elemento unificador do “mundo livre” contra o “mundo comunista”.

Porém, mesmo abalado, o “sistema-mundo”² moderno mantinha centralização ideológica nas áreas tradicionalmente definidoras da geocultura. A América Latina, em particular, desde sua colonização via-se como herdeira europeia e a nova composição de forças da Guerra Fria, que acabou por conduzir os Estados Unidos da América para o centro da disputa de poder mundial, não trazia o mesmo elemento unificador tradicional eurocêntrico. O *american life style* não trazia identificação e alinhamento ideológico tão amplo para impor-se como centro do ideário liberal latino-americano. Por outro lado, para o pensamento crítico de resistência anti-imperialista e anticolonial, que até então encontrava no marxismo-leninismo a via revolucionária libertadora, após a Segunda Guerra Mundial episódios no “campo socialista” começavam a levantar dúvidas sobre um horizonte de futuro socialista anticapitalista. A soma destes dois fatores fazia com que na América Latina, em particular, o momento fosse de esvaziamento dos tradicionais modelos tanto progressistas como conservadores.

A perda de “confiança” num modelo socialista é marcada por uma soma de eventos que levam intelectuais tradicionalmente ligados à militância de esquerda a desconfiar e mesmo a romper com o partido comunista. A revolta operária de Berlim duramente reprimida, por exemplo, levou Brecht em 1953 a criticar aberta e ferozmente o Estado Socialista. Além das sangrentas repressões internas na Rússia e abuso de poder, que após a morte de Stalin, tornam-se públicas. O Massacre da Comuna de Shangai em 1967, ordenada pelo próprio Mao, denunciava de forma temerária para os intelectuais socialistas os rumos futuros da Revolução Chinesa. Na sequência, tanques russos ocupam Praga em 1969 colocando fim ao que poderia ser uma experiência socialista democrática. Sem esquecer a revolta

² Immanuel Wallerstein na obra *O Sistema Mundial Moderno* desenvolve o conceito de sistema-mundo como um sistema em que existe uma divisão extensiva do trabalho. Esta divisão não é meramente funcional – isto é, ocupacional – mas geográfica. Quer dizer, a gama de tarefas econômicas não está distribuída uniformemente por todo sistema mundial.(...)na sua maior parte é função da organização social do trabalho, que aumenta e legitima a capacidade de certos grupos dentro do sistema explorarem o trabalho dos outros, isto é, receberem uma maior parte do excedente. (Vol. I – a agricultura capitalista e as origens da economia-mundo europeia no século XVI – Tradução de Carlos Leite e outros, Porto: Ed. Afrontamento, 1990, p. 339). Compreende que o sistema-mundo moderno essencialmente capitalista e que por isto sobrevive há cinco séculos, criou economias-mundo divididas em estados de centro e periferia e também semi-periféricas, que num processo de expansão, tendem a aumentar as distâncias sociais e econômicas, distanciamento mascarado pelos avanços tecnológicos e homogeneizados culturalmente para servir aos interesses dos grupos-chaves.

vitoriosa dos trabalhadores poloneses do Solidarnosc em 1976 e finalmente, a caída do muro de Berlin em 1989.

Apesar desta sequência de fatos e dos rompimentos políticos, trabalhadores e revolucionários socialistas continuavam lutando pela esperança de um futuro libertador. Na década de 60 estes movimentos emancipatórios adquirem uma inédita dimensão. A luta passa a não ser somente pela libertação operária, mas a de seres humanos explorados e discriminados nas múltiplas formas de convivência social, incluindo mulheres, homossexuais, jovens, indígenas, enfim, o momento era de luta pela libertação da subjetividade, do conhecimento, da cultura, da defesa do meio ambiente frente à depredação. Tratava-se, portanto, de libertar humanos da autoridade da “razão de Estado” (QUIJANO, 2001, p. 7).

Era tempo de luta pela ampliação e radicalização da democracia não apenas em relação ao Estado, mas também no cotidiano da convivência social, definindo-se, a partir de então, um novo imaginário crítico, mais global e radical. O Estado como centro articulador de poder vai cedendo espaço a novas formas de libertação até então marginais e periféricas. Este processo não passou despercebido por intelectuais, a exemplo de Immanuel Wallerstein. Desde sua perspectiva, esta novidade de mobilização era um claro sinal de que o sistema mundial moderno apresentava sinais de esgotamento. Um modelo que não mais encontrava prestígio por suas grandes narrativas e nem tampouco por seus defensores. Seguramente, por esta razão, Wallerstein considera o movimento de Paris de 1968 um marco para o fim de um ciclo que havia iniciado no século XVI. Confessa que a grande ênfase a 1968 é porque embora o liberalismo não tenha desaparecido acabou perdendo seu papel ideológico definidor da geocultura do sistema-mundo.

(...) o movimento recolocou as questões que o triunfo do liberalismo, no século XIX, encerrara ou excluía do centro debate público. A direita e a esquerda internacionais afastavam-se novamente do centro liberal. O novo conservadorismo era, em muitos sentidos, a ressurreição do velho conservadorismo da primeira metade do século XIX. Também a Nova Esquerda era, em muitos sentidos, o radicalismo do início do século XIX ressuscitado, que, é bom lembrar, naquela época ainda era simbolizado pelo termo “democracia”, do qual se aposariam depois ideólogos centristas (WALLERSTEIN, 2002, p. 145).

Os eventos sociais e políticos dos anos finais do século XX acabaram por frustrar as esperanças e ilusões tanto nas áreas centrais da modernida-

de como em sua periferia. Mas a derrota que começa a ser reconhecida não era somente política ou econômica, era também intelectual. Um vazio de futuro emancipador foi entregue tanto às vítimas do capitalismo como a seu tradicional centro articulador. Anunciava-se o final do projeto da modernidade e o sistema internacional passa a enfrentar uma grave e talvez irreversível crise moral e institucional. Marcava-se o início de um discurso difuso e complexo que denunciava o irreversível fim do projeto da modernidade.

Na América Latina, a Bolívia foi, no final do século XX e início do século XXI, palco de uma grande mobilização popular por emancipação social. A violenta repressão e privação de direitos no país obteve como resposta a “Guerra da Água”, nos anos 2000, em 2003 a “Guerra do Gás”, a derrubada de diversos presidentes e a mobilização do partido popular que chegou ao governo como produto dos movimentos sociais no país. O mesmo processo de empoderamento popular se deu no Equador e na Venezuela.

Para Willerstein, a tensão entre a modernidade tecnológica e libertadora desde 1968 tornou-se explícita e irremediável. Em seu pessimismo, vê no pós-modernismo, enquanto tentativa de superação da modernidade, uma clara evidência de esgotamento da própria modernidade. Pós-modernidade

é uma forma de rejeitar a modernidade tecnológica em nome da modernidade da libertação. Se ganhou tão grotesca denominação, é porque o pós-modernismo é confuso. Como doutrina anunciatória, ele é presciente, sem dúvida, porque de fato estamos caminhando para um outro sistema histórico (WALLERSTEIN, 2002, p. 149).

Sua angústia intelectual é anunciada desde uma perspectiva específica dos que sempre viveram ou até então pensavam viver no melhor dos mundos possíveis.

O esvaziamento das imagens e discursos representativos da racionalidade moderna vai criando um complexo debate no qual se criam novas rotulações. São tempos dos “pós”. São inventados termos na tentativa de rotular situações às quais ou se defende, e se tenta promover, ou se rechaça. Apesar das diversidades de categorias o que parece ser o ponto de convergência é que em todas elas aponta-se para o esgotamento das concepções construídas na modernidade e das grandes utopias que serviram para construir o horizonte de futuro moderno, sendo, em geral, a crítica à modernidade o ponto de partida para sua própria superação. Recorrendo a

Max Weber talvez seja possível compreender a pós-modernidade como um desencantamento com a modernidade.

O exame do tema dos “pós” não se trata de tarefa simples nem tampouco pequena. A discussão é complexa e polêmica e está presente nos distintos campos do conhecimento, já que é difícil o silêncio diante de uma temática tão visível e que invade o cotidiano. Talvez por esta razão, o tema também tem se tornado nebuloso e nem sempre resolvido com sobriedade intelectual. Nestes novos tempos tem sido difícil apontar a saída definitiva, ou no mínimo uma alternativa teórica, esclarecedora sobre a crise da modernidade.

À luz dos processos históricos relacionados a emergência do tema da pós-modernidade torna-se compreensível porque foi construído à luz da civilização Norte Atlântica. Segundo Cornel West são três os processos históricos fundamentais relacionados à questão da pós-modernidade: Primeiro o fim da Era Europeia (1492-1945) que dizimou a autoconfiança da Europa e provocou a autocrítica. Para West, “esse descentramento monumental da Europa produziu reflexões intelectuais exemplares, como a desmistificação da hegemonia europeia, a destruição das tradições metafísicas ocidentais e a desconstrução dos sistemas filosóficos norteadatlânticos” (WEST, apud MIGNOLO, 2003, p. 143-144). Segundo, o surgimento dos Estados Unidos como centro de poder militar e econômico, “ditando regras” no cenário político e cultural. Terceiro, o estágio inicial da descolonização política na Ásia e África.

Embora se tratando de um discurso crítico sobre a modernidade, elaborado a partir do próprio esgotamento da modernidade, é necessário que se chame atenção acerca de um aspecto central em geral não considerado no debate: a pós-colonialidade. A pós-modernidade auto concebida desde o Norte carrega em si a mesma concepção unilateral de mundo e de história que nega e oculta a colonialidade, portanto, reproduz a ideia monotópica e universal da modernidade para a qual a diferença pós-colonial é considerada passiva. O colonial permanece bárbaro, pagão, subdesenvolvido e incapaz que deve ser tutelado. Desconsidera que as condições históricas não são apenas locais. Desde o século XV com a expansão do sistema-mundo há um “outro lado” liminar que paralelamente constrói o imaginário social.

Indo nesta direção, pode-se perceber que a “crise” manifestada na Europa na segunda metade do século XX é, simultaneamente, pensada e vivenciada também em suas margens/fronteiras. Há nesta “crise” um duplo

movimento: um movimento “local” no “interior” do sistema moderno que idealizou e tratou de colocar-se como centro do projeto da modernidade e um movimento em suas fronteiras que os reinventa.

Reconhecer o pensamento poscolonial forçosamente retorna aos anos que se seguiram a década de 70 do século XX, quando, a perda na tradicional referência de centro geocultural e político, fez com que fosse difícil localizar os centros dos “projetos globais”. E é neste contexto que os saberes subalternos ou/e subjugados, as “outras formas” de pensar a modernidade, tornam-se insurgentes e visíveis. Saberes subjugados é um conceito “emprestado” de Michel Foucault, como lembra Walter Mignolo (2003, p.44), que introduziu a expressão “insurreição de saberes subjugados” para referir-se e descrever a transformação epistemológica por ele percebida e que carrega duplo significado. Diz Foucault: “Para mim é duplo o significado de saberes subjugados. Por um lado, refiro-me aos conteúdos históricos soterrados e disfarçados numa sistematização funcionalista ou formal” (FOUCAULT apud MIGNOLO, 2003, p.44). Portanto, como um saber ocultado, absorvido e anulado pelo saber dominante e disciplinador que, segundo Foucault ainda tinha um segundo significado:

Creio que se deveria compreender saberes subjugados como outra coisa, algo que de certa forma é totalmente diferente, isto é, todo um sistema de conhecimento que foi desqualificado como inadequado para suas tarefas ou insuficientemente elaborados: saberes nativos, situados bem abaixo na hierarquia, abaixo do nível exigido de cognição de cientificidade. Também creio que é através da reemergência desses valores rebaixados, (tais como os saberes desqualificados do paciente psiquiátrico, do doente, do feitiçeiro – embora paralelos e marginais em relação à medicina – ou do delinqüente etc) que envolvem o que eu agora chamaria de saber popular (lê savoir des gens) embora estejam longe de ser o conhecimento geral do bom senso, mas, pelo contrário, um saber particular, local, regional, saber diferencial incapaz de unanimidade e que deve suas forças apenas à aspreza com a qual é combatido por tudo à sua volta – que é através do reaparecimento desse saber, ou desses saberes locais populares, esses saberes desqualificados, que a crítica realiza sua função (FOUCAULT apud MIGNOLO, 2003, p.44).

Walter Mignolo trazendo a concepção de “saberes subjugados” até o limite da diferença colonial quando se tornam subalternos da colonialidade do poder, concebe-os como liminares, como

saberes subjugados em pé de igualdade com o ocidentalismo como o imaginário dominante do sistema mundial colonial/moderno: o ocidentalismo é a face visível do edifício do mundo moderno, ao passo que os saberes subalternos são seu lado sombrio, o lado colonial da modernidade (MIGNOLO, 2003, p.45).

O saber liminar é o que também Darcy Ribeiro na década de 60 definia como o subalterno. Aquele que é característico do povo colonizado brasileiro que privado de riqueza e do fruto de seu trabalho, degradados e humilhados assumem como sua a imagem que “era um simples reflexo da cosmovisão europeia, que considerava os povos coloniais racialmente inferiores” (RIBEIRO, 1968, p. 63), mesmo as elites que serviam os interesses centrais viam-se como destinados a subalternos políticos e intelectuais por ser naturalmente sua posição inferior à europeia.

Portanto, a geopolítica do conhecimento moderna é também questionada e reinventada a partir da periferia e num enorme esforço de desconstrução e de busca de alternativas à “crise da modernidade”, vai-se edificando um movimento-pensamento descolonial. Uma experiência até então invisibilizada intelectualmente, mas, presente nos movimentos populares³, ganhando status acadêmico na década de 80, a partir do diálogo com os movimentos sociais e seus saberes. Embora nascido fora da academia, o pensamento pós-colonial entra no circuito das universidades no contexto de uma nova geografia do conhecimento a partir da periferia quando, na América Latina em particular, são anunciadas novas formas de saber. Sem entrar na discussão acerca dos estudos pós-coloniais⁴, em rápida síntese e tomando por empréstimo a análise de Walter Mignolo (2005, p. 61 e ss.) o início dos estudos pós-coloniais dá-se entre as décadas 50 e 60, quando a atenção está centrada na Guerra Fria. No Sul, o economista argentino Raul Prebisch em 1949 lançava, a convite da CEPAL (Comissão Econômica para América Latina), a introdução do primeiro Estudo Econômico da América Latina, (“*O desenvolvimento econômico da América*

³ Walter Mignolo lembra o Movimento Taky Onkoy no Peru durante o século XVI que promove um regresso ao modo de vida anterior aos incas. Um autêntico movimento indígena anticolonial que extraordinariamente mostram sua capacidade de questionar e resistir. Ou mesmo no Brasil há que se registrar os movimentos de resistência colonial como os Quilombos, Movimentos Messiânicos, e tantos outros incriminados pelo “direito oficial”.

⁴ O tema é exaustivamente tratado por pensadores como Walter G. Mignolo, Enrique Dussel, Arturo Escobar, Michel Rolph Trouillot, Anibal Quijano, Fernando Coronil, Carlos Lenkersdorf, dentre outros intelectuais africanos e indus que abriram as portas das universidades europeias e norte americanas aos estudos pós-coloniais.

Latina e alguns de seus principais problemas”) causando verdadeiro pânico pela sede central das Nações Unidas. Inovava o pensamento através do conceito de substituição de importações e da relação de preços de intercâmbio. A introdução foi apresentada na segunda Conferência da CEPAL, em Havana foi recebida com entusiasmo pelos países latino-americanos, dedicando-se aos estudos econômicos acerca do desenvolvimento e sua relação com a industrialização.

De certa forma, as ideias de Prebisch, conhecidas mundialmente, modificaram a geografia do conhecimento dentro da periferia mostrando um novo campo a ser investigado. Nas palavras de Mignolo, apesar de Prebisch estar longe de ser um marxista, era um economista honesto e olhava o mundo a partir da periferia e não desde o centro como tradicionalmente haviam feito Adam Smith, David Ricardo e Karl Marx. (MIGNOLO, 2005, p.61). Após seus estudos, outros surgiram em meio ao otimismo da Revolução Cubana e o duro golpe ao socialismo com fim do governo Allende no Chile. Nestes anos 70 no tumultuoso contexto político, filosófico e epistemológico latino-americano e na explosão literária⁵ surge o Pensamento da Libertação.

Para David Sánchez Rubio (1999) é no contexto latino-americano da segunda metade do século XX que se compreende os eventos epistemológicos que caracterizam o Pensamento da Libertação. O primeiro evento descrito por David Sánchez Rubio é a Teoria da Dependência que embora nascendo com matriz econômica e sociológica, na esteira do trabalho de Prebisch, representa uma reação às teses desenvolvimentistas e funcionalistas que acaba por denunciar o que era ocultado pelo discurso econômico liberal: que o desenvolvimento dos países centrais do capitalismo tinha como contra partida o subdesenvolvimento para continuar o processo de acumulação. Portanto, era denunciado que a pobreza nas áreas de periferia era efeito da riqueza das nações centrais do sistema. O segundo é a Pedagogia da Libertação de Paulo Freire. Contrariando as concepções dominantes, Freire defende que o sujeito deve ser parte ativa do processo de construção de seu conhecimento e oferece formas de educação à favor dos menos favorecidos. Milita por uma educação libertadora na qual o diálogo e o reconhecimento do saber do Outro iria suprimindo a discriminação e a opressão através de uma

⁵ Escritores latino-americanos como García Márquez, Vargas Llosa, Guimarães Rosa e outros são reconhecidos e comparados aos grandes escritores mundiais.

pedagogia crítica e emancipatória. O terceiro é a Teologia da Libertação que na mesma linha busca um diálogo com os distintos campos do conhecimento social, especialmente os de matriz marxista, e com base na fé libertadora para além das condições terrenas de existencialidade anuncia a crença numa igualdade cristã. E finalmente a Filosofia da Libertação que, inicialmente com a influência de Leopoldo Zea Aguilar e depois Augusto Salazar Bondy e Enrique Dussel, denunciava a ausência de preocupação da filosofia ocidental dominante e eurocêntrica com a condição do empobrecido latino-americano, sujeito a partir do qual deveria ser iniciada a reflexão filosófica.

Mas a colonialidade do conhecimento insiste em absorver e ocultar o pensamento da periferia. Em não raras vezes o periférico é anulado. É comum, mesmo academicamente, um discurso que considera como o único válido o saber europeu, querendo significar que negros e índios latinos americanos possuem cultura e sabedoria, o que é diferente de conhecimento. Evidentemente, nesta lógica, é no Primeiro Mundo se produz conhecimento objetivo e científico já que no Segundo o conhecimento não é objetivo, e o que minimamente há é “ideologicamente contaminado”. E sob este argumento o pensamento periférico foi sendo anulado, desprezado e descartado. A Filosofia e a Teologia da Libertação não foram tomadas à sério pelo conhecimento global: eram mais parte da cultura do que do conhecimento. E desta forma, a colonização do ser ia de mão dadas com a colonização do conhecimento e através de meios sutis é enterrado. Não é saber autorizado, administrado e legitimado pelas instituições que manejam o saber global (MIGNOLO, 2005, p. 62).

Mas exatamente no momento em que mais se acentua a “crise” da modernidade o subalterno/oprimido/subjugado ganha força. É exatamente nesta direção que emerge a preocupação de pensadores como Boaventura de Sousa Santos em *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social* a partir do Sul (SANTOS, 2007, p. 20). Reconhece Boaventura que para os que vivem no Sul as teorias tradicionais estão fora de lugar e não se ajustam às suas realidades. Os povos do Sul não necessitam simplesmente de um novo conhecimento para superação da “crise”, mas do reconhecimento que é possível produzir conhecimento de uma nova forma. “Não necessitamos de alternativas, necessitamos é de pensamento alternativo às alternativas” (SANTOS, 2007, p. 20). Trata-se de retomar o pensamento crítico a partir da atitude pós-colonial, que mais que uma construção epistemológica é política e permanece na América

Latina, seja nas serras como em Chiapas, seja nas cidades como Fórum Social Mundial, ou nas universidades americanas e europeias.

Poscolonialismo, relacionado à emergência de uma nova geopolítica do conhecimento, deve ser compreendido distintamente do poscolonialismo enquanto luta de emancipação política das colônias europeias. Para Boaventura de Sousa Santos (2006, p.233) “é um conjunto de práticas (predominantemente performativas) e de discursos que desconstroem a narrativa colonial, escrita pelo colonizador, e procuram substituí-las por narrativas escritas do ponto de vista do colonizado”. A diferença colonial cria uma condição única de, sob o ponto de vista do subalterno, oferecer um novo horizonte crítico para as representações da crítica interna às narrativas modernas hegemônicas. É a superação do discurso linear que vai do moderno precoce ao moderno e ao moderno tardio ultrapassando as fronteiras internas – conflitos entre os impérios – e externas – conflitos nas representações – da própria modernidade (MIGNOLO, 2003, p. 11).

Na tentativa de recuperar as experiências do pensamento jurídico crítico para encontrar elementos a serem resgatados e reinventados pela hermenêutica jurídica crítica brasileira é que a seguir se passa a análise das vivências do direito brasileiro no contexto da reação à “crise” da modernidade. Trata-se da descrição e análise do que Mignolo chama de pensamento liminar, o “outro pensamento” acerca da “crise” jurídica moderna. A leitura feita na margem externa no ocidente europeu que busca romper e reinventa a tradição herdada pelo colonialismo lusitano em terras brasileiras.

Por uma hermenêutica jurídica poscolonial

Ao longo da construção histórica da sociedade brasileira, o que foi construído sob o nome de hermenêutica jurídica brasileira, definiu-se como parte da cultura jurídica nacional a partir de uma matriz epistemológica que muito bem cumpriu o papel de reprodução do direito hegemônico, e que acabou por tornar-se instrumento de legitimação de um passado colonialista comprometido com a ausência de compromissos de legítima emancipação nacional. Enfim, uma concepção vazia e negadora de referenciais capazes de definir um horizonte compreensivo legitimamente justo para com o que secularmente foi excluído do direito brasileiro: valores e necessidades capazes de promover a emancipação política e social dos

empobrecidos, dos ausentes e dos invisibilizados pelo poder. Construiu-se como uma “hermenêutica das ausências”⁶, concepção que também serviu bem para que a “balança” da justiça sempre tenha pendido para “o lado” “mais forte”, retirando o poder de “linguagem” dos historicamente invisibilizados.

Em que pese o esforço de correntes hermenêuticas jurídicas que se autoreferem como críticas, resta em aberto um espaço jurídico que inda não pôde ser preenchido pelas práticas fundadas nestas correntes. É possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências descolonizadoras brasileiras. Desde uma crítica à razão proléptica hermenêutica do direito moderno que além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes.

Adotando a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que chama de sociologia das emergências que é a prática de ampliar o presente reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências, hermenêuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo das experiências sociais que desde as práticas do “reconhecimento”, “transferência de poder” e “mediação jurídica” são legítimos espaços de luta por dignidade humana⁷.

É indo nesta direção que é possível falar-se em reconhecer o mundo social como mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de

⁶ Aqui se toma emprestado o conceito de Boaventura de Sousa Santos Sociologia das Ausências que define como um procedimento transgressivo, uma sociologia insurgente para tentar mostrar que o que não existe é produzido ativamente como não-existente, como uma alternativa não crível, como uma alternativa descartável, invisível à realidade. E é isso o que produz a contradição do presente, o que diminui a riqueza do presente. (SANTOS, Boaventura de. Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 28-29).

⁷ Esta é a proposta defendida, entre outros, por Hélio Gallardo em: Derechos Humanos como Movimiento Social. Ediciones desde abajo, Bogotá e explorada por Norman J. Solórzano Alfaro em: Fragmentos de una Reflexión Compleja sobre una Fundamentación del Derecho y la Apertura a una Sensibilidad de Derecho Humano Alternativa, a ser publicado na Revista Jurídica Eletrônica nº 2 do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de que na maioria das vezes, como lembra Antonio Carlos Wolkmer (1994, p. 155) é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Antonio Carlos Wolkmer (1994, p. 158)

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade. (...)

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas.

A materialização dos pressupostos do pluralismo jurídico vem se dando nas práticas constitucionais de países latino-americanos, notadamente Bolívia e Equador, que consagram em seus textos constitucionais o Estado plurinacional e o direito à autodeterminação e regulamentação e, ao assumir este compromisso, vem, dia a dia, inaugurando novas práticas jurídicas e hermenêuticas no esforço de concretização deste compromisso, orientado, acima de tudo, pelos interesses populares e descolonizadores. Rompem assim com a lógica centralizadora e excludente do direito eurocêntrico. As práticas destes países reconhecem a complexidade social. Reconhecem que o processo hermenêutico jurídico não pode ser uma “canibalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessário uma tradução das múltiplas hermenêuticas, dentre as quais, a jurídica. E é neste sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam – o estatal e o social – em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem tornando possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos.

As duas zonas de contacto constitutivas da modernidade ocidental são a zona epistemológica, onde se confrontam a ciência moderna e os saberes leigos, tradicionais, dos camponeses, e a zona colonial, onde se defrontam o colonizador e o colonizado. São duas zonas caracterizadas pela extrema disparidade entre as realidades em contacto e pela extrema desigualdade das relações de poder entre elas (SANTOS, 2006, p. 130).

A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, mas a partir de uma perspectiva inovadora que traduz saberes nem sempre convergentes.

Como as práticas sociais de compreensão e solução de conflitos são mais retóricas e argumentativas, são grandes os desafios a serem enfrentados pelos juristas de profissão. Boaventura de Sousa Santos sugere uma hermenêutica diatópica que em síntese consiste em buscar os *topois* – lugares comuns que constituem o consenso básico e tornam possível o dissenso argumentativo – presentes na argumentação, que é normalmente assentada em postulados, axiomas, regras e concepções aceitas por todos. “O trabalho de tradução não dispõe à partida de topoi, por que os topoi que estão disponíveis são os que são próprios de um dado saber ou de uma dada cultura” (SANTOS, 2006, p. 133). O trabalho consiste em, sem que se tenha um ponto de partida, reconhecer os *topoi* que cada prática expressa como forma argumentativa. “É um trabalho exigente, sem seguros contra riscos e sempre à beira de colapsar. A capacidade de construir topoi é uma das marcas mais distintas da qualidade do intelectual ou sage cosmopolita” (SANTOS, 2006, p. 133). São dificuldades que se impõe e devem ser superadas pela prática do reconhecimento e da oportunidade de dar voz ao outro, mesmo ao que não quer fazer uso dela, do que permanece em silêncio.

Já Walter Mignolo (2003, p. 37) fala de uma hermenêutica pluritópica como parte da resistência à semiose colonial, porque a “colonialidade do poder pressupõe a diferença colonial como sua condição de possibilidade e como aquilo que legitima o subalterno do conhecimento e a subjugação dos povos” (MIGNOLO, 2003, p.40). Considerando a construção do pensamento hermenêutico jurídico brasileiro, na linha de pensamento da descolonização e na inclusão dos múltiplos atores sociais no processo de construção do saber jurídico, sua perspectiva é monotópica, ou seja, é edificada sob a perspectiva de um único sujeito cognoscente – o jurista de profissão – e com uma posição de quem fala de um lugar virtual uma terra-de-ninguém universal, como chama Mignolo. A intenção de sua

hermenêutica é apagar a concepção de que interpretar é descrever a realidade a partir de seu horizonte compreensivo.

O objetivo é apagar a distinção entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre um objeto “híbrido” (o limite como aquilo que é conhecido) e um “puro” sujeito disciplinar ou interdisciplinar (o conhecedor) não contaminado pelas questões limiares que descreve (MIGNOLO, 2003, p. 42).

Uma hermenêutica que assume-se como dialógica que numa perspectiva pedagógica emancipatória, caminha para a conscientização e libertação.

Com estas concepções o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão são elaboradas com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado.

Considerações finais

A hermenêutica jurídica que “colonizou” o mundo ocidental baseou-se num processo de racionalização dos saberes, separando-os da vida concreta. Consolidou-se como um instrumento de dissimulação das contradições e incoerências da sociedade capitalista e do direito positivo. É por isto que tudo o que é pensado no âmbito da modernidade, especificamente seus sistemas dominantes e elitistas, precisa ser analisado na dimensão formal, mas especialmente na dimensão material em que repercute, de modo a possibilitar um diagnóstico mais preciso de tais incoerências.

Nas últimas décadas estas contradições passaram a ser denunciadas e enfrentadas com um nível mais amplo e profundo de engajamento, promovendo os processos poscoloniais, ou descoloniais em diversos países. No caso da América Latina, o enfrentamento ao colonialismo não é uniforme. Se, por um lado, percebem-se esforços emancipadores bastante promissores nos países vizinhos, por outro, o Brasil mantém arraigada em sua cultura jurídica os paradigmas coloniais. Inclusive, práticas

imperialistas internas, reproduzindo internamente ao continente, a dominação elitista que continua sofrendo de fora.

Se os países vizinhos procuram os meios para efetivar uma hermenêutica democrática, um pluralismo jurídico que se mostre apto a incluir as comunidades nas fontes do direito, o Brasil por outro lado, conserva sua hermenêutica monotópica, violenta para com as infinitas matizes que compõe sua sociedade e injusta com as desigualdades sociais e econômicas que marcam o país. Para atender de modo justo a estas necessidades é que se advoga em favor de uma hermenêutica diferente, orientada por um pluralismo jurídico de cunho comunitário participativo.

Numa perspectiva pluralista de direito é possível ampliar o espaço jurídico para além do estatal articulando saberes, práticas e ações coletivas inovadora até então pouco reconhecida. As múltiplas experiências das práticas pluralistas, uma das quais foi objeto de pesquisa durante o desenvolvimento do presente estudo e adiante compondo o conjunto de anexos, dentre as quais o projeto “Direito Achado na Rua”, anteriormente citado, leva o nome cunhado por Roberto Lyra Filho e atualmente sob a coordenação de José Geraldo de Sousa Junior, busca capacitar operadores do direito e refletir acerca da atuação jurídica dos sujeitos coletivos enquanto expressão dos movimentos sociais, para tanto identificando espaços políticos nos quais se desenvolvem novas práticas sociais que anunciam direitos, mesmo os que estão além do formal legal, além de buscar sistematizar informações obtidas das práticas sociais com vistas a criar novas categorias jurídicas. Trata-se de uma prática pluralista cujo espaço de investigação é inesgotável para a hermenêutica. Identificar os elementos comuns nas traduções das múltiplas realidades – a jurídica e a coletivamente criada – para encontrar o comum, o ponto inicial para a tradução é uma tarefa que não cabe numa teoria hermenêutica que por sua natureza é universal.

Referências

CALDERA, Alejandro Serrano. *Filosofia e crise: pela filosofia latino-americana*. Petrópolis: Vozes, 1984.

FLORES, Alberto Vivar. *Antropologia da libertação latino-americana*. São Paulo: Paulinas, 1991.

GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tcnos, 1994.

MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

MIGNOLO, Walter G. Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 3: 47-72, Janeiro-Dezembro de 2005.

QUIJANO, Aníbal. El regreso del futuro y las cuestiones del conocimiento. *Revista Hueso Húmero*, n. 38, Peru: Francisco Campodónico Ed., abril de 2001.

RIBEIRO, Darcy. *Las Américas y la civilización: proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1968.

RUBIO, David Sánchez. *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*. Bilbao: Ed. Desclée de Brower, 1999. Coleção Palimpsesto.

SAAVEDRA, Modesto. *Interpretación del derecho e ideología: elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*. Granada: Universidad de Granada, 1978.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o liberalismo: em busca da reconstrução do mundo*. Tradução de Ricardo Aníbal Rosenbush. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

RELAÇÕES ENTRE O PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Antonio Carlos Wolkmer*

Débora Vogel da Silveira Dutra**

Introdução

Cruzar a discussão entre a teoria do pluralismo jurídico comunitário-participativo e a categoria dos movimentos sociais, além de se constituir em um rico e amplo campo de possibilidades, permite uma análise profunda e denunciadora da situação que historicamente tem se imposto sobre as sociedades menos favorecidas economicamente, desde os primórdios até os tempos atuais.

Além da conceituação e contextualização temporal do pluralismo enquanto possibilidade real no campo social, os elementos que permeiam essa análise chegando à discussão da produção jurídica fora do Estado, e o reconhecimento da importância dos movimentos sociais organizados para a transformação social e a produção de uma nova cultura jurídica, fazem-se presentes no artigo em questão, como um dos direcionamentos possíveis para a transformação do pensamento hegemônico.

Partir do pluralismo como opção de análise e entendimento da ordem vigente, significa também adotar uma visão menos elitista de mundo e um estreitamento de relações com os grupos desprovidos de bens materiais. Somente partindo do olhar dessas pessoas, de seu espaço geográfico e de sua real situação cotidiana, é possível um entendimento do que signifi-

* Professor Titular no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis-SC. Doutor em Direito. Coordenador do grupo NEPE. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador nível 1-A do CNPq, e consultor Ad Hoc da CAPES. Membro da Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, e do Grupo de Trabajo CLACSO: "Crítica Jurídica Latinoamericana, Movimientos Sociales y Procesos Emancipatórios". Professor visitante de cursos de pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Venezuela, Costa Rica, México, Espanha e Itália).

** Mestre em Direito pela UFSC; Professora da rede pública estadual; Membro do NEPE.

cou todo o processo de espoliação dos povos conquistados pelos europeus, assim como será possível perceber a dignidade da luta que envolve os movimentos organizados no panorama da sociedade contemporânea.

O Direito não pode se furtar de adentrar nessas questões, que além do cunho social, tem uma base estreitamente relacionada com o mundo jurídico, uma vez que as normas não são estanques e sim passíveis de modificação conforme as transformações que ocorrem através de processos e lutas sociais.

Enfim, se o Direito foi criado pela ação humana, para regular a própria vida em sociedade, suas relações e implicações sociais, de fato, esse Direito precisa representar a todos, e sem dúvida, a uma grande maioria, o que no caso dos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, na prática, o que se observa é o contrário: é o Direito servindo a um grupo seletivo da sociedade que dispõe do poderio econômico e que o usa para manipular inclusive os órgãos oficiais.

Por que pluralismo jurídico comunitário-participativo?

As discussões acerca de um pluralismo jurídico de natureza comunitária e participativa tem se ampliado nas últimas décadas, acompanhando um movimento de identificação e reflexão sobre os fenômenos sociais e culturais que tem balançado o cenário da América Latina e inclusive o Brasil.

Nesse contexto, discutir o que seja esse pluralismo mais democrático e descolonizador pressupõe partir de um ponto de análise dos povos historicamente submetidos a um longo processo de espoliação econômica e aculturação social. Somente sob essa perspectiva se torna possível entender o outro, aquele que foi sistematicamente “apagado” dos livros oficiais, aquele que teve sua voz calada em detrimento de um poderio econômico e hegemônico que tem perdurado por séculos nos continentes colonizados, inclusive no latino-americano.

Sob a égide de uma pseudobandeira de desenvolvimento e superioridade europeia, os conquistadores que desembarcaram no Novo Mundo e no Novíssimo Mundo, tentaram, e com êxito, porém, não sem resistência, dominaram os povos belicamente inferiores, apossando-se de suas riquezas e praticando um verdadeiro genocídio na população nativa.

Assim, os sobreviventes desse agressivo processo vêm tentando recuperar não somente sua dignidade humana, desconsiderada pelos euro-

peus, como também, o direito de reescrever suas histórias a partir de suas próprias visões e experiências. Esses “(...) sujeitos que (...) são atingidos na sua dignidade pelo efeito perverso e injusto das condições de vida impostas pelo alijamento do processo de participação e desenvolvimento social, e pela repressão e sufocamento da satisfação das mínimas necessidades” (WOLKMER, 2001, p. 159).

É nessa discussão que se faz presente a problemática do pluralismo jurídico comunitário-participativo que tem atuado de forma objetiva para dar visibilidade para todo esse processo de exclusão vivenciado pelos povos dominados na presente mundialidade, assim como, para tornar perceptível a possibilidade/necessidade de se produzir normatividade fora do ente estatal. Dessa forma, “(...) se pensa num pluralismo como projeto diferenciado adaptado às contingências de sociedades marginalizadas como as da América Latina, que convivem secularmente com o intervencionismo, o autoritarismo e a dependência” (WOLKMER, 2001, p. 181).

Nesse ponto, muitas semelhanças podem ser identificadas nos regimes ditatoriais sob os quais vários países latino-americanos foram submetidos por décadas a fio. Pode-se considerar que as teorias libertárias e pluralistas emergiram como um reflexo dessa situação política e econômica opressora que marcou com sangue, lutas e resistência, a história desses povos.

O alicerce da teoria pluralista vincula-se justamente a essa classe social majoritária numericamente, mas que se comprime dentro de justos números de divisão econômica pelos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos na contemporaneidade. Foi justamente a necessidade de se dar visibilidade a essa situação constante, que nas “(...) sociedades periféricas como a latino-americana (...) torna-se imperiosa a opção por um pluralismo inovador, um pluralismo jurídico inserido (...) nos conflitos sociais” (WOLKMER, 2001, p. 171).

Portanto, o pluralismo jurídico comunitário-participativo exprime sua condicionante de atrelar-se às demandas mais iminentes dos desfavorecidos sociais, mostrando a possibilidade de que alternativas podem ser oriundas de tais meios, como a questão da produção jurídica fora do ente estatal, originada da própria sociedade.

Dessa forma, pode-se afirmar que, “(...) o desenvolvimento do Direito vivo comunitário não se prende nem à legislação, nem à ciência do Direito (...) mas às condições da vida cotidiana, cuja real eficácia apoia-se na ação de grupos associativos e organizações comunitárias” (WOLKMER,

2001, p. 153). Isso significa que o Direito em questão é aquele que se exprime das experiências humanas coletivas e que não se vincula essencialmente às regras estatais, uma vez que reconhece como legítima, a produção normativa e sua eficácia oriunda dos movimentos organizados.

Dar importância a construções de grupos organizados que se auto regulam visando atender a própria subsistência, constitui um ponto importante da teoria pluralista em questão, ou seja, “(...) o pluralismo jurídico deve ser visualizado tanto como fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, quanto como modelo que incorpora condicionantes (...) às condições históricas de micro e macro sociedades políticas” (WOLKMER, 2001, p. 170).

Dessa forma, a nova roupagem do pluralismo jurídico encontra-se atrelada às mudanças que ocorreram na sociedade e que produziram tais grupos ou movimentos organizados capazes de suprir, talvez em parte, a ausência estatal em questões pontuais.

Isso significa que, o “(...) novo pluralismo jurídico, de características participativas, é concebido (...) pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos – os coletivos; de novas necessidades desejadas – os direitos construídos pelo processo histórico (...)” (WOLKMER, 2001, p. 171), o que implica antes de tudo em reconhecer a existência e a importância desses sujeitos coletivos.

Na contemporaneidade, não é somente a mídia que tem aberto espaço para disseminar a imagem desses novos sujeitos em forma de movimentos sociais organizados. Sem dúvida, para o setor dos meios de comunicação, mostrar a existência e a atuação de alguns desses grupos significa, aparentar uma neutralidade inexistente dentro do setor, ao mesmo tempo que as notícias são fragmentadas ou tendenciosas, deixa-se de divulgar tantos outros movimentos e suas reivindicações.

Não é ao acaso que surgem esses “novos sujeitos”, mas sim, sua visibilidade encontra-se intimamente ligada a um contexto maior, aonde as necessidades motivaram a organização no intuito de serem supridas e, portanto, “(...) o aparecimento de novos sujeitos sociais (...) retrata a força coletiva que, através de suas lutas, reivindicações e pressões, consegue satisfazer necessidades transformadas em direitos” (WOLKMER, 2001, p. 338).

Dessa forma, a busca incessante pela justiça social constitui o motor de força dos grupos organizados, que no conflito vislumbram um caminho

de possibilidades na medida em que as diferenças podem produzir um crescimento humano e social. Portanto,

(...) através de ações e relações sociais não isentas de conflitos que os atores em rede constroem suas novas plataformas políticas e significados simbólicos para as lutas, observando-se (...) o direito à diferença (...) e, por outro lado, a unidade possível na ação, não necessariamente homogênea, mas complementar e solidária (SCHERER-WARREN; LÜCHMANN, 2011, p. 31-32).

Assim, a direção apontada pela concepção teórico-prática do pluralismo jurídico comunitário-participativo, tem como elemento constituinte e fundamental, o reconhecimento da diferença, para, a partir dela, estabelecer as ações possíveis e necessárias para a transformação social.

Movimentos sociais como sujeitos coletivos organizados

Nas relações de força e poder nas sociedades mundiais, diversos elementos sobressaem permitindo uma análise profunda da dicotomia existente entre os detentores do capital e os excluídos dele e consequentemente, apenas possuidores de sua mão de obra, comumente, barata e explorada.

Mesmo mascarada e assumindo formas diversificadas ao longo da história, essa relação entre classes antagônicas, demonstra que “(...) cuanto más grande sea la desigualdad de poder entre los dominantes y los dominados y cuanto más arbitrariamente se ejerza el poder, el discurso público de los dominados adquirirá una forma más estereotipada y ritualista” (SCOTT, 2003, p. 25)¹.

É nesse contexto que emergem os movimentos sociais que podem ser datados dos tempos mais remotos, mas que adquiriram uma nova roupagem nas últimas décadas de acordo com as transformações sociais também ocorridas no mesmo espaço. Scherer-Warren (1987, p. 20) define movimentos sociais como

(...) uma ação grupal para transformação (a práxis) voltada para a realização dos mesmos objetivos (o projeto), sob a orientação mais ou

¹ “(...) quanto maior seja a desigualdade de poder entre os dominantes e os dominados e quanto mais arbitrariamente se exerça o poder, o discurso público dos dominados adquirirá uma forma mais estereotipada e ritualista” (SCOTT, 2003, p. 25).

menos consciente de princípios valorativos comuns (a ideologia) e sob uma organização diretiva mais ou menos definida (a organização e sua direção).

De fato, o que se tem percebido na prática é que com as transformações sociais operadas, substituições também se deram no campo das ciências sociais, onde novas categorias foram se sobrepondo a outras.

A categoria de sujeito popular, para uns, e de ator social, para outros, passa a substituir a categoria de classe social, bem como a de movimento popular e/ou de movimento social substitui a de luta de classe (...) em lugar da tomada revolucionária (...) pensar em transformações culturais e políticas substantivas a partir da cotidianidade dos atores envolvidos (SCHERER-WARREN, 2009, p. 17).

Essas mudanças conceituais, que aparentemente parecem não surtir muito efeito, carregam em seu bojo uma grande responsabilidade de representar grandes grupos ou movimentos organizados que se identificam nas suas definições acima.

Dessa forma, torna-se possível perceber os movimentos sociais na dinâmica da sociedade e é imprescindível “(...) pensar nos movimentos sociais como instância instituinte, capaz de gerar ‘legitimidade’ a partir de práticas sociais e afirmar direitos construídos do processo histórico (...)” (WOLKMER, 2001, p. 336). Isso significa que, além da visibilidade, a credibilidade adquirida pelos movimentos sociais organizados através de suas lutas e reivindicações é fator inegável para a afirmação desses sujeitos coletivos.

Nas idas e vindas do cíclico histórico, esses movimentos ficaram marcados com o sangue de muitos participantes das lutas, que, literalmente, deram suas vidas em nome de uma causa coletiva maior do que interesses individuais. Assim, “frequentemente tiveram sucesso, mas mesmo, quando falharam suas ações puseram em movimento importantes mudanças políticas, culturais e internacionais” (TARROW, 2009, p. 18).

Entretanto, uma discussão permeia o campo teórico e atinge a legitimidade desses movimentos, quando se questiona como identificar tais grupos, uma vez que, “não há, todavia, um acordo sobre o conceito de movimento social. Para alguns, toda ação coletiva com caráter reivindicativo ou de protesto é movimento social, independente do alcance ou do significado político ou cultural da luta” (SCHERER-WARREN, 2009, p.18).

Na outra ponta, teóricos afirmam de forma mais reducionista que os movimentos sociais não são tão fáceis assim de se encontrar como aparentam, ou seja, persiste aqui “(...) o enfoque que considera movimento social apenas um número muito limitado de ações coletivas de conflito: aquelas que atuam na produção da sociedade ou seguem orientações globais tendo em vista a passagem de um tipo de sociedade a outro” (SCHERER-WARREN, 2009, p. 18).

Inclusive, segundo algumas análises, os movimentos sociais seriam de difícil execução no continente americano. Para Touraine (1998, apud SCHERER-WARREN, 2009, p. 18), movimentos sociais seriam aqueles que atuam no interior de um tipo de sociedade, lutando pela direção de seu modelo de investimento, de conhecimento ou cultural. De acordo com esta definição, praticamente não existem movimentos sociais na América Latina.

Nos últimos tempos, uma nova denominação no campo teórico tem definido os movimentos sociais como “novos movimentos sociais”.

Essa conceituação visa

(...) diferenciar os “antigos” movimentos sociais (vinculados ao conceito de “classe”, subordinados ao Estado e de caráter temporário) dos “novos” movimentos sociais (de teor interclassista, possuidores de autonomia relativa frente ao Estado e de alcance duradouro mais ou menos permanentes) (WOLKMER, 2001, p. 322).

Na prática, essa divisão pode aparentar ser uma linha tênue e discutível nas questões que envolvem o Estado e sua capacidade de produção jurídica. Porém, as mudanças operadas na sociedade que envolvem o ente estatal e toda a complexa estrutura social, evidenciam que os movimentos sociais atuais, organizados, conseguiram manter uma certa independência em relação ao Estado, abrindo um campo mais amplo de lutas pelas necessidades iminentes de uma coletividade.

Nessa necessidade produzida pelas questões sociais é que os movimentos sociais tem buscado uma espécie de autorregulação, produzindo sua própria juridicidade em muitos momentos em que o Estado se faz ausente, ou seja, “(...) um certo tipo específico de movimentos sociais cunhados pelos modelos teóricos recentes de ‘novos movimentos sociais’ (...) que se reconhecerá a capacidade de se tornarem novos sujeitos históricos legitimados para a produção legal não-estatal” (WOLKMER, 2001, p. 121-122).

De fato, como reflexo da sociedade globalizada contemporânea, é inegável que

(...) têm surgido “novos movimentos sociais” (NMS) que almejam atuar no sentido de estabelecer um novo equilíbrio de forças entre Estado (...) e sociedade civil (...) bem como no interior da própria sociedade civil nas relações entre dominantes e dominados, entre subordinantes e subordinados (SCHERER-WARREN, 2009, p. 50).

Tudo isso se torna possível uma vez que os espaços são criados pelo próprio Estado, na sua ausência ou ineficácia, em experiências locais ou em ações cotidianas, “os NMS apresentam, todavia, suas especificidades dependendo das situações estruturais e conjunturais onde se organizam. O seu significado político-social terá, portanto, a ver com as relações que estabelecem com estas condições socialmente dadas” (SCHERER-WARREN, 2009, p.52).

Muitos desses chamados NMS comungam de elementos similares que os identificam e algumas vezes os unem em prol de uma causa maior. Mesmo com suas pautas mais específicas voltadas para a satisfação de necessidades de um grupo mais delimitado que carrega a bandeira da luta, esses movimentos sociais se abrem comumente para outros, na tentativa de aglutinar forças e garantir a efetividade de seus direitos.

Assim, é notável que “estes NMS (Novo Sindicalismo Urbano e Rural, Movimento de Bairro, Movimento Ecológico, Movimento Feminista, Movimento dos Sem-Terra e outros) (...) compartilham da ideologia do antiautoritarismo e são pela descentralização do poder” (SCHERER-WARREN, 2009, p. 51).

No Brasil, esses movimentos sociais organizados têm acumulado experiências históricas que possuem já longo tempo, e as mesmas tem servido como exemplo para outros grupos em contextos mais amplos, seja na área urbana, seja na área rural.

Historicamente, “já aos movimentos que emergem ao longo das décadas de 70, 80 e 90 é-lhes reconhecida a possibilidade de construir um novo paradigma de cultura política e de uma organização social emancipatória” (WOLKMER, 2001, p. 123), o que demonstra um amadurecimento e uma evolução na organização desses grupos.

No caso específico do Brasil, podem ser identificados movimentos sociais organizados específicos, mas que mantêm uma similaridade com outros de países com históricos diferenciados.

Provavelmente devido ao caráter semiperiférico da sociedade brasileira, combinam-se nela movimentos semelhantes aos que são típicos dos países centrais (...) com movimentos próprios orientados para a reivindicação da democracia e das necessidades básicas (comunidades eclesiais de base, movimentos sem-terra, movimentos favelados) (SANTOS, 2010, p. 265).

Ainda em relação ao Brasil, destaca-se mundialmente a atuação de movimentos ligados à questão da luta pela terra. Tal constatação não constitui uma novidade do século XX, uma vez que muitas rebeliões já se deram no país desde o tempo colonial. No entanto, a dimensão alcançada pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, o MST, a partir da segunda metade do século XX, tem merecido estudos mais profundos dentro e fora do território nacional.

Sem dúvida que esse não foi o único movimento que lutou pela divisão de terras mais justa no Brasil, no entanto, a linha de condução do movimento, assim como toda sua trajetória histórica de lutas, faz dele um exemplo de organização. Dessa forma, “os acampamentos de luta pela terra têm sido os exemplos mais significativos desta forma de agir político: resistência prolongada com cunho pacífico, que às vezes chega a durar mais de um ano” (SCHERER-WARREN, 2009, p. 56).

Segundo algumas posições teóricas, surgem assim as chamadas redes, onde esses movimentos encontram o apoio necessário para trocar informações e se organizarem nas suas lutas, ou seja, “é através de articulações em redes que os movimentos sociais vêm se empoderando (...) entre as bases das ações coletivas (...) formando, assim, as redes de movimentos sociais” (SCHERER-WARREN; LÜCHMANN, 2011, p. 28).

Dentro dessa lógica, os movimentos sociais tem adquirido forma, personalidade e garantido através de suas lutas, a conquista de muitas de suas reivindicações. Assim, os “(...) movimentos sociais como símbolo maior (...) de um novo sujeito histórico, personagem nuclear da ordem pluralista, fundada em outro modelo de cultura político-jurídica” (WOLKMER, 2001, p. 120). Isso significa que esses grupos organizados na sua essência representam uma mudança cultural na forma de se produzir um novo olhar sobre o outro, sobre a valorização e o respeito ao diferente.

Finalmente, a relação estreita entre os movimentos sociais organizados enquanto atores coletivos comprometidos com uma causa maior e a teoria do pluralismo jurídico comunitário-participativo demonstram ter uma afinidade plausível no sentido de que se considera a produção norma-

tiva desses grupos como uma forma de exprimir a possibilidade de criação jurídica fora dos parâmetros estatais. Assim,

(...) as práticas cotidianas dos movimentos sociais acabam definindo, sob os liames do pluralismo jurídico comunitário-participativo, um espaço ampliado que minimiza o papel do “institucional/oficial/formal” e exige uma “participação” autêntica e constante no poder societário, quer na tomada e controle de decisões, quer na produção legislativa ou da resolução de conflitos (WOLKMER, 2001, p. 339).

Em síntese, o Estado monista e centralizador, abre espaço para um pluralismo político e jurídico enquanto caminho necessário e viável para solucionar demandas sociais não contempladas pelo ente estatal.

Possibilidade de produção jurídica nos NMSs

A ineficácia estatal, através de uma opção monista de se conduzir a produção jurídica, tem aberto, em muitos países, as brechas necessárias para a consolidação de sistemas paralelos de aplicação de normas que convivem simultaneamente com aquelas produzidas pelo Estado oficial.

Dessa forma, o Estado que acaba ‘encolhendo-se’ e deixando de se fortalecer, demonstra que “(...) a insuficiência das fontes clássicas do monismo estatal determina o alargamento dos centros geradores de produção jurídica mediante outros meios normativos não-convencionais (...)” (WOLKMER, 2001, p.151).

É assim que, após a identificação de inúmeras demandas sociais não atingidas pelo ente estatal, os grupos organizados coletivamente, em forma de movimentos sociais, têm na prática, através de experiências concretas, produzido sua própria normatização. Isso significa que, “as fontes de produção jurídica (...) reproduzem a manifestação de seres humanos inter-relacionados que (...) participam de lutas e conflitos, buscando a satisfação de necessidades cotidianas (...)” (WOLKMER, 2001, p. 152).

Pode-se afirmar que para ser visto como grupo organizado coletivamente, “(...) todo sujeito coletivo (...) organizado (...) com certo grau de institucionalidade, está apto a produzir normatividade com eficácia” (Wolkmer, 2001, p. 323-324), o que significa que a organização é um dos elementos mais contundentes para se classificar os grupos como movimentos ou não, o que ainda não é pacífico entre os teóricos, uma vez que, alguns divergem da existência concreta deles no continente latino-americano.

Ainda, de forma similar, pode-se concluir que, “adquirem legitimidade os sujeitos sociais que, por sua ação libertadora, edificam uma nova cultura societária de base, cujos direitos insurgentes são a expressão mais autêntica da satisfação das carências e das necessidades humanas fundamentais” (WOLKMER, 2001, p. 323). Nesse ponto, entra a discussão acerca de uma nova cultura jurídica, baseada justamente na organização de grupos que criam sua autorregulação visando sempre uma posição de liberdade e de justiça perante o Estado e a história.

Aqui, a teoria do pluralismo jurídico comunitário-participativo faz-se presente, justamente para propor essa nova cultura enquanto modelo que faz frente ao monismo estatal e ao seu engessamento na produção normativa. Por isso, “(...) o espaço do pluralismo jurídico é onde nasce a juridicidade alternativa. O Estado não é o lugar único do poder político, tampouco a fonte exclusiva da produção do Direito” (WOLKMER, 2001, p. 203). Dessa forma, o Estado passa a atuar e a ser visto pela sociedade (principalmente pelos novos atores sociais em forma de movimentos organizados), como uma opção paralela de se buscar a concretude dos direitos, mas não mais é visto como essencial por aqueles que conseguem produzir sua própria normatividade.

Nesse sentido, pode-se afirmar que “(...) o interesse com referência aos movimentos sociais é enfatizar sua capacidade como fonte legítima para produzir formas de regulações autônomas (...) práticas cotidianas habilitadas a transformar carências e necessidades humanas em ‘novos direitos’” (WOLKMER, 2001, p. 322). Portanto, o reconhecimento dos movimentos sociais organizados como fonte produtora normativa perpassa por outras questões de cunho inclusive cultural, ou seja, desmistificar, por exemplo, a falsa ideia de que apenas o Estado pode suprir as demandas sociais como ente regulador, uma vez que, as especificidades dos sujeitos podem ser bem diferenciadas e exigir uma regulação local, de acordo com os costumes do espaço em questão.

Desse modo, essa produção jurídica dos grupos organizados, acontece de forma paralela com a existência e o papel do Estado na produção de juridicidade. Na sociedade contemporânea fica difícil excluir uma em detrimento de outra, por isso, elas convivem paralelamente, cada uma atuando da forma mais eficaz possível dentro de suas possibilidades. Sem dúvida, o que tem emperrado a atuação do Estado para a efetivação de sua função normativa, é o excesso de burocratização, que muitas vezes tende a distanciar a base e suas necessidades da assinatura final de projetos que acabam engavetados ou que são analisados por burocratas sem nenhuma

experiência ou noção do espaço de onde se emite a demanda. Por isso, torna-se imprescindível,

Admitir uma cultura jurídica instituinte baseada na auto-regulação societária e na força da produção legal paralela, efetivada por novos sujeitos coletivos, não inviabiliza a existência de um Estado com jurisdição própria, mas fiscalizado pela Comunidade e obrigado a reconhecer e garantir Direitos emergentes (WOLKMER, 2001, p. 332).

Portanto, a produção jurídica fora do Estado é legal e pertinente uma vez que, representa o interesse e a necessidade de grupos organizados que reivindicam seus direitos perante o Estado, mas que, quando veem que suas solicitações não são atendidas, tendem a optar pela sua produção autônoma de regramento. Esta reflete o grupo, suas lutas e suas conquistas, e por isso mesmo precisa ser respeitada pelos órgãos oficiais, assim como argumenta Wolkmer (2001, p. 119,):

(...) extrair a constituição da normatividade não mais é apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia de interesses do todo comunitário (...).

Derradeiramente pode-se afirmar que, apesar da produção jurídica dos novos atores sociais (movimentos sociais organizados) conviverem com a oficialidade do Estado, a identidade e a autonomia dos grupos, além de ser singular, não pode ser retirada, pois cria sua legitimidade das experiências cotidianas que só compreendem na totalidade aquelas pessoas que convivem no espaço deles.

Considerações finais

A reflexão acerca da relevância da teoria do pluralismo jurídico comunitário-participativo não se limita à sua aplicabilidade nas questões onde o Estado se mostra ausente ou inerte, mas sim se encontra estreitamente relacionada com a história de sujeitos subjugados economicamente, calados pelas falas oficiais e que buscam não somente retomar seus espaços de origem, como também o direito de serem vistos e tratados com a mesma dignidade que os demais sujeitos da presente modernidade hegemônica.

Portanto, é sob a concepção e o projeto de um pluralismo jurídico comunitário-participativo que, os novos atores sociais, configurados aqui principalmente pelos movimentos sociais, organizados e representantes de uma coletividade, mostram que possuem legitimidade para produzir sua própria normatividade, ou uma legalidade contra-hegemônica, alternativa e emancipadora à produção monista estatal. Esta normatividade nem sempre satisfatória e eficaz para atender a demanda por necessidade de direitos e de acesso à justiça de novas sociabilidades insurgentes.

Referências

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHERER-WARREN, Ilse. *Redes de movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2009.

SCHERER-WARREN, Ilse; LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. (Org.). *Movimentos sociais e participação: abordagens e experiências no Brasil e na América Latina*. Florianópolis: UFSC, 2011.

SCOTT, James C. *Los dominados y el arte de la resistencia*. País Vasco: Txalaparta, 2003.

TARROW, Sidney. *O poder em movimento: movimentos sociais e confronto político*. Petrópolis: Vozes, 2009.

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

Referências complementares

EDER, Klaus. *A nova política de classes*. Bauru: EDUSC, 2002.

GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. (Org.) *Movimentos sociais no início do século XXI*. Petrópolis: Vozes, 2003.

MELUCCI, Alberto. *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. México: Colégio do México, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

WOLKMER, A. C.; LIXA, I. M; QUINTANILHA NETO, F. (Org.). *Pluralismo jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Introdução ao pensamento crítico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARTE III:
INTERCULTURALIDADE E
MULTICULTURALIDADE

INTERCULTURALIDADE: MATRIZ DE FUNDAMENTAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

Daiane Vidal*

Cláudia Cinara Locateli**

Introdução

A formação dos Estados e a elaboração das Constituições dos países latino-americanos basearam-se nos ideais de soberania, homogeneidade e unidade, culminando na dominação cultural, social, política e econômica dos povos originários. No entanto, nas últimas décadas, as comunidades marginalizadas assumiram a função de agentes transformadores, reivindicaram seus direitos e promoveram mudanças institucionais pautadas nos ideais do movimento conhecido como novo constitucionalismo latino-americano.

Essa teoria científica, fruto da construção social, tem desafiado a teoria constitucional moderna através da promulgação de novas Constituições, as quais consolidam mecanismos de igualdade material, procedimentos que garantem a participação de grupos marginalizados nos processos institucionais, legitimando-os a participar da tomada de decisões políticas e auxiliar na condução do Estado, e ao mesmo tempo, possibilitar vivenciar, com orgulho, a cultura originária.

Arquitetar um modelo de Estado que ofereça condições favoráveis para o pleno desenvolvimento de uma sociedade plurinacional, como orienta o novo constitucionalismo, capaz de abarcar distintas formas culturais, políticas e econômicas das coletividades étnicas que se assentam em um determinado país, é o grande desafio do movimento latino-americano.

* Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó. Bolsista do Núcleo de Iniciação Científica Cidadania e Justiça na América Latina.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e professora titular da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó.

As alternativas à convivência pacífica e democrática entre os diversos grupos culturais que vivem no mesmo país, com respeito à diferença por meio do diálogo, podem ser encontradas na interculturalidade, teoria que especializou os preceitos do movimento multiculturalista. Embora o multiculturalismo tenha projetado grandes avanços na luta pela extinção das desigualdades culturais, apresentou lacunas e, para colmatá-las, a interculturalidade se especializou e fundamentou a proposta de descolonização adotada nas novas constituições latino-americanas.

Este texto estuda, com base nas definições normativas do movimento do novo constitucionalismo latino-americano, idealizado, em especial, pelas revolucionárias Constituições do Equador e da Bolívia, a adoção da matriz hermenêutica da interculturalidade como fundamento das mudanças institucionais promovidas pelos Estados plurinacionais.

O novo constitucionalismo latino-americano

A formação dos Estados e a elaboração das Constituições dos países andinos se inspiraram nos princípios e valores da Revolução Francesa e no processo de gênese da Constituição norte-americana. Todavia, na atualidade somam-se esforços para transformar tais estruturas institucionais, através de uma corrente conhecida como o novo constitucionalismo latino-americano.

Esse movimento não surge de forma espontânea, mas em resposta às reivindicações sociais, das revoltas e protestos, propondo a inversão do modelo eurocêntrico de poder, a fim de legitimar e emancipar os diferentes grupos historicamente marginalizados a promover as escolhas constituintes na busca por igualdade de oportunidades. Promoveu uma virada constitucional capaz de romper com o paradigma e trajetória do neoconstitucionalismo. Conforme Wolkmer e Melo (2013, p. 10):

(...) a matriz de fundamentação acerca do “novo” constitucionalismo na América Latina não há de ser encontrada, incorporada e reproduzida da cultura jurídico-constitucional eurocêntrica, enquanto conceito contraditório, marcado por vários significados e ambiguidades, centrado na formalização e garantia de direitos, e na exegese restritiva do texto constitucional, bem como, na hegemonia de princípios e de valores, e no ativismo hermenêutico e programático do poder judicial. Neste aspecto, o “novo” constitucionalismo incide em ruptura de paradigma com a teoria constitucional clássica da modernidade eurocêntrica.

Diversamente do neoconstitucionalismo, o movimento latino-americano evidencia a legitimidade da soberania popular, tendo em vista que os textos constitucionais são elaborados por assembleias constituintes participativas, e em seguida, submetidos à aprovação de toda a população, por meio de *referendum*. O novo constitucionalismo latino-americano é também denominado de constitucionalismo “sem país”, pois, somente o povo pode ser considerado legítimo para instituir uma Constituição, considerando que, “Não cabe a uma elite de vanguarda ou autoproclamada, mas ao próprio povo, a decisão de como organizar a vida coletiva e qual futuro escolher” (CUÉLLAR, 1997, p.56).

Essa mudança foi gradativa. Ao longo dos tempos, a grande maioria dos povos originários foram privados da sua forma tradicional de conduzir a vida, permanecendo oprimidos, inclusive nos marcos legais. “Nos diversos textos constitucionais se consolidou uma tradição que consagra um modelo de Estado centralizado ou federal, com ordenamento territorial e administrativo que não considerava (...), o *modus vivendi* dos povos originários do continente” (MELO, 2013, p.79). Para atender às demandas de proteção dos direitos, da diversidade cultural, os Estados e as suas instituições necessitavam passar por profundas alterações.

No curso de graduais transformações, a América Latina, sensível às reivindicações sociais, apresentou uma nova proposta, “(...) caracterizando um novo estágio do Estado Constitucional, por meio da passagem do Estado de bem-estar social ao Estado do bem-viver, com a afirmação do Estado plurinacional e multiétnico” (MELO, 2013, p.77). Avançou significativamente em direção à superação dos tradicionais modelos de Estado e Constituições com fundamento no direito estrangeiro, ou seja, nas instituições pertinentes a outras realidades peculiares das sociedades dominantes.

O novo constitucionalismo latino-americano, apesar de ter sido instaurado através da promulgação das novas cartas constitucionais da Bolívia em 2009 e do Equador em 2008, é resultado de décadas de cultivo, uma vez que começou a ganhar forma em meados dos anos de 1980. Pode ser subdividido em ciclos.

Alves (2012, p. 140) aduz que o primeiro ciclo é conhecido como “O constitucionalismo multicultural (1982-1988)”, que introduziu o conceito de diversidade cultural e o reconhecimento dos direitos dos indígenas específicos. O segundo ciclo é denominado de “constitucionalismo pluricultural (1988-2005)”, pela adoção do conceito de ‘nação multiétnica’ e o desenvolvimento do pluralismo jurídico interno, sendo incorporados vá-

rios direitos indígenas aos catálogos de direitos fundamentais. O terceiro ciclo é reconhecido como o “constitucionalismo plurinacional (2006-2009)”, que promoveu mudanças a partir da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. É neste ciclo que houve a demanda pela criação de um Estado plurinacional.

O desafio, nesta fase, é de arquitetar um modelo de Estado que ofereça condições favoráveis ao pleno desenvolvimento de uma sociedade pluricultural, capaz de abarcar distintas formas culturais, políticas e econômicas das coletividades étnicas que se assentam em um determinado país e ao mesmo tempo, garantir a sua participação nos processos institucionais, para que possam incidir sobre a tomada de decisões políticas, na construção de uma democracia inclusiva.

O novo constitucionalismo latino-americano tem como principal tendência reconhecer a plurinacionalidade, portanto, rompe com a ideia de homogeneidade e unidade e constrói-se “desde abajo”, representando, assim, um grande avanço, e ao mesmo tempo, um desafio de delinear sistemas atendendo à realidade social diversa, plural e heterogênea particular de cada Estado. Não existe um modelo unificado a ser seguido.

Surgem, nesse contexto, as reflexões acerca da matriz axiológica de fundamentação do novo constitucionalismo latino-americano. Identifica-se sintonia com as diretrizes do multiculturalismo e da interculturalidade, movimentos que nascem das reivindicações populares, buscam transformações nacionais com o objetivo de superar o desafio de viver junto, com diálogo e respeito, nas comunidades diversificadas e multiétnicas.

Multiculturalismo e interculturalidade

A diversidade intercultural se traduz no grande desafio do século XXI. A convivência de diversas culturas, no mesmo território do Estado, e o direito de participar ativamente das instituições políticas de um país constituem-se na missão jurídica. As alternativas para promover a convivência pacífica e democrática entre os diversos grupos culturais e estabelecer novas relações entre os povos originários e o conjunto da sociedade nacional, sob o marco de um mesmo Estado, fundamentam-se nas diretrizes da interculturalidade.

O movimento do multiculturalismo, precursor da interculturalidade, constituiu-se na “Coexistência de formas culturais ou grupos caracterizada por culturas diferentes no seio das sociedades modernas” (SAN-

TOS,2002). Pode ser definido como “(...) um termo usado para designar a existência de várias culturas em determinado espaço, cidade, região ou país, sem que ocorra a predominância de qualquer uma delas” (GROFF; PAGEL, 2008, p. 52). Aponta a teoria para a simples pluralidade de culturas. Em síntese: “Multiculturalismo refere-se às estratégias e políticas gerados pelas sociedades múltiplas” (HALL, 2003, p.52).

Alerta Bauman (2003, p. 97) que “(...) ostensivamente, o multiculturalismo é orientado pelo postulado da tolerância liberal (...)”, sendo que a tolerância nem sempre é a melhor solução para as diferenças culturais. Mas, não basta reconhecer as diferenças, é necessário buscar alternativas práticas e seguras de convivência entre os diferentes, ou seja, superar o horizonte da tolerância. O multiculturalismo não permite encontros seguros com os diferentes, e concomitantemente, alimenta um viés colonialista e classificatório, ao passo que demonstra a imposição de uma cultura dominante.

A proposta multicultural representou um grande avanço frente à extinção das desigualdades culturais, porém, apresentou limitações. A partir destas restrições, em especial, a ausência de estratégias permissivas da troca e diálogo, surgiu, como derivação, o movimento da interculturalidade.

“Interculturalidade significa a interface, troca, intercâmbio, reciprocidade, criação de espaço de participação coletiva entre culturas diferentes (...)”, explica Krohlig (2010, p. 104). Deve ser entendido como uma alternativa à coexistência pacífica entre os diferentes, considerando que:

Numa perspectiva intercultural não basta reconhecer a diferença, é preciso estabelecer uma relação, a inter-relação entre as pessoas de culturas diferentes para justamente permitir um entendimento recíproco, de tal forma que esta relação implique em um desafio à reelaboração de cada um (TEDESCHI, 2008, p. 15).

As diretrizes da interculturalidade visam a promover condições para ocorrer um verdadeiro pacto entre os diferentes povos na construção de um Estado plurinacional.

O constitucionalismo plurinacional é ou deve ser um tipo de constitucionalismo novo, baseado em relações interculturais igualitárias que redefinam e reinterpretem os direitos constitucionais, reestruturando a institucionalidade advinda do Estado nacional. O Estado plurinacional não é ou não deve reduzir-se a uma Constituição que

inclua um reconhecimento puramente culturalista, às vezes apenas formal, por parte de um Estado, na verdade instrumentalizado para o domínio de povos com culturas distintas, mas sim um sistema de foros de deliberação intercultural autenticamente democrática (GRIJALVA, 2009, p.117).

Evidencia-se que a interculturalidade reconhece as diferenças e permite dialogar, evoluir. No estudo comparado, Grijalva (2009, p.119) explica que o multiculturalismo não seria a proposta mais adequada para a refundação do Estado e dos sistemas constitucionais, tendo em vista que se refere:

(...) ao reconhecimento culturalista que subtrai as condições políticas e econômicas concretas de determinados povos e nacionalidades (...) essa subtração leva o Estado multicultural a uma contradição, uma vez que nega, ou, ao menos, subvalora as próprias condições de existência dos povos cujas culturas busca defender e promover.

O multiculturalismo, precursor das reflexões, tem uma importância acentuada para o atual estágio de evolução da proposta intercultural, uma vez representa o elo entre o passado de opressão e o presente de reconstrução.

Com fundamento da interculturalidade, comemoram-se as mudanças e as evoluções ocorridas nas últimas décadas nos sistemas constitucionais da Bolívia e do Equador, os quais representam a superação do multiculturalismo e a efetivação da proposta intercultural, com o intento de construir uma nova forma de pensar e agir em sociedade, em que a diferença é considerada um elemento construtivo. Promissores, os textos constitucionais da Bolívia e do Equador demonstram potencial capaz de transformar e reorganizar o modelo eurocêntrico de poder, evitando que no âmbito nacional se decidam os assuntos mais relevantes, com base nos parâmetros de um único povo.

A Constituição do Equador: matriz hermenêutica intercultural

Desde a sua independência política em 1830, o Equador foi regido por 19 Constituições, as quais já formavam um rol de direitos coletivos e diversas referências a grupos culturais historicamente marginalizados, no entanto, esses documentos foram considerados limitados. As reformas institucionais não foram plenas e atentas à realidade social, pautavam-se nas propostas multiculturais.

No último processo constituinte equatoriano, que aconteceu em 2008, instituíram-se as bases para a consolidação de um novo Estado, o plurinacional, com fundamento na doutrina intercultural.

Surge a pergunta: até que ponto a nova Constituição pode marcar a transição de um Estado formalmente multicultural para um Estado efetivamente plurinacional e intercultural? A resposta é claro não é encontrada apenas na própria Constituição, mas sim e, sobretudo, na forma como a sociedade equatoriana, suas instituições e organizações dão vida a essa Constituição (GRIJALVA, 2009, p. 132).

Assim, percebe-se que a interculturalidade não pode ser alcançada individualmente, somente pela imposição da lei. Trata-se de um processo gradual pautado em relações igualitárias e dialógicas entre pessoas e grupos que pertencem a universos culturais distintos, o que transforma meros cidadãos em participantes ativos da vida cultural, social e econômica. É justamente essa participação ativa e sem barreiras de todos os grupos culturais que tem contribuído para a formação de uma nova concepção de Estado.

“Ao se definir como um país intercultural, o Equador pretende efetivar não apenas a continuidade e reconhecimento de todas as manifestações culturais, mas permitir que em seus espaços, seja promovida a mútua apropriação da cultura do outro” (TRUJILLO, 2008, p.36). Contudo, a interculturalidade requer ações positivas, significados concretos.

E com o objetivo de que todos se sintam integrantes de uma mesma sociedade, a Constituição, em seu 1º artigo, preconiza que o Equador é um Estado constitucional de direitos e justiça social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico¹. Diante de um mundo que tende a negar as diferenças, estabelecendo padrões hegemônicos, no qual até mesmo as normas jurídicas são estandardizadas, o Equador trilha um caminho com o objetivo de reconhecer a diversidade ao estabelecer que todos os cidadãos sejam considerados de igual valor, sem hierarquia, independente de sua forma de ser, conhecer, pensar ou gerir a vida, buscando a efetivação da igualdade em meio a tantas diferenças. No artigo 11, a Constituição equatoriana expressa:

¹ Art. 1: Estado constitucional “de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

Todas as pessoas são iguais e gozarão dos mesmos direitos, deveres e oportunidades. Ninguém poderá ser discriminado por razões de etnia, lugar de nascimento, idade, sexo, identidade de gênero, identidade cultural, estado civil, idioma, religião, ideologia, filiação política, passado judicial, condições socioeconômicas, condição migratória, orientação sexual, estado de saúde, portador de HIV, deficiência, diferença física; nem por qualquer outra distinção, pessoal ou coletiva, temporal ou permanente, que tenha por objeto reduzir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos. A lei sancionará toda forma de discriminação².

Assim, a reestruturação do Estado do Equador representa uma nova possibilidade epistemológica, ao criar condições, em especial aos povos indígenas, de recuperar a sua autonomia e soberania, por meio da criação de mecanismos de participação e representação frente ao Estado. Pretende modificar a “geometria do poder”, embasado na “(...) construção da nova realidade edificada por aqueles que sempre tiveram os espaços de poder e decisão negados” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p.394). Nesse sentido, o artigo 95 da Constituição equatoriana consagra a seção intitulada “Participação e Organização do Poder”, e preconiza que:

Os cidadãos, individual e coletivamente, participam de um papel de liderança na tomada de decisão, planejamento e gestão dos assuntos públicos, e controle popular das instituições do Estado e da sociedade, e seus representantes, em um processo contínuo de construção do poder cidadão. A participação será guiada pelos princípios de igualdade, autonomia, deliberação pública, o respeito pela diferença, o controle popular, da solidariedade e da interculturalidade. A participação dos cidadãos em todos os assuntos de interesse público é um

² Art. 11. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

direito a ser exercido pelos mecanismos da democracia representativa, direta e comunitária³.

Os cidadãos poderão participar na tomada de decisões, na planificação da gestão governamental e no controle das intuições do Estado e seus representantes, o que caracteriza a democracia participativa. No caso equatoriano, efetiva-se através de “(...) um organismo chamado Conselho de Participação Cidadã e Controle Social, CPCCS que, juntamente com o Provedor de Justiça, a Controladoria e os superintendentes compõem o quinto poder do Estado⁴” (PACHANO, 2010).

O Equador, em síntese, rompeu com o modelo tradicional de divisão do Estado em três poderes e passou a ter cinco. Além do executivo, do judiciário e do legislativo, existem instituições paralelas de controle, pautadas na participação popular, as quais compõem o quinto poder. Conforme artigo 204⁵ da Carta de 2008, o quinto poder foi criado para promover a redistribuição do poder público, com isso revigora o exercício da cidadania, e concomitantemente tende a combater a corrupção.

As mudanças promovidas no Equador propiciaram a criação de espaços de deliberações abertos a todos os cidadãos que podem participar dos processos decisórios, assim, “(...) a democracia é construída como

³ Art. 95. Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

⁴ (...) a un órgano denominado Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, CPCCS que, conjuntamente con la Defensoría de Pueblo, la Contraloría y las superintendencias conforman el denominado quinto poder del Estado (PACHANO, 2010).

⁵ Art. 204. El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

conjunto de espaços de expressão, relação e decisão compartilhada, onde os direitos surgem, são atualizados e transformados [...]”(CHIVI VARGAS, 2009, p.150). Com essas mudanças, edificam-se as bases de um Estado intercultural, sendo um modelo apropriado, por ser altamente inclusivo e adaptável à concepção igualitária de cidadania.

Ainda, em respeito aos direitos derivados da sabedoria indígena, o Estado do Equador institui como meta a construção do modelo *bien vivir*⁶, que aspira proteger a vida nas suas diversas manifestações. Portanto, “(...) a Assembleia Constituinte rompe com alguns dos esquemas mais dogmáticos e conservadores em matéria de titularidade de direitos, pois a entende como algo que vai além dos seres humanos, abrindo assim novas perspectivas sobre a própria concepção e a função dos direitos” (WILHELM, 2009, p. 144).

O *bem vivir* promove o equilíbrio e harmonia entre a pessoa e o ambiente em que vive. Ao reconhecer a cultura indígena com atribuição de valor, a Constituição equatoriana filiou-se à matriz hermenêutica da interculturalidade. Essa constatação idealiza-se na proposta de gerir a vida de forma autônoma, valorizando todos os conhecimentos e interpretações da realidade. Ademais, o novo modelo abre espaço para uma comunidade livre, inclusiva, diversa, participativa, de modo a ampliar o rol de direitos à educação, saúde, trabalho, moradia, ao habitat, ou seja, o direito à cultura e identidade.

O Equador possui um texto constitucional que tutela e regula os direitos culturais, sociais, políticos e econômicos dos mais diversificados povos, resguardando as distinções culturais. Sendo este um processo precursor, inspirou outros países latino-americanos a trilhar tal caminho, como ocorreu com a Carta Constitucional boliviana.

Constituição da Bolívia: a interculturalidade no Estado plurinacional

A Bolívia, país localizado ao Centro-Oeste da América do Sul, caracteriza-se pela diversidade de povos e culturas, tendo sido catalogados mais

⁶ (...) “Ben vivir”, coloca em discussão o paradigma da modernidade/modernização, do desenvolvimento e do progresso econômico e tecnocientífico, e se abre para a necessidade de construir novas estruturas cognitivas para a vida social, ou seja, uma nova epistemologia, novas metodologias, novas práticas, “modos de fazer” para a política e a técnica jurídica” (MELO, 2013, p. 82).

de 36 povos originários, que atualmente habitam o país. A participação desses povos como novos atores sociais, diversos e diferentes, forçou o país a aditar mudanças constitucionais e promover reformas no Estado, pautadas na proposta da interculturalidade, com vistas à integração nacional.

De acordo com Eróstegui (2009, p.222), em 2005, a Bolívia elegeu um presidente de origem indígena, Juan Evo Morales Ayma. Morales tem uma história pessoal e política vinculada aos movimentos populares e indígenas, de modo que incentivou a elaboração de uma nova Constituição capaz de incentivar uma política de mudança e garantir a autonomia dos povos indígenas e outros grupos vulnerabilizados.

A proposta da nova Constituição anunciou o nascimento de um novo Estado, o plurinacional⁷, com objetivo de instituir uma nova teoria constitucional fundamentada no direito pautado na realidade social. A ideologia atenta para a:

Existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si (WOLKMER, 2001, p. 172).

Fica comprovado que o poder estatal não é a fonte exclusiva da produção do direito. Tendo em vista que o pluralismo, com fundamento nas bases da interculturalidade, propõe a ideia de que há vários sistemas legais com igual valor em um mesmo Estado.

O Estado Plurinacional é considerado com um modelo de organização política para descolonizar nações e povos indígenas originários, recuperar sua autonomia territorial, garantir o exercício pleno de todos os seus direitos como povos e exercer suas próprias formas de autogoverno. Um dos elementos fundamentais para a concretização do Estado Plurinacional é o direito à terra, ao território e aos recursos naturais, (...). Do mesmo modo, para as organizações do Pacto, o Estado Plurinacional implica que os poderes públicos tenham representação direta dos povos e nações indígenas, originários e campo-

⁷ Preâmbulo. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomía. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

neses de acordo com suas normas e procedimentos próprios (GARCES, 2009, p.176).

Assim, na medida em que o Estado Plurinacional se desenvolve, aumenta o desafio de lidar com as diferenças, estruturar a inclusão de vozes que jamais foram ouvidas, representar politicamente os povos originários que desconhecem a forma estatal de organização. A Bolívia, por ser um país plural, poderá colher grandes benefícios, ou incorrer no risco de produzir numerosos conflitos.

E para esses possíveis conflitos, não há soluções simples, mas devem-se abrir espaços e incentivar o diálogo intercultural, ultrapassando as barreiras entre indivíduos e grupos com origens e tradições étnicas, culturais, religiosas e linguísticas diferentes, num espírito de compreensão, respeito mútuo e reconhecimento. O diálogo pautado na proposta intercultural contribui para a coesão de sociedades marcadas pela diversidade, visa a promover uma melhor compreensão das várias práticas e visões do mundo, reforçando a cooperação e a participação de todos nas instituições estatais.

Os preceitos da interculturalidade reforçam o desenvolvimento de uma nova acepção de democracia, a vontade da maioria não deve prevalecer perante as minorias, deve-se buscar um tratamento equitativo, a fim de evitar uma dominação. Nesse novo sistema político, a democracia participativa é de fundamental importância, contribui para que todos os indivíduos se identifiquem com a sociedade, garante a todos o exercício do poder e a tomada de decisões.

Essa nova concepção de democracia foi responsável pela emancipação, em especial dos povos indígenas, que permaneciam reprimidos e situados às margens dos poderes públicos. Na atualidade, foram incorpo-

rados nos planos políticos⁸, com representação no Parlamento⁹, podendo organizar suas eleições e administrar os recursos econômicos¹⁰.

A Carta Constitucional boliviana orienta para a construção de uma nova realidade que respeita e valoriza o diferente. “Sem dúvida, a Bolívia iniciou um momento político que não pode ser compreendido com as lentes monoculturais e uninacionais do constitucionalismo liberal, transvestido como ‘moderno’”, sintetiza Chivi Vargas (2009, p.158).

No preâmbulo¹¹ da Constituição da Bolívia (2009), evidencia-se o anseio de transcender o modelo de Estado liberal e configurar o Estado plurinacional, pois se reverte nas estruturas de poder, sendo outorgado aos cidadãos uma maior soberania¹².

Outra característica peculiar do texto constitucional boliviano é a autonomia concedida às comunidades indígenas no que concerne aos instrumentos de justiça. Em alguns casos, aplicam-se mecanismos de justiça próprios, julgando e decidindo conforme seus valores e costumes. O artigo 190, inciso I e II da referida carta explicita:

I. As nações e povos indígenas originários campesinos exercerão suas funções jurisdicionais e de competência através de suas autoridades

⁸ Art.147. (...) II. En la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

⁹ Art. 272. La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias.

¹⁰ Art. 306. (...) II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa (...). III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo (...). Artículo 311. I. Todas las formas de organización económica establecidas en esta Constitución gozarán de igualdad jurídica ante la ley. (...).

¹¹ Preâmbulo. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

¹² Art. 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

e aplicarán sus principios, valores culturales, normas e procedimientos propios.

II. A jurisdicción indígena originaria campesina respeta o derecho à vida, o derecho à defensa e os demais derechos e garantías establecidas na presente Constitución¹³.

Supera-se com teoria constitucional plurinacional as dissoluções outorgadas pelo Estado de forma arbitrária. Até então, o judiciário tinha como principal função apontar o argumento vencedor, visando apenas a cessar o conflito. Essa autonomia aos povos constitui-se em uma iniciativa ousada, pois a jurisdicção era matéria tratada com excessiva reserva até a adoção da proposta intercultural que reconhece um sistema jurídico plural, em que a justiça é construída em consenso, por meio do diálogo, com respeito às diferenças culturais e multiétnicas.

As normas constitucionais garantem igualdade hierárquica entre a jurisdicção comum e a jurisdicção indígena e campesina. Preconiza o artigo 179 da Constituição que “A jurisdicção ordinária e a jurisdicção indígena e campesina gozam de igual hierarquia”¹⁴. A implantação do sistema de justiça fundado na concepção intercultural estruturou-se na criação de um Tribunal Constitucional Pluricultural¹⁵. A proposta é permitir a realização da justiça, respeitando os valores e princípios dos distintos segmentos culturais e políticos da sociedade boliviana (WOLKMER; ALMEIDA, 2013, p. 36).

Em matéria ambiental, a Constituição boliviana inovou ao incorporar novos princípios e valores referentes à *Pachamama*, que designa a Mãe Terra. O artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra defi-

¹³ Art. 190 I. Las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

¹⁴ Art.179. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

¹⁵ Art. 197.I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (...). Art. 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

ne *Pachamama*¹⁶ e no preâmbulo traduz uma nova forma de relação com a natureza, fundamental ao bem-estar.

Nós, os povos da Terra: Considerando que todos e todas somos parte da Mãe Terra, uma comunidade indivisível e vital de seres independentes, inter-relacionados e com um destino comum; Reconhecendo com gratidão que a Mãe Terra é fonte de vida, alimento e ensinamento, e provê tudo o que necessitamos para viver bem; Reconhecendo que o sistema capitalista e todas as formas de depredação, exploração, abuso e contaminação tem causado grande destruição, degradação e alteração da Mãe Terra, colocando em risco a vida como hoje a conhecemos, produto de fenômenos como a mudança climática; Convencidos de que em um sistema interdependente não é possível reconhecer direitos somente aos seres humanos, sem provocar um desequilíbrio na Mãe Terra; Afirmando que para garantir os direitos humanos é necessário reconhecer e defender os direitos da Mãe Terra e de todos os seres que a compõem, e que há culturas, práticas e leis que o fazem; Conscientes da urgência de agir coletivamente para transformar as estruturas e sistemas que causam as mudanças climáticas e outras ameaças à Mãe Terra, proclamamos esta Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, e fazemos um chamado à Assembleia Geral das Nações Unidas para adotá-la, como propósito comum para todos os povos e nações do mundo, a fim de que tanto os indivíduos quanto as instituições se responsabilizem por promover – mediante ensinamento, educação, conscientização – o respeito a esses direitos reconhecidos nesta Declaração, e assegurar com medidas e mecanismos imediatos e progressivos, de caráter nacional e internacional, seu reconhecimento e aplicação universais e efetivos entre todos os povos e estados do Mundo. Promover – mediante ensinamento, educação, conscientização – o respeito a esses direitos reconhecidos nesta Declaração, e assegurar com medidas e mecanismos imediatos e progressivos, de caráter nacional e internacional, seu reconhecimento e aplicação universais e efetivos entre todos os povos e estados do Mundo (Projeto de Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, 2010).

Com base nessas práticas inovadoras, o Estado plurinacional boliviano adotou como fundamentação teórica os preceitos da interculturalidade, inseriu na vida social e política todos os cidadãos, independente de sua

¹⁶ Art. 4º. O termo ser inclui os ecossistemas, comunidades naturais, espécies e outras identidades naturais que existem como parte da Mãe Terra.

origem, identidade ou tradições, respeitando seus direitos de forma isonômica, no tocante à diferença.

Considerações finais

O novo constitucionalismo latino-americano representa grandes avanços em relação ao neoconstitucionalismo, que se mostra insuficiente e incapaz de suprir as necessidades sociais e jurídicas existentes nas comunidades interculturais. A nova teoria constitucional projeta-se de forma autêntica, a partir das necessidades e peculiaridades de cada país, sem utilizar de modelos paradigmáticos e eurocêntricos.

Destacam-se, no âmago do pragmatismo latino-americano, as recentes Constituições da Bolívia e do Equador que promoveram uma ruptura paradigmática capaz de transcender os ideais do multiculturalismo e implantar as ideologias hermenêuticas da interculturalidade.

A proposta intercultural equatoriana reconhece os direitos da natureza e das comunidades multiétnicas, implementa a democracia com a participação de diversos segmentos culturais nos processos institucionais que auxiliam nas decisões políticas, administrativas e fiscalizam as atividades estatais. Na Bolívia, a Carta Constitucional emerge para a efetivação do Estado plurinacional, pautado na proposta intercultural de descolonização e emancipação dos povos indígenas e camponeses.

A matriz de fundamentação das Cartas Constitucionais do Equador e da Bolívia, que instauraram o novo constitucionalismo latino-americano, incide em ruptura do paradigma constitucional clássico pela adoção dos preceitos hermenêuticos da interculturalidade. As mudanças objetivam promover a construção de uma sociedade tolerante, incluyente e plural, com respeito e valorização das diferenças das comunidades interculturais e multiétnicas.

Referências

ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Características e Distinções. *Ver. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012. Disponível em: <<http://www4.jfrj.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. 2009. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu>>. Acesso em: 15 out. 2013.

CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009, p.59-92.

CUÉLLAR, Javier Pérez de. *Nossa diversidade criadora: relatório da comissão mundial de cultura e desenvolvimento* – Unesco. Campinas: Papirus, 1997.

EQUADOR. *Constitución Política de La República Del Ecuador*. 2008. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu>>. Acesso em: 15 out. 2013.

ERÓSTEGUI, Susana. Sociedade civil, participação cidadã e democracia no novo contexto político da América Latina: um olhar para os desafios e estratégias de ação a partir da sociedade civil. In: SERAFIM, Lizandra; MORONI, José Antonio (Org.). *Sociedade civil e novas institucionalidades democráticas na América Latina: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Instituto Pólis e INESC, 2009.

GARCES, Fernando V. Os esforços de construção descolonizada de um Estado Plurinacional e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009.

GROFF, Paulo Vargas e PAGEL, Rogério. Multiculturalismo e Direitos Humanos: Direitos para as minorias. In: TEDESCHI, Losandro Antonio; RAMOS, Antônio Dari; KNAPP, Cassio.(Org.). *Abordagens Interculturais*. Porto Alegre: Martins Livreiro, 2008.

HALL, Stuart. *A questão multicultural*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais: dialogo intercultural e democracia*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010.

MELO, Milena Petters. *O Patrimônio Comum do Constitucionalismo Contemporâneo e Virada Biocêntrica do “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”*. NEJ: 2013. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 10 out. 2013.

PACHANO, Simón. Ecuador. *El nuevo sistema político em funcionamento*. Disponível em: <<http://www.scielo.cl>>. Acesso em: 10 out. 2013.

PROJETO de Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, Elaborado na Conferência Mundial dos Povos sobre Mudança Climática e Direitos de Pacha Mama, Cochabamba, Bolívia, abril de 2010. Disponível em: <<https://www.google.com.br>>.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução*: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

TEDESCHI, Antônio Losandro. Interculturalidade: Igualdade e a Diferença em Debate. In: TEDESCHI, Losandro Antonio; RAMOS, Antônio Dari; KNAPP, Cassio (Org.). *Abordagens Interculturais*. Porto Alegre: Martins Livreiro, 2008.

TRUJILLO, Jorge León. A nova Constituição do Equador, 2008: seu processo de definição e as mudanças institucionais. In: SERAFIM, Lizandra; MORONI, José Antonio (Org.). *Sociedade civil e novas institucionalidades democráticas na América Latina: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Instituto Pólis e INESC, 2009.

WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidade e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2000.

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

WOLKMER, Antonio Carlos; ALMEIDA, Mariana Corrêa. *Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina*: o pluralismo jurídico comunitário participativo na Constituição Boliviana de 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unam.mx>>.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado Plurinacional e pluralismo jurídico. Pensar, Fortaleza, 2011. Disponível em: <<https://www.google.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo Latino-Americano*. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

CIDADANIA MULTICULTURAL: DOS DIREITOS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS CULTURAIS

Aline Luciane Lopes*

Yasa Rochelle de Araujo**

Introdução

O presente artigo tem como objetivo destacar a importância, ao longo da história, da conquista dos direitos de cidadania, quer sejam eles individuais ou culturais. Estes direitos são garantidos pela Constituição Brasileira de 1988 e, portanto, são considerados direitos humanos. A fundamentação ética dos direitos de cidadania foi marcada por diferentes períodos históricos, culminando na positivação destes no plano interno de vários estados. São direitos aplicados aos seres humanos independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que aspiram a uma validade universal para todos os povos a qualquer tempo.

A evolução histórica dos direitos de cidadania

A trajetória histórica dos direitos humanos e a análise de sua fundamentação ética podem ser sistematizadas segundo as formulações filosóficas que embasaram a sua própria construção teórica. É neste sentido que se podem destacar períodos historicamente datados, como: a) uma pré-história dos direitos humanos, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; e c) uma fase de constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos estados americanos.

* Mestre em Direito pela UNIJUI – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Assessora Especial da Câmara de Vereadores de Cascavel – Estado do Paraná.

** Mestre em Direito pela UFPR – Universidade do Paraná. Professora do Curso de Direito da UNISEP.

A primeira fase compreende a pré-modernidade estatal (*polis* grega e concepção medieval de Estado), com predominância do modelo aristotélico-tomista de Estado, da doutrina estoica greco-romana, do sistema teológico cristocêntrico e da estrutura dual de poder (Igreja x Estado). A segunda vem caracterizada pela afirmação de direitos tidos como naturais e corresponde ao início do absolutismo e da elaboração da doutrina contratualista com suas três principais vertentes: as obras de Hobbes (1650), Locke (1690) e Rousseau (1720). A fase da constitucionalização dos direitos fundamentais corresponde à fase de positivação dos direitos humanos, até então tidos como direitos naturais.

Esta última perdura até os dias de hoje, numa sequência de regimes políticos diferenciados e contrapostos: inicialmente, uma democracia liberal de caráter antiabsolutista, marcada por uma estatalidade negativa e mínima; a seguir, uma social-democracia de cunho antiliberal, a pregar um Estado positivo e intervencionista preocupado com a busca da igualdade material; por fim, na esteira do neoliberalismo, uma possível democracia pós-social, ainda não suficientemente delineada, mas que indubiosamente parece apontar para um perigoso retorno ao Estado Constitucional pré-weimariano de neutralização axiológica da Constituição (SARLET, 2003, p. 40).

A sistematização de fases de evolução dos direitos humanos, portanto, ocorreu a partir de sucessivos e grandes movimentos político-sociais, desencadeados desde o século XVI, cujos marcos decisivos podem ser assim formulados: a) a Paz de Westfália em 1648, da qual resultou o declínio final do feudalismo; b) a ruptura da Monarquia absoluta; c) a ascensão da sociedade burguesa com a Revolução Francesa de 1789; d) o fim da Primeira Guerra Mundial e a Constituição de Weimar de 1919, representativa do Welfare-State ou democracia social; e) o fim da guerra fria e a supremacia do capitalismo, adentrando um novo ciclo sociopolítico, por muitos denominado pós-social ou pós-moderno, no contexto do atual processo de globalização planetária.

A afirmação filosófica de direitos naturais teve sua culminância com a Escola do Direito Natural moderno, dentro da doutrina do contratualismo jurídico-político, tendo como expoentes Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau¹. Por outro lado, a partir da fase de constituionali-

¹ Uma exposição sucinta dessas posições doutrinárias pode ser encontrada, por exemplo, em Norberto Bobbio (1986), Francisco Weffort (org.) (1991), Ingo Sarlet (2003), entre outros.

zação dos direitos humanos inaugurou-se um período de significativas divergências teórico-terminológicas no que diz respeito à distinção entre as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, ainda não de todo solucionadas. Para fins operacionais, toma-se aqui como referência a distinção formulada por Sarlet (2003, p. 33):

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

O certo é que a evolução desses direitos ao longo da História se deu de forma lenta e gradual. No Estado Medieval, hegemônico pelo poder religioso, os indivíduos eram instados a se guiar pela vontade divina, tendo como referência ética a dignidade da pessoa humana, no sentido de que todos eram igualmente filhos de Deus, embora ainda não se reconhecesse a afirmação de direitos humanos ou fundamentais por parte do poder civil, o que se concretizou posteriormente com sua constitucionalização no século XVIII. Essa formalização de direitos esteve inicialmente marcada pela busca da limitação do poder estatal e pela garantia das liberdades individuais, adquirindo com isso uma conotação negativa no sentido de serem afirmados contra o Estado. Corrêa (2006, p. 169) assim se expressa a respeito: “a origem contextualizada dos direitos humanos nos permite afirmar que os direitos do homem, embora apregoados como naturais em seu discurso de origem, são direitos históricos, surgidos na idade moderna a partir das lutas contra o Estado Absoluto”.

Para comprovar o aspecto de sua historicidade, Bobbio, na obra *A era dos Direitos* (1992), aponta três fases de desenvolvimento dos direitos humanos, a saber: a fase das teorias filosóficas, centradas nos contratualistas do século XVII; a fase das Declarações do século XVIII, com destaque para a Declaração do Estado de Virgínia (1776), em nome da qual foi proclamada a independência dos Estados Unidos, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que justificou a Revolução Francesa; por último, a fase da Declaração de direitos da ONU em 1948, denominada Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Outra forma de se justificar a historicidade dos direitos humanos é apontar gerações de direitos, também claramente datadas no âmbito histórico. Usualmente predomina a divisão em três gerações fundamentais de direitos, mais próxima da linguagem da ONU: direitos de primeira geração, denominados civis e políticos e afirmados ao longo dos séculos XVIII e XIX, próprios do Estado liberal-burguês e de caráter não intervencionista; direitos de segunda geração, denominados econômicos, sociais e culturais, surgidos com o Estado de Bem-estar nas primeiras décadas do século XX, marcados pela intervenção positiva do Estado em favor da igualdade material; como direitos de terceira geração apontam-se direitos de caráter mais coletivo, denominados direitos de solidariedade e que foram se estruturando no decorrer do século XX.

Embora de forma não consensual, fala-se ainda em direitos de quarta geração, relacionados com questões atuais de bioética e biogenética, de democracia e de pluralismo (BOBBIO, 1992). Augusto Zimmermann (2002) aventura-se a falar em direitos de quinta geração, ligados à realidade virtual e que compreende o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, gerando, por conseguinte, o rompimento das fronteiras e potencializando conflitos entre Estados nacionais com realidades distintas via Internet².

Os direitos de primeira geração expressam, sem dúvida, a essência da afirmação constitucionalizada das liberdades individuais, com destaque para os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, a par dos direitos de participação na organização e a tomada de decisões do poder público-estatal. Sob essa ótica, tornam-se indispensáveis para neutralizar o arbítrio estatal, controlando e limitando os desmandos dos governantes no que diz respeito à dignidade dos indivíduos.

Não se pode negar, entretanto, que o raio de alcance social da primeira geração de direitos é muito limitado, na medida em que não consegue ultrapassar o conceito de igualdade formal perante a lei, sem maiores preocupações com as assimetrias sociais que permeiam as sociedades moderna e contemporânea. No dizer de Bauman (2007, p. 70), esses direitos servem para “enraizar e solidificar as liberdades pessoais assentadas no

² Gilmar Antônio Bedin (2002, p. 42), por sua vez, elenca quatro gerações de direitos: a) direitos civis ou direitos de primeira geração; b) direitos políticos ou direitos de segunda geração; c) direitos econômicos e sociais ou de terceira dimensão; e d) direitos de solidariedade ou direitos de quarta geração.

poder econômico, e que dificilmente garantirão liberdades pessoais aos despossuídos”. E complementa (2007, p. 68):

Não podemos estar seguros de nossos direitos pessoais se não formos capaz de exercer direitos políticos e fizermos essa capacidade pesar no processo de elaboração das leis. E as perspectivas de fazer essa diferença se reduzirão, para dizer o mínimo, a menos que os ativos (econômicos e sociais) controlados pessoalmente e protegidos pelos direitos pessoais sejam suficientemente grandes para serem computados nos cálculos das autoridades constituídas. (...) O entrelaçamento e a interação dos direitos pessoais e políticos são exercidos pelos poderosos – os ricos, e não os pobres, os “já seguros, bastando serem deixados em paz”, mas não os “que necessitam de ajuda a fim de se tornarem seguros”. O direito de voto (e, portanto, ao menos em teoria, o direito de influenciar a composição dos governantes e a concepção das normas impostas aos governados) só poderia ser significativamente exercido por aqueles “que possuem recursos econômicos e culturais suficientes” para “se livrarem da servidão voluntária e involuntária que corta pela raiz qualquer possível autonomia de escolha (e/ou sua delegação).

A primeira geração dos direitos fundamentais encontra-se invariavelmente à proteção das liberdades individuais ante o intervencionismo estatal. Sob o signo da estatalidade mínima, aspira afastar privilégios estatais e corporativos do Estado interventor. Em essência, tal geração se pauta na construção dos direitos de defesa dos indivíduos, vale dizer, direitos garantidores da liberdade, da igualdade, da igual participação política e das chamadas garantias fundamentais.

Se, por um lado, os direitos civis, amplamente detalhados no art. 5º da Constituição brasileira de 1988, são tidos como opostos ao poder do Estado, os direitos políticos, afirmados nos arts. 14 a 17, assumem caráter positivo de participação no exercício do poder político e da soberania nacional. O direito político se “processou na esteira das potencialidades democráticas da cidadania civil, ou seja, na esteira dos direitos civis”, sendo, portanto, seu desdobramento necessário. Segundo Bedin (2002, p. 56),

(...) este deslocamento, de “contra o Estado” para “participar no Estado”, é importantíssimo, pois nos indica o surgimento de uma nova perspectiva da liberdade. Esta deixa de ser pensada exclusivamente de forma negativa, como não impedimento, para ser compreendida de forma positiva, como autonomia. A liberdade compreendida co-

mo autonomia revela o núcleo central dos direitos políticos, qual seja, o de participar na formação do poder político.

Apesar dessa complementação civil-política, é preciso compreender que a primeira geração de direitos, surgida e implementada sob os auspícios do liberalismo político dos séculos XVIII e XIX, tem menor densidade igualitária quando comparada com a segunda geração de direitos, centrada no social, pois na primeira prevalece uma linha dominante que é a hegemonia axiológica da autonomia privada em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Surgida apenas no século XX, após a crise do Estado liberal, de intervenção mínima nas relações econômico-sociais, a segunda geração de direitos impôs-se, a partir da luta reivindicatória dos trabalhadores, como necessidade de o Estado administrar a crescente situação de conflito na relação capital-trabalho. Grande parte da doutrina aponta a Constituição do México, de 1917 e, em especial, a de Weimar na Alemanha, de 1919, como marcos de referência desta segunda geração de direitos, uma vez que foram as pioneiras na incorporação dos direitos sociais, econômicos, trabalhistas e culturais ao catálogo de direitos fundamentais como um todo. Nasce, com isso, a preocupação com as condições materiais mínimas para a igualdade de oportunidades dentro de uma sociedade assimétrica e injusta.

Os novos direitos econômicos e sociais assumiram, de forma determinante, a função de garantir as condições materiais indispensáveis, no sistema capitalista, para que todos os cidadãos pudessem efetivamente usufruir os direitos já garantidos na primeira geração. A questão, ideologicamente ocultada pelas políticas liberais, é muito simples: como exercer os direitos à vida, à liberdade e à segurança, por exemplo, sem que os cidadãos tenham simultaneamente garantidos os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia e à seguridade social, entre tantos outros especificados principalmente nos arts. 6º e 7º da Constituição de 1988?

Na lógica excludente do sistema capitalista, essas condições sociais e materiais indispensáveis para uma existência digna seriam supridas pelo simples e natural jogo do mercado, sem que fosse necessária uma decisiva intervenção estatal nas relações econômicas, razão pela qual os detentores do poder econômico e político se julgavam eximidos da tarefa de propiciar políticas públicas de igualdade. Foi a luta dos excluídos dos direitos de cidadania o principal fator do surgimento, no século XX, do Estado de Bem-estar, também chamado de Estado Social ou Estado-providência. Nas palavras de Corrêa (2006, p. 173), “essa segunda geração de direitos surgiu,

pois, com a agudização dos conflitos de classe na relação capital/trabalho, por obra de movimentos reivindicatórios dos trabalhadores a partir da metade do século XIX. São chamados direitos de crédito, do indivíduo em relação à coletividade e ao Estado”.

Desponta, com isso, no horizonte dos direitos fundamentais, a perspectiva de plena concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Doravante, os direitos fundamentais de segunda geração simbolizam de certo modo a esperança de justiça social e de igualdade material básica. Nota-se que a segunda geração de direitos tem seu pilar de sustentabilidade na ideia de justiça distributiva, ou seja, na proteção dos hipossuficientes, na tentativa de redução das desigualdades sociais e na busca da igualdade material. Tais direitos, todavia, carecem em boa parte, tal qual os de primeira geração, de efetividade, constituindo ainda uma utopia de difícil concretização, já que o aumento do individualismo e do imediatismo tem gerado efeitos negativos sobre a percepção de solidariedade necessária à realização da justiça social, conforme consideração de Corrêa (2006, p. 183):

O discurso legitimador de tais constituições assume, pois, um elenco de direitos individuais, coletivos e sociais considerados os mais avançados do mundo no caso brasileiro, enquanto no Brasil a exploração da força-de-trabalho e a concentração de renda são das mais flagrantes e desumanas. Na realidade, os direitos continuam sendo usufruídos pelos ricos, sendo que aos pobres (imensa maioria) resta lutar para que deles também se apropriem, luta essa mais tecida de esperanças do que de resultados.

Torna-se inquietante e intrigante compreender por que os direitos do homem, tão importantes e tão fundamentais para a dignidade humana, não conseguem sair do campo moral e político. Uma das principais causas pode ser encontrada no viés neoliberal do atual processo de globalização econômica, tendencialmente excludente. Ainda nas palavras de Corrêa (2006, p. 184),

a expropriação de caráter nacional, internacional, transnacional ou globalizado precisa ser justificada por um discurso que acoberte o verdadeiro significado de tais relações, e para isso infelizmente se presta a bandeira dos direitos humanos. Incluídos nas principais constituições do mundo, dão eles a entender que os países do Estado Moderno estão profundamente interessados, num esforço comum e nobre, em plantar uma sociedade justa e igualitária, respeitadora e promotora da dignidade do homem quando, na realidade, o domínio

globalizado das grandes corporações que regem o mundo gera relações altamente desiguais e opressivas, mas devidamente legitimadas na estrutura sócio-política dos Estados-nações, impelidos estes a trocar sua soberania pela subserviência aos senhores do grande capital.

A História demonstra que a justiça distributiva, almejada e proposta com a segunda geração dos direitos fundamentais, não foi atendida pelos Estados nacionais, como ressalta o magistério de Habermas (2004, p. 39) na crítica ao decano dos teóricos neoliberais que, dando continuidade aos ideais liberais de Adam Smith, afirmara que o mercado, em condições ideais, atenderia também a certos princípios de justiça distributiva: “Essas condições ideais não existem, nem mesmo aproximadamente, e uma vez que o modo capitalista de produção, pelo menos até agora provoca regularmente certas desigualdades distributivas que não podem ser justificadas pelas teorias de Hayek, temos que lançar mão de determinadas políticas de compensação”.

Cidadania multicultural: o respeito à diversidade cultural como direito humano fundamental

São análises como as anteriormente expostas que mostram a tendência de formação de um Estado pós-moderno pautado na agenda desestatizante, despreocupado com a proteção dos hipossuficientes, suas vicissitudes e desigualdades. Assim, os direitos fundamentais na periferia do sistema mundial se fragilizam em virtude da vaga liberalizante de uma era de “desregulamentação” e de canonização do livre mercado. O resultado é o aumento do rol de excluídos sociais. Apesar disso, é inegável que os direitos de primeira e de segunda geração, mesmo sonegados e desrespeitados, continuam sendo marcos significativos na construção conflitiva da cidadania (Corrêa, 2006, p. 185).

É reconhecida ainda uma terceira geração de direitos, conhecidos como direitos de solidariedade, os quais, segundo Bedin (2002), “são direitos que transcendem o homem indivíduo para alcançar determinados grupos humanos, compreendem os direitos do homem no âmbito internacional”, ou seja, são direitos que, como nos diz Paulo Bonavides (1997, p. 481), “não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Cabem nessa categoria direitos de extrema relevância, podendo citar-se,

entre outros, os direitos ao desenvolvimento, a um meio ambiente saudável e equilibrado, à paz e à autodeterminação dos povos.

A terceira geração de direitos, de caráter mais coletivo do que individual, é resultado de uma preocupação com os rumos do desenvolvimento científico-tecnológico, num processo de globalização cujos reflexos afetam todas as áreas da vida humana, incluindo nelas os valores morais e culturais. Segundo Richard Falk (2001, p.257),

o argumento essencial é o de que a globalização econômica está a enfraquecer os laços territoriais entre as pessoas e o Estado de uma forma que está a alterar o lócus das identidades políticas, especialmente das elites, no sentido de diminuir a relevância das fronteiras internacionais e, por conseguinte, desgastar, se não mesmo minar completamente, as bases e fundamentos da cidadania tradicional. Porém, as consequências revelam-se divergentes e inclusivamente contraditórias. Por um lado, determinados indivíduos afetados de modo adverso pela globalização mostram-se mais territoriais e chauvinistas que nunca. Por outro lado, para aderir à mentalidade ou estado de espírito pós-moderno, corre atualmente a moda, em determinados círculos, de se falar grandiosamente em ser “um cidadão-global”, “um cidadão da Europa”, “um cidadão-peregrino”, “um cidadão da net” e afins.

Tradicionalmente, a cidadania representa um vínculo entre o indivíduo e sua comunidade, no intuito de propiciar a todos o acesso ao espaço público, aqui entendido como o conjunto de condições sociais, materiais e culturais das quais cada cidadão necessita para sua plena realização como ser humano (CORRÊA, 2006). Trata-se da preservação da dignidade como pessoa humana num processo de solidariedade e de reciprocidade entre os cidadãos, com base numa interação equitativa entre direitos e deveres no processo de participação política. Segundo Bauman (2007, p. 71), é necessário assegurar primeiramente os direitos sociais para que os direitos políticos sejam ativamente exercidos:

Sem direitos políticos, as pessoas não podem ter confiança em seus direitos pessoais; mas sem direitos sociais, os direitos políticos continuarão sendo um sonho inatingível, uma ficção inútil ou uma piada cruel para grande parte daqueles a quem eles foram concedidos pela letra da lei. Se os direitos sociais não forem assegurados, os pobres e indolentes não poderão exercer os direitos políticos que formalmente possuem. E, assim, os pobres terão apenas as garantias que o governo julgue necessário conceder-lhes, e que sejam aceitáveis para

aqueles dotados de verdadeira musculatura política para ganhar e se manter no poder. Enquanto permanecerem desprovidos de recursos, os pobres podem esperar no máximo serem recebedores de transferências, não sujeitos de direitos.

O grande desafio constatado em tempos de globalização planetária, em que as pessoas são muitas vezes consideradas mercadoria, reserva de valor e, por isso, a qualquer momento podem ser descartadas, reside justamente na dificuldade de se criarem essas condições fundamentais de acesso ao espaço público para todos num contexto em que tanto os laços sociais quanto os político-estatais estão cada vez mais fragilizados.

Em sua concepção clássica, a cidadania vem estreitamente vinculada aos Estados nacionais, responsáveis, segundo o projeto da modernidade, pela busca de soluções globais racionalmente construídas em favor das solidariedades coletivas dentro de seus respectivos territórios. Neste sentido, Corrêa (2006, p. 217) define a cidadania como

a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos a ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente.

A esse respeito, e tendo presentes às grandes mudanças que acompanham o adentrar do terceiro milênio, em especial as interdependências que limitam a soberania dos Estados nacionais, Falk (2001, p. 270) faz a seguinte ponderação:

A noção de cidadania parece comparativamente revelar-se um elemento específico da civilização ocidental, representando, portanto uma perspectiva em certa medida “provinciana” de análise da identidade política quando concebida em termos intercivilizacionais ou globais. O futuro da cidadania, atualmente de fato no centro das preocupações ocidentais, parcialmente relacionado com o declínio e o papel em vias de mudança do Estado, constitui um dos motivos de predileção, embora seja caracteristicamente tratado como uma questão de interesse quase exclusivamente intracivilizacional.

Embora as forças globais de mercado tenham contribuído para o declínio do Estado territorial soberano, ameaçando a cidadania, a salvaguarda da democracia e a implementação dos direitos humanos continua a ser uma esperança para um futuro melhor, uma vez que eles representam uma

das mais significativas conquistas da humanidade. Continuam a representar uma das mais potentes utopias no momento em que a própria sobrevivência planetária está em risco.

Uma das principais facetas dessa nova realidade está na grande diversidade cultural existente, ou seja, o exercício pleno da cidadania passa necessariamente pelo exercício dos direitos culturais. O processo de interação cultural, de intersubjetividade e de mediação cultural passa a constituir um novo e importante ingrediente no processo de construção dos espaços públicos de cidadania. Touraine (2006, p. 171) contextualiza os direitos culturais da seguinte maneira:

O mais importante é compreender bem que não se pode considerar os direitos culturais como uma extensão dos direitos políticos, na medida em que estes devem ser concedidos a todos os cidadãos, ao passo que os direitos culturais protegem, por definição, populações determinadas. É o caso dos muçulmanos, que exigem o direito de fazer o ramadã; é também o caso dos gays e lésbicas, que reclamam o direito de casar. Trata-se aqui, na verdade, não mais do direito de ser como os outros, mas de ser outro. Os direitos culturais não visam apenas à proteção de uma herança ou da diversidade das práticas sociais; obrigam a reconhecer, contra o universalismo abstrato das Luzes e da democracia política, que cada um, individual ou coletivamente, pode construir condições de vida e transformar a vida social em função de sua maneira de harmonizar os princípios gerais da modernização com as “identidades” particulares.

O respeito à diversidade cultural passa a constituir-se em valioso contraponto para neutralizar o discurso e a prática dos detentores do poder econômico transnacionalizado, os quais se empenham em defender e propagar a ideia de que uma só cultura é capaz de responder a todas as mudanças do mundo globalizado. Contra essa cultura homogeneizante das elites globais dominantes, Touraine (2006, p.187) defende que “a única resposta realista é estabelecer um laço entre as diferentes culturas e aquilo que chamamos de modernidade, pois esta se define por valores universais”. E complementa (2006, p. 187):

Concretamente, não podemos reconhecer direitos culturais a não ser com a condição de que seja aceito aquilo que nós reconhecemos como nossos princípios fundamentais, ou seja, a crença no pensamento racional e a afirmação de que existem direitos pessoais que nenhuma sociedade, nenhum Estado tem o direito de transgredir. O princípio de laicidade prolonga o reconhecimento dos direitos pessoais, situ-

ando a autonomia da sociedade política em relação aos princípios e às práticas das religiões. Trata-se aqui exatamente do fundamento da democracia na sociedade moderna. Ao enunciar a existência deste núcleo central da modernidade não se trata de eliminar as outras culturas, quer se afirmem fora ou dentro de nossa sociedade, mas apenas de saber em que condições podem ser compatíveis os princípios fundamentais da modernidade com a diversidade das culturas e de suas formas de intervenção na vida pessoal e coletiva. Estas crenças têm muitas vezes um fundo propriamente religioso, portanto indiscutível para os crentes, mas têm também expressões concretas que são perfeitamente modificáveis (e que, aliás, foram constantemente modificadas).

Os direitos culturais do indivíduo ou da coletividade devem ser reconhecidos e protegidos, o que não significa dizer que alguns atos ainda praticados, como o apedrejamento de mulheres infieis ou a excisão do clitóris, devam ser aceitos em nome de um relativismo cultural radical. Ou seja, o respeito aos direitos culturais não pode transformar-se em um sinal verde para a opressão. O pluralismo cultural deve ser reconhecido, mas sempre misturado com princípios universais que visem ao respeito à dignidade da pessoa. Com relação a alguns povos que, em nome de sua cultura, ainda praticam algum tipo de violência física ou moral, Touraine (2006, p. 188) assevera:

É preciso que eles próprios lancem um juízo crítico sobre sua experiência histórica e suas práticas culturais. Não se trata aqui absolutamente de pura relação recíproca com o outro, de reconhecimento de um pelo outro, mas de juízo lançado sobre si mesmo e sobre o outro do ponto de vista de uma modernidade da qual alguns estão mais próximos do que outros, mas que não pertence a ninguém e não se confunde com nenhuma realidade histórica particular.

Por outro lado, Soriano (2004, p. 129) traz uma importante reflexão sobre as práticas culturais:

Não deve ser descartado o critério de aceitação das práticas culturais por seus atores (o que podemos denominar sensibilidade cultural), pois seus praticantes podem sentir-se bem com a prática e identificar-se com culturas que para nós merecem uma opinião negativa. Há pessoas que se sentem bem em seu entorno cultural, ainda que nos pareça incrível, porque as estamos contemplando sob o prisma uni-

lateral de nossa cultura e provavelmente com um sentimento e convicções de superioridade³.

O encontro entre sociedades culturalmente distintas sempre causa um choque, pois há uma assimetria de poder em que uma é maioria e outra é minoria, tendo de um lado o colonizador, de outro o colonizado. À medida que aumenta a diversidade cultural, o reconhecimento dos direitos culturais torna-se mais difícil, pois normalmente o encontro e a mistura de culturas não acontecem em pé de igualdade. Isso se torna mais evidente quando está envolvida uma cultura ocidental que busca abarcar todas as demais, impondo uma homogeneização.

Vale ressaltar que o indivíduo deve ter a liberdade de escolher se quer ou não fazer parte de determinada cultura. Esse é um princípio de respeito aos direitos humanos, pois o indivíduo, antes de pertencer a uma cultura, é uma pessoa humana e, portanto, merece ter dignidade. Essa temática defendida pelo liberalismo sustenta que os direitos coletivos nunca podem ser usados em detrimento da liberdade individual da pessoa.

O liberalismo moderno tolera os direitos culturais desde que eles não sejam contrários aos princípios da liberdade e dos direitos individuais, sendo que a liberdade individual é o limite para a ação do Estado e para a concessão de direitos culturais. Os direitos culturais fazem parte dos direitos humanos e a observação destes, por sua vez, é condição para a tolerância e o reconhecimento das sociedades multiculturais. Sendo assim, num Estado multicultural, os direitos universais devem ser levados em conta independentemente do grupo a que pertença.

Joseph Raz (2001, p. 189) defende a necessidade de que o liberalismo aceite o multiculturalismo e se adapte a ele a fim de evitar alguns possíveis problemas, como: a) o perigo para os direitos do indivíduo que pode estar sendo oprimido pela comunidade em que está inserido; b) a crença na superioridade da cultura liberal, que muitas vezes desconhece ou ignora as culturas ditas inferiores; e c) o medo de que a falta de uma cultura superior acabe com a solidez da sociedade.

A tese de Raz sustenta que o multiculturalismo deve ser levado a sério, pois configura um espaço de formação da identidade cultural em que se torna possível ao indivíduo desenvolver sua liberdade. Mas, para tanto, é importante possibilitar o intercâmbio entre as culturas e a liberdade para

³ A tradução da citação da obra em espanhol de Soriano foi feita pela autora do presente texto.

as pessoas saírem e entrarem livremente nessas culturas. O autor não aceita hierarquia entre as culturas e exige que os Estados criem uma política de “prosperidade cultural e material dos grupos culturais dentro de uma sociedade” (2001, p. 204).

Também Habermas (1999), ao se posicionar sobre a temática dos direitos culturais no contexto do liberalismo, considera que os direitos não estão nas minorias, nas culturas e no coletivo, mas sim nas pessoas que as configuram. Os indivíduos devem ser livres dentro de qualquer cultura.

Como contraponto à teoria do liberalismo surgem as ideias do comunitarismo, defendendo que cada cultura é um valor em si mesma. São muitas e divergentes as posições comunitaristas defendidas pelos mais diversos autores, sendo aqui abordadas sucintamente algumas dessas concepções.

A ideia-chave dos comunitaristas é de que a comunidade é a prioridade, sendo que os indivíduos que a compõem nascem e se desenvolvem sem autonomia pessoal. Para os comunitaristas a cultura é uma forma de vida com valores e regras próprios, razão pela qual esses teóricos não aceitam a autonomia das pessoas, as quais são compelidas a interiorizar os fins de seu respectivo ambiente cultural. Essa postura é criticada pelo liberalismo, para quem os valores derivam de princípios universais. Segundo Soriano (2004, p. 61), para os liberais

a autonomia não é abstrata e contrafática, pois o indivíduo localizado em um contexto de sociedade tem liberdade para escolher seu programa de vida e seus valores, que podem ser diferentes e inclusive contrários aos da comunidade onde reside; e por outro lado, que o assumir conceitos concretos de bem não impede que os indivíduos de uma comunidade possam alcançar com um discurso com outras comunidades um patrimônio comum (ou uma justiça política, como preferem dizer os liberais).

Ocorre que para os comunitaristas a política de igual dignidade das pessoas se torna discriminatória, pois não reconhece o princípio de diferenciação cultural pelo fato de tratar de forma homogênea as diferenças culturais. Nesse viés Taylor (1993, p. 85) faz um contraponto entre a política de reconhecimento da igualdade das culturas e a política de igualdade dos indivíduos. Para ele a pessoa não pode viver isolada, pois faz parte de uma cultura e esta é anterior à própria pessoa, portanto, ela já nasce numa cultura que é singular e diferenciada de outras culturas, e desse contexto o autor deriva o reconhecimento das diversas culturas.

Para os comunitaristas o reconhecimento das culturas parte do pressuposto de que todas são valiosas, isto é, todas as culturas são singulares e possuem suas particularidades, sendo que para eles o indivíduo na pós-modernidade é definido por sua pertença cultural.

Conclui-se que tanto a teoria do liberalismo quanto a do comunitarismo, aqui sucintamente expostas, devem caminhar rumo à tolerância e à solidariedade. A tolerância é um valor necessário para a real efetivação dos direitos culturais, pois não basta sua mera formalização numa Constituição ou em leis que permitam a cada cultura viver suas tradições, seus costumes e seu modo de vida. É esse o cenário da luta de muitas minorias étnicas que tentam defender e conservar sua identidade contra o esmagador poder superior de culturas dominantes impondo regras de dominação.

Somente o diálogo, a tolerância e a solidariedade poderão, portanto, fazer prevalecer o respeito pelas especificidades culturais de cada grupo, embora, além da aceitação do multiculturalismo, se torne igualmente necessária uma postura intercultural que remeta as culturas a um plano de igualdade fundamental. Para Soriano (2004, p. 92), o interculturalismo

apresenta um duplo plano: ético e sociológico. O primeiro comporta que as culturas têm o mesmo valor no intercâmbio cultural, razão pela qual participam como iguais. O segundo supõe a presença e a coexistência em um plano de igualdade de todas as culturas na hora de empreender seus contatos na busca de pontos comuns de crenças e comportamentos.

Não obstante o esforço do interculturalismo em buscar um diálogo e uma igualdade básica entre as culturas, não podem ser subestimadas as influências do processo de globalização sobre elas, com destaque para as tentativas de homogeneização cultural por parte dos grupos dominantes, bem como para o fechamento de algumas culturas mais radicais. Nos debates entre comunitarismo e liberalismo, o grande desafio presente na ideia de interculturalismo em tempos de pós-modernidade está na dificuldade de construir relações interculturais sem interferir indevidamente nas culturas específicas.

A História também tem demonstrado certa decadência nos princípios e direitos universais em razão dessa imposição de projetos universalistas de homogeneização cultural sobre culturas mais fragilizadas. A cultura historicamente dominante serviu para a destruição de direitos autóctones de alguns povos colonizados mediante imposições de modelos e comportamentos “ideais”, numa clara tentativa de hierarquização ideológica de

culturas, divididas em inferiores e superiores. As palavras de Soriano (2004, p. 114) são bastante esclarecedoras:

O imperialismo jurídico é um dos instrumentos ou meios utilizados pelo imperialismo, que consiste na imposição do direito de uma cultura a outra como consequência do domínio político. A espada do vencedor estende seu domínio político e com ele a exclusividade de seu direito hegemônico, destruindo os direitos autóctones das culturas dominadas – direta ou indiretamente – e de duas formas de resistência imperialista frente às agressões externas – na realidade externa e interna. (...) O imperialismo jurídico é a fórmula política mais destruidora dos direitos das culturas e das minorias. O imperialista exhibe uma espada triunfante, em cuja folha se escreve a palavra “direito”; põe seu direito no lugar dos direitos autóctones dos povos dominados, ou os tolera na medida em que não causem danos a seus interesses. Esta tem sido a experiência das potências colonizadoras da história e da atualidade. O colonizador repete os mesmos modelos de conquista intransigente.

O reconhecimento jurídico das conquistas alcançadas pelas culturas colonizadas nos dias de hoje faz parte de uma restauração histórica sofrida por alguns povos. No Brasil, os povos indígenas tiveram seus direitos culturais reconhecidos pela Constituição de 1988, segundo Wolkmer (2013):

O texto constitucional brasileiro de 1988, ao reconhecer direitos emergentes ou novos direitos (direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, do idoso e do meio ambiente) resultantes de demandas coletivas recentes engendradas por lutas sociais, introduziu em seu Título VIII (Da Ordem Social) um capítulo exclusivo aos povos indígenas (arts. 231-232). A norma constitucional em seu art. 131 deixa muito claro seu entendimento nitidamente pluralista e multicultural, no qual “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”.

Embora se saiba que a eficácia jurídica dos seus direitos não é um caminho fácil, pois as minorias étnicas ainda sofrem com a marginalização, com os conflitos entre seus direitos e os interesses de uma elite dominante que não objetiva o reconhecimento das minorias, não se pode negar que a Constituição de 1988 é um importante instrumento para a concretização de um novo modelo de constitucionalismo, de tipo pluralista e multicultural.

Considerações finais

A pesquisa foi deslindada pela importância da conquista dos direitos de cidadania, com ênfase nos direitos individuais e culturais. Abordaram-se os marcos históricos e a positivação destes direitos no âmbito interno de alguns estados, bem como a tentativa de universalização destes direitos na pós-modernidade.

Pode-se afirmar também que, com a crescente globalização e com a rapidez de comunicação entre os diferentes países do globo, cada cultura está perdendo sua identificação social, pois o poder homogeneizador da sociedade ocidental, especialmente no que diz respeito à instauração de tempos e espaços únicos, impondo saberes ocidentais como verdades absolutas, tem se configurado uma afronta aos direitos humanos fundamentais.

A pesquisa não pretende trazer conclusões acabadas e definitivas, pois, diante das transformações paradigmáticas vividas pela sociedade, isso jamais seria possível, todavia, entende-se que a visão da cultura e da dinâmica cultural não deve ignorar as relações desiguais que se dão na pós-modernidade. Desiguais não só no sentido da superioridade tecnológica do Ocidente sobre outras culturas e sociedades, mas desiguais também nas relações de poder entre as culturas. Urge, portanto, a necessidade de se ter um diálogo intercultural que permita uma situação mais simétrica entre as diferentes culturas.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2007.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

CORRÊA, Darcisio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 4. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

FALK, Richard. *Globalização predatória: uma crítica*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HABERMAS, Jurgen. *La inclusión del outro*. Estudos de Teoria Política. Barcelona: Paisós, 1999.

_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2004.

RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SORIANO, Ramón. *Interculturalismo: entre liberalismo y comunitarismo*. Ed. Almuzara. España, 2004.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: La política del reconocimiento*. Milan: Anabasi, 1993.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONSTITUCIONALISMO DO SUL E INTERCULTURALIDADE: A EXPERIÊNCIA BOLIVIANA

Débora Ferrazzo*

Francisco Carlos Duarte**

Introdução

Nos últimos anos, diversos Estados do continente latino americano têm incorporado em suas Constituições uma série de previsões normativas inovadoras do ponto de vista do “constitucionalismo clássico europeu”. Dentre estas Constituições, chama atenção a Constituição Política do Estado da Bolívia, que, celebrando um Estado Unitário, mas Plurinacional confere às comunidades que compõem o país a prerrogativa de se autode-terminar, seja no âmbito político, seja no âmbito jurídico, social, cultural ou qualquer outro.

Nos termos da nova Constituição boliviana, as comunidades podem, inclusive, se autodenominar “nação”, se assim optarem. Com uma série de mecanismos que serão analisados ao longo deste texto, a Carta assume contornos interculturais, ao contemplar no âmbito normativo as expressões da diversidade social que compõe o país.

O intento claro da nova Constituição da Bolívia, é não submeter suas comunidades a um regramento que não correspondam às peculiaridades que lhes são correspondentes.

* Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE). Bolsista de mestrado da CAPES. Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB) em 2011.

** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina e pela Università di Lecce – Itália, com Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa – Portugal, pela Università di Lecce – Itália; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular nos cursos de graduação, pós graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Vinculado à Linha de Pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável e membro do Grupo de Pesquisa “Regulação Econômica e Atuação Empresarial”. Advogado e Procurador do Estado do Paraná. E-mail: franciscoquarte@hotmail.com

Estas experiências, aqui ilustradas pelas práticas jurídicas bolivianas, trazem em si extrema relevância por descortinar uma nova forma de fazer direito. E trata-se de uma forma que se constrói desde o Sul, buscando a subversão dos instrumentos juspositivistas com a mais profunda motivação em fazer justiça às comunidades historicamente negligenciadas na América Latina, resgatando o espaço de convivência intercultural suprimido no processo histórico de colonização.

Considerando o problema de eficácia, que mostrou, ao longo das experiências constitucionais, altos e baixos no que tange às garantias jurídicas e sua efetivação no campo da prática, ou seja, a imensa distância entre as garantias formais e sua factibilidade, objetiva-se neste artigo analisar os dispositivos constitucionais e a lei do deslinde jurisdicional, ambas da Bolívia, e a adequação destes instrumentos ao objetivo político do Estado em firmar-se como Estado dotado de características próprias, notadamente: plurinacional e intercultural.

Para tanto, será procedido a uma revisão bibliográfica em conceitos importantes ao estudo, bem como aos próprios textos legislativos. No tocante às referências, a questão da interculturalidade será analisada na perspectiva das “epistemologias do Sul”, através, principalmente, das lições de Boaventura de Souza Santos, compondo a primeira parte do estudo e em diálogo com as lições de Raúl Fonet-Betancourt sobre a interculturalidade e o diálogo intercultural. Na sequência, serão analisados, dentro da Constituição e da Lei de Deslinde Jurisdicional, os dispositivos que orientam as ações do Estado no sentido de conferir eficácia à plurinacionalidade e finalmente, breves considerações sobre a questão da eficácia dos textos constitucionais e os novos elementos introduzidos neste debate pelas práticas latino americanas, de modo a concluir pelo potencial inovador da experiência boliviana, tanto por seu conteúdo, quanto pelo método de construção das instituições sociais, através da autodeterminação das comunidades.

Epistemologias do Sul e interculturalidade

A partir dos últimos anos pôde-se presenciar uma série de inovações sócio jurídicas no âmbito da América Latina. Estas inovações, que têm chamado atenção do mundo todo, estão sendo incorporadas, de maneira admirável, em diversas constituições. Cabe sublinhar dois motivos que fazem deste momento, ao qual o continente do Sul serve de palco, um momento histórico: o primeiro, por seu teor material, está nas inovações

que algumas sociedades e comunidades autóctones têm conduzido até suas constituições, tais como a ruptura com o paradigma antropocêntrico do direito usualmente instituído no ocidente, tal como ocorreu no Equador, ou a instituição de um Estado Plurinacional, tal como é o caso da Bolívia, entre outras.

O segundo refere-se ao local físico de onde partem estas inovações: elas se originam em um espaço geográfico que ao longo dos últimos séculos foi silenciado, invisibilizado.

Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 31 e ss.) aborda o tema da construção dos saberes, da epistemologia ocidental. Sua construção teórica sobre o pensamento abissal contribui na elucidação do assunto: este tipo de pensamento, que encontra no pensamento da modernidade uma de suas formas, consiste em um sistema de distinções visíveis e invisíveis, onde estas, embora invisíveis, fundamentam as distinções visíveis. As distinções invisíveis impõe linhas radicais que dividem o universo em “este lado da linha”, onde há o existente e “o outro lado da linha” onde o que se produz já se produz sendo inexistente; desaparece enquanto realidade. E “A característica fundamental do pensamento abissal é a impossibilidade de copresença dos dois lados da linha” (SANTOS, 2010, p. 32).

O “outro lado da linha” traduz-se em diversas comunidades e países latino americanos. Não todos, visto que na América Latina existiram e ainda existem as “pequenas Europas” (SANTOS; MENESES, 2010, p.19). Explicitando, no campo do conhecimento o que exatamente a linha divide, tem-se “deste lado” o monopólio da distinção entre verdadeiro e falso e “do outro lado” tudo aquilo que não pode ser mensurado nestes termos e são as crenças, os conhecimentos populares indígenas entre outros. No campo do direito, “deste lado” fica tudo aquilo que é legal ou ilegal, cabendo nos paradigmas do direito oficial do Estado ou do direito internacional, e do “outro lado” fica todo o campo da sociedade, um território sem lei, impassíveis das categorizações do pensamento abissal. As linhas do conhecimento e do direito, as mais exitosas do pensamento abissal, “eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha” (SANTOS, 2010, p. 34) e, na sequência, o autor alerta que todas as experiências “inexistentes” do outro lado da linha são desperdiçadas.

Pois bem, este constitucionalismo latino americano que vem se construindo desde o sul e sobre as reivindicações populares, sobre saberes e tradições dos povos do sul, encaminha-se para o que pode ser a emergên-

cia das “epistemologias do sul”, no que Santos e Meneses destacam como “diversidade epistemológica do mundo”:

O sul é aqui concebido metaforicamente como um campo de desafios epistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo. Esta concepção do sul sobrepõe-se em parte com o sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu (SANTOS; MENESES, 2010, p. 19).

A partir das epistemologias do Sul, propõe uma ecologia de saberes, que é consiste em abrir um canal horizontal de diálogo entre conhecimentos:

É uma ecologia, porque se baseia no reconhecimento da pluralidade de conhecimento heterogêneos (sendo um deles a ciência moderna) e em interações sustentáveis e dinâmicas entre eles sem compreender a sua autonomia. A ecologia de saberes baseia-se na ideia de que o conhecimento é interconhecimento (SANTOS, 2010, p. 53).

As epistemologias do Sul passam então, pela interculturalidade, pois precisam trilhar um caminho diferente daquele que foi imposto na difusão da racionalidade moderna. A racionalidade moderna, eurocêntrica, subalternizou os saberes que lhe eram externos e introduziu os seus próprios. As epistemologias do Sul, para se firmar e sair da invisibilidade, do outro lado da linha do pensamento abissal, devem contar com outro espaço e outro método: a interculturalidade e o diálogo intercultural, pois foi justamente a partir deste espaço intercultural que se ergueu e vem se fortalecendo novo o constitucionalismo latino americano, mais democrático e mais condizente com a realidade deste continente, isto porque, “no diálogo intercultural filosófico, as filosofias não falam somente **sobre**, mas sim *com e desde* sua correspondente diferença histórica” (FORNET-BETANCOURT, 1994, p. 15. Grifo no original).

Em suma: “A institucionalização de um constitucionalismo plurinacional demanda um engajamento profundamente intercultural” (AFONSO; MAGALHÃES, 2011, p. 468).

Notas sobre a interculturalidade

A composição sócio cultural da América Latina consiste num processo marcado por contradições e resistência. Com a expansão colonialista da Europa, hábitos, costumes e dogmas do colonizador foram sendo intro-

duzidas no continente do Sul buscando a máxima uniformização possível, produzindo, como efeito colateral, a substituição das culturas autóctones pela cultura e pela racionalidade colonizadora.

Este processo, obviamente, não se deu sem resistência de diversas comunidades. Em alguns cantos, o êxito foi maior, em outros, o colonialismo não foi capaz de instituir seus paradigmas tão exitosamente.

A América não é resultado do encontro de dois mundos. É, pelo contrário, um complexo mosaico de muitos povos e do comércio com tantas tradições. Por isso, impõe-se um movimento de aprendizagem que nos permita “des-cobrir” realmente a realidade americana em sua originária pluralidade (FORNET-BETANCOURT, 1994, p. 41).

Refletindo sobre este processo no campo jurídico, tal contraste fica claro, por exemplo, na produção de normas no Brasil, o qual segue construindo um modelo jurídico cada vez mais afinado com os paradigmas juspositivistas e em outros países da América Latina, tais como Venezuela, Bolívia e Equador, os quais vêm protagonizando um movimento inédito na história do constitucionalismo mundial e que vem sendo denominado por “novo constitucionalismo latino americano” (WOLKMER, et. al. 2012, p. 54), onde se celebra, inclusive, a interculturalidade, a solidariedade e se promove um resgate aos saberes, costumes e práticas originárias do continente.

O Novo Constitucionalismo – Constitucionalismo de tipo pluralista – que se instaurou na América Latina a partir de mudanças políticas e novos processos sociais de lutas na região, nas duas últimas décadas, tem, principalmente nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), o espaço estratégico de inspiração e legitimação para impulsionar o desenvolvimento de paradigmas de vanguarda no âmbito das novas sociabilidades coletivas (povos originários, indígenas e afrodescendentes) e dos Direitos ao patrimônio comum (recursos naturais e ecossistema equilibrado) e culturais (Estado pluricultural, diversidade e interculturalidade) (WOLKMER, et. al., 2012, p.67).

Desta forma, a recepção em sede constitucional das mudanças políticas propulsionadas pelas diversas comunidades latino americanas, traz consigo a possibilidade de tirar da marginalidade as práticas sociais deslegitimadas no processo histórico instaurado a partir da colonização. Note-se a diferença entre o caso da Constituição boliviana, que conferiu autonomia às comunidades que compõe o Estado Unitário, mas plurinacional, e o Brasil, que, além de não reconhecer as autonomias locais, confere a muitas

práticas populares a designação de “folclore”. Neste sentido, Fournet-Betancourt destaca que rebaixar culturas à folclorização, constitui uma sutil forma de racismo:

Desfolclorizar significa reconhecer a existência de uma cultura que, apesar das agressões morais e físicas, resistiu, rompeu as barreiras dos estereótipos raciais e manteve, através dos tempos seus pilares básicos psico-culturais, quer dizer, sua especificidade que a faz diferente como proposta erigida em um modo de ser contribuinte à sociedade global na qual está imersa como parte integrante da totalidade chamada nação (FORNET-BETANCOURT, 1994, p. 87).

Este ponto é crucial para a compreensão do tema que aqui se aborda. A questão da interculturalidade implica num estágio mais avançado de convivência entre culturas, onde nenhuma seja submetida, desprestigiada ou deslegitimada em relação às demais. Onde “pequenas armadilhas” de categorias teórico sociais não imponham, quase despercebidamente, formas de subalternização umas às outras. Neste sentido, Damázio (2008, p. 76) destaca que o interculturalismo refere-se à coexistência das culturas em plano de igualdade.

Este parece ser o intento da Constituição boliviana de 2009, que, respondendo à resistência secular das comunidades indígenas, inclui na previsão de seu texto a interculturalidade, o respeito à autodeterminação das diversas comunidades e vem, desde então, aperfeiçoando os mecanismos que deverão conferir eficácia material às suas disposições.

Para o constitucionalismo latino americano, a diversidade cultural implica em um desafio ainda maior, dotado de conotações próprias. Sob a pressão dos movimentos indígenas e em um esforço de legitimação que problematiza o seu indubitável estigma neocolonial, vários Estados latino americanos têm constitucionalizado, em meio a várias fórmulas, o direito à diversidade cultural e à identidade. Tal reconhecimento tem incluído expressões culturais centrais dos povos indígenas, como seus idiomas, territórios e sistemas de autoridade e normativos (GRIJLAVA, 2008, p. 116).

A interculturalidade, então, terá seu alcance formal e material delimitado através da lição de Fournet-Betancourt (1994, p. 20-23), que propõe alguns pressupostos hermenêuticos e epistemológicos para o desafio da convivência intercultural, dentre eles, destacam-se: a necessidade de criar condições de que as comunidades falem com sua própria voz; a necessidade de convivência harmônica, não no sentido da supressão dos conflitos,

mas sim, no sentido de praticar a solidariedade, respeitar e conhecer o outro na sua alteridade e exterioridade; a importância em se passar da totalidade à totalização dialética, modificando a postura frente à verdade: deixar de identificá-la de modo etnocêntrico com a tradição cultural e passar a submetê-la à dialética contrastante.

Ainda, a seguir, quatro passos para a efetivação da interculturalidade: a) arrancar a questão da dominação conceitual, evitando que a resposta ajuste o outro aos conceitos pré-estabelecidos; b) tentar entender a questão apontando-a para a compreensão do outro em sua vida e corporalidade; c) tentar depurar os hábitos que criam o etnocentrismo no exercício da inteligência e d) cultivar o terreno “inter”, cuidando com as definições apressadas e apressadas declarações de harmonia, que são erros e dominação, respectivamente (FORNET-BETANCOURT, 1994, p. 23-24).

Tomando estes pressupostos e breves apontamentos sobre a interculturalidade é que serão analisados alguns pontos da Constituição Política do Estado da Bolívia, buscando compreender sob quais instrumentos jurídicos aquele Estado está centrando seus esforços na concretização dos dispositivos constitucionais, uma vez que um diálogo intercultural a partir da imensa diversidade cultural existente na América Latina não constitui tarefa fácil, tal como destaca Wolkmer (et. al., 2012, p. 67): “O desafio para continentes como a América Latina está em encontrar pontos hermenêuticos de convergência e complementaridade com o ‘sistema-mundo’, sem perder sua identidade autóctone e mestiça”.

A constituição política do Estado da Bolívia

O Preâmbulo da Constituição Política do Estado da Bolívia do ano de 2009, anuncia:

O povo boliviano, de composição plural, desde a profundidade da história, inspirado nas lutas do passado, na insurgência indígena anticolonial, na independência, nas lutas populares por libertação, nas marchas indígenas, sociais e sindicais, na guerra da água e de outubro, nas lutas pela terra e território, e com a memória de nossos mártires, construímos um novo Estado.

Um Estado baseado no respeito, igualdade entre todos, com princípios de soberania, dignidade, complementaridade, solidariedade, harmonia e equidade na distribuição e redistribuição do produto social, onde predomine a busca pelo bem-viver; *com respeito à pluralidade econômica, social, jurídica, política e cultural dos habitantes da terra*; em convivência coletiva com acesso à água, ao trabalho, à

educação, à saúde e habitação para todos¹ (Tradução livre dos autores. Sem grifo no original).

O preâmbulo de uma Constituição constitui parte muito importante do documento, pois “O preâmbulo de uma constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios*” (MORAES, 2012, p. 17. Grifo no original).

Desta forma, os valores nele proclamados servirão, ao longo da existência constitucional, de critérios norteadores, princípios para orientar a aplicação e efetivação de direitos. No caso analisado, figura a pluralidade em suas diversas matizes, o respeito às culturas autóctones e o apreço à igualdade, mas não a igualdade formal iluminista, tampouco a igualdade construída a partir da identificação da diversidade com uma unidade reducionista, mas sim, uma igualdade material, construída na manutenção e convivência de toda a diversidade popular.

É com este espírito que em seu artigo 1, a Constituição boliviana define que:

Art. 1. A Bolívia se constitui em um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, *intercultural*, descentralizado e com autonomias. A Bolívia se funda na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país² (Tradução livre dos autores. Sem grifo no original).

Os artigos 2 e 3, reconhecem a legitimidade das comunidades autóctones, dos povos indígenas, das comunidades interculturais e afrobolivianas, reconhecendo que, apesar da unidade do Estado, devem estes povos ter respeitado seu direito à autonomia, autogoverno, cultura, bem como às suas instituições e entidades diversas. É uma garantia reafirmada no capí-

¹ El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

² Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomía. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

tulo quarto, “Direitos das nações e povos indígena originário campesinos”, mais precisamente no artigo 30, que assegura-lhes a identidade cultural, a crença religiosa, práticas e costumes. Mais que isto: estas práticas, crenças, culturas, constituem patrimônio das nações e comunidades indígenas.

Isto implica em novas formas, com relação à perspectiva juspositivista, de constituir um Estado e exige outras disposições acessórias, sob pena de não ser possível conferir eficácia ao texto constitucional. Neste sentido, a constituição boliviana abarcou também o reconhecimento dos idiomas diversos como oficiais; a incorporação, no texto constitucional, de termos autóctones e não somente termos técnico-jurídicos clássicos; a autoidentificação cultural, inclusa na seção dos direitos civis; e respeito às suas formas de vida individual e coletiva entre outras disposições pouco usuais no “constitucionalismo usual”, aqui entendido como os modelos normalmente adotados nas constituições, os quais, em regra, reproduzem suas matrizes eurocêntricas.

Com relação ao exercício da democracia, este se dá de forma direta, por meio de referendos ou assembleias, se dá na forma representativa, via eleições, mas também se dá de forma comunitária, pela designação, eleição, indicação de representantes, conforme costumes próprios da comunidade.

Outra disposição constitucional no mesmo sentido é a que regulamenta a composição do Tribunal Supremo Eleitoral, que, composto por sete membros, deve contar com não menos que dois representantes de origem indígena.

Consta também, capítulo que trata da educação, interculturalidade e direitos culturais, onde a diversidade cultural é celebrada como uma das bases do Estado. E “a interculturalidade é o instrumento para coesão e convivência harmônica e equilibrada entre todos os povos e nações. A interculturalidade se dá no respeito às diferenças e em igualdade de condições”³ (Tradução livre dos autores).

Quanto ao devido processo legal, impõe a Constituição somente que, as partes gozem de igualdade de condições no exercício de seus direi-

³ La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

tos, seja na via processual ordinária, seja na via indígena originaria campesina.

Como ficou claro, a eficácia dos princípios e direitos constitucionais, notadamente os relacionados à diversidade e pautados na interculturalidade, depende de outros instrumentos, que tornem aplicáveis tais disposições. Segundo Cademartori (1999, p. 80), “uma norma é ‘eficaz’ quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)”. Entretanto, como proceder à efetivação de tantos sistemas autônomos e independentes entre si?

Nesta esteira, é promulgada em 29 de dezembro de 2010, a Lei nº 073, a “Lei de Deslinde jurisdicional”, que além de visar à regulamentação dos preceitos constitucionais, busca a harmonização dos diversos sistemas jurídicos instituídos no país.

A lei do deslinde

Assim como a Constituição refere-se às origens históricas da Bolívia, a Lei de Deslinde também o faz. Cita a existência pré-colonial de nações e povos indígenas, seus direitos, bem como, a própria constituição e outros instrumentos internacionais de efetivação dos direitos humanos como seu marco legal.

A lei traz entre seus princípios o respeito à unidade e integridade do Estado Plurinacional, a relação espiritual entre as nações e povos com a Mãe Terra, a diversidade cultural, a interpretação intercultural, o pluralismo jurídico com igualdade hierárquica entre as comunidades, complementaridade entre as jurisdições, independência, que assegura a não intervenção sem autorização ou requerimento de uma autoridade em jurisdição de outra e a igualdade de gênero e de oportunidades.

Um destaque importante na igualdade hierárquica é que esta se aplica entre as jurisdições e matérias infraconstitucionais. Matérias regulamentadas pela constituição, ou limites materiais estabelecidos na própria constituição não podem ser transgidos ou restringidos por outros sistemas jurídicos. Em suma: o limite material da autonomia das jurisdições é dado pelos direitos e garantias fundamentais, previstos na constituição. Estes não podem, de modo algum, ser suprimidos. Inclusive os direitos referentes à inclusão da mulher na participação social, à dignidade e às proteções conferidas a todas as pessoas.

Outros direitos são tutelados pela constituição, como uma série de delitos e conflitos de natureza civil, arrolados na Constituição. É o caso, por exemplo, da pena de morte ou do linchamento, os quais o Estado não pode reconhecer e tampouco permitir nas jurisdições indígenas.

A Lei de Deslinde estabelece as condições e âmbito de vigência das jurisdições. Os âmbitos pessoal, material e territorial precisam estar simultaneamente configurados e o âmbito pessoal abrange os membros da nação ou comunidade, enquanto o âmbito material abrange os assuntos regulamentados por costumes, crenças e práticas. Não abrange, como já assinalado, diversos delitos e fatos, em matéria penal, civil, trabalhista, de seguridade entre outras, cuja regulamentação é reservada à Constituição.

Sendo livre a regulamentação da matéria, ou seja, não reservada à Constituição, as jurisdições podem, dentro dos limites já indicados, instituir suas próprias normas e uma vez regulamentada a matéria na jurisdição própria, não poderá ser conhecida por outra.

Quanto ao âmbito territorial da jurisdição, se refere às relações ou fatos jurídicos realizados ou cujos efeitos se produzam dentro da jurisdição da comunidade, nos termos da Constituição e da própria lei de deslinde.

Existe ainda a possibilidade de cooperação, se assim requisitarem as comunidades ou nações. Pode se dar por meio do ministério público, autoridades judiciais, regime penitenciário etc. da mesma forma que as autoridades indígenas podem cooperar com as demais. Finalmente, a cooperação entre as autoridades das diferentes jurisdições é obrigatória e não sendo, será considerada falta grave e assim, sancionada.

A partir destes diplomas, que assinalam os primeiros passos para a construção comum de uma realidade intercultural, e das novas práticas constitucionalistas na América Latina, muitos horizontes podem se descortinar. Reconhece-se (GRIJALVA, 2009, p. 118) que a busca por esta convivência intercultural não é livre de tensões, contradições, paradoxos, todavia, a constitucionalização da interculturalidade supera os limites do Estado Multicultural, que promovia a integração formal do direito à diversidade cultural, sem conseguir fazê-lo materialmente e subalternizava os valores que visava promover.

E este novo constitucionalismo, segue destacando o mesmo autor traz consigo a necessidade de ser dialógico, concretizante e garantista. Dialógico, pois precisa de comunicação com o outro para se concretizar; concretizante, na sua busca por soluções específicas, pautadas numa inter-

pretação constitucional intercultural e interdisciplinar e garantista, pois a motivação das soluções deve estar relacionada à compreensão e vigência intercultural dos valores constitucionais, e as três características se complementam e juntas criam as condições para concretização de fato da interculturalidade (GRIJALVA, 2009, p. 119-120).

A questão da eficácia constitucional

Um problema que sempre acompanhou o constitucionalismo, em todas as suas versões, foi o da eficácia, ou melhor, dizendo, da factibilidade. Em sociedades periféricas como as latino americanas, parece que o abismo entre a realidade e as promessas constitucionais é ainda maior. Neste sentido,

Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do Direito, que as constituições políticas consagrassem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas campesinas e populares (WOLKMER; FAGUNDES. 2011, p. 377).

Assim, aplicando os postulados constitucionais eurocêntricos à realidade latino americana, o resultado foi o distanciamento do povo das deliberações públicas, a mitigação da legitimidade dos espaços democráticos e a ruptura, no sistema representativo, entre a atuação dos representantes eleitos e os anseios populares dos que delegam a representação. O Estado não consegue se estruturar assim, como a soma das vontades, dos anseios, das culturas e das particularidades das comunidades que lhe compõe, mas antes, torna-se uma estrutura de formatação e de exclusão social, administrada por elites que assumem tal estrutura e legitimam-se através da dinâmica da democracia (meramente formal) eurocêntrica. Não é, ao final das contas, um resultado surpreendente se for considerado que esta estrutura é idealizada e desenvolvida num campo social diferente, num continente diferente, onde as diversidades já vinham sendo mitigadas.

A América Latina, por sua vez, apesar do percurso histórico já assinalado, mantém sua diversidade, que não cabe no monismo eurocêntrico,

e em qualquer de suas faces, também não o cabe. Por isto, pode-se dizer que

as novas constituições surgidas no âmbito da América Latina são do ponto de vista da filosofia jurídica, uma quebra ou ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente, voltando-se, agora, para a refundação das instituições, a transformação das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor dos interesses e *das culturas* encobertas e violentamente apagadas da sua própria história (WOLKMER; FAGUNDES. 2011, p. 377-378. Sem grifo no original.)

Trata-se da convergência política intercultural do ponto de vista a legar direitos materiais e possibilidade fática de exercício deles aos setores que foram excluídos historicamente do poder decisório. Cabe advertir que a luta pela institucionalização de direitos só faz sentido quando acompanhada da exigibilidade popular, para não cair no discurso retórico quando estes formalizados em um documento jurídico (WOLKMER; FAGUNDES. 2011, p. 379-380).

A eficácia constitucional que convém à diversidade latino americana se faz na interculturalidade, por sua própria imposição do diálogo intercultural. Não requer, necessariamente, a negação absoluta dos postulados da modernidade, mas impõe uma revisão crítica de modo a verificar quais de fato servem à emancipação social, à melhoria da vida concreta de cada pessoa e das coletividades e o descarte daqueles que somente se prestam à conformação das massas através das promessas formais.

Expandir os campos de participação popular e de produção autônoma de normatividades, inclusive pela admissão de jurisdições autônomas, tal como fez o Estado boliviano, é um passo fundamental para que a Constituição intercultural da Bolívia seja de fato eficaz.

Considerações finais

A experiência constitucional boliviana, aliada a legislação infraconstitucional, parecem ser a receita para implementação de um Estado Plurinacional pautado na interculturalidade.

Se antes das novas experiências latino americanas era inimaginável qualquer paradigma alternativo ao juspositivismo clássico, estas novas constituições, notadamente a boliviana, têm mostrado que, não somente é possível, como, principalmente, integrar as comunidades superando a subalternização dos saberes e culturas é um imperativo ético: é um cha-

mado cada vez mais forte no continente latino americano pela justiça e pelo respeito à diversidade humana.

Esta diversidade só pode ter espaço a partir de uma nova postura, onde se rejeite os preconceitos e a preferência artificial pelo que é branco europeu. A aceitação de que os saberes vêm de diversas fontes e devem gozar da mais profunda liberdade para se comunicar, se influenciar reciprocamente, se revisar ou não, marca a interculturalidade e propicia um novo espaço de construção de saberes, sem “desperdício” de experiências, nos dizeres de Boaventura de Souza Santos.

Ainda que persistam conflitos e contradições, a interculturalidade permite que tais situações sejam enfrentadas no diálogo e no respeito, abre espaço para a autovalorização e para o resgate da própria história. Parece mais justo enfrentar os conflitos que ignorar sua existência, ou mesmo, permanecer num “faz-de-conta” que não existem: suplantá-los no monismo jurídico, cultural, científico, negando-lhe a possibilidade de expressão.

A Bolívia está dando seus primeiros passos na correção de injustiças históricas e o impulso para estes primeiros passos vem da própria resistência da comunidade, que por mais de cinco séculos, recusou-se a se calar e agora, ninguém mais poderá calar.

Referências

AFONSO, Henrique Weil. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. XII, 2012, p. 455-473. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2007-2008. Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

_____. *Ley n. 073, de 29 de diciembre de 2010*. Ley de Deslinde Jurisdiccional. Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>>. Acesso em: 03 abr. 2013.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Multiculturalismo versus Interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. *Revista Desenvolvimento*

em *Questão*, ano 6, n. 12, p. 63-86, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da Ibero-América*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1994.

GRIJALVA, Agustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo (Org.) *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009. p.113-133.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. xxvii, 956 p, il.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. 637 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31-83.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 51-69, jan./jul. 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.unifor.br>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

**PARTE IV: NOVAS
INSTITUCIONALIDADES
CONTEMPORÂNEAS E ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O DIREITO À CONSULTA NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS: REGULAMENTAÇÃO E EFETIVAÇÃO

Thais Luzia Colaço*

Introdução

O presente artigo refere-se à discussão do direito dos povos indígenas a autodeterminação, que se materializa com o direito de consulta e consentimento.

Conceitua autodeterminação, participação, consulta e consentimento livre, prévio, informado e de boa fé conforme legislação internacional: a Convenção 169 da OIT de 1989, e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU de 2007.

Apresenta a situação atual de recepção da legislação internacional quanto a regulamentação constitucional e legislação complementar, efetivação da consulta em alguns países da América Latina, como Bolívia, Equador, Peru e Brasil.

Demonstra que a maioria dos países da América Latina não o reconhecem plenamente nas suas constituições, e quando a reconhecem, a regulamentação e a interpretação doutrinária pendem mais aos interesses econômicos do estado e das empresas privadas do que propriamente aos direitos indígenas.

Confirma que a previsão legal da consulta é conveniente, mas alerta sobre a importância da elaboração de uma regulamentação que tenha a participação das populações diretamente envolvidas e que possua alguns itens indispensáveis para a garantia da sua efetiva implementação conforme os interesses dos povos indígenas.

* Professora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutora em Direito. Doutora em Direito e Mestre em História. Pesquisadora do CNPq.

O direito à autodeterminação, à participação, à consulta e ao consentimento

Os novos direitos dos povos indígenas a autodeterminação, a participação, a consulta e ao consentimento prévio, livre, informado e de boa-fé pertencem aos novos princípios de relação entre os estados e os povos indígenas, rompendo com a tradição tutelar, com as políticas de assimilação e integração. Estes direitos estão fundamentados no direito de existir conforme a sua maneira de ser, de decidir sobre o seu destino conforme sua vontade e interesses.

Estes direitos estão determinados na Convenção 169 da OIT de 1989, na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU de 2007, e em outras fontes do direito internacional. Os estados vinculam-se a estes direitos pelo direito convencional, pela jurisprudência internacional, pelo direito consuetudinário internacional, pelos princípios gerais do direito e pela doutrina. Em nível interno, estes direitos têm sido incorporados nas novas constituições latino-americanas (YRIGOYEN, 2011, p. 104, 133- 134) e em legislação ordinária.

Em 1989, a questão dos novos direitos indígenas foi tratada na Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, tendo como princípios: reconhecer “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões dentro do âmbito dos Estados onde moram”; eliminar todas as formas de discriminação que possam trazer obstáculos ao desenvolvimento destes povos; e promover a consulta prévia e a participação efetiva sobre as decisões que lhes afetam. Alguns autores consideram este instrumento jurídico internacional vinculante mais completo em matéria de proteção dos povos indígenas e tribais.

A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas confere a titularidade coletiva dos direitos políticos aos povos indígenas, confirmando o direito à livre determinação, a manutenção e respeito das próprias instituições políticas, e a participação na vida política do estado em geral, e nos demais procedimentos referentes à adoção de decisões que afetem a seus direitos, prevendo-se o direito de consulta, e a cooperação de boa fé com o fim de obter seu consentimento prévio, livre e informado (APARICIO, 2008, p. 36).

Quanto aos direitos de participação, a Declaração garante o direito à diferença de todos os povos e a serem respeitados como tais, conjuntamente

te com a promoção dos direitos inerentes aos povos indígenas, derivados de suas instituições políticas, econômicas, sociais e culturais, facilitando o controle dos acontecimentos que possam afetá-los, suas terras, seus territórios e recursos, permitindo manter e reforçar suas instituições culturais e promover seu desenvolvimento conforme seus interesses e necessidades. Sendo reconhecidos como sujeitos e não objetos de direito (APARICIO, 2008, p. 38, 45).

O que era contemplado nas entre linhas na Convenção 169, em virtude do reconhecimento do direito a livre determinação, a autonomia ou autogoverno, aparecem com a Declaração em primeiro plano com a consulta que se vincula a necessidade de consentimento indígena livre, prévio e informado, com garantia de plena liberdade, informação completa, antecipadamente a qualquer decisão suscetível de afetar os direitos e interesses dos povos indígenas (CLAVERO, 26/05/2012, p. 4-5).

O direito a livre determinação está vinculado ao do exercício de consentimento livre, prévio e informado, e se materializa pela autonomia, pela consulta e pelo consentimento. A livre determinação possui um sentido subjetivo reconhecido no artigo terceiro da Declaração, quando afirma que os povos indígenas “determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (CLAVERO, 18/09/2012).

No direito de participação os povos indígenas devem participar de todas as etapas de elaboração, aplicação e avaliação dos planos, políticas e programas de desenvolvimento para que suas prioridades sejam contempladas, e elaboração de leis que visem seus interesses. Pertencendo a cargos permanentes no legislativo e no executivo, ou de forma eventual em casos específicos.

A participação do estado no processo gera condições para que os povos adotem conjuntamente planos, políticas e programas, assegura o respeito das prioridades indígenas, o melhoramento de suas vidas sem afetar sua integridade. Os indígenas decidem conjuntamente com o estado por ser parte de instâncias eletivas ou representativas (YRIGOYEN, 2011, p.141-145).

As consultas devem ser referentes a medidas legislativas e administrativas, podendo exigir-se um procedimento de publicidade, transparência, audiências e alegações específicas conforme as características de cada povo envolvido.

Em todos os casos da realização da consulta o estado deve informar previamente e por completo; atuar de boa fé; tratar com os representantes indígenas; motivar seu ato; garantir o respeito ao máximo possível das prioridades de desenvolvimento dos povos indígenas, priorizar o melhoramento dos povos e que nenhum projeto afete a sua integridade física e cultural, e deve tomar medidas para minimizar os riscos (YRIGOYEN, 2011, p.141-145).

Conforme a Convenção 169 da OIT, fundamentada nos princípios gerais de autogoverno e autodeterminação, a finalidade da consulta não é simples informação, mas sim se chegar a um acordo ou ao consentimento à proposta do governo, antes que ela seja implementada. Mas há o entendimento de que nem sempre as consultas obrigatoriamente cheguem a um acordo (ANAYA, 2005, p. 235, 237).

A consulta por ser um direito e não uma obrigação, os povos indígenas podem se negar a participar, serem consultados, entrar em acordo e consentir. Devendo o procedimento de consulta ser suspenso até que os povos decidam reiniciar as negociações conforme sua livre vontade (CLAVERO, 26/05/2012, p. 5).

O estado não poderá impor a sua decisão, pois a decisão unilateral representa uma limitação dos direitos dos povos indígenas, pois o objetivo é evitar a possibilidade de imposição ou veto e estabelecer condições de negociação e entendimento entre iguais, no entanto, se for aplicado o art. 46 da Declaração, que permite que o estado limite alguns dos direitos enunciados mesmo de maneira excepcional e com base em exigências concretas, estas limitações terão que estar previstas em lei e de acordo com os direitos humanos (APARICIO, 2008, p. 53).

O direito de veto deverá ser das comunidades atingidas, ou seja, dos povos indígenas. Mas em alguns países os interesses econômicos de exploração de petróleo e de mineração são considerados estratégicos e de interesse público para o desenvolvimento nacional, deixando para o estado o poder de decisão (CLAVERO, 01/02/2013, p. 7-8).

O direito do consentimento deverá ser regra e não exceção. Tanto a Convenção quanto a Declaração, apresentam casos em que o consentimento é obrigatório, como em deslocamento da população, em armazenamento ou eliminação de elementos tóxicos e em projetos de desenvolvimento que interfiram no território e nos recursos indígenas, isto tem dado margem para a manipulação doutrinária com o respaldo de instâncias das Nações Unidas, se apropriando desses casos para alegar que nos demais

casos não há a necessidade de consentimento ou acordo, e o estado não precisa acatar a decisão indígena. Abrindo a possibilidade de adotar unilateralmente suas decisões, justificando e recompensando caso seja necessário (CLAVERO, 26/05/2013, p. 5-6).

O direito à consulta nos países latino-americanos

As constituições da Bolívia e do Equador recepcionaram o direito de consulta aos povos indígenas. No entanto, estes países não estão cumprindo as suas constituições de forma satisfatória quanto à autodeterminação indígena e suas garantias, assim como, à prática do direito de consulta, que deveria ser obrigatória após um ano da ratificação da Convenção 169. As consultas são esporádicas e ineficazes, marcadas pela intervenção em territórios indígenas e pela elaboração de normas e atos administrativos referentes a estes povos (CLAVERO, 14 a 16/11/2011, p. 1-5).

A Constituição do **Equador** reconhece o direito dos povos indígenas à consulta prévia, livre e informada com respeito a planos e programas de prospecção, exploração e comercialização de recursos naturais não renováveis em suas terras e que possam afetá-los ambiental e culturalmente (art. 57.7), e antes da adoção de uma medida legislativa que possa afetar qualquer de seus direitos coletivos (art. 57.17) (CLAVERO, In: LUNA, 2012, p. 428).

Para a regulamentação da consulta legislativa a Constituição exige a elaboração de uma lei orgânica, que requer a aprovação por maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional, porém não há a participação indígena. Tal regulamentação deveria ter tido a participação indígena para ser consultada, seria a consulta da consulta, que representa o direito de ser consultado antes da elaboração de uma legislação que poderá afetar algum direito coletivo. A consulta deixa de ser consulta e se transforma em participação cidadã, que poderá ser realizada ou não, ficando a critério da Assembleia Nacional decidir (CLAVERO, 06/08/2012, p. 1- 5).

A Constituição da Bolívia concede aos povos indígenas a consulta mediante procedimentos apropriados, e em particular através de suas instituições, cada vez que se prevêem medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar-lhes, em cujo marco se respeitará e garantirá o direito a consulta prévia obrigatória, realizada pelo estado, de boa fé, referente a exploração dos recursos naturais não renováveis no território que habitam (art. 30 II 15). E os povos indígenas isolados gozam do direito de

continuarem isolados sem nenhuma interferência do estado e de terceiros nos seus territórios (art. 31.II).

No entanto, a Lei do Deslinde Jurisdicional não teve a participação indígena, sendo um exemplo da falta da prática do direito de participação e de consulta dos povos indígenas, sendo elaborada sem respeitar a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e a própria Constituição (CLAVERO, 26/05/2012, p. 13). E na Lei de Regime Eleitoral a consulta prévia não é vinculante para o estado quando os acordos tratam da exploração de recursos naturais (CLAVERO, 26/05/2012, p. 11-12).

Também há um anteprojeto oficial de Lei Marco de Consulta elaborado pelo *Ministerio de Gobernación Nacional*, que não é o órgão mais indicado para tal atribuição, e já possui manifestações das organizações indígenas de protestos e de reparos (CLAVERO, 01/02/2013, p. 1). Tal documento não aborda o direito de consulta conforme a Constituição, a Convenção da OIT e a Declaração da ONU. Regula o inciso 30.II.5 constitucional junto a outros pronunciamentos da Constituição, particularmente os consignados nos artigos 343 e 352, quando se referem a participação da população em gestão ambiental. Provocando propositadamente uma confusão entre participação cidadã e consulta indígena (CLAVERO, 01/02/2013, p. 3-4).

O Peru que não tem previsão constitucional da consulta, mas para cumprir às exigências do direito internacional implementou uma regulamentação da lei de consulta, porém restritivo a respeito da necessidade de consentimento, só valendo para alguns casos. A lei sobre a consulta, promulgada em 2011, Lei do Direito a Consulta Prévia aos Povos Indígenas e Originários, reconhecida na Convenção 169 da OIT, é um dos piores exemplos da regulamentação da consulta na América Latina, possuindo inúmeros problemas, no qual o estado se apropria do instrumento da consulta para se eximir das suas responsabilidades (CLAVERO, 14 a 16/11/2011, p. 6, 11-12).

Permite às empresas fazer os estudos de impacto ambiental sem participação indígena (CLAVERO, 29/10/2012, p. 1-2). O Vice-Ministério de Interculturalidade tem dupla jurisdição atuando como segunda instância administrativa quando já emitiu opinião técnica em primeira instância (CLAVERO, 05/09/2012, p. 1-2).

Gerando contradições e incertezas, tanto pela aplicação de etapas procedimentais para a realização de oficinas informativas, como pela falta de compromisso para atender as demandas indígenas, e respeitar os acor-

dos entre autoridades e organizações indígenas, legitima a discricionariedade das autoridades, e apresenta a falta de transparência da consulta no setor minerador e energético (GAMBOA, 2012, p. 13-14).

O Regulamento da Lei de Consulta foi aprovado mediante Decreto Supremo em 02 de abril de 2012. Padeceu de sérias deficiências de forma e fundo, sendo acusado pelas próprias organizações indígenas de má fé, e terminou com a renúncia da maioria delas. Realizaram modificações, eliminações e distorções da proposta acordada. Não se adéqua às normas internacionais, só busca instrumentalizar este direito para facilitar a inversão e não reconhece a visão destes povos no processo de uso de recursos naturais. O art. 24.- estabelece o prazo máximo de 120 dias para ser realizada. O art. 6.- permite que a consulta possa se realizar depois da concessão de exploração do território, exonera da consulta as medidas sobre serviços públicos, educação e saúde (GAMBOA, 2012, p. 16-17).

A consulta aparece como opcional. Não se mencionam claramente os casos que o estado deve respeitar. A aprovação do Vice Ministério é uma faculdade inconstitucional. Restringe-se a presença de organizações indígenas de caráter nacional para certos casos. Possui uma tendência centralista, retirando funções dos governos regionais e governos locais. A participação do Ministério da Cultura não garante um correto cumprimento desta norma e fica claro que a autoridade será política, e não técnica. Não se realizam consultas referentes às obras públicas. Não se respeita o princípio do prazo razoável. Estabelece que a consulta se realizará antes da exploração e não antes da concessão. Estabelece o poder de veto ao Vice Ministério da Interculturalidade, invadindo as competências dos governos locais pelo Poder Executivo. Não reconhece o direito de participar continuamente dos processos de tomada de decisões. Regula de maneira insuficiente a obrigação do estado de realizar, em cooperação com os povos indígenas, estudos de avaliação social, espiritual e cultural das atividades de desenvolvimento. Não regula os direitos de participar dos benefícios referentes às atividades de exploração dos recursos naturais e de receber uma indenização justa e equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades (GAMBOA, 2012, p. 16-18).

Não há uma homogeneidade setorial na implementação dos processos de consulta, gerando mais dúvidas do que certezas. Não tratam dos povos indígenas em isolamento e em contato inicial. Não cabe opinião prévia vinculante do Vice Ministério para autorizar ou não a consulta a estes povos. A falta de clareza, deixada no jogo político entre estado, empresas e organizações indígenas, gera incertezas e fica claro que o direito

não está assegurado pelo atual marco legal, pois outorga muita discricionariedade a autoridade em definir a consulta prévia conforme cada caso (GAMBOA, 2012, p. 18-21).

O Regulamento da Lei de Consulta Prévia trata-se de um tema teórico, jurídico e procedimental, que tem consequências muito práticas. A maneira como os funcionários estatais especializados no tema manejaram os momentos seguintes a promulgação da lei foi decepcionante. A falta de legitimidade, devido à escassa participação de organizações indígenas nacionais representativas pelo interesse do estado de acelerar o processo, afetando os princípios de flexibilidade e prazo razoável; pela assimetria em que se desenvolve este processo, por desconhecer vários acordos alcançados na etapa do diálogo e por ter introduzido textos novos que não formaram parte da consulta. As etapas de publicidade, informação e consulta se realizaram tardiamente, se reduziu a etapa de informação e entrega de documentos aos representantes (GAMBOA, 2012, p. 33-36).

Os custos devem ser do estado, porém também se prevê por parte das entidades promotoras. A informação pela participação das organizações e atos que coordenem tais organizações deve ser oportuna. A avaliação interna pelos povos e seus representantes, não deve ter a intervenção estatal. Não se faz consulta para as obras públicas em favor dos povos, mas segundo a Convenção 169 deve-se consultar toda medida que gere impacto, seja positivo ou negativo (GAMBOA, 2012, p. 45,46).

A ideia do Guia Metodológico da Consulta aos Povos Indígenas surgiu durante um processo de consulta prévia de regulamento, foi uma proposta feita pelas organizações indígenas, com o objetivo de contar com uma ferramenta que permite uniformizar critérios entre os distintos setores e níveis de governo, definir detalhes que orientam o processo de consulta ao momento de implementá-lo. Porém, sua elaboração foi feita exclusivamente pelo Vice Ministério de Interculturalidade, sem a participação das organizações indígenas (GAMBOA, 2012, p. 42-43).

Tal guia metodológico é extremamente burocrático e centralizador, prevê as medidas não sujeitas ao processo de consulta. Exige a identificação dos povos indígenas a serem consultados e suas organizações representativas, que tenham uma língua materna e um território comunal. Trata da publicidade da medida e da entrega oficial ao plano de consulta. Do prazo de 15 dias para solicitar inclusão pelos povos indígenas que devem remeter a entidade promotora um documento formal que credite os seus represen-

tantes no processo de consulta. Dos modelos das atas de reunião, entre outras questões (PERU, 2013, p. 21-49).

No **Brasil**, não há previsão constitucional do direito à consulta dos povos indígenas, mas a Convenção 169 foi ratificada pelo Decreto N. 5051/2004, que prevê o direito à autodeterminação, à consulta e à participação. Mesmo assim, há uma grande dificuldade de se efetivar o direito à consulta previsto na Convenção 169 da OIT, e na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais da ONU, pelo entendimento dos magistrados de que a legislação internacional que garante os novos direitos indígenas não prevaleça sobre o direito interno.

Também se justifica a não realização da consulta por falta de norma que regulamente este direito. Mas na realidade o problema é mais complexo, pois estão em jogo interesses econômicos do governo de implantação de grandes obras de infraestrutura e das empresas para explorar os recursos naturais nas terras indígenas.

Devido à diversidade étnica no Brasil é difícil definir quem são os legítimos interlocutores, a quem se deve consultar, sendo indispensável a participação em todo processo de consulta de profissionais especializados como antropólogos, indigenistas e tradutores. A realidade brasileira quanto aos povos indígenas que é bem diferente dos demais países latino-americanos, quantitativamente tem uma pequena população, equivalente a 0,47 % da população brasileira, cerca de 896,9 mil pessoas; no entanto, possui a maior diversidade cultural, 305 etnias que falam 274 idiomas reconhecidos, sendo que ainda existem grupos isolados ou semi isolados do convívio com a sociedade nacional e com outros grupos indígenas (IBGE, Censo de 2010). Cada grupo étnico tem a sua forma de organização social e sua maneira própria de materializar o seu direito à autodeterminação.

Sob a coordenação da Secretaria Geral da Presidência da República e do Ministério das Relações Exteriores, em janeiro de 2012, foi formado um Grupo de Trabalho Interministerial, sem a participação dos indígenas, para apresentar uma Proposta de Regulamentação dos Procedimentos de Consulta Prévia. Tal comissão terminou seus trabalhos em março de 2014, mas até o momento o governo brasileiro não publicou as suas conclusões finais. Provavelmente porque está de acordo com a mesma lógica dos demais países citados: regulamentar o direito de consulta para não implementar.

Considerações finais

Neste artigo demonstramos a importância da efetivação do direito à consulta para garantia da autodeterminação dos povos indígenas. Apresentamos os conceitos de autodeterminação, participação, consulta e consentimento livre prévio e informado conforme a Convenção 169 da OIT e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU.

Verificamos que devido à influência e/ou a pressões de organismos internacionais o direito à consulta em alguns países latino-americanos já está previsto nas suas constituições e estão em fase de regulamentação, outros não possuem previsão constitucional, mas estão regulamentando o direito de consulta, no entanto algumas legislações são extremamente restritivas, unilaterais, contrárias aos princípios do direito à autodeterminação, visando apenas aos interesses econômicos do estado e da iniciativa privada, e que existe uma interpretação doutrinária que legitima tal postura.

Por tudo isso, é muito importante o controle e a participação na elaboração dessas legislações que visam regulamentar o direito de consulta aos povos indígenas, pois dependendo da maneira como forem conduzidas podem servir de armadilha contra os próprios interesses indígenas. A regulamentação é importante e necessária, desde que seja realizada adequadamente e de boa fé, priorizando o direito à autodeterminação dos povos indígenas, já consagrada na legislação internacional.

Sendo assim, concluímos que alguns elementos deverão constar na regulamentação do direito à consulta que é um direito dos povos indígenas e um dever do estado, para que possa ser realizada de forma adequada: o diálogo deve ser realizado mediante um processo e não como evento; a flexibilidade deve atender a diversidade étnica, nos procedimentos e no tempo necessário; a boa fé, a informação verídica, completa e oportuna; a transparência, publicidade e divulgação de forma adequada; a liberdade, sem pressão política, econômica ou moral; a representatividade indígena, conforme suas formas próprias e tomada de decisão de cada etnia; a vinculação das decisões dos povos; a responsabilidade pública do estado que deve realizar os procedimentos, garantindo os recursos necessários para execução; a participação conjunta entre os povos indígenas afetados e o estado; o direito de veto ou do não consentimento por parte dos povos indígenas; a garantia do isolamento das comunidades isoladas ou semi-isoladas para que não tenham contato com a sociedade nacional, não interferindo na sua autodeterminação.

Referências

ANAYA, S. James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

APARICIO WILHELMI, Marco. Los derechos políticos de los pueblos indígenas en la declaración de naciones unidas. In: BERRAONDO, Mikel. (Coord.). *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: Punto y seguido*. Barcelona: AlterNativa, 2008. p. 35-56.

BOLÍVIA. Constituição (2009). *Constitución Política del Estado*.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

CARREIRA, Eliane Amorim; ARAÚJO, Ana Valéria *et. al.* (Org.). *Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. *Bolivia: pésimos auguros para la garantía de consulta de los derechos de los pueblos indígenas*. 2013. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org>>.

_____. Derechos de los pueblos indígenas: ejercicio y aplicación, avances y retrocesos (especialmente sobre los del derecho de consulta e consentimiento). *IV Encuentro Latinoamericano de Gobiernos Locales para Vivir Bien en Territorios Indígenas, Campesinos y Comunidades Interculturales*. La Paz, Estado Plurinacional de Bolivia. nov. 2011. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org>>.

_____. *Ecuador: intemperie constitucional y cobertura colonial de la consulta legislativa a los pueblos indígenas*. 2012. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org>>.

_____. Estado plurinacional: aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano. In: LUNA, Adriana; MIJANGOS, Pablo; ROJAS, Rafael. (Coord.). *De Cádiz al siglo XXI: doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*. México: PRISA, 2012. p. 421-453.

_____. *La consulta en serio (como mecanismo supletorio de la libre determinación en el derecho internacional e en el estado plurinacional)*. 2012. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org>>.

_____. *Perú: 10 preguntas sobre consulta*. 2012. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org>>.

_____. *Perú: alerta por fraude empresarial y política en materia de consulta indígena*. 2012. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org>>.

_____. *Prevaricação do Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas*. Tradução de Thais Colaço. 2012. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org>>.

COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. (Org.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 191-211.

DOCUMENTO Oficial: *Oficina-seminário sobre conteúdo e regras de aplicação do direito de consulta livre, prévia e informada no Brasil*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br>>.

EQUADOR. Constituição. *Constitución del Ecuador*. 2008.

FUNAI. *Fundação Nacional do Índio*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

GAMBOA, César; SNOECK, Sébastien. (Eds.) *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú: informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR, 2012.

OIT. *Convênio N. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. 1989.

ONU. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. 2007.

PERU. *Guía metodológica: consulta a los pueblos indígenas*. Ley n. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio n. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley N. 2985. Reglamento de la Ley N. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, Decreto Supremo N. 001-2012 'MC Vice ministerio de Interculturalidad. 2013.

YRYGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El derecho a la libre determinación del desarrollo: Participación, consulta y consentimiento. In: APARICIO WIHELMI. (Ed.). *Los derechos de los pueblos indígenas: a los recursos naturales y al territorio: conflictos y desafíos en América Latina*. Barcelona: Icaria, 2011. p. 103-146.

PRINCÍPIOS DA FORMAÇÃO PROFISSIONAL DOS JUÍZES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Giovanni Olsson*

Introdução

Ao tempo em que a Constituição Federal comemora seus primeiros 25 anos, alçando a patamar constitucional, diversos direitos e garantias individuais e sociais, é importante analisar o papel do Poder Judiciário na sua efetividade. A Constituição Cidadã faz uma série de promessas cuja concretização, em verdade, depende diretamente da capacidade de resolução dos conflitos judicializados.

Tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo, porém, evidencia-se a insuficiência da resposta dos agentes políticos judiciários a essas demandas, em volumes extraordinários e de complexidade até então inédita. O modelo tradicional de recrutamento e de qualificação dos Magistrados exerce um papel central nesse processo, na medida em que é o canal de seletividade dos agentes políticos que vão lidar com esses conflitos. Os indicadores atuais, por sua vez, ainda que parciais e vistos superficialmente, revelam a clara disfuncionalidade e esgotamento desse sistema, que vem selecionando candidatos com pouca experiência de vida e mesmo de escassa experiência profissional, e com formação em saberes exclusivamente jurídico-dogmáticos, em dissonância com as necessidades concretas da sociedade contemporânea nessa realidade emergente altamente conflitiva e complexa.

O novo paradigma constitucional da formação do Juiz é um elemento decisivo para a mudança dessa situação. A Emenda Constitucional n. 45/2004, dentre outras inovações, introduziu profundas transformações no modelo até então vigente de seleção e de qualificação profissional dos Magistrados. Ao prever a criação de duas Escolas Nacionais dentro do

* Doutor em Direito (UFSC). Professor Titular da Unochapecó. Juiz do Trabalho no TRT da 12ª Região (SC). Email: gio.olsson@desbrava.com.br

Poder Judiciário para essas atividades (ENAMAT/TST e ENFAM/STJ), o constituinte derivado introduziu a institucionalização e a profissionalização da formação do Magistrado como um autêntico novo paradigma, com conceitos operacionais, marcos teóricos e princípios diferenciados.

Os princípios específicos da formação profissional são, portanto, um outro ponto central a ser desenvolvido. Esse novo referencial normativo é qualificado por princípios que orientam a educação profissional em todo o seu itinerário formativo, desde a elaboração do projeto político-pedagógico até a execução de cursos e a avaliação dos agora Alunos-juizes. Esses princípios, no âmbito da formação profissional do agente público, são peculiarmente diferenciados, porque devem estar alinhados com o modelo de integração funcional na carreira e respeitar as prerrogativas da Magistratura, erigidas em favor da própria sociedade.

Embora, como toda revolução científica, seja um processo em construção, essa mudança paradigmática permite lançar olhar crítico a um exemplo já implantado dessa nova realidade: a ENAMAT/TST. Essa Escola Nacional, que funciona junto ao Tribunal Superior do Trabalho e coordena a formação profissional dos Magistrados do Trabalho de todo o Brasil, foi historicamente a pioneira e já está estruturada nas diversas áreas de ensino profissional. Uma breve análise do seu trabalho pode ajudar a compreender as profundas transformações que esse novo modelo traz para a prestação do serviço público de Justiça Social e as perspectivas que se abrem.

Nesse contexto, o conjunto de novos princípios da formação profissional, introduzidos no novo paradigma constitucional, altera significativamente o recrutamento e o aperfeiçoamento dos Magistrados como agentes políticos na sociedade brasileira contemporânea. Do seu êxito, emerge a substancial ampliação do grau de efetividade dos direitos individuais e sociais da Constituição Cidadã, que, sem a atuação célere e constitucionalmente comprometida das instâncias judiciárias, pode restar apenas uma carta de boas intenções.

O papel do juiz na efetividade dos direitos e o modelo de recrutamento

É inegável que a Carta Constitucional de 1988 trouxe inúmeros avanços do ponto de vista da constitucionalização de direitos individuais e sociais. A modernidade tardia na sociedade brasileira redemocratizada no final do século XX caracteriza-se pela afirmação de valores constitucionalizados na forma de direitos das mais variadas naturezas e contornos. A liberdade de expressão, a habitação adequada, a saúde integral, a alimenta-

ção sadia, a segurança pública e o trabalho digno, por exemplo, são as principais estrelas de um novo roteiro no cinema da vida nacional.

Entretanto, existe uma diferença grande entre, de um lado, a afirmação e expressão constitucional em tese desses valores e direitos correlatos e, de outro, a sua concretização na vida das pessoas. Por certo, e para resgatar a terminologia processualística consolidada, há muitas pretensões “resistidas” ou “insatisfeitas” nessa seara, e, não por outro motivo, a ampliação do acesso à Justiça fez-se acompanhar de uma autêntica explosão de demandas. Embora não seja o escopo imediato deste texto, pode-se afirmar, com alguma segurança, que a judicialização de questões das dimensões política, social e econômica constituem características muito evidentes deste momento histórico, em que promessas (descumpridas) da modernidade tardia encontram apenas no Judiciário o espaço democrático e legítimo necessário para sua discussão e afirmação.

É desnecessário dizer que o Magistrado, e o próprio Poder Judiciário, são os guardiães do cumprimento da Constituição Federal, e o último recurso para garantir e concretizar os direitos e garantias fundamentais. A relevância da sua atuação dispensa maiores comentários, porque, ao final, são sempre eles que dirão quem tem ou não tem razão, e como intérpretes constitucionais, vão dizer o que está ou não tutelado na própria Constituição. E o Supremo Tribunal Federal, no ápice do sistema, dará a última palavra nesse debate: será ou não constitucional aquilo que ele assim o disser que é.

Se, por um lado, a escalada de judicialização dos conflitos representa, em boa medida, a clara ampliação do acesso à Justiça e sua democratização, assim como a crença ainda estabelecida de que ela ainda é, por essência, o principal espaço público para a solução dos litígios, não se pode ignorar o fato de que, por outro lado, o Poder Judiciário não tem condições estruturais, procedimentais e institucionais para lidar com essa realidade.

Do ponto de vista procedimental, há um antigo coro clamando por mudanças nos mecanismos processuais nos seus mais variados enfoques. Ainda que os teóricos não sejam convergentes sobre as soluções propostas, existe a percepção consolidada de que as demandas se eternizam em recursos processuais quase infinitos. As revisões, re-revisões e re-re-revisões dos casos por um número excessivo de instâncias superpostas, por si só, já demonstram que, de uma forma ou outra, os ritos da processualística do século XX (que, em boa medida ainda são do século XIX ou mesmo do período formulário romano) precisam ser urgentemente repensados na

perspectiva de sua celeridade e efetividade para a sociedade globalizada do século XXI.

Do ponto de vista institucional, os problemas não são menores. O debate sobre os limites da dita “judicialização da política”, ou o papel político das decisões, ou o impacto econômico das decisões judiciais, por exemplo, convergem para uma questão ainda maior, que pertence aos próprios limites e possibilidades da judicialização (ou mesmo da sobrejuridificação em si) do mundo da vida. Há uma emergente reflexão sobre o papel das instituições judiciárias na regulação da sociedade democrática.

Do ponto de vista estrutural – e em um aspecto desse ponto será focada a presente análise –, há uma evidente carência de condições materiais e humanas para lidar com essa nova realidade, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo.

Em termos quantitativos, dados do Programa Justiça em Números, editados anualmente pelo CNJ, apontam a escalada de demandas. Em dezembro de 2012, por exemplo, havia 17.077 Magistrados (de todos os ramos) no Brasil, os quais já possuíam mais de 63 milhões de processos pendentes e que, até meado de 2013, já tinham recebido outros mais de 27 milhões. Projetando-se esses dados para o fim de 2013, chega-se ao assombroso número médio de perto de 5.300 processos por Magistrado, ou 14,5 julgamentos em cada dia do ano (sem descontar domingos ou férias) apenas para conter esse passivo. Nesse número geral, obviamente, cada demanda possui peso idêntico, isto é: 1 ação individual com apenas 1 pedido é estatisticamente igual a 1 ação coletiva ou civil pública com dezenas de pedidos e que afete o interesse de milhões de pessoas. Sob outra perspectiva, pode-se também perceber que a judicialização dos conflitos chega ao ponto de que, nessas mais de 90 milhões de ações, há praticamente 1 ação para cada 2 habitantes do Brasil, o que é um número insólito sob qualquer critério de comparação a outros sistemas judiciários. E nem se fala, aqui, da falta de Varas, de Servidores, de Defensores Públicos, de computadores e até de papel e caneta, seja por carência de meios, seja mesmo por má gestão dos recursos existentes nos próprios Tribunais.

Mas não são apenas os dados quantitativos que impressionam: qualitativamente, há dados muito impactantes nessa realidade judiciária. A sociedade contemporânea, com o mundo da vida complexo, intensamente interconectado e globalizado, produz conflitos igualmente densos. O final do século XX trouxe para o Judiciário as demandas hipercomplexas, em que os embates entre as partes travam-se no nível de princípios (e não

apenas de regras), e também os temas transdisciplinares, em que a afluência de dimensões econômicas, sociais e políticas sobre o mundo jurídico demanda muito mais dos profissionais do Direito. Para solucionar conflitos fundiários, de recuperação de empresas, de doenças do trabalho e de fornecimento de medicamentos a pacientes, por exemplo, os profissionais, especialmente os Magistrados, devem desenvolver conhecimentos de outras áreas, como economia, medicina, ergonomia, contabilidade, psicologia, etc. Conhecer apenas o direito é muito pouco para o profissional jurídico do século XXI.

Entretanto, o modelo atual de recrutamento dos Magistrados está bem longe dessa complexa realidade, em que a quantidade assombrosa e a qualidade diferenciada de seus conflitos estão a exigir um profissional também singular.

Dentro da tradição constitucional brasileira, o ingresso para a Magistratura é realizado mediante concurso público de provas e títulos (CF, art. 93, I). A única exceção ao concurso é a nomeação para uma fração dos cargos nos Tribunais, em que parte dos seus integrantes é alçada, de forma alternada, da carreira da Advocacia ou do Ministério Público (CF, art. 115, I, por exemplo), o que, na presente análise, em nada altera seu resultado.

Os requisitos básicos são o bacharelado em Direito e a prática profissional na área jurídica de três anos, que, porém, pode ser puramente formal. A comprovação do exercício das atividades não analisa a pertinência na área da competência funcional desejada (de forma que um advogado exclusivamente criminalista pode comprovar esse tempo para a magistratura trabalhista, por exemplo) ou tampouco a sua intensidade (de forma que a atuação em apenas 15 ou 20 petições em demandas em todo esse tempo pode ser suficiente para comprovar a “prática”, por exemplo) ou muito menos sua qualidade (de forma que petições de mera juntada de documentos, e não de arazoados, habilitam ao certame, por exemplo). A única notável exceção é a nomeação para o STF, que, embora exija notório saber jurídico, dispensa o requisito formal do bacharelado, sabendo-se, inclusive por registro histórico, que são circunstâncias nem sempre coincidentes.

A estrutura do certame é basicamente composta de quatro etapas de provas eliminatórias e uma quinta etapa de análise de títulos apenas classificatória. O conteúdo do concurso é substancialmente de natureza jurídica e de ênfase mnemônica nas etapas iniciais, com incursões meramente incidentais e episódicas em outros ramos do conhecimento.

O concurso também é realizado de forma regionalizada e segmentada, cabendo, via de regra, a cada um dos Tribunais (Estaduais ou Regionais), o processo de recrutamento com organização de bancas de concurso, elaboração de avaliações, análise de incidentes e homologação de resultados, e, ao final, a nomeação e posse dos aprovados nos respectivos quadros. Os concursos seguem diretrizes gerais previstas em diversos diplomas, como a própria Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Resolução n. 75/2009 do CNJ e outras tantas leis. Porém, considerando a diversidade de cargos, competências funcionais, normatizações e o número total de Tribunais no Brasil, pode-se dizer que há, na prática, mais de 60 concursos diferentes para o Magistrado.

Esse modelo de recrutamento, mais além, é concluído com a integração plena e irrestrita do aprovado nas suas competências funcionais. Isso implica dizer que, após empossado e em exercício, o novo magistrado pode atuar indistintamente em causas mais simples, como execuções de títulos de crédito de pequeno valor ou simples pedidos de horas extras, ou mais complexas, como ações civis públicas que envolvam o interesse de milhões de pessoas ou a persecução do crime organizado ou de colarinho branco. Não há, na tradição brasileira, a aquisição progressiva de competências funcionais para o recém-empossado, diferentemente do que se observa em outros sistemas, em que, por exemplo no modelo espanhol, a judicatura em temas de direito laboral ou de família pressupõe vários anos de prática em outros ramos e habilitação prévia em cursos específicos.

Mais do que isso, e até recentemente, a posse no cargo implicava o imediato exercício sem supervisão ou preparação prévia, passando o novo profissional diretamente à atuação plena em termos de competências funcionais, enfrentando todo tipo de dificuldade de adaptação e integração do ponto de vista pessoal e profissional. E, mais do que isso, prestando a jurisdição desarmado de conhecimentos de outros ramos, que não o jurídico-dogmático.

Entretanto, essa realidade mudou sensivelmente no plano normativo a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004.

O novo paradigma constitucional de formação do juiz e seus princípios

As complexas mudanças na sociedade contemporânea, em termos políticos, econômicos, sociológicos e mesmo jurídicos, expuseram a inadequação desse modelo até então vigente de recrutamento e integração na carreira. No âmbito constitucional, a grande novidade foi a edição da

Emenda Constitucional n. 45/2004, que, no aspecto, introduziu um autêntico novo paradigma da formação profissional na Magistratura.

Os fundamentos dessa nova matriz constitucional são muito importantes e constituem um divisor de águas na doutrina e na prática da educação para o trabalho do Magistrado como agente de poder. Mais do que isso, trazem princípios inovadores nessa desafiadora realidade da vida social.

O ponto de partida para esse autêntico “giro hermenêutico” no modelo de preparação do Juiz é a compreensão de que a autossuficiência técnica do profissional aprovado no concurso, pela mera condição formal de aprovação, nada mais é do que um mito superado.

Tanto a doutrina especializada dentro e fora do Direito (por exemplo: NALINI, 1998; SANTOS, 2001) como a análise da prática jurisdicional nos mais diversos ramos comprovam isso, o que tampouco é um problema apenas brasileiro (TEIXEIRA, 1999). Como agente político e personagem de um lugar e de um tempo definidos, o juiz deve ser sujeito de aprendizagem constante e incessante. É evidente que ele precisa de maior acompanhamento no início, na fase de vitaliciamento, quando está se integrando na carreira e se adaptando ao novo mister, em que novos conhecimentos, habilidades e atitudes são adquiridos, mas também ao longo de todo o resto da carreira, onde eles são ainda por vezes adquiridos, mas são sobremaneira desenvolvidos e aperfeiçoados. O primeiro momento, usualmente denominado de “formação inicial”, é apenas o ponto de partida para um período muito mais longo, chamado de “formação continuada” (ver, por exemplo: PNFI, 2012-2013). Enquanto for Juiz, é um Aluno permanente.

Além do conhecimento jurídico-dogmático, já testado e aprovado no certame, há outros conhecimentos (dimensão cognitiva), habilidades (dimensão funcional) e atitudes (dimensão atitudinal), definidos como “competências profissionais” (ZARIFIAN, 2001), essenciais para a qualidade do seu desempenho, diretamente relacionados com o seu conteúdo ocupacional específico naquele ramo judiciário e seu cargo. De uma maneira geral, e a despeito de especificidades de um ou outro segmento, pode-se dizer o Magistrado deve apreender, dentre outros saberes, a se relacionar com pessoas (tanto a sociedade quanto a mídia), administrar bens, pessoas e rotinas de trabalho (nas suas Varas de atuação), conciliar (estimular a pacificação social), interrogar pessoas (extrair informações relevantes e aferir sua veracidade), compreender os aspectos não-rationais da decisão (ver: PRADO, 2003) e o exercício equilibrado do poder como agente políti-

co (ver: DALLARI, 1996), por exemplo, o que envolve trânsito por outros ramos do conhecimento.

O segundo aspecto, na mesma esteira, é o de que a Ciência Jurídica é insuficiente tanto para explicar a realidade, como mesmo para apontar os caminhos da solução de seus problemas. Conhecer a dogmática jurídica, no âmbito do Direito Civil, do Trabalho, Comercial, Penal ou Constitucional, por exemplo, certamente é importante. Contudo, é ainda mais importante saber o que fazer com esses conhecimentos, como associá-los e onde usá-los. A transdisciplinariedade não é apenas um elemento discursivo, mas uma prática profissional essencial no cotidiano do operador contemporâneo, porque, na sociedade de conflitos hipercomplexos e multidimensionais, o domínio gnoseológico, no nível dos saberes, é mais demandado do que o domínio epistemológico, no nível dos ramos científicos (FOUCAULT, 1997). De pouco adianta o Magistrado divisar os domínios das ciências psicológicas e das jurídicas, com todos seus marcos teóricos, se não souber como extrair uma informação relevante de uma testemunha e aferir sua veracidade para a solução do caso concreto. Nesse sentido, a formação profissional no Magistrado volta-se para as habilidades e atitudes como profissional, e não apenas para o conhecimento estrito da dogmática jurídica (FREITAS, 2005).

Um terceiro aspecto a destacar é o de que o exercício da jurisdição está sendo reposicionado do ponto de vista político-institucional: mais do que apenas resolver “processos”, exercer a jurisdição é cada vez mais resolver “conflitos”, o que não coisas diferentes. Essa mudança de enfoque conduz a outra, não menos óbvia: a de que a Justiça presta um serviço público especializado, no qual o cidadão é o seu referencial. Ao ingressar com a demanda para solucionar o seu conflito (e não apenas o “processo”, que é uma categoria puramente jurídica estranha ao problema concreto do cidadão), o cidadão coloca-se na posição de usuário de um serviço público, cuja prestação deve atender a parâmetros de qualidade, aferida em termos de duração razoável, de imparcialidade, de fundamentação e de tratamento adequado pelos servidores e agentes de poder que o prestam. Não por acaso, esses atributos estão na principiologia do modelo constitucional e legal que regulamenta a atuação judiciária, sob pena de nulidade dos atos ou mesmo de punição dos agentes.

Ao ingressar com a demanda, o cidadão exerce o seu acesso à Justiça não apenas como um direito isolado e desconexo, mas como face de um dever correlato por parte do Estado-Juiz na eficiência do serviço. Ganhar ou perder faz parte do jogo do processo, mas ter uma decisão demorada,

parcial, desfundamentada ou rude corresponde a um serviço público mal prestado. Em síntese, e ao acessar o Judiciário, o cidadão exerce um direito integrado pelo binômio de poder entrar no sistema (*input*), mas também de sair com certos atributos de qualidade do serviço (*output*). Nesse sentido, pode-se falar propriamente na legitimidade do Poder Judiciário e seus agentes como uma permanente legitimação pelo procedimento (e não por episódios de eleição periódica, como no Executivo e no Legislativo) em um serviço eficiente do ponto de vista do resultado final para o cidadão em cada caso concreto.

Esse reposicionamento do papel do processo e da atuação político-institucional do Magistrado conduz ao fenômeno da parametrização de resultados e da profissionalização da administração judiciária. Ainda que essa vertente leve a certos exageros com o reducionismo estatístico, não se pode deixar de reconhecer a importância da construção de referenciais mínimos de aferição de desempenho na prestação do serviço público de Justiça. Se o conteúdo de decisões fundamentadas dificilmente pode ser questionado pela liberdade de convencimento do julgador e pela subjetividade externa, não se pode negar que é razoável esperar algum parâmetro aferível objetivamente de comprometimento com o resultado útil dos processos e da carga comparativa relativa de trabalho, além da simplificação de procedimentos, otimização de recursos materiais e humanos e supressão de modelos de trabalho arcaicos e repetitivos.

Nessa quadra, a tecnologia exerce um papel decisivo. A integração de tecnologias de telecomunicações e informática nos processos constitui, em si mesma, uma revolução silenciosa nas entranhas do Judiciário. O “tempo morto” do processo, consumido parado em prateleiras e com atividades monótonas, repetitivas e meramente braçais, como a perfuração de folhas, aposição de carimbos inócuos e registros burocráticos de andamento, são práticas medievais que desafiam qualquer critério de racionalidade administrativa e conspiram contra a duração razoável do processo.

Por outro lado, a introdução do Processo Judicial Eletrônico (PJe) na Justiça do Trabalho, por força da Resolução n.º 94, de 23/03/2012, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, e em todo o Poder Judiciário Brasileiro, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, constitui um grande avanço nesse sentido. A implementação de um sistema único, nacionalizado e integrado entre si e com outros subsistemas, como estatística e remessa a outros órgãos e interação com os diversos protagonistas (advogados, peritos, promotores, etc.), muda substancialmente o modelo de prestação do serviço público de Justiça, tanto do ponto de vista de suas rotinas quan-

to de sua organização e mesmo composição de quadros e papéis institucionais. A formação do Juiz, nesse passo, deve se voltar substancialmente para o ensino de tecnologias aplicadas à Magistratura e sua gestão: não basta saber operar esses sistemas, mas sim como gerir suas funcionalidades dentro de seus limites e possibilidades como instrumentos de efetividade jurisdicional.

Esse panorama, ainda que sumário, retrata a mudança paradigmática na formação profissional do Magistrado, que, com a edição da Emenda Constitucional n 45/2004, desenhou princípios próprios, que podem ser resumidos nas idéias de institucionalização e de profissionalização da formação dos Magistrados.

A institucionalização significa que a formação é realizada dentro do próprio Poder, como atividade integrada na carreira e inerente ao ofício dos Tribunais. Constitui uma atribuição precípua do Poder Judiciário (e não de terceiros ou entes privados) prover a aquisição e o desenvolvimento de competências profissionais nos seus agentes de poder. A expressão constitucional desse princípio está nos arts. 105, parágrafo único, I, e III-A, par. 2º, I, relativamente à criação e atribuições das Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, aquela junto ao Superior Tribunal de Justiça, e esta ao Tribunal Superior do Trabalho. Em ambos os casos, como redações idênticas, são atribuições de cada Escola “...dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira”.

Na prática, isso significa que os Tribunais passam a contar com Escolas institucionais próprias, com orçamento definido, pessoal qualificado e instalações especializadas. Na sua missão, atuam diretamente ou por convênios, tanto com Instituições de Ensino Superior, como mesmo por outras entidades privadas, como as conhecidas “Escolas de Magistratura”, tradicionalmente criadas pelas associações de Magistrados e pioneiras no segmento. De qualquer forma, o desenvolvimento e a execução dos projetos político-pedagógicos nessa formação profissional, o que envolve seleção de docentes e o controle de frequência e aproveitamento, por exemplo, são atividades totalmente institucionais.

Embora a idéia de institucionalização não possa representar um modelo hermético ou avesso a todas as inúmeras outras fontes de saberes do mundo da vida, ela estabelece um filtro ou matriz de controle sobre a validade desses saberes para fins de certificação e seus efeitos, como vitaliciamento e progressão. Esse filtro exerce o duplo papel de otimizar a for-

mação, mantendo o Magistrado focado nas competências profissionais essenciais ao seu mister, sem dispersar tempo e recursos preciosos em atividades laterais ou secundárias, e também garante a prevalência do interesse público na formação do Magistrado, que, como agente de poder, deve ter sua liberdade de convencimento intelectual respeitada, e protegida da cooptação por interesses de grupos de pressão ou empresas privadas, por exemplo. Essa última circunstância não pode ser desprezada, porque há entidades largamente interessadas em reforçar a veiculação de seus argumentos na formação de pré-conceitos sobre matérias de apreciação judicial que povoam os Tribunais. A “terceirização” ou “privatização” da formação do agente político conspira contra o interesse público e oferece altos riscos à sociedade. Por isso, é fundamental o seu viés institucional.

A profissionalização, por sua vez, vincula a atividade formativa com a sua própria carreira, e está retratada na interpretação sistemática de diversos dispositivos, como os do art. 93, II, c, e IV, da Constituição Federal, ao preverem “cursos oficiais ou reconhecidos” para vitaliciamento, aperfeiçoamento e promoção. Em síntese, a profissionalização envolve três idéias correlatas: formação no trabalho, do trabalho e para o trabalho.

A primeira delas é a de que as ações formativas (cursos e outros eventos) ocorrem durante o trabalho, ou, melhor dizendo, como trabalho. O Magistrado passa a ser aluno quando está inserido no seu ambiente profissional e no exercício das funções, o que também significa que sua participação nas atividades discentes ou docentes correlatas é trabalho em si mesmo, a exigir, de um lado, afastamento ou liberação de outras atribuições típicas (suspensão de prazos de julgamentos e audiências, por exemplo), e, de outro, a frequência e participação integrais nas atividades formativas.

A segunda é a de que essas competências profissionais veiculadas são extraídas do próprio trabalho. Os mapas de competências ou trilhas de aprendizagem que orientam os projetos político-pedagógicos nada mais são do que espelhos da prática judiciária, onde se apreende a interrogar uma testemunha, a conceder uma entrevista para explicar suas decisões, a gerir a sua equipe de trabalho, ou qualquer outra atividade inerente ao seu conteúdo ocupacional típico. A formação profissional é estruturada, assim, a partir do específico conteúdo do trabalho do Juiz, e não do Professor, do Advogado ou de outro profissional jurídico.

A terceira, não menos importante, é de que a formação destina-se obviamente à qualificação do seu trabalho concreto como Juiz, e não como

Professor ou Pesquisador. Nesse sentido, é importante o divisor de águas que se abre entre formação profissional e formação acadêmica, porque é relativamente frequente ver a associação da qualificação do juiz com a necessidade de conclusão de cursos de pós-graduação, como especializações, mestrado e doutorado acadêmicos. É evidente que o objetivo destes, em linhas gerais, é a atualização de conhecimentos jurídico-dogmáticos ou a habilitação para a docência e a pesquisa em Instituições de Ensino Superior. Não se pode negar, por certo, que qualquer tipo de aquisição de conhecimento colabora com o exercício profissional, seja do juiz ou do médico ou engenheiro, mas, aqui, além da diversidade de enfoques e objetivos formativos, também existe um diferencial extremo em termos de custo-benefício. Cursos profissionalizantes de curta duração em competências altamente especializadas para o Magistrado (técnica de conciliação, de interrogatório ou de entrevista, por exemplo) tendem a impactar muito mais na sua prática profissional, com significativa redução de custo financeiro e tempo dedicado, do que um curso de longa duração de mestrado ou doutorado, por exemplo. Mais do que isso, e não menos óbvio, habilidades de docência ou pesquisa, como regra, não são competências profissionais típicas de um profissional Magistrado, Promotor ou Advogado.

A institucionalização e a profissionalização da formação dos Magistrados, como se percebe configuram princípios constitucionais próprios que orientam os projetos políticos-pedagógicos. Embora seja uma temática relativamente nova e em franco desenvolvimento, pode-se chamar a atenção para um elenco complementar de princípios já desenvolvido e em operacionalização em uma das Escolas Nacionais criadas na Emenda Constitucional n. 45/2004: a ENAMAT/TST.

A estrutura da formação na Justiça do Trabalho: o case da ENAMAT

A ENAMAT foi instituída no âmbito da Justiça do Trabalho por ato do Tribunal Superior do Trabalho, na forma da Resolução Administrativa n. 1140, de 01 de junho de 2006, e foi instalada em 18 de setembro de 2006. A Escola funciona junto ao Tribunal Superior do Trabalho, contando com instalações de secretaria e de instrutoria próprias e especializadas, com corpo profissional integrado por Servidores qualificados em administração, psicologia, tecnologia, e, em especial, em educação para adultos.

O principal objetivo institucional da ENAMAT é a realização de ensino profissional, ao “promover e regulamentar cursos de formação inicial, de formação continuada, de formação de formadores, e outras atividades

de ensino, intercâmbio e estudos, diretamente ou por meio de convênios”, voltados especificamente para “proporcionar o conhecimento profissional teórico e prático para o exercício da Magistratura” (art. 20, II, da Resolução Administrativa n. 1140/2006). No seu âmbito, a “formação inicial” é dirigida aos Juízes Vitaliciandos; a “formação continuada” a todos os Juízes Vitalícios de qualquer grau de jurisdição; e a “formação de formadores”, para a preparação de profissionais de ensino em geral de seus cursos, como instrutores presenciais, tutores de ensino à distância, conteudistas, coordenadores pedagógicos, avaliadores e outros tantos. Além do ensino, o mesmo artigo 20 define que a Escola Nacional tem por objetivo a realização de atividades relacionadas à pesquisa, à publicação, à definição de políticas de ensino profissional e à coordenação de um sistema integrado de formação composto pelas 24 Escolas Judiciais de cada um dos respectivos 24 Tribunais Regionais do Trabalho.

O mais importante, porém, foi definir e periodicamente reavaliar o conjunto de competências profissionais que pretende sejam adquiridas e desenvolvidas pelos Magistrados do Trabalho como Alunos-Juízes, no âmbito da Resolução ENAMAT n. 07/2010. No seu elenco, há dezenas de competências profissionais, divididas em eixos ou subeixos temáticos e detalhadas no nível de dimensões (conhecimentos, habilidades e atitudes), em grau de especificidade e profundidade único no Brasil e raramente visto em outros países, tratando de aspectos: sociopsicológicos, jurídico-trabalhistas, jurisdicional-trabalhistas, administrativo-funcionais, sociointerativos, político-institucionais, jurídico-deontológicos, jurídico-diquelógicos e argumentativo-discursivos. Essas definições prévias são essenciais, porque é preciso saber, primeiro, que Juiz se quer, para depois formar (ou transformar) esse profissional.

Essas atividades, porém, informadas pelos princípios constitucionais da institucionalização e da profissionalização, são orientadas também por outros princípios, derivados do sistema normativo que configura o Estatuto da Magistratura e pelas concepções educacionais da andragogia e da heutagogia aplicadas ao mundo das profissões dos agentes públicos. Nesse sentido, a ENAMAT instituiu Programas Nacionais de Formação (Inicial e Continuada) que definem os objetivos gerais e específicos da formação, mas também e especialmente seus princípios informadores, que podem servir de exemplo.

Na sua última edição, esse documento político-pedagógico elenca diversos princípios (PNFI 2012-2013, p. 27), dos quais podem ser destacados os seguintes, pela sua relevância e pertinência:

(a) respeito pleno à liberdade de entendimento e convicção do Aluno-juiz em todo o itinerário formativo, desde o planejamento pedagógico até a avaliação;

(b) democratização interna, transparência e ética, nas Escolas, dos processos de construção, gestão e compartilhamento dos saberes do exercício profissional;

(c) sistematicidade e progressividade da aquisição prática dos saberes da formação inicial no exercício profissional;

(d) acessibilidade plena, pelos Juizes, aos instrumentos e às oportunidades de formação inicial;

(e) postura ativa e interativa dos Alunos-juizes no processo de aprendizagem, com o privilégio para técnicas de ensino dialógicas, participativas e de compartilhamento de saberes, práticas e experiências; e

(f) inserção tutelada, individualizada e progressiva no meio ambiente profissional e nas atribuições funcionais do cargo.

Como se observa, esses princípios orientam tanto o desenvolvimento do projeto, quanto a natureza das atividades, as técnicas de ensino empregadas, a sua simetria com a prática profissional concreta e a extensão e o papel dos instrumentos de avaliação. Mais do que um direito do Magistrado, a formação profissional e institucional constitui um dever dele perante a instituição e, acima de tudo, perante a sociedade, mas que é exercido com limites claros em respeito à sua liberdade de convicção tanto como julgador como aprendiz, porque essa é exatamente a pedra de toque da garantia da independência judiciária.

Para o desempenho de suas atividades em concreto, ainda, a ENAMAT desenvolveu técnicas de ensino específicas para a formação de profissionais agentes de poder, como os “laboratórios judiciais”, com simulações de instrução processual, de decisão processual, de gestão judiciária e de conciliação judicial (ver: PNFI 2012-2013, por exemplo). Além disso, e para estabelecer segurança jurídica tanto para os Alunos-Juizes como para a própria sociedade na qualidade da formação, regulamentou os mais variados aspectos dessa qualificação profissional, como conteúdos, cronograma, frequência e aferição de aproveitamento nos períodos de formação inicial e de formação continuada, ensino a distância por plataforma web com e sem tutoria (síncrono e assíncrono), certificação e validação de atividades formativas profissionalizantes, carga horária semestral mínima de formação e suas implicações e tantas outras.

Na prática, e por conta de normatização conjunta com o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e com a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (CGJT), a frequência e o aproveitamento nas atividades formativas profissionalizantes da ENAMAT e das 24 Escolas Judiciais são vinculantes para todos os momentos importantes da carreira do Magistrado, seja ele Juiz Substituto, Juiz Titular ou Desembargador do Trabalho, como: vitaliciamento, promoção, remoção, permuta, integração em Comissões de Vitaliciamento e em Comissões de Concurso, convocação para atuação nos Tribunais em substituição e mesmo para o exercício de Direção de Foro Trabalhista. Em síntese, e nesse modelo, se é verdade que a formação profissional mediada pela Escola passa a ser elemento essencial para a vida profissional do próprio Juiz, não é menos verdade que a sociedade pode passar a contar, a partir de então, com Magistrados mais qualificados e preparados para os desafios quantitativos e qualitativos do seu trabalho como agentes de poder.

Como se observa, o caso da ENAMAT/TST constitui um exemplo concreto e pioneiro da incorporação desse novo paradigma constitucional e de implementação dos princípios da formação profissional dos juizes, em que se busca aprimorar a capacidade de solução dos conflitos, tanto em quantidade como em qualidade, da complexa sociedade contemporânea.

Considerações finais

A maioria da Constituição Federal de 1988 como “Carta Cidadã” fez-se acompanhar da notável ampliação do acesso à Justiça, tanto em termos do colossal volume de demandas até então reprimidas, quanto em termos da hipercomplexidade das próprias demandas, retratos da conflitiva e paradoxal sociedade do século XXI. Entretanto, e até recentemente, com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, os Magistrados não vinham sendo devidamente qualificados para enfrentar esse volume e essa complexidade de conflitos judicializados. É desnecessário dizer que esse descompasso conspira gravemente contra a efetividade dos direitos individuais e sociais constitucionalizados, porque o Poder Judiciário, como instância última de afirmação e garantia concreta desses direitos, não vinha tendo o comprometimento institucional necessário.

A seu turno, também está evidenciado que o modelo até então vigente de recrutamento de Magistrados estava muito distante de selecionar os profissionais com as competências profissionais necessárias para enfrentar esses desafios. O mero conhecimento jurídico-dogmático, muitas vezes

puramente mnemônico, e a prática jurídica exclusivamente formal por três anos são muito pouco a ser demonstrado pelos candidatos a ocupar um cargo vitalício de agentes de poder.

Entretanto, a citada Emenda Constitucional promoveu um autêntico “giro hermenêutico” nessa realidade, ao protagonizar a introdução de um novo paradigma constitucional em termos de qualificação dos Magistrados, agora institucional e profissional. A criação de Escolas Nacionais dentro da instituição, com papel de ensino profissional e de gestão e coordenação de sistemas de formação integrados, revoluciona o modelo até então vigente.

Ser Magistrado, hoje, é ser um Aluno-Juiz de forma permanente, desde o ingresso na carreira e ao longo de todos os cargos e postos que se seguirem ao longo de sua vida profissional. Ao ser um aprendiz permanente, em um modelo de formação no trabalho, do trabalho e para o trabalho, o Magistrado qualifica-se como profissional e, acima de tudo, como um agente de poder apto a enfrentar os crescentes desafios da sociedade do século XXI, altamente dinâmica e repleta de paradoxos e contradições por vezes insolúveis. Nesse sentido, a experiência da ENAMAT/TST desponta como um exemplo pioneiro e não menos paradigmático, ao reformular aspectos institucionais e formatar elementos metodológicos, inclusive didático-pedagógicos, com base nesses novos princípios informadores, para apostar na transformação criativa dessa realidade e contribuir para a concretização de direitos e garantias individuais e sociais. Esse exemplo, em síntese, constitui uma aposta no futuro da instituição e da própria Justiça como valor social no século XXI. Como a própria ENAMAT se auto-define, ela é, efetivamente, o lugar “onde a Justiça vai à Escola”.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal*, com o acréscimo da Emenda Constitucional n. 45/2004.

BRASIL. *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho*. Resolução ENAMAT n. 01/2008, com a redação dada pela Resolução ENAMAT n. 03/2009. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BRASIL. *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho*. PNFI – Programa Nacional de Formação Inicial 2012-2013. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BRASIL. *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho*. Resolução ENAMAT n. 07/2010. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Resolução Administrativa n. 1140, de 01 de junho de 2006 (com a redação dada pela Resolução Administrativa n. 1362, de 16 de novembro de 2009). Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

DALLARI, Dalmo A. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FREITAS, Graça Maria Borges de. *O papel do juiz na sociedade contemporânea: entre a política, a economia, os valores morais e as promessas do Estado Democrático de Direito – Uma abordagem da história do presente*. Revista Trabalhista – Direito e Processo, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 23- 47, jul./set. 2005.

NALINI, José Renato. *O futuro das profissões Jurídicas*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millenium, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir.). *O Recrutamento e a Formação de Magistrados: Uma proposta de renovação*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa – Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia – Universidade de Coimbra, 2001. 2 vols.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZARIFIAN, P. *O objetivo competência: por uma nova lógica*. São Paulo: Atlas, 2001.

A *ACCOUNTABILITY* COMO INSTRUMENTO EFICAZ NO GOVERNO ELETRÔNICO E NO PROCESSO JUDICIAL

Rodrigo da Costa Vasconcellos*
Odisséia Aparecida Paludo Fontana**

Introdução

O presente artigo discute a evolução da sociedade contemporânea enfatizando a sociedade de informação. O desenvolvimento da Sociedade Informacional revolucionou os valores sociais e culturais e repercutiu na política e na economia. Se antes o que valia era sumamente o trabalho físico, hoje impera a informação e o uso que se faz dela para a geração e transmissão de conhecimento. A Sociedade Informacional, que viabiliza o acesso imediato a todo o tipo de informação, sem limites de tempo e de espaço, representa uma grande conquista da humanidade.

Sabe-se que esta conquista tecnológica não determina a sociedade e sim, a sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias.

Ante uma sociedade democrática que sofre com a corrupção e o nepotismo, surge a necessidade de controlar e fiscalizar os atos dos agentes públicos, sendo sob este aspecto que o trabalho problematiza se a *accountability* é um instrumento eficaz no governo eletrônico e no processo judicial.

Neste sentido, justifica-se que a população tem o direito de exercer o seu direito de informação e cobrar responsabilização, através de associações ou pelos próprios cidadãos de forma individual, acompanhando os atos administrativos e ou judiciais, exigindo o cumprimento das ações estabelecidas.

* Doutorando em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito na Universidade Comunitária da Região de Chapecó. E-mail: rcv@unochapeco.edu.br

** Doutoranda em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de Direito na Universidade Comunitária da Região de Chapecó. E-mail: odisseia@unochapeco.edu.br

Para atingir o objetivo deste trabalho, o método empregado será o dedutivo, desenvolvido essencialmente através de pesquisa bibliográfica. Além do que, o trabalho é dividido em quatro partes: no primeiro momento o trabalho trata da *accountability*, sua origem, conceito e espécies, até chegar no governo eletrônico onde apresenta-se conceitos sobre governo eletrônico e suas atribuições; na terceira parte trata-se do processo judicial e o conhecimento, demonstrando quando o mesmo foi instituído, sua normatização e sua função. Por último, trata-se do objetivo central do trabalho, se *accountability* é um instrumento eficaz no governo eletrônico e no processo judicial, demonstrando em que casos ocorrem cada tipo de *accountability*.

Accountability e suas bases conceituais

O termo *accountability* tornou-se conhecido em 1794 pelos ingleses, como uma nova forma de gerenciar as empresas capitalistas, rompendo com os métodos tradicionais, já que nesta época o capitalismo do século XVIII estava emergente (PINHO; SACRAMENTO, 2000). Após este período o termo continua a existir, mas usado de forma menos intensa.

Em um primeiro momento, utiliza-se *accountability* no setor privado, tanto que seu termo surgiu dentro da administração das empresas, e lentamente é introduzido no setor público e nas esferas administrativas de governo norte americano.

No século XIX, o governo norte americano começa a sanar um problema que durava mais de 50 anos, chamado de corrupção, introduzindo uma administração eficaz, baseada em uma administração de negócios privada, fortalecendo e purificando a sua organização através de métodos de controle, sendo discretamente usada a *accountability*. Ressalta-se que o instrumento da *accountability* nas esferas governamentais só é possível em países democráticos, onde se permite a participação e a discussão dos interesses gerais na sociedade, como nos Estados Unidos.

De forma singela, o problema da corrupção foi parcialmente resolvido, e no final do século XX, aproximadamente na década de 1980, novamente nos países de língua inglesa a *accountability* volta ao cenário de forma mais enfática, sendo que não refletiu-se mais tanta corrupção no governo norte americano, pois utilizou-se da *accountability* como forma de controle, fiscalização e responsabilização dos agentes (BEHN, 1998, p. 6).

O termo *accountability* pode ser usado como uma forma de calcular, computar, avaliar, explicar e de mensurar algumas situações, de acordo com a interpretação dos ingleses (SOCIALIRIS, 2013).

Para a língua portuguesa o termo *accountability* é de difícil conceituação, mas é muito usado como uma forma de controle dos atos dos governantes e como uma forma de responsabilizar as pessoas pelos seus atos perante outras pessoas e a sociedade, sendo imposto uma sanção, ou ainda, é uma forma de obter respostas por aquilo que se questiona, sendo que tanto uma forma ou outra podem ser aplicadas na esfera pública ou privada.

A utilização de *accountability* como sinônimo de responsabilidade é citada por Campos (1990) que ao voltar dos Estados Unidos na década de 1990, encontrou um Brasil mais democrático, sob a égide de uma Constituição Cidadã, com promessas de uma administração pública mais eficiente e controlável, dessa forma o termo *accountability* passou a ser usado usualmente como responsabilização.

Dentro desta responsabilização, temos a responsabilidade objetiva ou obrigação de responder por algo e a responsabilidade subjetiva que é interna da própria pessoa. Na responsabilidade objetiva a *accountability* importa a responsabilização de uma pessoa perante a outra, ou seja: um sujeito pratica um ato e é responsável por este ato perante outra pessoa, ou sociedade. Na responsabilidade subjetiva vem de dentro da pessoa, a pessoa que cometeu algo equivocado deve sentir esta responsabilidade, ou melhor, se ele é um agente público e cometeu um erro ele mesmo deve se punir, arcar com erro, mas na verdade isto não ocorre. Então, cabe a *accountability* exigir esta responsabilização, que é de fora (sociedade) para dentro (agente público, por exemplo).

Diante destas responsabilidades, são desenvolvidos tipos de *accountability*, para melhor entender e aplicar a responsabilidade. Dessa forma, tem-se um desdobramento em *accountability* vertical, horizontal e não eleitoral ou intra-estatal (societal) e judicial.

A *accountability* vertical refere-se às atividades de fiscalização dos cidadãos e da sociedade civil que procuram estabelecer formas de controle ascendentes sobre governantes e burocratas, e tais atividades seriam como os plebiscitos e consultas públicas, ações da mídia ou da sociedade civil que buscam expor delitos praticados por pessoas que exercem cargos na gestão pública (O'DONNEL, 2001). Melhor explicando, na *accountability*

vertical a sociedade exerce o poder de controlar, responsabilizar e punir os governantes pelos seus atos, como por exemplo: não elegendo-os.

Já a *accountability* horizontal ocorre através de mecanismos institucionalizados de controle e fiscalização mútua, entre os poderes (*checks and balances*, medida como ficaram conhecidos tais mecanismos na tradição anglo-saxônica). Este tipo de *accountability* ocorre dentro da mesma esfera, onde há a existência de agências estatais com poder, vontade e capacitação para supervisionar (O'DONNEL, 2001). Este tipo de *accountability* é dentro das mesmas esferas de poder, como por exemplo, dentro da própria administração pública há pessoas com a função de controlar os atos dos demais e responsabilizá-los pelas suas atitudes equivocadas.

A *accountability* societal é a ampliação do conceito da *accountability* vertical, sendo caracterizada como forma de atuação da sociedade no controle das autoridades políticas, com ações de associações de cidadãos, movimentos sociais, com o objetivo de expor os erros das instituições públicas.

No poder Judiciário, as formas de *accountability* judiciais encontram-se principalmente na esfera institucional, podendo ser diferenciadas como: “*accountability* judicial “decisional”, que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões; “*accountability* judicial comportamental”, que significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade, entre outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção; “*accountability* judicial institucional”, que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento e relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados; e por último a “*accountability* judicial legal” significa o fornecimento de informações e justificações sobre o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação (TOMIO; ROBL FILHO, 2013).

Sob este aspecto, a *accountability* judicial também proporciona que a sociedade possa controlar os atos e ações dos agentes do judiciário, quer magistrados e ou funcionários, podendo inclusive cobrar responsabilização dos agentes que agiram de má fé ou com negligência, dando origem aos atores da *accountability*.

No entanto, quem são estes atores necessários para aplicar a *accountability* ? Os atores são os agentes que irão exercer a *accountability*, sendo

que podem ser sujeitos apenas atores institucionais como agentes de responsabilização, ou, um maior número de atores e organizações, institucionais. O'Donnel (2001) também considera o judiciário como um agente, mas da *accountability* horizontal, desde que e somente se estiver incumbida na função de fiscalizar e punir violações legais. Já Mainwaring e Scott (2003) entendem que o judiciário pode ser um ator não somente para fiscalizar e punir transgressões legais, como no caso da *accountability* judicial comportamental.

Levando em consideração não só a *accountability* horizontal e vertical, mas também a societal e a judicial, devem exercer a função de controle e fiscalização do Poder Público, também a sociedade civil, mesmo que esta não esteja munida de instrumentos punitivos legalmente, mas eles podem acionar o Ministério Público e ou o Judiciário.

Com a atuação dos atores é possível a *accountability* ter eficácia, mas para isto devem ser identificadas como necessárias, de acordo com Pinho e Sacramento (2009, p. 4) a: informação, justificação e punição. A informação e a justificação são a obrigação que os gestores têm de informar, explicar e responder pelas suas ações. A punição é a capacidade que as agências têm de impor sanções e penas para aqueles que infringem os seus deveres.

O'Donnel (1998) afirma que os instrumentos da *accountability* horizontal ou vertical são frágeis. Na *accountability* vertical onde a mídia ou organizações civis são atores, pode-se correr o risco de que estas sofram algum tipo de influência e ao denunciar algum delito, podem nomear pessoas responsáveis sem na verdade serem os verdadeiros responsáveis, punindo inocentes e deixando impunes os responsáveis efetivos. Aponta ainda o respectivo autor como fragilidade da *accountability* horizontal “a possibilidade de violação através da usurpação ilegal da autoridade de uma agência estatal por outra e da corrupção, que consiste na obtenção de vantagens ilícitas por uma autoridade pública para si ou para aqueles de alguma maneira ligados a ela” (O'DONNEL, 1998, p. 8).

No que se refere às fragilidades, a *accountability* judicial decisional tem a possibilidade de afrontar a independência judicial decisional pelo julgamento, não estar de acordo com interesses ou perspectivas de parte da população, tornando-se perigosa, pois pode essa violação ser utilizada por grupos sociais, econômicos e políticos fortes para retirar direitos constitucionais e legais de grupos fracos ou minorias (BRODY, 2008).

Já a *accountability* judicial comportamental apresenta como fragilidade a dificuldade de obtenção de informações e dados para mensurar o cumprimento pelos agentes dos deveres e dos resultados esperados (TOMIO; ROBL FILHO, 2013).

Neste aspecto pode-se dizer que a *accountability* societal tem exercido um papel fundamental através das organizações da sociedade civil na ampliação e fortalecimento da democracia, no entanto ainda é frágil porque não tem a sustentação necessária por parte do estado, encontra muita resistência, justamente pelo fato de às vezes denunciar os que possuem o poder, os que estão governando, isto é uma característica dos países em desenvolvimento e das relações de poder no espaço público.

No Brasil, a *accountability* é possível de ser aplicada porque é um país democrático, e como exposto acima, este instrumento só é permitido em sociedades democráticas e quanto mais avançado for o processo democrático, mais interesse em abordar-se a *accountability*.

De acordo com o entendimento de Abrucio e Loureiro (2004), a democracia pode ser entendida com base em três ideais: um governo que emane da vontade popular; que os governantes prestem contas ao povo, responsabilizando-se perante ele, pelos atos ou omissões cometidos no exercício do poder, e que o Estado deve ser regido por regras que delimitem seu campo de atuação em prol da defesa de direitos básicos dos cidadãos, tanto individuais quanto coletivos.

A partir da metade do século XX, estes ideais visaram a garantir a *accountability* na sociedade contemporânea. No primeiro ideal podemos citar como exemplo o processo eleitoral, que garante a soberania popular. No segundo ideal é a questão do controle institucional, onde os cidadãos podem cobrar dos governantes e de quem exerce funções burocráticas a prestação de contas dos seus atos. Cita-se como exemplo do terceiro ideal as regras estatais intertemporais, que de certa forma limitam a atuação dos governantes e que estes não podem a qualquer momento efetuar alterações que venham a lesar os direitos dos indivíduos.

Esses três ideais ou formas de garantir a *accountability* contemporânea sob o aspecto democrático podem ser abordadas da seguinte forma: o processo eleitoral como uma forma de *accountability* é o ponto principal e inicial de um governo democrático. Para um governo democrático ser eficaz, não basta um sufrágio eleitoral (eleições), ele deve garantir além de outros direitos, o da liberdade de expressão, de opinião, de reunião e de informação. Nas eleições podem ser construídas regras que propiciem uma

relação de fidelidade entre representantes e representados e neste aspecto entra a *accountability*, que pode estabelecer instrumentos e regras para viabilizar esta relação. A *accountability* pode criar mecanismos de fiscalização e participação dos cidadãos no controle, por exemplo, das promessas eleitorais.

Outra questão importante é o controle institucional durante o mandato, que vai além das eleições, sendo condicionado pela transparência e visibilidade dos atos públicos. Esta transparência e visibilidade são de suma importância para que os atores políticos e sociais possam ativar os mecanismos de responsabilização.

O controle judicial também é uma maneira de fiscalizar o poder público. Se o poder público não agir de acordo com as determinações legais, os governantes podem ser punidos.

Outro aspecto que merece destaque é o controle social, que em linhas gerais é o que garante a qualidade da democracia representativa: informação e debate entre a população, instituições que garantam a fiscalização, regras que incentivem o pluralismo e coíbam o privilégio de alguns grupos diante da maioria desorganizada e principalmente a garantia dos direitos aos cidadãos.

É a partir deste ponto que se pode falar em *accountability* mais democrática, sendo que seu exercício depende da criação de regras intertemporais que protejam os direitos básicos dos indivíduos e da coletividade. Essas normas poderão assegurar a limitação do poder dos governantes que foram escolhidos pela maioria da população, à qual não podem impor a mudança de todas as regras da sociedade independentemente da vontade dos demais.

Tendo em vista a apresentação dos conceitos e formas de *accountability* até o momento, serão discutidos a partir de agora o governo eletrônico e o processo judicial eletrônico e será analisado se a *accountability* pode ou não ser um instrumento utilizado na eficiência destes dois segmentos, já que em ambos há o interesse da sociedade, quer para acompanhar as ações do poder público, quer para acompanhar as ações do judiciário no que é de interesse de cada um em particular ou até mesmo da coletividade.

Governo eletrônico

Nossa sociedade está em progresso constante no emprego das novas tecnologias de informação. As tecnologias de comunicação referem-se aos

mecanismos e programas que facilitam o acesso a dados de maneira universal, ou seja, sem impor nenhum tipo de barreira, a não ser aquelas que se referem à segurança e integridade dos sistemas, como as tecnologias de redes de computadores.

As tecnologias relativas ao conhecimento dizem respeito basicamente ao desenvolvimento de programas (software) que organizem, armazenem e manipulem os dados de tal forma que facilite a compreensão destes por um universo infinito de interessados.

Atualmente se debate amplamente sobre os aspectos jurídicos do governo eletrônico. Sinônimo da necessidade de respostas a desafios que a nova sociedade se coloca com a revolução da informática (ROVER, 2009, 22).

O Governo Eletrônico é uma forma puramente instrumental de administração das funções do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) e de realização dos fins estabelecidos ao Estado Democrático de Direito que utiliza as novas tecnologias da informação e comunicação como instrumento de interação com os cidadãos e de prestação dos serviços públicos (ROVER, 2009, 24).

De forma mais simples, o governo eletrônico é uma forma de organização do conhecimento que permitirá que atos e estruturas burocráticas desapareçam e a execução de tarefas que exijam uma atividade humana mais complexa seja realizada rapidamente.

O governo eletrônico pode ser dividido em 3 categorias: G2G, que envolve compras ou transações entre governos; G2B caracterizado pela relação entre governo e fornecedores e G2C, relação entre governo e cidadãos. As duas primeiras categorias ainda são as responsáveis pela maior parte dos investimentos feitos (Idem, 2009, 24).

De maneira funcionalista, o governo eletrônico deve constituir-se em um processo de definição de políticas e diretrizes para articular as ações de implantação de serviços e informações que vão naquela direção.

O governo eletrônico ideal permitiria que o cidadão em geral tivesse acesso a todos os procedimentos de seu interesse ou da coletividade e que dependam da ação governamental, a qualquer tempo e em qualquer lugar.

De outra maneira, ocorreria a melhoria da qualidade dos serviços prestados pelo Estado e a sociedade tornar-se-ia mais ciente de seus direitos e deveres. Como exemplo, podemos verificar o avanço em várias áreas:

- Simplificação dos procedimentos e integração das informações com conseqüente aperfeiçoamento dos modelos de gestão pública (diminuição da burocracia);

- Integração dos órgãos do governo em todos os seus âmbitos, municipal, estadual e federal;

- Transparência e otimização das ações do governo e dos recursos disponíveis, através da prestação eletrônica de informações, serviços e das contas públicas; Desenvolvimento do profissional do serviço público;

- Avanço da cidadania e da democracia com a promoção do ensino, alfabetização e educação digital.

No que concerne aos problemas que acompanham os sistemas de informação, a segurança, outros fatores dificultam a construção do governo eletrônico:

- Falta de determinação e de um esforço coordenado, dificuldades em dar o primeiro passo, conservadorismo, medo;

- obstáculos culturais: cultura do curto prazo faz com que se pense que mudanças importantes podem ocorrer facilmente e rapidamente, dificuldade em adaptação às mudanças;

- burocracia representada em estruturas e normas arcaicas; – chefias castradoras de novas ideias;

- duplicidades, fracionamento de serviços;

- escassez de recursos;

- há serviços que não podem ser prestados sem a presença do cidadão;

- a automação dos processos gera desemprego e exige maior escolaridade da mão de obra;

- a infraestrutura da comunicação deve ser objeto de permanente investimento;

- há muita diversidade de padrões de procedimentos nas diferentes entidades o que exige muita articulação e um maior custo no processo.

O Poder Judiciário no Brasil apresenta inúmeros problemas. O principal deles é a conhecida demora na prestação jurisdicional, que, espera-

mos, em breve seja superada dado o elevado grau de informatização que vem ocorrendo nos últimos anos.

Finalmente, inicia-se um movimento de reflexão e instalação do processo digital que elimina a velha forma de registrar os diversos momentos de um processo judicial, através do papel.

A eliminação gradual dos processos em papel, com redução da necessidade de espaços físicos destinados ao armazenamento de processo nas instalações da Justiça, tende a gerar a redução dos espaços dos cartórios judiciais com as mesmas atribuições de hoje, havendo necessidade de adaptação das instalações físicas, considerando a diminuição do fluxo de pessoas.

Há um ganho significativo para os usuários da justiça, pois não haverá mais perda de tempo com as autuações dos documentos, bem como com a utilização de espaços para arquivamento dos feitos. Simultaneamente, virão inúmeros benefícios como: acesso às informações ilimitado independente de local e espaço, rápida solução dos litígios, prazos correndo simultaneamente para todas as partes envolvidas, existência de mecanismos que potencializam o trabalho dos juízes, árbitros e mediadores (acesso a banco de decisões com sistemas inteligentes de busca, contato constante com seus pares e agenda automática de marcação de compromissos) (ROVER, 2009, 31).

A ideia de governo eletrônico ultrapassa a dimensão do uso da tecnologia de informação, instalação massiva de computadores e internet nas dependências dos órgãos públicos, caracterizando-se como tentativa de efetivação de relações mais diretas, transparentes e participativas entre governos e cidadãos.

Estão associados ao desenvolvimento das ferramentas de e-Gov aspectos referentes à modernização da gestão pública, como desempenho, eficiência, eficácia, transparência, mecanismos de controle, qualidade do gasto público e prestação de contas.

O desdobramento desses temas em políticas públicas explicitadas em programas de governo requer a utilização de tecnologia para torná-los elementos de elevação dos índices de eficiência da administração pública. Nesses termos, no âmbito das políticas de governo eletrônico, a gestão do conhecimento pode ser compreendida como sendo conjunto de processos sistematizados, articulados e intencionais, capazes de incrementar a habilidade dos gestores públicos em criar, coletar, organizar, transferir e com-

partilhar informações e conhecimentos estratégicos que podem servir para a tomada de decisões, para a gestão de políticas públicas e para inclusão do cidadão como produtor de conhecimento coletivo (NADIR JÚNIOR; LACERDA. 2010. P. 221).

Atualmente os governos estão cada vez mais olhando para o e-Gov como conceito unitário, que se foca na prestação de serviços de vanguarda.

Há uma segunda geração de governo eletrônico que busca se apoiar em processos de integração, inovação e sistemas de realimentação (*feedback*) para se conseguir a máxima economia de custos, aperfeiçoamentos e agregação de valor, na qual o objetivo é oferecer serviços de maior qualidade para o cidadão.

Há uma crescente exigência por parte dos cidadãos, para que recebam serviços do Estado com mais qualidade e mais presteza. O conhecimento que hoje é mais acessível ao cidadão, permite que ele conheça mais amplamente os serviços que estão ao seu dispor, e assim, que se torne vigilante na forma como o Estado lhe presta seus serviços, pois governo eletrônico (e-Gov) tem como objetivo transformar a relação entre os governos, cidadãos e empresas, sobretudo em termos da agilidade e da transparência dos processos.

Ao tratarmos de processos em sede de governo eletrônico, o processo eletrônico nos tribunais é o que nos desperta especial interesse na gestão da informação e conhecimento.

Processo eletrônico e conhecimento

O processo eletrônico foi instituído pela Lei n.º 11.419/06, cujo objetivo era de promover uma aproximação entre o direito processual à realidade informatizada, promovendo acessibilidade e celeridade nos trâmites processuais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais.

A referida lei dispõe em seu artigo 8º, que os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais, por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas, devendo usar, preferencialmente, programas em código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores e padronização, conforme artigo 14 da mesma lei.

Extrai-se que o objetivo da legislação é possibilitar o acesso da forma mais ampla possível através da utilização de sistemas na rede mundial de computadores, possíveis de serem acessados de qualquer lugar e a qualquer tempo.

Atualmente inúmeros programas estão sendo utilizados pelos tribunais brasileiros. Os tribunais de justiça de São Paulo e Mato Grosso do Sul, entre outros, utilizam o SAJ (Sistema de Automação da Justiça). O primeiro programa utilizado pelo CNJ foi o Projudi (Processo Judicial Digital) que acabou sendo abandonado em 2009. Outra opção é o eProc em uso pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e no Tribunal de Justiça de Tocantins.

No intuito de cumprir a normatização destacada, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desenvolveu o processo judicial eletrônico (PJe), que, segundo dados fornecidos pelo próprio CNJ em dezembro de 2012, já vinha sendo utilizado em 37 tribunais e seções judiciárias do país. Dentre eles se encontram 24 regiões da Justiça do Trabalho, os tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Amazonas, de Mato Grosso, da Paraíba, de Pernambuco e de Minas Gerais, assim como a Justiça Federal, onde o sistema está sendo utilizado no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) e nas seções judiciárias de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, entre outros estados da federação.

Recentemente o CNJ apresentou uma minuta de resolução que instituirá o Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de processamento de informações e de prática de atos processuais e estabelecerá os parâmetros para sua implantação e funcionamento.

Esta minuta foi submetida à consulta pública pelo Comitê Gestor do Sistema Processo Judicial eletrônico do CNJ, e pretende obrigar os tribunais a instalar o sistema ainda em desenvolvimento do órgão, o Processo Judicial eletrônico, ou PJe. Vários pontos ainda estão em discussão e também sendo questionados pelos tribunais brasileiros.

Entre os questionamentos feitos estão os do Tribunal de Justiça de São Paulo que afirma que esta resolução prejudicaria tribunais que estão em estágio avançado no processo eletrônico, obrigando o tribunal a utilizar dois sistemas por um período, pois o PJe não tem as mesmas funcionalidades do sistema em utilização e também para os milhões de processos físicos ainda em andamento.

Também questionou a minuta da resolução do CNJ o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que alegou iminente risco de retrocesso, prejuízo e caos, pois a substituição de software em avançado estágio de aprimoramento e efetividade por outro de menor envergadura, pode comprometer os princípios da eficiência, razoabilidade e vedação ao retrocesso social e livre iniciativa dos tribunais.

O CNJ baseou sua iniciativa num acórdão do Tribunal de Contas da União que recomenda que os tribunais evitem desperdícios de recursos no desenvolvimento de soluções e contratações que possam ser rapidamente descartadas e que resultem em atos de gestão antieconômicos e ineficientes. Assim, o CNJ entende que ao tirar dos tribunais a incumbência de escolher e pagar pelos sistemas haverá uma redução do risco de gastos desnecessários.

O órgão considera haver uma multiplicidade de sistemas de tramitação processual que gera replicação de gastos “multiplicidade de sistemas de tramitação processual, seja em meio físico ou eletrônico, o que gera replicação de gastos e investimentos pelos tribunais e dificuldades de aprendizado para os usuários, notadamente os advogados que atuam em vários tribunais diferentes” como informa o texto da minuta da nova resolução.

O CNJ entende que a minuta não fere a autonomia dos tribunais, pois ele costuma dizer aos tribunais que façam suas próprias resoluções sem ultrapassar as normas gerais do conselho. Ainda, há o incentivo para que os tribunais adotem um sistema único, pois a pluralidade de sistemas gera insegurança jurídica, pelas diferentes interpretações da Lei 11.419, de 2006 que instituiu o Processo Judicial eletrônico.

É visível que o processo eletrônico revolucionou o processo no que tange a inclusão das novas tecnologias no direito.

De maneira geral são destacadas algumas características que teriam sido introduzidas pela virtualização do processo como (i) maior acesso, já que por se encontrar no meio virtual pode ser acessado de qualquer local, bem como (ii) celeridade ao *iter* processual, na comunicação de atos processuais, realização de rotinas cartorárias (como juntadas de petições, atos ordinatórios) e (iii) publicidade das informações (SANTOS, 2013.).

Santos (2013, p. 138) considera tais premissas equivocadas, pois “no que tange a celeridade processual, sem o rompimento do paradigma racionalista e, conseqüentemente, com o rito ordinário-declaratório de cognição exauriente, não se pode afirmar que esta existe, pois o sistema atual

impede a sumarização material e a realização de julgamentos com base na verossimilhança”.

No que diz respeito à publicidade, é difícil negar a amplitude das possibilidades de visualização dos procedimentos, no entanto esta ainda apresenta alguns descompassos, conforme se analisará a seguir. No mesmo sentido é a questão da acessibilidade do processo eletrônico, fazendo-se necessário analisar a temática da inclusão digital no Brasil nos dias atuais. (Idem, 2013).

Os impactos trazidos pelas inovações tecnológicas no trabalho dos operadores do direito são de considerável extensão.

A digitalização de arquivos, legislações e jurisprudências, em conjunto com ferramentas de busca e facilidade de acesso pela internet, facilitam e tornam ágeis uma das principais etapas do trabalho jurídico, a pesquisa. A facilidade de armazenamento e recuperação de documentos resulta em economia de tempo na fase preparatória dos pareceres, decisões e teses, permitindo aos operadores do Direito dedicar tempo e atenção às atividades de maior valor agregado (como as fases de análise jurídica e elaboração de teses), e aumenta em muito a produtividade desses profissionais, além da ampla redução de custos de todo o processo. Ainda, os benefícios proporcionados pela aplicação da tecnologia nos serviços de prestação jurisdicional diminuem o volume do esforço e dos custos necessários, bem com o tempo para a execução de atividades importantes, porém rotineiras (como a pesquisas em bases de dados de legislações e jurisprudências) (ROTTA, 2013, p. 133).

Rotta (2013) identificou benefícios propiciados pelo processo judicial digital:

- Ubiquidade do processo judicial digital: Com a adoção de sistema de informatização para gestão de processos judiciais digital, as partes podem acompanhar os atos praticados nos processos, a qualquer momento e em qualquer lugar;

- Acesso remoto: os advogados podem ajuizar suas ações, realizar consulta de processos e peças, interpor seus recursos, solicitar certidões, realizar o recolhimento de custas, receber intimações, diretamente de seu escritório, sem a necessidade do deslocamento físico até os prédios do Juízo;

- **Segurança Digital:** Magistrados, advogados, promotores, defensores e procuradores se utilizarão de certificação e assinatura digital, a qual permite a realização dos atos processuais com a segurança, autenticidade e celeridade;

- **Eliminação do papel:** As Cortes de Justiça estão eliminando as petições e recursos em papel, seja através da digitalização de processos em tramitação, ou por meio da disponibilização de recursos de peticionamento eletrônico;

- **Realização de Correições Virtuais:** o Juiz Corregedor poderá verificar via internet os atos praticados nos processos e intervir, caso julgue necessário.

Ao mesmo tempo, alguns impactos resultantes da adoção do processo judicial digital também são identificados (ROTTA, 2013):

- **Rotinas e processos de trabalho tradicionais:** a adoção do processo judicial digital requer a reestruturação das rotinas e processos de trabalhos de 1ª, 2ª Instância e Instância Superior.

- **Atribuições dos operadores do direito:** a implantação de sistemas informatizados resulta em importantes mudanças no escopo de trabalho dos operadores da justiça, nas rotinas das unidades judiciárias e em suas estruturas organizacionais.

- **Carga de trabalho:** o processamento digital dos autos representa significativa redução da atual carga de trabalho dos serventuários envolvidos, resultando em modificações do dimensionamento e da distribuição de magistrados e servidores pelas unidades judiciárias.

- **Rotinas de trabalho dos magistrados:** a adoção do processo judicial eletrônico resulta em alterações nas rotinas trabalho dos magistrados podendo, inclusive, ampliar-lhes a carga de trabalho num primeiro momento.

- **Instalações físicas:** eliminação gradual dos processos em papel, com redução da necessidade de espaços físicos destinados ao armazenamento de processo nas instalações da Justiça. Além disso, faz-se necessário realizar a adaptação das instalações físicas das unidades, considerando a diminuição do fluxo de pessoas.

- **Atendimento ao público:** o uso intensivo da Internet resulta na redução do fluxo de pessoas pelas unidades da Justiça – a exceção do caso das

audiências, embora, mesmo neste caso, está em discussão a autorização legislativa para a realização de audiências em formato de teleconferência;

- Integração entre as instituições que operam no cenário da Justiça;
- Indicadores estatísticos e de desempenho;
- Rotinas de trabalho dos demais operadores do direito: as atividades típicas do advogado, ou mesmo dos promotores, defensores ou procuradores, poderão ser totalmente realizadas por meio eletrônico;
- Produção de Decisões Judiciais com apoio de Sistemas de Conhecimento: com a adoção de sistemas informatizados e de conhecimento, torna-se possível a produção automatizada de decisões judiciais, bem entendido, com a indispensável revisão e correção pelo magistrado competente.

Indubitavelmente o processo Eletrônico com sua implementação trouxe vários benefícios para a Justiça, mas muitos ainda têm desconfiança nesse método de tramitação processual, e na maioria das vezes essa desconfiança parte do não conhecimento acerca da matéria abordada.

A Lei 11.419/2006 trouxe com ela muitas vantagens, que visam alcançar uma Justiça célere e com mais credibilidade, a fim de se observar o Princípio da Razoável Duração do Processo.

Frise-se que qualquer pessoa pode ter acesso ao processo, desde que este não corra em segredo de justiça, mas é de se salientar, que o teor total de algumas peças fica restrita aos advogados e juízes atuantes no processo.

Assim, tem-se que as partes não mais necessitarão observar e obedecer aos horários dos cartórios dos fóruns ou dos Tribunais, tendo em vista que os atos processuais, nas comarcas que já tramitam de forma eletrônica, podem ser feitos de qualquer lugar e até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo.

Sabe-se que uma das principais causas de descrédito do Poder Judiciário é a morosidade pela qual passa a Justiça Brasileira. E pretendendo acabar com essa lentidão, foi elaborada a Lei nº 11.419/2006 – Lei de Informatização do Processo Judicial, com objetivo de prestar a todos uma justiça de qualidade e com a máxima celeridade na marcha processual.

Todos os segmentos da sociedade sofrem modificações ao longo dos anos, sendo que esta situação não é diversa nos quadros do Judiciário,

quando da aplicação da Lei e da busca da solução dos conflitos por meio do processo como instrumento da efetiva prestação jurisdicional.

Com a ampla informatização, as pessoas começaram a ter mais acesso à informação, seguindo a tendência de um mundo cada vez mais globalizado, de forma que o processo judicial não poderia deixar de ser concebido nessa nova perspectiva com a utilização de novas ferramentas para resolver as lides processuais.

Com a promulgação da lei conhecida como a Lei do Processo Eletrônico, pretendeu-se evoluir o processo de seu meio tradicional (papel) para o meio eletrônico, buscando tornar o acesso à justiça preconizado pela Constituição Federal, cada vez mais efetivo e adaptado à realidade contemporânea.

Portanto, evidencia-se que a informatização do processo trará uma tramitação mais célere, sendo que desde o cadastro do processo eletrônico, a prestação jurisdicional se tornará mais imediata, dentro dos moldes constitucionais, sem supressão de princípios, os quais serão observados conjuntamente, ou seja, havendo a observância do princípio da celeridade sem que se descumpram o do contraditório e da ampla defesa, todos eles satisfazendo ao princípio do devido processo legal e tornando efetivo o amplo acesso à justiça.

A *accountability* como instrumento eficaz no governo eletrônico e no processo judicial

A sociedade contemporânea evoluiu a tal ponto, que estamos na era da sociedade da informação, na era digital. Este tipo de sociedade faz com que os cidadãos possam ter acesso e estarem conectados no mesmo instante a vários locais, bem como estarem buscando informações daquilo que lhe diz respeito e interesse.

Na busca de informação, o indivíduo pode estar procurando uma resposta a algo que diz respeito somente a ele ou então, à coletividade. No que diz respeito a ele, pode ser em relação a processo judicial no qual figure como parte, pretende acompanhar o andamento processual, os despachos e a sentença. No que diz respeito à coletividade pode estar buscando resposta do ente público quanto à realização de obras no seu bairro, o gasto que o poder público tem com educação, saúde, ou ainda, cobrar uma responsabilidade deste ente, caso não cumpriu com o prometido em campanha eleitoral.

Na primeira situação, temos a busca de informação no judiciário, através da disponibilidade das informações das webs e em alguns casos específicos pela disponibilidade através dos processos eletrônicos. No segundo caso, temos os casos de acompanhamento da gestão pública.

Mas, em ambos os casos temos a presença do governo eletrônico, que como já citado pode se dar na administração pública, tanto no executivo, no legislativo e no judiciário.

O Governo Eletrônico é uma infra-estrutura única de comunicação compartilhada por diferentes órgãos públicos a partir da qual a tecnologia da informação e da comunicação é usada de forma intensiva para melhorar a gestão pública e o atendimento ao cidadão. Assim, o seu objetivo é colocar o governo ao alcance de todos, ampliando a transparência das suas ações e incrementando a participação cidadã (ROVER, 2009, p.21).

O governo eletrônico é o instrumento para operacionalizar os serviços, surge como uma nova forma de pensar a participação popular tanto na gestão pública, como no judiciário. O governo eletrônico propicia um momento de eficiência, transparência, informação, controle e cobrança de responsabilidade dos cidadãos com a gestão política administrativa do governo e ou do judiciário.

Neste processo de acompanhar, controlar e exigir responsabilidade ao governo ou do judiciário, ocorre uma interação entre agentes e receptores, exigindo que os atores políticos, no caso o cidadão e os ocupantes de funções públicas, estejam em permanente interação comunicativa, ou seja, os cidadãos darão o comando, farão as solicitações, as preferências e os agentes públicos que são os receptores, serão responsáveis pela execução destes comandos (MEZZARROBA, 2009, p.39).

Havendo uma verdadeira interação entre os agentes, ocorre um aumento da capacidade de acesso à informação aos cidadãos, a aceleração e os atalhos que as novas tecnologias de informação introduzem nos processos de formulação de políticas e faz com que a população entenda e participe cada vez mais da gestão pública, quer do seu Município, Estado ou do judiciário.

O Governo eletrônico é um meio para que o cidadão tenha acesso para saber o valor do salário do seu representante, as ações que o seu representante vem fazendo, de que forma está empregando a receita do seu município ou estado, ao acompanhamento das obras, à remuneração dos funcionários públicos, entre outros. É um meio de dar visibilidade e trans-

parência na gestão pública. Neste momento, em que os cidadãos têm acesso a estas informações eles já estão praticando a accountability vertical, que é o controle que a sociedade faz sobre os atos dos governantes.

Agora, quando o cidadão começa ter espaço para questionar o emprego do dinheiro público em determinada obra, questionar a não realização de uma obra que foi prometida na campanha eleitoral, exigir responsabilização dos gestores por promessas não cumpridas e se organiza em associações ou grupos, fazendo manifestações ou até mesmo quando cabível propondo ações contra o poder público, estar-se-á frente a accountability societal, que é um aperfeiçoamento da accountability vertical.

A accountability horizontal ocorre, por exemplo, quando um funcionário público comete um erro, ou age de má fé, como, por exemplo, desvia dinheiro público. Dentro da própria administração pública há pessoas com a função de controlar os atos dos demais e responsabilizar eles pela suas atitudes equivocadas, e neste caso, a pessoa que irá responsabilizar este funcionário, pratica a accountability horizontal.

Como se percebe, o governo eletrônico também contribui proporcionando transparência, visibilidade e acesso por parte do cidadão no que diz respeito à execução das políticas públicas (MEZZAROBÀ, 2009).

Mas, esta contribuição do governo eletrônico no sentido da visibilidade, transparência, controle e responsabilização dos agentes não se dá apenas na gestão pública, também é possível no judiciário.

No Judiciário através do governo eletrônico, é possível os cidadãos acompanharem o andamento dos processos em que são partes, os despachos e as decisões, bem como, com o processo judicial eletrônico a parte desde que cadastrada perante o Tribunal pode acompanhar também cada passo do seu processo: juntada de documentos, de informações, sendo possível ver o que a parte contrária está juntando no processo. Além do que, a grande maioria das webs dos tribunais permite através da ferramenta ouvidoria que o cidadão faça as reclamações plausíveis em relação ao andamento do processo, contra os magistrados e ou funcionários do judiciário.

Em cada uma das situações acima, ocorre a accountability judicial específica ao caso: quando um cidadão tem um processo e a sentença é proferida, uma das partes perde a demanda. Esta parte que perdeu a demanda poderá aplicar a accountability decisional, propondo recurso em face daquela decisão no órgão superior, requerendo a reforma da decisão

pelos motivos que ela achar convenientes ao caso, mas não se pode esquecer que as decisões dos magistrados têm como fundamento a independência do judiciário e que o magistrado pode-se basear na sua livre convicção e interpretação dos fatos para sentenciar.

Quando um magistrado usa da sua função para denegrir a imagem de um advogado ou de uma parte, ou ainda quando age com imparcialidade, ineficiência, é possível aplicar a accountability comportamental, exigindo inclusive sanção ao magistrado ou funcionário que agiu desta forma.

Também se aplica no judiciário a accountability judicial institucional, onde a sociedade tem o direito de receber informações, acompanhar e cobrar justificção e a responsabilização pelas despesas, administração, orçamento, quantidade de processos em tramitação, quantidade de sentenças proferidas no judiciário, bem como a relação com os demais poderes, inclusive sendo imposta sanção se necessária.

Neste tipo de accountability judicial institucional pode ter a presença da accountability horizontal dependendo do caso, se o problema que se apresentar é entre o Judiciário e um outro Poder, como por exemplo, o Legislativo, a aplicação da responsabilidade será de accountability horizontal, pois embora de poderes diferentes, ambos estão na mesma esfera de gestão e quando aplica-se sanção ou cobra-se responsabilidade de uma esfera de gestão para outra há então a accountability horizontal.

E por último a accountability judicial legal, quando a sociedade exige informações e justificações de acordo com a lei para determinado fato e o judiciário age com negligência ou descaso, podendo inclusive exigir-se sanção neste caso.

Como visto, a accountability é um importante instrumento que através das novas tecnologias de informação, no caso o governo eletrônico, serve para acompanhar, controlar e exigir responsabilidade dos atos dos agentes públicos como na administração de um município, Estado e União. Também, pode ser usado no Poder Judiciário com as mesmas atribuições de fiscalização e acompanhamento nos processos judiciais, atitude de magistrados e divulgação de informações do Poder Judiciário.

Considerações finais

A sociedade contemporânea trouxe um novo cenário: a sociedade da informação. Sob este aspecto o cidadão tem a sua disposição, meios ins-

strumentalizados para obter informações, fazer reclamações, cobrar responsabilização do poder público, através do governo eletrônico.

O governo eletrônico é o instrumento de operacionalização de serviços, onde ocorre uma comunicação compartilhada de diferentes órgãos públicos, na qual se usa a tecnologia da informação para melhorar a gestão pública e o atendimento ao cidadão.

O governo eletrônico pode ser usado tanto na gestão pública administrativa de um Estado, como também é usado no Judiciário, para disponibilizar informações sobre a gestão administrativa do Judiciário como também na parte de acompanhamento processual.

No que diz respeito ao acompanhamento dos processos judiciais, quer eletrônico ou pelo que está disposto nas *webs* dos tribunais, o governo eletrônico se revela como uma importante ferramenta que se utiliza, dos mais variados tipos de *accountability*, para controlar as ações praticadas pelos agentes públicos, no exercício do seu *múnus* público, uma vez que através da divulgação de suas ações, o povo poderá ter conhecimento das ações que estão sendo tomadas por seus representantes, na mesma dimensão que as partes poderão acompanhar o andamento de suas demandas judiciais, independentemente da orientação de seus procuradores.

Sendo assim, com o que já foi exposto, fica claro que a evolução da sociedade da informação contribuiu muito para a eficiência dos mais variados tipos de *accountability* na gestão dos órgãos da administração pública e do judiciário.

Referências

ABRUCIO, Luiz Fernando; LOUREIRO, Maria Rita. Finanças públicas, democracia e *accountability*. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). *Economia no setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.75-102.

BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, n. 49, ano IV, out./dez . 1998.

BRODY, D. C. The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial *Accountability*, Judicial Independence and Public Trust. *Denver University Law Review*, Denver, v. 86, n. 1, p. 1-42, 2008.

CAMPOS, Ana Maria. Accountability – Quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, fev/abr. 1990.

CRISTO, Alessandro. CNJ estuda impor sistema único de processo eletrônico. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003.

MEZZAROBA, Orides. O desafio da Democracia Contemporânea. In: ROVER, Aires José (Org.). *Governo Eletrônico e Inclusão Digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 39-54.

NADIR JÚNIOR, Amery Moisés. LACERDA, Renato Dias Marques. Administrações fazendárias no contexto da sociedade do conhecimento: o caso da modernização da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina. In: ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando (Eds.). *O GOVERNO eletrônico e suas múltiplas facetas*. Zaragoza: Prensas Universitárias de Zaragoza, 2010.

O'DONNEL, Guilherme. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, Lua Nova, n. 44, 1998.

O'DONNEL, Guilherme. Accountability Horizontal: La Institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista de Reflexión Y Análisis políticas*, Buenos Aires, 2001.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, nov./dez. 2009.

ROTTA, M. J. R., VIEIRA, P., ROVER, A. J., SEWALD JUNIOR, E. Aceleração Processual e o Processo Judicial Digital: um Estudo Comparativo de Tempos de Tramitação em Tribunais de Justiça. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, n. 8, p. 125-154, 2013.

SANTOS, Jaqueline Lucca. Processo eletrônico e a (in)eficaz busca pela inclusão digital. In: *Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, 2, 2013, Santa Maria. Anais eletrônicos. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>>. Acesso em: 23 set. 2013.

SOCIALIRIS. *Fórum Nacional de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 2012. Disponível em: <www.socialiris.org>. Acesso em: 10 abr. 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL, Ilton Norberto Filho. Accountability e independências judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 21, n. 45, Mar. 2013.

A IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SANTA CATARINA ENQUANTO NOVA INSTITUCIONALIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA E EXPRESSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO

Idir Canzi*

Deisemara Turatti Langoski**

Geslene Agostini***

Introdução

O acesso à justiça implica o reconhecimento social do direito de modo a também assegurá-lo constitucionalmente e a torná-lo efetivo extensivamente ao conjunto da população. Em uma sociedade que prima pela justiça e igualdade real, as pessoas devem exercer plenamente seus direitos fundamentais enquanto sujeitos efetivos de direitos e deveres.

O presente artigo insere-se no debate temático do acesso à justiça, com destaque para o contexto do Estado de Santa Catarina, recente unidade da República Federativa do Brasil a criar e implementar a Defensoria Pública. O texto destaca preliminarmente o marco teórico do pluralismo jurídico, seguido das contribuições do movimento da sociedade civil catarinense que culminou com a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF – que obrigou o Estado de Santa Catarina a criar e implantar a Defensoria Pública.

Ainda, registra-se que o desenvolvimento do texto abarca tanto o projeto de lei de criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina quanto as razões para sua implementação, além de estabelecer uma teorização crítica pautada pelo pluralismo jurídico, ensejador de uma nova cultura jurídica do acesso e administração da Justiça.

* Mestre em Direito e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e professor da Unochapecó.

** Mestre em Direito pela UCS e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

*** Acadêmica do 6º período do curso de Direito da Unochapecó e bolsista do Núcleo de Pesquisa de Iniciação Científica em Acesso à Justiça, Fraternidade e Conflitos Sociais não Judicializáveis.

O Pluralismo Jurídico Enquanto Nova Cultura Jurídica do Acesso e Administração da Justiça

Os pressupostos ideológicos que moldam a moderna doutrina do monismo jurídico, tais como a estatalidade, a unicidade, a positivação e a racionalização, não mais conseguem responder aos problemas da sociedade contemporânea, marcada pela exclusão da ampla maioria da população ao acesso à justiça e garantia dos direitos fundamentais de cidadania.

A preocupação constante suscitada por sociólogos e juristas sobre o monopólio do Direito pelo Estado evidencia e caracteriza a crise do paradigma do monismo jurídico na atualidade, evidenciada pelas contradições da sociedade de massa e pela administração burocratizada do poder que consagra a proteção dos interesses da classe social dominante, em desfavor dos direitos sociais das classes subalternas.

O paradoxo entre a administração da justiça e os problemas sociais entreabre a crescente demanda por justiça por parte dos múltiplos setores da sociedade, e uma proporcional perda de eficácia e de operacionalidade dos mecanismos institucionais de gestão política e judicial em gerir a conflituosidade social.

A não absorção e resolução da conflituosidade social pelos canais tradicionais de representação política e mecanismos judiciais favorecem o surgimento de novos espaços da sociedade civil, fazendo com que a cultura jurídica e política estruturam sua base em um pluralismo societário democrático e participativo. Neste contexto, sob o marco teórico do pluralismo jurídico de base comunitário-participativa, proposto por Antônio Carlos Wolkmer, a proposta prático-teórica dirige-se em dar uma resposta à crise do positivismo jurídico, afirmando que este deverá passar pela ruptura com a cultura monista dominante no Direito moderno. A proposta do novo pluralismo jurídico contempla a ação histórica dos novos sujeitos coletivos e de suas necessidades fundamentais.

Para Santos (1988, p. 7) “(...) o pluralismo jurídico surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades”.

Neste prisma, Wolkmer (2001, p.219) assinala o pluralismo jurídico “(...) como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais”.

No dizer de Mello (2002, p. 355) o pluralismo jurídico “(...) não tem a pretensão de buscar e oferecer uma resposta estanque e pronta pra tudo”,

haja vista que por ser um modelo aberto, vai se ampliando conforme as demandas referidas nos direitos do povo.

Justifica-se, desse modo, não apenas uma nova forma de administração da litigiosidade social e da justiça, mas, conjuntamente, novas formas de resolução de conflitos, legitimadas pela comunidade, tais como os Juizados Especiais, a arbitragem, a mediação, a conciliação, os movimentos sociais, as comunidades cooperativas e associações, a Defensoria Pública, entre outros.

Por conseguinte, adotar e dar valor as atuações da sociedade civil organizada em defesa de seus direitos constitui-se fato e, verdadeiramente traz respostas satisfatórias como modelo de justiça adequado, em especial para as populações consideradas hipossuficientes e marginalizadas, em face do Estado Democrático de Direito, que tem por preceito fundamental a dignidade da pessoa humana, aliada ao acesso à justiça.

Contextualização do Acesso à Justiça em Santa Catarina Anterior à Criação da Defensoria Pública

No período de 1964 a 1985 vigorou no Brasil o regime militar, época em que os cidadãos tiveram as liberdades individuais cerceadas, os direitos constitucionais foram suspensos e por consequência a população foi impedida de buscar a justiça social.

De longa data, a sociedade tem demonstrado o seu descontentamento com a atividade jurisdicional, caracterizada pela morosidade, inadequação da organização judiciária, deficiência da assistência judiciária gratuita. Por estes motivos, constata-se a necessidade de acessibilidade efetiva dos cidadãos à Justiça, entre estes, destaca-se as pessoas hipossuficientes economicamente, pelo fato de não vislumbrarem formas de superar as barreiras existentes para alcançar o acesso à Justiça, esta “desigualdade sócio-financeira tem como resultado uma desigualdade processual” (BRANDÃO, 2012).

Neste sentido, o acesso à justiça deve propiciar não apenas a submissão dos conflitos e problemas das pessoas à estrutura do poder judiciário, mas garantir e assegurar que todos os cidadãos conheçam seus direitos, que sejam assegurados pelo ente estatal e ainda por estes informados no caso de desconhecimento, especialmente àquela parcela da população que vive na miserabilidade financeira, como forma de garantir a igualdade de condições no âmbito do processo e na garantia efetiva de seus direitos.

Com o intuito de amenizar as reivindicações sociais e as necessidades da população, especialmente as dos hipossuficientes, a Constituição Federal de 1988, denominada constituição cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988 trouxe em seu art. 5º LXXIV a ampliação e a garantia do direito da assistência aos necessitados, ao prever que: “O Estado prestará a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Ao tempo em que as sociedades evoluíram e se transformaram, houve a necessidade do surgimento do Estado para instituir formas de controle, criação de normas, de regramento de poder e também a instituição de meios para ter acesso à entidade estatal, afim de que a sociedade possa concretizar os seus anseios de acesso à justiça com efetividade.

A amplitude da norma constitucional impulsionou a sociedade brasileira, notadamente na esfera das instituições de defesa democrática, a criar órgãos a possibilitar maior acesso à justiça da população mais necessitada e desprovida de meios financeiros (para efetivar seus direitos de forma igual e equilibrada).

A Constituição Federal que delineou uma nova ordem democrática ao país, fez com que as pessoas começassem a perceber sua condição de cidadãos e a buscarem o acesso à justiça como meio a assegurar e garantir seus direitos. Neste sentido, o acesso à justiça aparece como a faculdade do cidadão de se expor, ouvir, aceitar, rejeitar, perguntar, criticar, propor, sugerir, enfim ser participante ativo e construtor de uma justiça social e democrática.

De acordo com Langoski (2003, p. 226) “Face ao processo de democratização e participação popular, compete ao Estado, prover e satisfazer as necessidades do homem na execução dos serviços públicos, cujo próprio nome indica são serviços realizados em prol do povo, para o bem-estar da coletividade”.

A normatização constitucional impõe ao Estado a responsabilidade pela criação de instituição capaz de realizar tanto a orientação jurídica quanto a defesa da população carente, na forma do art. 134 da CF/88: “a Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (EC n 45/2004)”.

A implementação da Defensoria Pública é de extrema importância na busca da democratização do acesso à justiça que deve ser estendido a todos de forma indiscriminada e igualitária de modo que assegure a dignidade das pessoas consideradas hipossuficientes.

Em Santa Catarina, o art. 104 da sua Constituição Estadual prevê que “a Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e pela assistência judiciária gratuita”. A Lei estadual n. 3.631/65, proporcionou o início dos serviços da Defensoria Dativa no Estado e, em 1997, foi editada a Lei Complementar Estadual n. 155, que trouxe fundamentos para a prestação do serviço de assistência judiciária. Assim no sistema catarinense a assistência jurídica gratuita, até pouco tempo, era prestada por advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço este pago pelo governo do Estado.

O advogado dativo intercedia em defesa das pessoas que comprovassem insuficiência de recursos e limitava-se a buscar uma solução judicial para o problema, deixando de lado outras formas solucionadoras na resolução dos conflitos, como por exemplo, a mediação, a conciliação, os juizados especiais.

Muitos foram os motivos que levaram ao descrédito da Defensoria Dativa no Estado de Santa Catarina, tais como: a falta de acesso da população ao sistema, a não assistência a processos judiciais dos movimentos sociais, das entidades e das ONGs, a deficiência da promoção de cidadania plena, da autonomia e recursos para os programas de defesa de direitos do cidadão, a necessidade de orientação jurídica preventiva, elaboração de acordos conciliatórios entre as partes, a educação em direitos, a não inclusão de assessoramentos extrajudiciais, a falta de pagamento dos honorários advocatícios pelo Estado, desestimulando os profissionais nas diferentes demandas, a falta de pessoal qualificado em face do aumento excessivo das demandas, o que faz com que a prestação jurisdicional seja morosa, tornando-se ineficaz para a solução dos litígios e a efetivação do acesso à justiça popular.

Em 12 de janeiro de 1994 é publicada pela Presidência da República a Lei Complementar n. 80, que “Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados (...)”, a qual dispõe em seu artigo 1º:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

A Defensoria Pública tem por objetivo responder às demandas judiciais da população hipossuficiente, com proposições de ações judiciais e atuação na prevenção dos conflitos, por meio da prestação de informações jurídicas e resolução extrajudicial. Por decorrência, o acesso à justiça assume a abrangência maior ao simples acesso ao Poder Judiciário.

No Estado de Santa Catarina, o modelo de serviço prestado pela Defensoria Dativa não atende de forma suficiente os anseios de justiça e de pacificação social da população nas suas diferentes demandas.

Atualmente, com a implantação da Defensoria Pública de Santa Catarina, inaugura-se uma nova fase para consolidar uma instituição que se estruture de modo compatível a possibilitar tanto a orientação jurídica quanto a defesa da população carente, dentro de uma nova cultura de acesso e administração da justiça marcada pelo pluralismo jurídico.

O Movimento pela Criação/Implementação da Defensoria Pública em SC

A sociedade civil organizada foi um dos principais precursores na concretização da criação e implementação da Defensoria Pública em Santa Catarina, pois foi por intermédio de manifestações, audiência pública, reuniões, debates entre outros, que a população demonstrou sua insatisfação pela ausência de uma Defensoria Pública Estadual.

De acordo com Choinacki (2006, p. 12) o movimento da Defensoria Pública de SC consiste no direito a cidadania:

Em Santa Catarina, é um movimento político: do movimento comunitário, do movimento dos direitos humanos, da comunidade de economia solidária, de todos os movimentos sociais, de todas as forças que lutam pela causa dos direitos humanos. Então, não é um movimento apenas de algumas lideranças, em Santa Catarina ele tem uma abrangência extraordinária e é um desejo, até porque é o último Estado que está fazendo essa discussão para a implementação.

A ideia inicial do movimento pela Defensoria Pública em Santa Catarina partiu da proposta de dissertação de mestrado no ano de 1998 da profa. Maria Aparecida Lucca Caovilla¹. Em seguida, foi criado o Projeto de Extensão Comunitária da Unochapecó – PECJur, o qual atua na área de

¹ O trabalho de pesquisa foi transformado no livro “Acesso à Justiça e Cidadania” no ano de 2006 o qual já conta com sua 2ª edição.

direitos humanos e justiça e tem por finalidade levar a informação e a orientação jurídica a toda a sociedade como uma forma de exercício da cidadania. Este projeto articulou no âmbito local, estadual e nacional o “Movimento pela Criação da Defensoria Pública: Direito Sonegado”.

A Unochapecó liderou o movimento e, com o auxílio de associações populares, sindicatos, universidades, pessoas políticas, comitês, ONGs, pastoral, entidades públicas entre outros², concretizaram a vontade de mudança no atual sistema de assistência jurídica integral em Santa Catarina, com o lançamento de um abaixo assinado *online*, bem como a realização de passeatas, carreatas e eventos específicos sobre a temática (seminários, congressos, workshops), a nível local e estadual, sensibilizando a população da importância deste mecanismo de acesso à justiça, à Defensoria Pública.

Com certeza foi a característica participativa e plural entre pessoas e entidades da sociedade civil organizada (Movimento público iniciativa popular; Movimento legislativo e popular – audiências públicas e projeto de lei de iniciativa popular; Movimento jurisdicional – ADI’s e decisão STF; Movimento do Poder Executivo e Legislativo – aprovação da lei e implementação da Defensoria Pública) que fez emergir o caminho e forma que culminou com a criação e implementação da Defensoria Pública em Santa Catarina.

² UNOCHAPECÓ – Universidade Comunitária Regional de Chapecó; AMB – Associação dos Magistrados do Brasil; ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos; ANDPU – Associação Nacional dos Defensores Públicos da União; APADEP – Associação Paulista de Defensores Públicos; ADPERJ – Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro; Curso de Serviço Social da Unochapecó Centro de Ciências Sociais e Jurídicas; Escritório Modelo de Assistência Jurídica da UFSC; SINJUSC – Sindicato dos Servidores do Judiciário de Santa Catarina; Diretório Acadêmico José Olavo Vargas Dias da Unochapecó; Centro Acadêmico do Curso de Direito da UNESC; Diretório Central dos Estudantes da Unochapecó – DCE; Deputados/SC Paulo Eccel; Odacir Zonta; Claudio Vignatti, Ana Paula Lima ONG Amor – Criciúma; Instituto Ócio Criativo – Criciúma; Comitê Catarinense de Combate à Tortura; Comitê do Movimento de Direitos Humanos em SC; Pastoral Carcerária de Santa Catarina Sindicato dos Jornalistas de Santa Catarina.

Iniciativa Popular pela Constituição da Defensoria Pública em SC: legitimidade da proposta

A garantia do acesso à justiça já foi tema de discussão e reivindicação pela participação popular por meio dos movimentos organizados pela sociedade civil.

As inúmeras conquistas democráticas a partir da Constituição de 1988 ficam demonstradas com a ampliação da cidadania a qual é pressuposto para a dignidade humana e um de seus instrumentos é a participação popular.

A participação da população na gestão pública enaltece o senso de ser cidadão, despertando o exercício na busca dos direitos garantidos constitucionalmente, fortalecendo e aprimorando a interação entre os homens, tão visada na sociedade atual, colaborando com a criação de novos instrumentos participativos democráticos.

O artigo 14³ da Constituição Federal de 1988 reconhece que a participação direta do cidadão pode ser exercida através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. A iniciativa popular consiste em uma modalidade de participação que “(...) traduz a atuação do cidadão como propriamente participante” do Estado. “Esta modalidade é essencial para a instrumentalização da democracia material no âmbito do poder público”, tanto em termos políticos, quanto administrativos (CLÉVE apud SCHIER, 2002, p. 112-129).

Ressalta Wolkmer (1992, p. 59) que quando os cidadãos tomam parte dos interesses do Estado expressam “a sociedade civil organizada pela plena participação democrática e pelo autêntico exercício da cidadania popular”. Neste sentido afirma Schier (2002, p. 74) que “(...) o direito de participação contribui para a alteração do poder e para a mudança das relações de domínio, é um direito que une e integra os homens, transformando-os em uma comunidade de sujeitos ativos”.

Por meio da participação popular, condição *sine qua non* de cidadania, que a prestação dos serviços públicos assegura e satisfaz aos mais altos anseios e necessidades dos cidadãos, em que o ente estatal fica obrigado a atender os clamores da população e implantar a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina.

³ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.

Kuehne (2006), por ocasião da audiência pública realizada no dia 07 de agosto de 2006, na ALESC, com a finalidade de discutir a Defensoria Pública na Comissão de Direitos e Garantias Fundamentais, de amparo à Família e à Mulher, apresentou com veemência o reclamo popular para a garantia dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal:

Em um passado não muito distante a luta do povo brasileiro era para que o Estado reconhecesse alguns direitos fundamentais. O País viveu por décadas um período de ausência do estado de direito, no qual violações e direitos humanos aconteciam como respaldo constitucional. Nesse contexto, quando finalmente conseguiu-se convocar uma Assembléia Constituinte, a Nação encheu-se de esperanças de que, ao se promover a positivação de uma série de direitos, teríamos a imediata construção de uma sociedade mais justa. No entanto, a realidade mostrou-nos que a luta por modificações legislativas é o primeiro passo para a efetivação de direitos. O grande desafio que nos é posto atualmente é o de solidificar instituições democráticas que possam propiciar a concretização do que a Constituição de 1988 anunciou, pois ainda há um enorme descompasso entre o ideal projetado pelo direito positivado e realidade concreta brasileira. A consolidação da democracia certamente não se dá por um único ato, mas por meio de um processo que passa também pela ampliação dos serviços públicos essenciais que devem ser fornecidos pelo Poder Público à população, como educação, segurança, saúde, saneamento e acesso à justiça.

Neste intento, a iniciativa popular se legitima como meio idôneo para atender os clamores da população catarinense, em face da omissão estatal, no que se refere à ampliação e garantia do acesso à justiça, bem como se torna expressão das idéias recorrentes do pluralismo jurídico.

As Audiências Públicas

O processo de discussão de assuntos de interesse da sociedade como um todo é revestido de caráter público. Nesse sentido, incorpora a participação social, por meio da realização de consultas públicas que balizam as decisões para garantir a todas as pessoas o acesso à justiça e à defesa dos interesses coletivos e difusos.

É por meio da audiência pública que “(...) é assegurado ao cidadão o direito de ser ouvido e, com isso, influenciar na tomada de decisões na esfera administrativa, interferindo na elaboração de projetos, políticas e regulamentos” (SCHIER, 2002, p. 124-127).

A audiência pública é um instrumento de apoio de consulta à sociedade, visa discutir assuntos de interesse público relevante. O principal objetivo das Audiências Públicas é colher subsídios e informações junto à sociedade para matérias em análise, bem como oferecer aos interessados a oportunidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões relativas ao assunto em questão como ocorreu no processo de criação e implementação da Defensoria Pública em Santa Catarina.

Dentre as diversas atuações do movimento, vale destacar a audiência pública que ocorreu na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina – ALESC em 10 de maio de 2005, na Comissão de Constituição e Justiça, sob a relatoria da Deputada Luci Choinacki, na qual se iniciou a significativa discussão sobre a instituição da Defensoria Pública em Santa Catarina. Este ato foi apoiado pelos defensores públicos do país. Igualmente, em 07 de agosto de 2006, ocorreu outra audiência pública requerida pelos deputados Ana Paula Lima, Paulo Eccel e Wilson Vieira, onde estavam presentes na sessão autoridades representantes de órgãos públicos⁴. Neste ato foi entregue ao representante do Ministro da Justiça, um relatório que diagnosticava a necessidade imperiosa da criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina.

A finalidade da audiência pública referida consistia na discussão do modelo de Defensoria adotado no Estado de Santa Catarina, uma vez que nos demais Estados brasileiros o acesso do cidadão a assistência judiciária integral ocorre nos parâmetros da Lei Complementar nº 80/94 (Lei da organização da Defensoria Pública no Brasil).

Nesta audiência, além da constatação pela criação imediata da Defensoria Pública, foi defendida a manutenção da Defensoria Dativa existente no Estado de Santa Catarina, justificando a possibilidade de um sistema híbrido de assistência judiciária no Estado, a exemplo de outros estados que adotam este modelo, a exemplo do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Todas as ações tiveram como intuito primordial a efetivação de um direito garantido pela Constituição Federal, o direito dos cidadãos catari-

⁴ Ministério da Justiça, Senado Federal, Câmara dos Deputados Federal, Procuradoria do Estado de Santa Catarina, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, UFSC, Associação dos Magistrados Catarinense, Vereadores dos Municípios de Florianópolis, União Catarinense dos Estudantes, Partidos dos Trabalhadores, Advogados, CEVIC, Sindicato dos Jornalistas de SC, Sindicato dos servidores do Poder Judiciário, Prefeitos e Vice-prefeitos, SINTESP.

nenses terem uma Defensoria Pública que preste assistência jurídica e judiciária gratuita a todos os indivíduos considerados de baixa renda, almejando garantir a esta parcela da população uma melhor condição de vida e de dignidade como ser humano.

Movimento Judiciário: pretensão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI's nº 3892 e 4270

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é um dos instrumentos utilizados no controle direto da constitucionalidade e exerce a função de declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos incompatíveis com a Constituição Federal. É uma das formas de controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Lenza (2011) “em regra, o controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a invalidação da lei ou ato normativo”.

Tal medida objetiva declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual. Pode ser ajuizada, segundo disposto no art. 103 da Constituição Federal, pelos seguintes legitimados:

Art. 103 – Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador do Estado; VI – o Procurador Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

O ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3892 em 27 de abril de 2007, promovida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU em desfavor da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina e do governo do Estado de Santa Catarina e, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4270 em 14 de julho de 2009 movida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP e pela Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU, tiveram como intuito declarar inconstitucional o artigo n. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei Complementar Estadual nº 155/1997, a qual instituiu a Defensoria Pública Dativa e Assistência Judiciária Gratuita,

organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil na Seção de Santa Catarina.

Registra-se que o ajuizamento das ADI's n. 3892 e n. 4270 foram impulsionadas pelo movimento de criação da Defensoria Pública em Santa Catarina, que teve destacada participação de entidades civis, sociais, igreja, universidades, cidadãos entre outros, após intensas discussões e deliberações em audiências públicas e eventos nas diferentes instituições de ensino em Santa Catarina, conforme demonstrado anteriormente.

A centralidade das referidas ADI's não se limitaram a requerer a declaração da anunciada inconstitucionalidade do artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar Estadual 155/97, tiveram também a pretensão pelos seus propositores, de impulsionar a criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, em atendimento ao disposto no artigo 5º, LXXIV e artigo 134 da CF/88. Explicita-se aqui, a inexistência no Estado de Santa Catarina, até então, de órgão estatal destinado a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, situação que configurava severo ataque ao acesso à justiça e a dignidade do ser humano.

Marco decisório do STF pela criação da Defensoria Pública de SC

Em 25 de setembro de 2012 o Supremo Tribunal Federal (STF) fez publicar o acórdão que determinou que o Estado de Santa Catarina teria um ano para criar uma Defensoria Pública própria. Em julgamento final das ADI's n. 3892 e n. 4270, os Ministros entenderam, por unanimidade, que o Estado desrespeitou a Constituição Federal ao se omitir em relação à Defensoria, optando pela advocacia dativa para dar assistência jurídica àquelas pessoas quem não podem pagar para ter um advogado em defesa de seus direitos.

Os Ministros analisaram as ações propostas no ano de 2009 pela ANDPU e pela ANADEP. Estas associações contestavam artigos da Constituição do Estado de Santa Catarina que delegava à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) o papel de fornecer advogados para atuar na defesa de pessoas de baixa renda, os chamados “defensores dativos”.

A Constituição de 1988 inseriu a Defensoria como instituição essencial à justiça, outorgando aos Estados a sua criação, conforme disposto no art. 134 da Constituição Federal. O Estado de Santa Catarina se recusava a instalar o órgão, sob a alegação de que a Defensoria Dativa era mais eficaz que a Defensoria Pública disposta na norma constitucional.

Para o relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, a desobediência do Estado é “inaceitável”, ele defendeu que o Estado Santa Catarina devia estruturar o órgão em um ano e foi acompanhado pela maioria dos Ministros. O único voto diferente foi o do Ministro Marco Aurélio, que também reconheceu a ilegalidade cometida pelo Estado, mas determinou a instalação imediata da Defensoria Pública.

Na avaliação do presidente da ANADEP, André Castro, os Ministros também cogitaram sanções “bastante drásticas” no caso de descumprimento da decisão, como a proposição de ação de improbidade e de crime de responsabilidade contra o governador do Estado de Santa Catarina: “Foram argumentos duros, enfáticos, ressaltando o flagrante desrespeito aos direitos fundamentais”, afirmou.

Criação da Defensoria Pública em Santa Catarina

Depois de tamanha mobilização da sociedade em suas diversas manifestações, cria-se a Defensoria Pública em Santa Catarina, a qual objetiva defender os interesses difusos e coletivos das pessoas menos favorecidas, prestar assessoria a grupos e entidades difundindo o conhecimento dos direitos humanos, da cidadania e do ensino jurídico de forma a prevenir novos conflitos e proporcionar a sociedade o fortalecimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, além de ampliar o acesso à justiça.

Santa Catarina foi o último dos estados da Federação a adotar a Defensoria Pública. Em agosto de 2012 entrou em vigor a Lei Complementar Estadual nº 575, criando a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina e estrutura a organização e funcionamento de referido órgão público na unidade estatal.

A lei 575/2012 publicada em 02 de agosto de 2012 elenca em seus 68 artigos peculiaridades sobre a Defensoria Pública como: órgãos que a compõe, dos cargos, da organização, da estrutura.

A lei menciona ainda, em seu anexo V, VI, VII, do quadro de cargos da Defensoria Pública, que serão primeiramente oferecidos 60 cargos de defensor público, 50 cargos de analista técnico e 40 cargos de técnico administrativo.

Foi realizado o primeiro concurso de ingresso na carreira de defensor público do estado no ano de 2012, mas a LC 575 previu apenas 60 cargos para uma demanda total de 509 cargos necessários no Estado, conforme estudo constante do Mapa da Defensoria Pública do Brasil, elaborado pelo

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e, ainda conforme os autos, até agora só foram nomeados 45 defensores, de um total de 157 aprovados no mencionado concurso.

Essa situação, conforme alega a ANADEP levou o Estado a manter em vigor a defensoria dativa provida pela OAB, “desafiando a decisão da Corte Suprema”. “A situação da Defensoria/SC é extremamente precária”, alega a entidade, informando que, das 110 Comarcas com previsão de assistência judiciária pela defensoria, apenas sete (Florianópolis, Joinville, Itajaí, Lages, Chapecó, Blumenau e Criciúma) estão atendidas.

A Defensoria Pública como um marco na instrumentalização do acesso à justiça e expressão do pluralismo jurídico em SC

A Defensoria Pública é reconhecida como instrumento valioso de acesso à justiça, especialmente porque sua dinâmica favorece a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal do Brasil.

A Carta Política de 1988 funda-se no princípio democrático, enunciado especialmente pelo preâmbulo e artigos 1º e 3º⁵, tendo como fundamento primordial à dignidade da pessoa humana e como objetivos fundamentais da sociedade a harmonia, a liberdade, a justiça, a solidariedade, a promoção do bem comum, a igualdade, a cidadania, a participação popular, entre outros.

⁵ Preâmbulo – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, (...). Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade do sujeito humano; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A lei de aprovação da Defensoria Pública em Santa Catarina traduz-se em um avanço cultural, social, humanitário para toda a população, oportunizando o acesso à justiça, notadamente aos mais carentes economicamente.

Este é o período de construção do modelo planejado, para que sua implementação seja edificada em bases sólidas, concretas e efetivas, mas muitos obstáculos terão que ser estruturados para que seja um órgão forte no combate às marginalidades sociais, às diferenças culturais, econômicas e culturais da população.

A Defensoria Pública poderá em curto prazo fortalecer as ações que são de sua competência, ampliando as demandas para que abranja mais áreas de direitos coletivos e difusos. Também, existe a perspectiva de, na hipótese de recredenciamento da defensoria dativa qualificar ou tornar-se referência de qualificação para este formato defensoria, a exemplo do que já se verifica em outros estados da federação. Do mesmo modo, tem por missão estender a prestação dos serviços das defensorias regionais (estrutura, organização e funcionamento).

Além disto, outros impasses a serem discutidos pela sociedade catarinense no que tange ao modelo de Defensoria adotado em Santa Catarina, dizem respeito a sua estrutura que em espaço curto devem ser revistos: a) limite do número de cargos de Defensores – estima-se que o mínimo necessário seria de 300 profissionais para atender a demanda no Estado; b) Autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública (a exemplo da Defensoria Pública do Distrito Federal); c) Que o Defensor Geral fosse cargo concursado e não cargo em comissão ou de confiança nomeado pelo Chefe do Poder Executivo Estadual.

Todos estes desafios competem a esta instituição pública, quer dizer, deve constituir-se efetivamente como um instrumento central de aprimoramento e instrumentalização de acesso à justiça em Santa Catarina, inclusive garantindo a pluralidade de formas para que os direitos dos cidadãos sejam protegidos.

Miranda (2010) coloca com veemência que:

O papel da atual Defensoria Pública, de promoção de cidadania, como instituição necessária a concretização do Estado Democrático de Direito, comunga com essas práticas alternativas de composição de conflito, e pode, perfeitamente, através da criação de núcleos de me-

dição comunitária, promover a capacitação de líderes comunitários e colaborar para a construção da justiça comunitária.

Enfim, é indiscutível o papel da Defensoria Pública em Santa Catarina como nova institucionalidade de acesso à justiça e expressão do pluralismo jurídico.

Considerações finais

A Defensoria Pública consiste em uma instituição que, pode e deve promover o acesso à justiça, pois se configura em órgão que serve de instrumento para a orientação acerca dos direitos fundamentais dos cidadãos, visa aproximar-se da coletividade para a ascensão da cidadania.

Ela expressa o pluralismo jurídico, tendo em vista que este apresenta uma concepção diferenciada que tem por norte superar as formas clássicas de acesso e administração da Justiça no Estado Democrático de Direito de modo a contribuir para edificar um sistema legal que traga como resultados práticas igualitárias, cujas motivações estejam voltadas para a satisfação das necessidades capitais da população.

Em Santa Catarina, a criação da Defensoria Pública retrata esta expressão do pluralismo jurídico, tendo em vista que a sociedade catarinense mobilizou-se de diversas maneiras, utilizando instrumentos previstos ou não no ordenamento jurídico, envolvendo instituições públicas e privadas, associações, igrejas, autoridades públicas, órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sociedade civil em geral, para sensibilizar o Estado no cumprimento de sua função, ordem prevista no art. 104 da Constituição Federal e, implantasse efetivamente a defensoria garantindo o acesso à justiça, aos direitos dos cidadãos e notadamente à dignidade humana.

Para os catarinenses a criação da Defensoria Pública configura-se como uma nova institucionalidade de cidadania, democratização e socialização do Direito. Deste modo, o pluralismo jurídico se torna imprescindível para definir e sanar os pleitos da população usuária da assistência judiciária e que possuem acesso limitado não somente aos direitos básicos, mas também ao Poder Judiciário.

Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. 4. sessão legislativa da 15. legislatura coordenadoria de taquigrafia das comis-

sões. *Ata da audiência pública da Comissão de Direitos e Garantias Fundamentais, de amparo à Família e à Mulher para debater sobre a Defensoria Pública em Santa Catarina, realizada em 07 de agosto de 2006*. 2006.

BRANDÃO, Raimundo dos Reis. *O acesso à justiça como um direito fundamental*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. *Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994*. Dispões sobre a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de Inconstitucionalidade n. 3892*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de Inconstitucionalidade n. 4270*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 2. ed. Chapecó: Argos, 2006.

CHOINACKI, Luci. Ata de audiência pública da Comissão de Direitos e Garantias Fundamentais, de Amparo à Família e à Mulher para debater sobre a Defensoria Pública em Santa Catarina, realizada no dia 07 de agosto de 2006, no plenário da ALESC. *ADI 4270*. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br>>. Acesso em: 12 out. 2013.

KUEHNE, Maurício. Ata de audiência pública da Comissão de Direitos e Garantias Fundamentais, de Amparo à Família e à Mulher para debater sobre a Defensoria Pública em Santa Catarina, realizada no dia 07 de agosto de 2006, no plenário da ALESC. *ADI 4270*. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br>>. Acesso em: 12 out. 2013.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. O princípio constitucional da moralidade e a participação popular na Administração Pública. *Revista de direito administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 215-230, jan./mar. 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAPA da Defensoria Pública do Brasil, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

MELLO, Raissa de Lima e. *Pluralismo jurídico: para além da visão monista*. Campina Grande: EDUEP, 2002.

MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de. A justiça comunitária e o papel da Defensoria Pública face á desjuridicização: Reflexões sobre uma nova forma de se construir uma Justiça mais humana. *Âmbito Jurídico*, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2013.

_____. *Constituição Estadual*. 1989. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. *Lei Complementar Estadual n. 155, de 15 de abril de 1997*. Dispõe sobre a Instituição da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. *Lei Complementar n. 575 de 02 de agosto de 2012*. Dispõe sobre a criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, sua organização e funcionamento. Disponível em: <<http://server03.pge.sc.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. *Lei Estadual n. 3.631, de 27 de abril de 1965*. Dispõe sobre a remuneração pelo Estado dos assistentes judiciários e defensores dativos. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

SANTOS, Boaventura Sousa. *O discurso e o poder. Ensaios sobre a sociologia retórica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro. Renor: 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

O CARÁTER POLÍTICO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Niédja Alcyole Matiello*

Introdução

O tema desenvolvido nesta pesquisa concentra-se nas relações políticas decorrentes de antecedentes das decisões judiciais proferidas pela Corte Suprema nacional. Corte esta de composição eminentemente política. Este trabalho é continuidade da pesquisa desenvolvida durante a graduação a respeito de um anunciado “neoconstitucionalismo”, temido por muitos.

O estudo inicia-se com o detalhamento de conceitos como, ativismo judicial e sua supremacia, neoconstitucionalismo entre outros correlatos. A seguir, são apresentadas as funções típicas de cada poder constituído, com foco na atividade legiferante.

Partindo desses conceitos e do contexto político nacional este artigo prossegue apresentando a realidade legiferante dentro dos Poderes Judiciário e Legislativo, abarcando questões de autonomia, independência, funções de Estado, bem como os objetivos e as justificativas utilizadas para a ingerência entre os Poderes. Analisa-se ainda a legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal na prolação de decisões políticas que determinam políticas públicas e orçamentárias.

Ao final o que se busca é chamar a atenção da comunidade acadêmica e profissional para a necessidade de reconhecimento da correlação entre Direito e política, sobretudo, pela busca de concretude ou não esvaziamento dos direitos e garantias fundamentais.

* Advogada, servidora pública federal junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional e em Direito Público e Privado pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó – Unochapecó.

O cenário democrático-constitucional brasileiro e as decisões políticas emergentes

O conteúdo político das decisões judiciais da Corte Constitucional Brasileira demonstra uma das características mais particulares da teoria neoconstitucionalista. Não somente por trazer consigo o desapego as literalidades da lei e hipervalorização dos princípios, mas, sobretudo, por atuar como forma de efetivação de direitos e garantias constitucionais. No Brasil é este o atual cenário.

Cumpra esclarecer, desde logo, que a discussão acerca do que representa o neoconstitucionalismo para o sistema jurídico brasileiro esta longe de uma definição precisa. Mas convém trazer à tona, antes de qualquer explanação, uma síntese do que ele tem representado, adotando aqui seu sentido de modelo jurídico-interpretativo.

De acordo com Valle (2009, p. 107):

As teorias neoconstitucionalistas destacam-se por sua abertura à dimensão dos valores e dos princípios jurídicos, cuja operacionalização dá-se com apoio na metodologia da ponderação e na argumentação jurídica fortemente influenciada por argumentos de ordem ética ou moral. O neoconstitucionalismo, com apoio nas teorias de Alexy, Dworkin e Nino, ao preconizar a centralidade da figura argumentativa do juiz na garantia e promoção dos direitos fundamentais (especialmente diante da omissão dos demais poderes de Estado), fornece um substrato teórico fértil para se manifestar o ativismo judicial, inclusive em sua dimensão jurisdicional.

Partindo deste panorama o Supremo Tribunal Federal, tem assumido a postura de tribunal constitucional ou corte suprema, sendo sua, dessa forma a última palavra em questões de hermenêutica das normas constitucionais. O estado constitucional de direito tem por característica a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, sendo esta atuação proativa do Supremo um dos reflexos da independência da Constituição em face da atuação do legislador. As normas constitucionais, em sua maioria, são autoaplicáveis, fazendo com que o Legislativo atue em segundo plano, apenas como legislador ordinário, na maioria das vezes.

A Supremacia Judicial, se evidencia quando não há mais aquela necessidade premente de adequação da norma constitucional pelo legislador, para que seja possível a aplicação. Trata-se, no dizer de Barroso, 2009, da “primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”.

O fortalecimento do poder judiciário brasileiro tem início com a Constituição da República de 1988, e decorre, em especial, do fortalecimento das ações de controle concentrado abstrato, destaque-se a ampliação do rol de legitimados ativos, estabelecido no artigo 103 da Constituição, em 2004 por meio da Emenda Constitucional de número 45.

Exemplo deste protagonismo do judiciário verifica-se quando o Supremo declara a inconstitucionalidade de lei com redução de texto, o efeito dessa atuação de legislador é geral, assim como o das leis elaboradas por meio do processo legislativo, pelo Poder Legislativo.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias (*sic*) de justiça além da lei e de igualdade material mínima advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica. (Barroso, 2010, p. 242)

Outra questão que emerge deste protagonismo é o fato de que ao juiz é possível rever atos do poder executivo, inclusive quanto ao mérito, para uma minoria crescente, para muitos ele não pode adentrar na função legiferante sob a ideia positivista de uma separação absoluta das funções de Estado distribuídas pela própria Constituição aos três Poderes da República.

O que se observa no atual cenário jurídico-político brasileiro – e é esta a melhor definição para o cenário em que se insere o tema deste trabalho, vez que atualmente são setores, indissociáveis, *data venia*, as respeitadas posições contrárias – é que existem duas posições de maior respaldo na doutrina e muitos autores que ainda não se posicionaram sobre a postura ativista do judiciário, sobretudo por parte do Supremo.

Macedo Filho (2009, p. 48), em recente artigo, denominado “Ativismo Judicial”, destaca com bastante propriedade estas correntes:

No campo da doutrina estrangeira, cujos esboços teóricos foram adotados, com algumas divergências por nossos pensadores, passou-se a enxergar dois aspectos nesse novo fenômeno: um substancialista e outro formal ou procedimental como preferem alguns doutrinadores. (...) A posição denominada substancialista é capitaneada, dentre os mais citados autores, por MAURO CAPPELLETTI e RONALD

DWORKIN. (...) Já os denominados procedimentalistas, liderados por JÜRGEN HABERMAS, ANTOINE GARAPON e JOHN HART ELY, se posicionam de modo contrário à intervenção do direito na política e na sociedade.

Para Kelsen (1992) “a revisão judicial de legislação afronta o princípio da separação dos poderes”, chegando a afirmar que se trata de característica da monarquia constitucional. Notadamente, é fundamental explicitar o afamado princípio constitucional da separação dos poderes, visto que há muito vem sendo utilizado como válvula de escape para temas amplamente relevantes aos rumos da hermenêutica constitucional, ainda mais em tempos onde o Neo-constitucionalismo traz à tona a supremacia dos princípios, implícitos e explícitos, sob o argumento de que é a melhor forma de efetivação do que pressupõe um Estado Democrático de Direito, a efetividade dos direitos e garantias constitucionais estabelecidos.

O grande ator deste cenário tem sido o Supremo Tribunal Federal, portanto, não se pode deixar de mencionar o papel do deste órgão na jurisdição constitucional, que desde a sua criação em 1890, sempre ocupou a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, a partir disso já é possível verificar sua importância no cenário brasileiro. É o que nos mostra Zavascki (2001, p. 16):

O Supremo Tribunal Federal ocupa, assim, a posição mais importante no sistema de tutela de constitucionalidade dos comportamentos. Suas decisões, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade que detém, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Este ativismo jurisdicional exercido não apenas pelos Tribunais Superiores, mas pelo Poder Judiciário como um todo, concretiza-se ou é evidenciado principalmente pela intensa utilização dos princípios constitucionais explícitos e implícitos (para crítica de parte da Doutrina) como técnica decisória e método de interpretação constitucional por excelência.

De acordo com Garapon (1999, p. 99), “Assistimos assim à conjugação de três ativismos: dos juízes, da imprensa e das associações”. Demonstra-se que a atividade jurisdicional não está alheia aos acontecimentos da sociedade, ao contrário ela forma um dos setores sociais que mais interfere na vida privada dos indivíduos. Assim juízes e tribunais não estão distantes de preceitos morais ou não, oriundos da sociedade. O Direito e a Moral não mais podem ser encarados como insolúveis.

O que se observa da simples constatação da situação é justamente o destaque à atividade jurisdicional, sob o argumento da adequação das normas constitucionais à realidade social brasileira e mundial, visando, sobretudo, a máxima eficácia dos direitos previstos.

As regras são uma forma predefinida de concretização dos princípios. A interpretação judicial ao caso concreto, por vezes, corresponde a uma concreção dinâmica, dirigida ao caso real, correspondendo a atividade do juiz, verdadeiro elo entre a abstração principiológica e a sua efetivação à vida social. (SOUZA FILHO, 2009, p. 134)

A visão ingênua dos que afirmam tratar-se de mera discussão doutrinária, desperta ainda mais a relevância do tema proposto, em especial devido à força normativa e vinculante dos princípios prevalentes no pós-positivismo (se é que se pode denominar assim o plano jurídico atual). A mudança de paradigmas observada nos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, com a adoção da visão neoconstitucional, transforma ou eleva o caráter subsidiário complementar dos princípios à magnitude de normas constitucionais.

A questão não diz respeito somente à atuação jurisdicional, mas a interpretação jurídica como um todo, Streck (2005, p. 144), destaca com primazia:

(...) entendo inadequado pensar que fundamentação é legislação, e que aplicação é jurisdição. Fazer essa cisão é cindir o incindível. Não há etapas distintas na compreensão. Compreender é aplicar. Não é possível separar interpretação a aplicação. O sentido não se desloca do âmbito da compreensão.

A mudança de interpretação e a postura atuante do Poder Judiciário vêm sendo destacadas por muitos pensadores do Direito, fala-se em inclusão sócio-legal, com destaque ao acesso à justiça. Contudo, as divergências em torno da legitimidade da atuação, em especial do Supremo Tribunal Federal, bem como o suposto impasse entre a separação constitucional dos poderes e a hegemonia judicial experienciada e a soberania popular, apresentam-se como pontos fundamentais para a construção da interpretação constitucional que melhor efetive os preceitos constitucionais.

A discussão acerca do ativismo judicial vai além de conceitos filosóficos ou ainda de esforços de persuasão, trata-se de tema fundamental à prática processual e aos princípios objetivos do processo. Objetiva-se uma

sentença de mérito e, que esta seja proferida de forma imparcial, qualquer atitude ativista do magistrado irá de encontro ao devido processo.

Porém neste breve artigo vamos nos deter ao conteúdo político das decisões, mas primeiramente cabe dizer que a politização das decisões ou a judicialização da política são hoje aceitas por grande parte dos autores como características do Neoconstitucionalismo, ou até mesmo como exemplos da mudança do positivismo para o pós-positivismo.

Cumpra dizer, sobretudo, que esta suposta superação do positivismo ainda não aconteceu. O que se identifica com clareza é que as decisões políticas por parte do Judiciário, mais especificamente por parte do Supremo Tribunal Federal, são pontuais e buscam solucionar controvérsias reais e efetivamente aplicar o direito, o que muitos vão denominar de justiça social.

Se ao magistrado não é dado eximir-se de julgar, ao legislativo, pelo contrário, é permitido que se abstenha de analisar certas matérias. Mas isso até que se tenha um caso concreto clamando por solução, um conflito evidente de interesses onde não há legislação. O que faz o magistrado agir positivamente é, notadamente, a solução jurídica ao caso concreto. Ou ainda, a necessidade de tornar eficaz o disposto na Constituição.

Verifica-se que a discussão se torna ainda mais profunda quando se toma por premissa a Supremacia da Constituição Federal.

Com todo acatamento que lhes é devido Dworkin e Alexy tratam de realidades diversas da realidade brasileira. No Brasil, o Supremo não é somente uma corte constitucional como destacam os neoconstitucionalistas. É também uma “instância” decisória, que muitas vezes inova drasticamente. E mais, seus membros são ali colocados por meio de indicação política, na maioria das vezes.

Estas particularidades devem estar presentes quando da análise do ativismo judicial como forma de evidenciar esta postura neoconstitucional, que de forma alguma abandona o positivismo, quando muito o relativiza.

O Supremo Tribunal Federal tem inovado em diversas questões polêmicas que se tornam ainda mais polêmicas por estarem sendo debatidas sob a ótica dos princípios, como o caso da demarcação de terras da Fazenda Raposa Serra do Sol, ou ainda da recente proposta do eminente ministro Luis Fux, que propôs a quitação dos precatórios em cinco anos, por parte do poder público. Seria demagogia ofuscar estas realidades. O caráter político destas decisões é demonstrado quando se observam seus reflexos

na questão agrária, tão cara ao povo brasileiro, ou de orçamento público, tão intrínseca a Administração exercida pelo Executivo.

Em defesa da atitude política do Supremo, é possível trazer a tona o pensamento de Alf Ross (2003, p. 380),

Entretanto, o direito não é crivado unicamente pelo legislador. (...) toda administração da justiça contém um ponto de decisão que transcende a atividade intelectual. A decisão judicial, contudo é menos livre do que a decisão legislativa. A autoridade que administra o direito, em particular o juiz, se sente obrigada pelas palavras da lei e as outras fontes do direito. Todavia, estas sempre deixam espaço para a interpretação, e a norma jurídica concreta na qual se traduz a decisão, é sempre criação no sentido de que não é uma mera derivação lógica de regras dadas.

Mas, diante do exposto, e diante do emergente neoconstitucionalismo, que esta longe de ser, corrente alternativa do direito, surge um questionamento válido: é possível afirmar que a tomada de decisões políticas por órgão contramajoritário afronta a democracia representativa?

É crível que não. Seria mais subversivo se o guardião da Constituição se mantivesse omissos diante da ausência de atividade legiferante ou da ineficiência da administração.

O sistema representativo brasileiro, mormente assegurado como cláusula pétreia constitucional estabelece que o poder deve ser exercido pelo povo, contudo quando o legislador ultrapassa os limites da função que lhe foi confiada, em veemente agressão à direitos constitucionalmente assegurados, legitimado esta, o judiciário, a exercer o controle judicial das normas, visto que trata-se de poder instituído também para estes casos, o controle de constitucionalidade deve ser exercido plenamente para que não ocorram excessos como em épocas mais duras já se asseverou como regra.

(...) ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos. (CITTADINO, 2004, p. 105)

O governo dos juizes (DALLARI, 2002, p. 93), pode não ser apenas uma expressão que visa atemorizar a sociedade, mas sim uma forma de evidenciar a omissão do Poder Legislativo, não obstante, a realidade da magistratura brasileira ainda está fortemente engendrada na legalidade, são juizes literais apegados a formalidades e muitas vezes desvinculados do papel que deveriam exercer dentro da sociedade.

É importante reforçar que o destaque dado ao Poder Judiciário não aconteceria se antes não tivesse sido legitimado ou até mesmo, incentivado pelos demais poderes. Se as omissões são gritantes e o papel do Judiciário deve centrar-se na busca pelo justo, o mais correto é fazer uso do aparato legal disponível para resgatar preceitos morais e evitar o afastamento do princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição destaca a pessoa humana, deixando em segundo plano a estrutura de seus órgãos fato que, no mínimo, indica que estes devem estar submetidos e ao encontro daquela.

Dessa forma, proíbem-se os excessos do Legislativo. O que de forma alguma pode levar a crer que o Poder Judiciário é soberano, que reina sozinho, lembrar-se que não há espaço para autoritarismos em um Estado democrático de Direito é trazer à tona o papel dos órgãos fiscalizadores da atividade jurisdicional brasileira, e aqui se destaca a atuação do Conselho Nacional de Justiça.

À luz da hermenêutica de cariz filosófico, portanto, não-relativista, é necessário advertir, nesse contexto e em concordância com Dworkin, que a afirmação de que o “interprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto tivessem “existência” autônoma). (STRECK, 2005, p. 156)

O sistema democrático esta interligado e a Separação dos Poderes hoje adquire caráter funcional, vinculando a atuação de ambos à supremacia da Constituição. O conteúdo político das decisões do Supremo Tribunal Federal emergem da necessidade de efetivação das políticas públicas negligenciadas pelos demais Poderes. Naturalmente, isto não autoriza excessos pelo Judiciário, afinal este também se subordina à Constituição e ao ordenamento legal.

Em brilhante trabalho Falcone (2008, p. 71) assevera a legitimidade da atuação política da Corte Constitucional Brasileira destacando que:

A constituição é, nessa esteira, um mecanismo perfeito de interação entre a política e o direito, porque permite o fluxo de informações. Estabelece os limites de cada sistema, em uma relação que permite distinguir o jurídico do político. Cabe ao STF, neste limite central de troca de informações, concretizar a constituição, sem invadir a individualidade de cada sistema. Isso não significa desprezar os *outputs* da decisão suprema, os quais reestruturam expectativas normativas e eliminam os dissensos recalcitrantes da esfera pública ainda não eliminados pela constituição como acoplamento entre o jurídico e o político.

Esta problemática tem início na função interpretativa dos órgãos jurisdicionais e não seria diferente, caso esta função fosse atribuída a representantes eleitos pelo voto popular. Aliás, as decisões políticas instigam a atividade legiferante e a criação de políticas afirmativas. Aí está, por fim, a grandiosidade da democracia, os que pretendem o contrário ainda não se desprenderam dos paradigmas dogmáticos e não vislumbraram a complexidade das relações sociais.

Por todo o exposto, tem-se que ainda não é possível estabelecer os limites concretos da atuação política do Supremo Tribunal Federal; sabe-se que tal atuação vem ocorrendo de forma clara em decisões de cunho econômico e social relevantes. No entanto, pode-se concluir que a atuação é legítima e não afronta a democracia e a separação dos poderes, visto que legitimada pela própria Lei maior.

Considerações finais

Destarte, diante da breve exposição é possível concluir que as relações entre Direito e política, são cada vez mais evidenciadas e defendidas pelos Tribunais, embora ainda encontrem resistências e receios por parte de juristas e, no mais das vezes, por parte de congressistas.

A assertiva acima vai ao encontro do objetivo do presente artigo de chamar ao debate sobre a premência de aprimoramento tanto na ciência Política, quando na ciência do Direito, de formas de relacionamento sadio e eficaz à população e aos objetivos democráticos, dentro da atividade jurisdicional, no âmbito do controle e da busca pela constitucionalidade, e também na atividade legiferante.

É possível concluir que, o que está à beira da superação é a defesa do antagonismo entre Política e Direito, e não o positivismo ou o abandono da normatização. Por fim, fica demonstrado, sobretudo, a impossibilidade

de prevalência de um Poder constituído em face dos demais, ou de qualquer forma de separação absoluta de suas funções. A correlação entre estas áreas do conhecimento é premente e tende à produção do conhecimento e aprimoramento das normas e políticas públicas que visam a defesa e a concretização de direitos do cidadão.

Há que se dizer ainda, para concluir, que se a justificação das atividades judicial e legislativa é a defesa e efetivação de direitos, fica superada qualquer discussão acerca da legitimação de uma soberania do Judiciário sobre o Legislativo, ou vice versa. Diz-se muito que a era atual é a era do Poder Judiciário, contudo acredita-se que se trata da era da valorização primordial dos objetivos pelos quais os Poderes são constituídos bem como a defesa dos outorgantes do Poder aos legitimados a exercê-los.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda n. 62, de 9 de dezembro de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo Judicial e Política. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIII, n. 307, p. 58-60, out.2009.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. 2004. Disponível em: <<http://publique.rdc.puc-rio.br>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado e Agnes Cretella. Coimbra: Arménio Amado, 2009.

MACEDO FILHO, Cícero Martins. Ativismo Judicial. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIII, n. 304, p. 48-51, set. 2009.

MELLO, Marconi Antas Falcone de. *Justiça constitucional: o caráter jurídico-político das decisões do STF*. São Paulo: Método, 2008.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. *O papel da magistratura na densificação do ordenamento jurídico: a realização de direitos pela concretização de princípios constitucionais*. São Paulo: Rida, 2009.

STRECK, Lênio; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VINCULAÇÃO DE RECEITA TRIBUTÁRIA E A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL: NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTADO

Andrea Aparecida Leite Marocco*

Luciane Aparecida Filipini Stobe**

Introdução

Desenho de Estado Democrático há no Brasil desde 1988. Fundamentos e objetivos demarcam este desenho. Direitos fundamentais substanciam a Constituição. O tributo é historicamente fonte de receita. Atualmente, instrumento nas mãos do Estado para garantir seus fins – o principal: a justiça social. O que falta então para que efetivamente o Brasil seja uma nação igualitária, justa e solidária? Como garantir direitos sociais com prestações positivas e continuadas?

Uma possível resposta a esta pergunta é o que se pretende desenvolver neste artigo. Indica-se a vinculação de receita tributária como mecanismo de garantia de execução de políticas públicas de Estado que, quando executadas de forma continuada, garantem direitos sociais prestacionais. Assim, faz-se uma breve contextualização acerca das vedações e possibilidades de vinculação de receitas de acordo com a Constituição Federal de 1988.

* Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Público, em Metodologia do Ensino de Línguas (Inglês, Portuguesa e Espanhola) e em Docência no Ensino Superior na Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECO). Professora Titular da UNOCHAPECO, Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI) e Advogada.

** Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2012-); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2011); Pós-graduada em Mercado de Trabalho e Exercício do Magistério (2002); Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2001); Graduada em Letras, com habilitação em Língua Inglesa, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2002); Professora titular da Universidade Comunitária Regional de Chapecó (2004-), na área de Direito Tributário, Direito do Consumidor, e Introdução ao Estudo do Direito. Advogada.

Demonstra-se também a obrigação de vinculação do poder executivo às políticas públicas de Estado, indicando-se o Município como lócus apropriado à execução dessas políticas.

O artigo transita entre o direito constitucional tributário e administrativo.

A repartição de receitas tributárias

Histórica, política e constitucionalmente os tributos são reservados exclusivamente para fins públicos (BALEEIRO, 2006, p. 785). Certo é então que a receita obtida com a incidência tributária seja entregue nas mãos dos entes federados para que lhe dêem destino específico.

A participação na receita tributária é diversa da competência dos entes tributantes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). A receita arrecadada com a incidência tributária é repartida de acordo com ditames constitucionais (art. 157 a 159 da Constituição Federal).

Ensina Eduardo Sabbag que a repartição da receita tributária, entre as entidades impositoras, é meio garantidor da *autonomia política* dos entes federados, uma vez, que esta inexistente dissociada da autonomia financeira (SABBAG, 2011, p. 548).

Na lição de Antonio José Costa, no Brasil, a repartição das receitas tributárias obedece a uma técnica de participação de uma entidade na receita tributária de outra, constituindo uma discriminação das rendas pelo produto (COSTA *in* MARTINS, 2010, p. 890).

No Brasil, a maior fatia da receita tributária pertence à União. Este ente tributante, além de dispor de ampla competência para instituir impostos (II, IE, IR, IPI, IOF, ITR, IGF, IEG, além da competência residual), tem no vasto campo das contribuições especiais, território quase exclusivo.

Conforme dados da Secretaria da Fazenda, no ano de 2009, os tributos federais representaram 69,83% da carga tributária nacional, os estaduais 25,59%, enquanto os tributos municipais representaram apenas 4,58% da carga (RECEITA FEDERAL, 2009).

E a repartição da receita não dá conta de diminuir este distanciamento, pois da receita líquida tributária total arrecadada no Brasil (ano referência 2002) a União fica com 59,3%, os Estados 26,5% e os Municípios 14,2% (RECEITA FEDERAL, ano 2002).

Marcos Mendes informa que em quase 40% dos municípios as transferências federais e estaduais representam mais de 95% da receita local, sendo praticamente nula a receita própria arrecadada (MENDES, 2004, p. 4).

Devido à reduzida expressão dos recursos que arrecada por competência própria e também pelo fato de receber a menor fatia da repartição tributária, os Municípios ficam impossibilitados de executar políticas continuadas e, extremamente dependentes das transferências intergovernamentais (CARVALHO, 2010, p.43).

Vinculação da receita tributária – vedações e possibilidades vigentes na constituição federal de 1988

O artigo 4º do Código Tributário Nacional dispõe que a destinação do produto da arrecadação tributária não diz respeito à natureza do tributo.

Todavia, a compreensão da função social do tributo indica que a legitimidade e a eficácia da norma tributária passam pela sua correta destinação (SPAGNOL, 1994, p. 58). O tributo assim, não tem mera função arrecadatória, mas reveste-se de função social ao servir de instrumento para consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF/88).

Vincular receita tributária significa afetar o destino da arrecadação. Os impostos que não têm destinação afetada são destinados ao financiamento de gastos públicos em geral, e os recursos arrecadados são contabilizados em um caixa único. Um tributo afetado é destinado ao financiamento de um gasto público específico.

As regras da vedação à vinculação de receita de impostos estão disciplinadas no artigo 167, IV, da Constituição Federal. Permite-se a vinculação da receita na repartição do produto da arrecadação entre os entes tributantes, para ações e serviços públicos de saúde (art. 198, §2º, CF) e educação (art. 212, CF), para realização de atividades da administração tributária (art.37, XXII, CF), para prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 165,§8º, CF).

O que se pode concluir, é que as vinculações tributárias indicam eleição de prioridades que demandam receita garantida. A educação e a saúde justificam posição na seara vinculativa por serem de direitos sociais fundamentais (art. 6º, CF). A repartição da receita tributária justifica sua

posição porque é mecanismo de garantia da Federação, como sustentação da autonomia dos entes federados. A vinculação a atividades da administração tributária pode encontrar fundamento na instrumentação dos meios arrecadatórios, cuja receita garante a justiça social. Já a prestação de garantias é instrumento a serviço da gestão dos recursos públicos.

A mitigação do princípio da não vinculação, como ocorre nos casos acima, demonstra que não há vedação rígida no texto constitucional quanto à possibilidade de vincular receita tributária. De modo que, a vinculação pode ser alargada pela vontade do constituinte derivado, como fez com a edição da Emenda Constitucional n. 42/2003.

A finalidade de uma afetação é a garantia de financiamento de um investimento ou despesa de caráter específico, ou seja, um benefício específico em relação à sociedade (SPAGNOL, 1994, p. 85). Assim, há uma relação direta entre a entrada da receita e sua aplicação.

Todavia, se toda receita tributária for afetada a um destino específico pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo não terá margem discricionária para eleger prioridades, o que pode se apresentar como violação do princípio da tripartição dos poderes.

Ainda, se a receita tributária na totalidade estiver vinculada por disposição constitucional haverá mitigação da autonomia do ente federado, violando o princípio do federalismo. Estes dois últimos óbices à vinculação serão compreendidos a seguir.

Óbices à vinculação da receita tributária

De acordo com a Constituição, somente o Poder Legislativo pode instituir tributos, pois o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único) e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

O legislador, após a edição da Emenda Constitucional n. 26/2000, que alterou artigo 6º da Constituição e elevou a moradia ao patamar da educação e da saúde como direito social precisa considerar este valor constitucional e aprovar leis que busquem a realização deste direito. Neste sentido, ensina Hans Kelsen que “a Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos” (KELSEN, 2009, p. 249).

Assim, é o legislador que tem o dever de captar na sociedade as demandas para positivá-las. Com isso, instrumentará o governo, que nos limites de lei, executará as políticas públicas em favor dos “donos do poder” – o povo.

O conteúdo de poder residente em cada esfera não é núcleo duro. Em que pese os poderes serem compostos de funções típicas – legislar, executar, julgar – podem ter enxertos atípicos. Por exemplo, a função atípica do Poder Executivo em legislar por Medida Provisória (art. 62, CF). O que se precisa evitar é o esvaziamento das funções de um Poder e a concentração de funções em um Poder (BARROSO, 2010, p. 175).

No caso de vincular a receita tributária, em percentuais preestabelecidos, para atender direitos sociais, não há esvaziamento, nem arbitrariedade. Há sim, mecanismo de garantia com vistas a atingir os objetivos da República, que é norte para os três poderes.

A separação dos poderes figura no parágrafo 4º do artigo 60, da Carta Republicana como uma das cláusulas pétreas, que não pode ser afetada por emenda que tenda a aboli-la. Em igual patamar constitucional encontram-se os direitos sociais fundamentais. Vincular receita tributária para garantir Políticas de Estado permanentes viola a essência do princípio da tripartição dos poderes?

Neste ponto Luís Roberto Barroso afirma que se deve reconhecer a existência, no texto constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios (BARROSO, 2004, p.203).

Pode-se afirmar que num momento de transição de governo absoluto para um governo democrático, deverá prevalecer o princípio da tripartição dos poderes. Mas, após a consolidação democrática, como no caso do Brasil, esta repartição de soberania cede passo à nova ótica que retira do papel de protagonista o poder do Estado e coloca em seu lugar a pessoa humana, sujeito de direitos.

Ao se conceber que o princípio da separação dos poderes é um postulado fluido, maleável, relativo, variante de cultura para cultura, variante no tempo e no espaço, porque ancorado em conceitos indeterminados, pode-se concluir que ele vem perdendo sua força vinculativa (OLIVEIRA, 2010, p. 335).

E, ademais, com a vinculação de percentuais de receita não há esvaziamento do Poder Executivo, apenas direcionamento para fins específicos, que constarão do orçamento.

“O orçamento é o programa ou plano de ação do governo para um período determinado expressado em termos financeiros e aprovado pelo legislativo” (SPAGNOL, 1994, p. 61). Assim, haverá chancela legislativa dos representantes do povo.

A Federação significa “a forma de Estado, o modo como se dá a distribuição espacial do poder político” (BARROSO, 2010, p. 172).

No Brasil, desde a Constituição de 1981, o pacto federativo fora consagrado constitucionalmente. Na Constituição vigente o princípio consta do artigo 18, onde se lê: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Acertadamente o Brasil outorgou competência para os municípios. Pois, conforme magistério de Geraldo Ataliba é no Município que realiza, com notável extensão, o ideal republicano da representatividade política, com singular grau de intensidade. Aí, a liberdade de informação, a eficácia da fiscalização sobre o governo, o amplo debate das decisões políticas, o controle próximo dos mandatários pelos eleitores dão eficácia plena a todas as exigências do princípio republicano representativo (ATALIBA, 2007, p.18).

Vale dizer que inexistente, porém, uma cultura de autonomia municipal, decorrente de posturas de afastamento do Município enquanto gestor de suas próprias políticas.

Observa-se que existe um déficit de participação e de constituição de atores relevantes, o que pode redundar em crescente fator de crise de governabilidade e de legitimidade. A insatisfação pela deterioração ou a falta de melhoria nos níveis de qualidade de vida, sem canais efetivos onde estes possam ser explicitados, pode conduzir à erosão da titularidade dos atores relevantes expressa em fenômenos com o a volatilidade eleitoral e o desvirtuamento de propostas de gestão pautadas no aprofundamento das práticas democráticas. Poucas são as experiências de gestão municipal que assumem, de fato, uma radicalidade democrática na gestão da coisa pública, assim com o ampliam concretamente o potencial participativo. A análise dos processos existentes está permeada pelos condicionantes da cultura política, tanto do Brasil com os demais países da América Latina,

marcados por tradições estatistas, centralizadoras, patrimonialistas e, portanto, por padrões de relação clientelistas, meritocráticas e de interesses criados entre sociedade e Estado (JACOBI, 1999, p. 7).

José dos Santos Carvalho Filho expressa, com base na Constituição Federal de 1988, que os entes federativos são dotados de autonomia, sendo isso, em síntese, que as entidades têm capacidade de “auto-organização, autogoverno e autoadministração”. Segundo este autor, com a Carta de Magna de 1988, os Municípios saíram bastante fortalecidos, pois em que pese, ainda que não possam ter uma constituição própria, atribuiu-se a eles, o direito de possuir uma Lei Orgânica, que a ela se assemelha (FILHO, 2011, p. 6).

Nota-se que a autonomia municipal que emana da Constituição Federal de 1988, emerge do potencial de elaboração e execução de políticas públicas que de fato atendam aos interesses públicos locais, as quais, neste sentido, podem ser aliadas ao exercício democrático participativo, eis que encurta as distâncias entre o Poder Estatal e os anseios da população em sua realidade.

Hermenêutica constitucional

A hermenêutica constitucional transita por diversos vieses. Neste item procura-se demonstrar algumas doutrinas de interpretação da Constituição Federal que têm por finalidade garantir-lhe eficácia social.

No período que antecedeu a Assembleia Constituinte de 1988, boa parte do debate constitucional brasileiro voltou-se para a efetividade das normas constitucionais, no sentido de garantir a eficácia social da norma. Ao longo da segunda metade da década de 90 o direito constitucional brasileiro iniciou sua reaproximação com a filosofia moral e com a filosofia política, e fundou a doutrina da efetividade constitucional que pode ser assim resumida: “todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos” (BARROSO, 2010, p. 223).

As normas definidoras de direitos investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Se este dever não for cumprido espontaneamente surge a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir a entrega da prestação.

Segundo Luis Alberto Warat:

Ignora-se o abuso estatal dos direitos, a castração estatal de nossa personalidade, de nossos interesses e necessidades. Existe uma denegação generalizada dos excessos a normatividade estatal. Escamoteia-se, por um lado, a existência de uma sociedade que vai sendo dia a dia tomada pelas leis. Dissimula-se, por outro lado, o uso absoluto que o Estado faz da lei positiva em nome dos interesses da sociedade, dos interesses do povo. (...) O Direito aparece, então como um lugar tópico e utópico inabalável que justifica a normatização total de tecido social. Um discurso “uterino” de socialização, um feitiço que instala, na sociedade, a ilusão de um lugar simultaneamente protetor dos interesses da sociedade e as liberdades pessoais. Em ambos os casos, é sempre o indivíduo visto como um selvagem potencialmente perigoso, como um culpado potencial que deve ser viado pelo Estado e pelo Direito (WARAT, 2004, p. 207).

Esta construção serviu-se de uma “metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido” (BARROSO, 2010, p. 223-226). Esta doutrina simboliza a aproximação do texto constitucional à realidade dos fatos.

Este patamar da efetividade propiciou a discussão do neoconstitucionalismo no Brasil e da teoria dos direitos fundamentais. A Constituição Brasileira é substantiva e traduz uma “ordem concreta de valores”, na qual tem primazia a supremacia dos direitos fundamentais. Para Gisele Cittadino, esta realização de valores aponta para o existir da comunidade, em oposição à concepção liberal de Constituição que prima pela defesa da autonomia dos indivíduos (CITTADINO, 2004, p. 227).

A Constituição existe para que existam de fato os direitos nela previstos. O caminho da efetividade encontra-se nos mecanismos de tutela e garantia dos direitos constantes do próprio texto constitucional.

Noutro momento histórico, em contraponto a posição de Ferdinand Lassalle que defendeu a ideia de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, Konrad Hesse defende a força normativa da Constituição. E afirma, a “Constituição contém uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 11).

Konrad Hesse defende que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência,

ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade (HESSE, 1991, p. 14).

O futuro do Estado, nos moldes desenhados pelo regime democrático dependerá da normatização do agir estatal a partir da vontade constitucionalizada na Carta de 1988. Uma Constituição não pode ser compreendida como um mero documento jurídico que é manuseado conforme aos interesses políticos predominantes. Ela é a expressão máxima da vontade constituída a partir do poder originário – o povo.

Importa afirmar que a Constituição, pela sua substantividade expressa o conteúdo da normatização, e no caso específico das políticas públicas de estado indica ainda o caminho para garantia – a receita tributária.

Os direitos prestacionais quando não satisfeitos são afrontados pela inércia do Estado, infração que não é menos grave do que a perpetrada por uma medida que restringe excessivamente ou arbitrariamente um direito fundamental.

Mesmo entre os direitos fundamentais não há prevalência absoluta de um direito sobre outro, o que possibilita que em casos práticos tenha-se uma colisão entre dois direitos, sendo necessário decidir sobre a prevalência de um sobre o outro no caso concreto. O aplicador deverá ponderar qual direito deve prevalecer naquele caso em concreto, sem anular a essência do direito em colisão.

Efetividade constitucional: políticas de Estado

Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção. As garantias destinam-se a assegurar a fruição dos bens e são modos de organização ou de atuação do Estado.

Todavia, como ensina Paulo de Barros Carvalho de nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Maior, se os órgãos a quem compete efetivá-lo não o fizerem com a dimensão que o bom uso do jurídico requer (CARVALHO *in* MARTINS, 2005, p. 410).

Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim (DWORKIN, 2010, p.414). A falta da elaboração de um sistema de garantia dos direitos sociais representa não só um fator de ineficácia de

direitos, mas também um terreno fecundo para a corrupção e o arbítrio (FERRAJOLI, 2006b, p.16).

A garantia de um direito precisa mover o corpo político. Adverte Jean-Jacques Rousseau que no corpo político há dois motores: a força e a vontade, esta sob o nome de poder legislativo, aquela sob o de poder executivo, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política (ROUSSEAU, 2001, p. 63).

O legislador se limita à enunciação abstrata da norma. A concretização ulterior da norma é confiada à autoridade administrativa, que é vinculada pela lei e não pode desrespeitá-la. Se for preciso, o executivo será chamado à observância das leis pelos órgãos jurisdicionais, pelo que fica excluída a possibilidade de atos arbitrários pela autoridade administrativa.

Assim como o executivo está condicionado pelo legislativo, este está condicionado pela Constituição. Esta posição define a prevalência do governo das leis sob o governo dos homens. Geraldo Ataliba ao comentar Kelsen conclui: “à circunstância de um órgão deve observar ou respeitar normas emanadas de outro corresponde, rigorosamente ao *rule of law*, que encontra a plenitude de suas virtudes na república-representativa” (ATALIBA, 2007, p. 34).

No constitucionalismo republicano o Estado é impedido de fazer o que deseja, quando quer, de qualquer modo.

Ao desempenhar suas competências, os órgãos do Estado – em respeito à Constituição – são peados quanto à forma, à substância e à oportunidade de seus atos; e são limitados, absoluta e peremptoriamente pelo rol, de direitos individuais, que, por isso mesmo, são universalmente reconhecidos como obstáculo intransponível à sua ação (ATALIBA, 2007, p.153).

O governo das leis é um Estado de direito no qual se expressa a supremacia do direito e a superação do arbítrio. Onde há lei escrita não pode haver arbítrio, pois há vinculação. Sob a égide do primado da lei o cidadão se protege do arbítrio do mau governante e controla o governo, que é ritualizado pelo direito positivo. “Um poder obrigado a se expressar segundo regras gerais e no interior de formas predeterminadas é, de fato, um poder mais transparente – ou menos opaco – é por isso mais “visível” e controlável por parte dos cidadãos” (ZOLO, 2006, p. 36).

O governo dos homens se apresenta de uma forma rudimentar através da figura do soberano-pai que exerce o poder não à base de normas

preestabelecidas e mediante normas abstratas e gerais, mas à base da sabedoria e mediante disposições dadas caso a caso, segundo as necessidades e carências, das quais apenas ele é interprete autorizado (BOBBIO, 2000, p. 177).

Norberto Bobbio prefere, sem hesitação, o governo das leis ao governo dos homens, pois aquele celebra o triunfo da democracia (BOBBIO, 2000, p. 185),

Diante do governo das leis o princípio do bom governo está completamente invertido: não é a boa lei que faz o bom governante mas o sábio legislador que realiza o bom governo ao introduzir boas leis. Os homens vêm antes das leis: o governo das leis, para ser um bom governo (e não pode ser um bom governo se não são boas as leis a que deve conformar a própria ação), pressupõe o homem justo, capaz de interpretar as carências de sua cidade (BOBBIO, 2000, p. 178).

Na fala de Norberto Bobbio há uma supervalorização da figura do legislador como produtor da norma jurídica, permanecendo sobre este o encargo de produzir boas normas para um bom governo.

Neste campo, a política jurídica traz lições importantes. A primeira delas é a identificação da consciência moral, da qual a consciência jurídica é uma espécie, como processo adaptativo do homem ao seu universo cultural. Assim, a consciência jurídica teria a ver com o senso comum valorativo do indivíduo ou da sociedade, no que se refere à “capacidade de decidir sobre o justo e o injusto, o que seja socialmente útil ou inútil”, com incidência sobre as normas de conduta. Tal entendimento expressa a dimensão das representações jurídicas na projeção da norma que deva ser e como deva ser (MELO, 1998, p. 26). A consciência jurídica é árbitro para julgamento axiológico e fronteira demarcando a área de atuação do poder institucionalizado (MELO, 1994, p. 128).

O modelo capitalista já deu conta de maximizar a exclusão. Seu avanço fará alguns humanos serem relegados a viver isolados – dêsumanizados. Neste sentido, ensina IHERING (2011, p. 55): “o ser humano, através do direito, possui e defende sua existência moral – sem direito, ele se baixaria até os animais, como já faziam os romanos, que, do ponto de vista do direito abstrato, nivelavam os escravos aos irracionais”.

A globalização da economia e a ausência de regras têm provocado um crescimento exponencial das desigualdades: um aumento das riquezas junto com o aumento da pobreza. Menos de trezentos milionários possu-

em mais riqueza que a metade da população mundial, ou seja, três milhões de pessoas (FERRAJOLI, 2005, p. 377).

No Brasil (dados de 2002), há uma perversa distribuição de renda, com os 50% mais pobres detendo uma parcela de apenas 12,3% da renda nacional, enquanto os 20% mais ricos detêm 62,4% da renda (RECEITA FEDERAL, 2002).

A saída consoante a Constituição Republicada consiste em possibilitar condições de desenvolvimento humano, por meio de políticas públicas de Estado. Almeida diferencia políticas de governo e políticas de Estado nos seguintes termos:

Políticas de governo são aquelas que o Executivo decide num processo bem mais elementar de formulação e implementação de determinadas medidas para responder às demandas colocadas na própria agenda política interna – pela dinâmica econômica ou política-parlamentar, por exemplo – ou vindos de fora, como resultado de eventos internacionais com impacto doméstico. Elas podem até envolver escolhas complexas, mas pode-se dizer que o caminho entre a apresentação do problema e a definição de uma política determinada (de governo) é bem mais curto e simples, ficando geralmente no plano administrativo, ou na competência dos próprios ministérios setoriais. Políticas de Estado, por sua vez, são aquelas que envolvem as burocracias de mais de uma agência do Estado, justamente, e acabam passando pelo Parlamento ou por instâncias diversas de discussão, depois que sua tramitação dentro de uma esfera (ou mais de uma) da máquina do Estado envolveu estudos técnicos, simulações, análises de impacto horizontal e vertical, efeitos econômicos ou orçamentários, quando não um cálculo de custo-benefício levando em conta a trajetória completa da política que se pretende implementar (ALMEIDA, 2009, p. 01).

Celina Souza, neste mesmo sentido, diferencia políticas públicas, tendo por base um contexto de eficiência, de credibilidade e de delegação:

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. A partir da influência do que se con-

vencionou chamar de “novo gerencialismo público” e da política fiscal restritiva de gasto, adotada por vários governos, novos formatos foram introduzidos nas políticas públicas, todos voltados para a busca de eficiência. Assim, a eficiência passou a ser vista como o principal objetivo de qualquer política pública, aliada à importância do fator credibilidade e à delegação das políticas públicas para instituições com “independência” política. Estes novos formatos, que guiam hoje o desenho das políticas públicas mais recentes, ainda são pouco incorporados nas pesquisas empíricas (SOUZA, 2006, p. 15).

Para Souza, as políticas públicas não se resumem a participantes formais, sendo que os informais também são importantes, permitindo que se verifique e se distinga o que “o governo pretende fazer e o que, de fato, faz”. Neste sentido, a política pública “envolve vários atores e níveis de decisão”, não se limitando a leis e regras, tendo ações intencionais e objetivos claros, implicando um processo de “implementação, execução e avaliação” (SOUZA, 2006, p. 18).

Coexistem demandas sociais e recursos públicos. Necessário encontrar mecanismos que conectem a necessidade à solução. Esta é a opção pela vinculação da receita tributária. Num país de dimensões continentais como o Brasil, composto por mais de 5.500 Municípios, com características regionais determinantes, é inviável pensar em concentração de receitas na União para execução de política pública no Município. As pessoas vivem no Município.

Encurtar o caminho da aplicação da receita é também medida de cautela diante do desvio de recursos públicos, histórico no Brasil. Para tanto há necessidade de alteração constitucional para mitigação do princípio da não afetação incluindo-se nas exceções da vinculação da receita tributária o permissivo para destinar recursos às políticas públicas de Estado, como por exemplo, a moradia.

Com Antonio Carlos Wolkmer pode-se afirmar que o atual estágio de desenvolvimento da modernidade confirma os limites e a insuficiência dos modelos culturais, normativos e instrumentais que justificam a dimensão da vida, a organização social e os parâmetros de cientificidade. E, “portanto, tornar-se prioritário criar mecanismos que, partindo de reflexões histórico-materiais e transcendendo a mera retórica discursiva, especifiquem um projeto de transformação do real” (WOLKMER, 2009, p.217-219).

Nesse sentido Veronese e Oliveira apontam preocupantes situações:

(...) torna-se importante questionar: que profissionais temos e teremos: reprodutores de uma idéia que reduz a justiça a uma dimensão exclusivamente técnica, ou indivíduos sedentos de transformação, que compreendem o direito como instrumento que viabilize a construção de uma sociedade verdadeiramente justa (VERONESE e OLIVEIRA, 2008, p. 56).

Este é o campo de atuação do político do direito que:

(...) será o advogado, o parecerista, o professor, o assessor jurídico, o juiz, o legislador, enfim todo aquele que, impregnado de humanismo jurídico e treinado na crítica social, apresente-se com a perspectiva das possibilidades, ponha sua sensibilidade e sua experiência a serviço da construção de um direito que pareça mais justo, legítimo e útil (MELO, 1994, p. 132).

Indicar novas vinculações é projetar o novo, com continuidade. Infelizmente no Brasil muito já se viu de políticas governamentais estanques, que cessam findo o mandato eletivo do governante, e são expressão das vontades individuais de governantes e não vontade do povo, expressa pela “vontade da Constituição”.

Se o Estado for inerte à garantia da dignidade humana, e continuar a sonegar o mínimo para existência, os maculados pela exclusão (seus súditos) podem legitimamente resistir ao Estado Democrático, pois este faz corroer o adjetivo democrático cada vez que não mantém como núcleo duro seus fundamentos (art. 1º, CF/88).

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo momento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia, sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos (BOBBIO, 2004, p. 21).

Frente à omissão, o direito de resistência e revolta, o retrocesso da paz. Diante das garantias, a harmonia e evolução humana.

Considerações finais

Num Estado Democrático de Direito, sustentado numa Carta de direitos e garantias fundamentais e diante do aumento das demandas sociais aponta-se a necessidade de repensar meios de implementação de direitos, via efetiva aplicabilidade do texto constitucional. A Constituição não pode

ser compreendida como um mero documento jurídico manuseado conforme aos interesses políticos predominantes, sendo expressão máxima da vontade constituída a partir do poder originário – o povo.

O tributo é meio de sustentação do Estado e tem forte função social tanto no momento da arrecadação quanto da destinação.

Ademais, o destino dos recursos públicos deve ser definido na esfera local – do menor ente federado – o Município, pois este é o local de maior controle social fiscalizatório. A Carta de Magna de 1988 fortaleceu os Municípios dando a eles a prerrogativa de possuir uma Lei Orgânica, sendo que, neste sentido, a autonomia deste ente federativo deve ser cada vez mais compreendida, aplicada em prol do interesse público, com fito de que as políticas públicas sejam pautadas na eficiência.

As políticas públicas não podem ser estanques. Necessário que se mantenham políticas públicas de Estado que ultrapassem os aspectos políticos, a fim de que estas permitam o exercício pleno da cidadania à consecução dos fins sociais. Nesse sentido, além de resguardar direitos sociais, há que se pensar que de políticas públicas pautadas em processos administrativos eficazes emerge o desenvolvimento e a possibilidade da melhoria de vida, com respeito à dignidade humana.

Neste sentido é imperioso vincular receita tributária às políticas públicas de Estado, que atendam direitos sociais fundamentais, de forma continuada, como por exemplo, o direito social de moradia.

Referências

ALMEIDA, Paulo Roberto. *Sobre políticas de governo e políticas de Estado: distinções necessárias*. Disponível em: <<http://diplomatizzando.blogspot.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. rev. e ampl. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Códigos Tributário; Processo Civil; Constituição Federal e Legislação Complementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. Os princípios constitucionais tributários no sistema positivo brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André. (Coords.). *Elementos atuais do direito tributário*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 391-416.

CARVALHO, Andre Castro. *Path dependence* e reforma do sistema tributário e de federalismo fiscal brasileiro. *Revista de Tributária e de Finanças Públicas RTrib* 92, 2010, p. 11-57.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editora Trotta, 2005.

_____. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.

_____. *El derecho como sistema de garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2006b.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011.

JACOBI, Pedro. Poder local, políticas sociais e sustentabilidade. *Saúde e Sociedade*, v. 8 n. 1, 31-48, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O direito de defesa implodido*. 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br>>. Acesso em: 16 maio 2008.

_____. (Coord.) *Curso de Direito Tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994.

_____. *Temas atuais de política do direito*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

MENDES, Marcos. Federalismo fiscal. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (Orgs.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 421-461.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

RECEITA FEDERAL. *Estudos tributários*. 2002. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 09 jul. 2013.

_____. *Estudos Tributários*, 2009. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 09 jul. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Da tributação e sua destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino jurídico: o sonho acabou*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; LEITE, José Rubens (Coords.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94.

TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

André Amaral Medeiros*

Caren Silva Machado**

Isadora Kauana Lazaretti***

Introdução

O objetivo principal do presente estudo é analisar a efetivação da democracia participativa pela transparência pública como instrumento do exercício do controle social. Ou seja, a manifestação do cidadão brasileiro como um ator das mudanças sociais e não mero expectador dos acontecimentos políticos. Nesse contexto, será verificado se os meios eletrônicos a disposição de uma atuação democrática no Brasil.

A presente pesquisa é de grande relevo no cenário nacional, uma vez que, a organização política no Brasil é democrática. Além disso, acredita-se que a solução para o problema da corrupção política no País está no exercício pleno da cidadania.

A pesquisa tem o escopo de configurar democracia, bem como classificá-la quanto ao aspecto político contextualizando no âmbito dos aspectos históricos desse instituto. Além disso, almeja-se pelo estudo analisar os princípios basilares da Administração pública e verificar os instrumentos que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe para o exercício do controle social com ênfase á transparência pública.

* Contador da Fazenda Estadual de Santa Catarina. Especialista em Gestão Pública pela UFSC. Graduado em Ciências Contábeis pela UFSM. Graduando em Direito e membro do Grupo de Pesquisa dos Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social da UNOESC.

** Mestranda em Direito pela UNOESC. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Professora e pesquisadora da UNOESC. Professora da UNOCHAPECÓ. Coordenadora Adjunta do Grupo de Pesquisa dos Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social da UNOESC. Advogada. E-mail: carenmaczo@unochapeco.edu.br.

*** Graduanda em Direito pela UNOCHAPECÓ.

Com o amadurecimento da democracia brasileira e a evolução das novas tecnologias da informação, principalmente a internet, surge cada vez mais a participação ativa do cidadão no controle da Administração Pública, como também no processo decisório das políticas públicas, como participação nos conselhos municipais de saúde, educação e assistência social, audiências públicas, orçamento participativo, dentre outras formas de participação.

A transparência pública possibilita o fortalecimento da democracia participativa na medida em que propicia o conhecimento da gestão pública por parte da população e por conseqüência melhora a eficiência do controle social sobre o gasto público, além de possibilitar a prevenção e o combate à corrupção.

Quanto á metodologia da pesquisa, ela é descritiva e exploratória quanto aos seus objetivos, qualitativa quanto à abordagem do problema e bibliográfica quanto aos procedimentos.

Democracia

Para possibilitar a configuração do instituto chamado Democracia, é mister abordar premissas acerca do conceito de soberania. Entre os pensadores políticos clássicos que se manifestaram sobre o assunto, Rousseau ocupa lugar de destaque em razão do legado considerável que deixou ao pensar nas relações entre Estado e sociedade. A partir de uma análise da soberania popular, na concepção de Rousseau, a vontade geral do povo e o interesse comum é a base do poder. Segundo o autor, a soberania popular está fundada na participação ativa individual no processo político de tomada de decisões, onde, por meio do exercício participativo do poder, este emanará do povo a ponto fazer com que os próprios indivíduos criem as leis que regulam a vida em sociedade (ROUSSEAU, 1973).

Segundo os ideais de Rousseau a filosofia política hegeliana tece ideologias acerca da soberania. Isso contribuiu de forma objetiva com o conceito de “vontade geral”. Segundo a teoria clássica de Hegel, a sociedade civil abrange relações econômicas, culturais e sociais que envolvem interesses particulares dos indivíduos que vivem em sociedade. Nesse viés, a esfera estatal como ente soberano é o reino onde a sociedade civil é a expressão da vontade universal, que se forma por meio das vontades particulares oriundas dos homens (DURIGUETTO, 2007).

Marx define o ente soberano como a esfera da produção e da reprodução da vida material. Para ele, a permanência dessa esfera é condição essencial para uma concreta emancipação política (MARX, 1977). Nesse sentido, partindo de uma análise comunista, as conquistas democráticas não deveriam ser metas finais das lutas dos trabalhadores, mas sim, impulsionadas até que se atinja a tomada do poder e a erradicação das relações capitalistas de produção (DURIGUETTO, 2007).

Seguindo essa linha de pensamento, conceituar democracia é tarefa árdua em razão dos inúmeros significados que a palavra possui, uma vez que, “democracia” não é um conceito estático, mas que necessita de adjetivos (WOLFE, 1980).

A democracia teve seu ponto de origem em Atenas, na Grécia, no século VI a.C, onde após reformas políticas realizadas, fora instituído como forma de governo o método de discussão e deliberação em assembléia, investida de decisões supremas, geralmente realizadas em praças públicas com a participação dos cidadãos (COSTA, 2010).

Com isso, a democracia ateniense foi considerada, por muito tempo, uma fonte de inspiração fundamental do pensamento político moderno. Após a reforma, os ideais políticos de Atenas tornaram-se um ponto de partida útil no que tange à igualdade e à liberdade dos cidadãos, bem como o respeito pelas leis e pela justice (HELD, 1997).

Nesse viés, a democracia é uma forma de governo extremamente de difícil criação e manutenção. Basta observar os acontecimentos históricos que marcaram o século XX na Europa, como o fascismo e do nazismo, que estavam prestes a banir a democracia no velho continente.

Quanto ao significado da palavra, Costa (2010) enfatiza que o termo *democracia* foi introduzido por Heródoto na metade do século V, tornando-se uma das principais palavras de ordem da política hodierna. Nesse sentido, a expressão *democracia* tem como significado o *poder do povo* (AZAMBUJA, 1998).

Norberto Bobbio conceitua democracia como “governo dos muitos, dos mais, da maioria (...) em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de uns poucos” (BOBBIO, 1993, p. 31).

Para Hans Kelsen *democracia* significa “identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo” (KELSEN, 2000, p. 25).

A democracia está relacionada com a organização política dos interesses do povo soberano, cujo poder emana deste, mas é exercido mediante representação parlamentar (GIORGI, 1998). Para que o povo exerça efetivamente esse poder, a ponto de tomar decisões de acordo com suas próprias convicções, é necessário que haja autonomia da vontade, ou seja, liberdade do povo em escolher seus representantes (COMPARATO, 1989).

Vista como um valor universal, a democracia contribui para aclarar e desenvolver os componentes essenciais do homem, além de que a democracia é capaz de promover esse desenvolvimento em diferentes proporções econômicas e sociais (LUKÁCS, 1987).

A experiência da Europa obtida através das duas grandes guerras sob forte influência de governos totalitários, no século XX, mostrou claramente que não haveria solução para a humanidade fora da democracia. Isso porque, não se trata meramente de uma forma de governo que implica somente em modificações políticas, mas traz modificações econômicas e sociais. A democracia é, em todos os termos, a soberania popular, resultado de uma comunidade participativa e igualitária (COUTINHO, 2000).

Assegurar a efetivação dos direitos humanos significa proteger os indivíduos das conseqüências degradantes ao ser humano, que poderiam resultar no esvaziamento do poder coletivo. Tolerar do indivíduo seus direitos básicos pode vir a resultar na paralisação da democracia, uma vez que, nela o “poder emana do povo”. Portanto, a ofensa aos direitos humanos tem como corolário esvaziar o poder de se autogovernar de sua substância enquanto sociedade (GAUCHET, 2009).

No Brasil, a democracia é instituída e assegurada pela Constituição Federal Brasileira, que dispõe no art. 1º que a “República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e constitui-se em Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1988).

Pela expressão *Estado de Direito*, pode-se inferir que é aquele onde os indivíduos são regidos por normas cogentes instituídas pelo ente soberano (BÖCKENFÖRDE, 2000).

Já o conceito sobre a expressão *Estado Democrático* consiste na soberania popular, cujo poder é exercido pelo povo, a exemplo do Brasil. Nesse sentido, a Lei Maior Brasileira assevera que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988). Sob essa luz, o Estado Democrático de Direito é um “su-

perconceito”, do qual se extraem o princípio da dignidade da pessoa humana, a separação dos poderes, o pluralismo político, a isonomia e a legalidade (MENDES, 2009).

Segundo Weffort (1984) o Brasil iniciou seu caminho para a democracia sob uma hegemonia liberal e conservadora, a partir de mobilizações e organizações populares na sociedade civil, por meio de disputas entre grupos dominantes e as elites que os representavam. Desse modo, esse momento histórico no campo político brasileiro leva a crer que a democracia é inseparável da sociedade civil.

A partir dos movimentos sociais e das organizações populares que a Constituição Federal Brasileira foi promulgada com o epíteto de *Constituição Cidadã*. Pela primeira vez na história política do País buscou-se a construção de um Estado de Bem-Estar Social. Isso, em razão da previsão de Direitos Humanos Fundamentais, Direitos Políticos e Direitos Sociais. Isso fez com que se implantasse na sociedade brasileira uma política social compatível com as exigências da justiça social, equidade e universalidade (NETTO, 1999).

Na concepção de Souza (1980), foi mediante a luta das classes subordinadas, principalmente aquelas situadas no pólo extremo da dominação econômico-social, que a *democracia* se tornou resultado dessa disputa. A democracia é uma forma de responder aos interesses sociais e aos desejos do povo brasileiro através do exercício soberania popular.

Em que pese o conceito sobre democracia e sua importância, há crítica no sentido de que ainda existe uma massa de excluídos que não participam do exercício da soberania popular. A verdadeira democracia de “valor universal” somente existirá se as grandes massas de excluídos forem incorporadas ao processo social como autênticos protagonistas. A finalidade é permitir que todos os cidadãos conjuntamente com a sociedade civil se organizem e se expressem para reivindicar seus direitos em busca de obter legitimamente as conquistas sociais, culturais e políticas (COUTINHO, 2000).

Realizada breve conceituação sobre o instituto da democracia e a introdução do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, passa-se a analisar as formas de democracia.

Formas de democracia

A democracia sob o *aspecto político* pode ser classificada em três formas: democracia direta, democracia indireta ou representativa e democracia semidireta.

Como *democracia direta*, entende-se aquela em que “o povo exprime a sua vontade exercendo ele próprio as funções do Estado. Quer dizer, tanto a legislação como as principais atribuições executivas e judiciárias são exercidas pelos cidadãos em assembleias populares ou primária” (SANTANA, 1995, p. 36).

Essa modalidade de democracia foi a primeira a ser instituída. Expressada em sua plenitude em Atenas, onde o povo se reunia em praça pública na forma de assembleias populares com o escopo de discutir e deliberar conjuntamente assuntos que dizia respeito à ordem política e social (COSTA, 2010).

Porém, não era a integralidade do povo que se permitia participar das deliberações, segundo Paulo Bonavides “o direito de participação no ato criador da vontade pública era privilégio de ínfima minoria de homens livres apoiados sobre esmagadora maioria de homens escravos”. Logo, a democracia direta, em que pese aparentar um método eficaz, era suportada por um quadro econômico intensamente explorador (BONAVIDES, 2006, p.288).

A *democracia indireta* ou também conhecida como *representativa* é aquela em que os cidadãos não mais participam diretamente das deliberações como na democracia direta, mas é exercida mediante eleição de um representante eleito. O povo continua sendo soberano, eis que o poder de eleição emana dele próprio, mas o governo é exercido por um representante. Essa forma de democracia tem como base a soberania popular, o sufrágio universal, a observância dos princípios constitucionais da separação dos poderes e da igualdade, a limitação de prerrogativas dos governantes, os mandados eletivos temporários e Estado Democrático de Direito (BONAVIDES, 2006).

Segundo Bonavides (2006), nessa forma de democracia o povo cede sua soberania ao representante eleito para que os representem no governo, visando atender seus anseios e vontades. Nesse viés, firma-se uma relação de confiança entre o povo e seus representantes, de modo que, ao legisla-rem, os representantes não são obrigados a consultar a vontade do povo

em razão deste voto de confiança que lhes foi depositado (MEZZAROBA, 2004).

Por fim, a *democracia semidireta* consiste em uma democracia mista, que abrange tanto a democracia direta como a democracia indireta. É o modelo típico brasileiro, cuja Constituição Federal garante mecanismos que assegurem a soberania do povo exercida de forma direta mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. O exercício indireto da democracia se dá pela eleição dos representantes legais materializado pelo voto (BONAVIDES, 2006).

A Constituição Federal prevê como direito político a soberania popular, dispondo no art. 14 que será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (BRASIL, 1988).

Plebiscito é uma consulta realizada ao povo mediante voto direto e secreto para aprovar ou reprová-la uma questão importante que diga respeito à ordem brasileira, sendo posteriormente debatida no Congresso Nacional. Já o *referendo* é uma consulta posterior à sociedade brasileira sobre determinado ato legislativo ou administrativo com o escopo de que o cidadão ratifique ou rejeite a proposta. Ambos dependem da manifestação do Congresso Nacional¹ (MENDES, 2009).

A *iniciativa popular* consiste em um Projeto de Lei deflagrado pelos cidadãos. O Projeto de Lei subscrito por, no mínimo, “um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (CF, art. 61, § 2º) será apresentado à Câmara dos Deputados (BRASIL, 1988).

Assim, esses são institutos assegurados pela ordem jurídica interna, características da democracia semidireta adotada pela República Federativa do Brasil, com o escopo de assegurar a soberania popular de forma eficaz e mais aproximada da democracia direta.

A partir deste momento faz-se necessário tratar sobre aspectos relacionados à Administração Pública, haja vista, que os atos emanados pela máquina administrativa são objeto do controle social.

¹ CF, Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito.

Administração pública

A Administração Pública “em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do governo, e em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral”. Assim numa “visão global todo o aparelhamento do Estado ordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas” (MEIRELLES, 2004, p. 64).

Com isso defini-se a Administração Pública como a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade segundo os preceitos do direito e da moral, visando ao bem comum (MEIRELLES, 2004, p. 84).

Com o objetivo de satisfazer as necessidades da sociedade brasileira a Administração Pública diferencia-se da administração privada pela obediência compulsória aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, e supremacia do interesse público (CARVALHO E FLORES, 2007, p. 14).

No âmbito normativo, a Constituição Federal trata da Administração Pública no Capítulo VII, e define seus princípios basilares no art. 37 segundo o qual a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios “obedece aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Com relação ao *Princípio da Legalidade*, Hely Lopes Meirelle explica que na Administração Pública não há liberdade irrestrita, uma vez que só é permitido fazer ou deixar de fazer o que está previsto em lei, e explica que a legalidade significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar (MEIRELLES, 2004).

Já o *Princípio da Impessoalidade* visa à satisfação do interesse público em oposição ao interesse particular e o favorecimento de terceiros, e impõe que os atos administrativos sejam praticados de acordo com os escopos da lei, precisamente para evitar autopromoções dos agentes públicos (BULOS, 2002).

O *Princípio da Moralidade Administrativa* “está intimamente ligado ao conceito do bom administrador, que é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum” (MEIRELLES, 2004).

Pelo *Princípio da Publicidade* que o cidadão é informado dos atos públicos, e pode exercer seu papel de cidadão participativo no controle social e fortalecer a democracia. Para Hely Lopes Meirelles publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos e aquisição da validade universal (MEIRELLES, 2004, p. 93).

Nos anos 30, surgiu no governo do Presidente Getúlio Vargas o modelo de *Administração Pública Burocrática* com o objetivo de resolver problemas da *Administração Pública Patrimonialista* como coronelismo, clientelismo, corrupção, confusão do patrimônio público e privado dos administradores públicos, dentre outros. Para isso, esse modelo burocrático era voltado à impessoalidade, ao formalismo, a hierarquia funcional, a idéia de carreira pública e a profissionalização do servidor. Entretanto, na década de 1990 esse modelo de administração pública entrou em crise por não conseguir atingir seus objetivos e conseqüentemente as demandas da sociedade (LIMA, 2000).

Em sua substituição surgiu no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso o modelo de *Administração Pública Gerencial* traçado no “Plano Diretor da Reforma do Estado”, preconizado principalmente pelo ex-ministro Bresser Pereira, para quem esse modelo gerencial se apresenta como uma nova forma de gestão da coisa pública mais compatível com os avanços tecnológicos, mais ágil, mais voltada para o controle de resultados do que de procedimentos, e mais compatível com o avanço da democracia em todo o mundo, que exige uma participação cada vez mais direta da sociedade na gestão pública (LIMA, 2000).

Nessa perspectiva gerencial foi aprovada, em 1998, a Emenda Constitucional nº 19, que veio a instrumentalizar as mudanças que se mostravam necessárias à remoção de obstáculos da Constituição Federal e a implantação plena dos postulados da Administração Pública Gerencial (BULOS, 2002).

Com esse propósito a Emenda Constitucional nº 19 introduziu no *caput* do art. 37 o *Princípio da Eficiência* que traduz a idéia de presteza, rendimento funcional, responsabilidade no cumprimento dos deveres impostos a todo agente público. Seu objetivo é a obtenção de resultados positivos no exercício dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades básicas dos administradores (BULOS, 2002).

Por fim, com relação ao dever constitucional de prestar contas da gestão dos recursos públicos tem-se utilizado o termo *accountability*, que

em seu sentido mais abrangente, pode ser definido como a responsabilidade do governante de prestar contas de suas ações (CUBAS, 2009).

A *accountability* pode ser entendida também como a responsabilização permanente dos gestores públicos em termos da avaliação da *legalidade*, da *economia*, da *eficiência*, da *eficácia* e da *efetividade* dos atos praticados em decorrência do uso do poder que lhes é outorgado pela sociedade (FELIX, 2008).

Após análise dos princípios gerais que regem a Administração Pública e a emanção de seus atos, bem como breve abordagem conceitual sobre Administração Pública, passa-se a tratar especificamente sobre a transparência pública, uma vez que, é um dos mecanismos que possibilitam o cidadão ter acesso à informação pública e por consequência exercer o controle social.

Transparência governamental

A redemocratização do Brasil a partir da Constituição de 1988, após mais de duas décadas de ditadura, trouxe consigo a necessidade da participação da sociedade brasileira para o efetivo exercício da democracia. Isso exige do cidadão a participação ativa no acompanhamento e fiscalização nos atos da Administração Pública.

A transparência é um requisito essencial para o *Estado Democrático de Direito*. Sem informação, o cidadão não pode exercer plenamente a participação política nem resguardar seus direitos (CONDEIXA, 2012).

Por isso, sem transparência, o controle social caminha às escuras e o próprio governante pode deixar de captar situações indesejáveis na máquina estatal por ele comandada (BRAGA, 2012).

A constitucionalização dos princípios que tocam à Administração Pública, em especial o princípio da publicidade, são decorrência do triunfo do constitucionalismo somado a importância do princípio democrático permite que se imagine a publicidade como um meio de legitimação da administração à efetivação da participação popular (MOTTA, 2008).

A publicidade é um princípio constitucional que se caracteriza pelo dever da Administração Pública promover amplo acesso à informação dos atos administrativos. Além disso, o aludido princípio permite ao cidadão tomar conhecimento e controlar esses atos emanados pelos agentes públicos.

A participação popular e a publicidade na elaboração das normas tocantes à Administração Pública são condições indispensáveis para a eficácia das referidas normas. Esse procedimento evita o surgimento de um poder invisível, contrário ao caráter democrático do Estado. A publicidade possibilita a substituição da opacidade pela transparência, e promove a confiança da sociedade no Administrador e na Administração Pública (MEDAUAR, 2003, p. 235).

Em resumo o princípio da publicidade significa dar divulgação oficial aos atos administrativos, conferindo-lhes a transparência, para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Em decorrência desse princípio, que se exige a transparência de todos os atos da Administração Pública, com restrição apenas ao sigilo imprescindível à segurança nacional e a intimidade das pessoas.

O constitucionalista José J. Gomes Canotilho ensina que os postulados da *publicidade*, da *moralidade* e da *responsabilidade*, indissociáveis da diretriz que consagra a prática republicana do poder, não permitem que temas, como da destinação, da utilização e da comprovação dos gastos pertinentes a recursos públicos, sejam postos sob inconcebível regime do sigilo (CANOTILHO, 2003, p. 1165).

Em relação ao princípio transparência administrativa entende-se como conjunto composto pelo princípio da publicidade, da motivação e da participação popular na gestão administrativa, ou seja, o princípio da transparência é inerente a democracia (MARTINS JÚNIOR, 2004).

No Brasil, a transparência também é considerada um princípio da gestão fiscal responsável que deriva do princípio da publicidade. A respeito da transparência na gestão fiscal, tratada como um princípio de gestão tem por finalidade franquear ao público acesso a informações relativas às atividades financeiras do Estado e deflagrar, de forma clara e previamente estabelecida, os procedimentos necessários à divulgação dessas informações.

Assim, a transparência caracteriza-se pelo seu aspecto proativo, ou seja, não necessita do requerimento do cidadão para ter acesso à informação, postura essa que traz benefícios aos governos, pois melhora o fluxo das informações gerenciais com os cidadãos, contribuindo para a eficiência da ação governamental (DARBISHIRE, 2009 apud BRAGA, 2012).

Em 2000, Lei complementar nº 101/00, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, representou uma mudança de paradigma marcante na Administração

Pública, quando impôs aos gestores públicos a necessidade da responsabilidade na gestão fiscal e a transparência pública.

Essa responsabilidade na gestão fiscal pressupõe uma *ação planejada e transparente*, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites na renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, dentre outras.

No seu capítulo IX a Lei de Responsabilidade Fiscal dispôs sobre a *transparência, controle e fiscalização*, e estabeleceu regras e procedimentos para a confecção e divulgação de relatórios e demonstrativos de finanças públicas, a fiscalização e o controle, visando permitir ao cidadão avaliar através da informação disponibilizada em relatórios e portais, o grau de eficiência obtido pela Administração Pública.

Em 2009, a Lei de Responsabilidade Fiscal sofreu uma importante alteração no capítulo que trata da transparência, pela Lei Complementar nº 131/09 que aprimorou os instrumentos necessários a transparência pública nos arts. 48, parágrafo único e 48-A:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:
I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. (grifo nosso).

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número

do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários. (grifo nosso).

Percebe-se desse dispositivo legal que a transparência estabelecida na LRF se apresenta como mecanismo para que a sociedade possa tomar conhecimento das contas e ações governamentais e, deste modo, propiciar o controle e a efetiva participação da sociedade na administração dos recursos que ela coloca à disposição do governo.

Para a Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 48, consideram-se instrumentos de transparência da gestão fiscal as seguintes leis orçamentárias: os *planos plurianuais (PPA)*; *orçamentos (LOA)* e a *Lei de diretrizes orçamentárias (LDO)*. Além disso, também são considerados instrumentos de transparência as *prestações de contas e o respectivo parecer prévio*, os *relatórios de gestão fiscal* e os *relatórios resumidos da execução orçamentária e suas versões simplificadas*.

Com relação a esses planos, orçamentos e lei de diretrizes orçamentárias a Constituição Federal dispõe no seu art. 165 que o *Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual* são peças de planejamento orçamentário.

O *Plano Plurianual (PPA)* é o instrumento utilizado para planejar as ações do governo de caráter mais estratégico e de longo prazo. Estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

A *Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)* é elaborada no primeiro semestre de cada ano com o objetivo de estabelecer as regras gerais para o orçamento do ano seguinte, as metas e prioridades da Administração Pública.

A *Lei Orçamentária Anual (LOA)* é elaborada no segundo semestre de cada ano, fixando despesas e estimando receitas para o controle e a elaboração dos orçamentos e balanços, sempre de forma compatível com o PPA e com a LDO.

Com relação ao *Relatório Resumido da Execução Orçamentária*, a LRF dispõe nos seus arts. 52 e 53, que esse relatório deve ser composto por

diversos demonstrativos, e ter elaboração e publicação bimestral. Tem por finalidade evidenciar a situação fiscal de cada ente da federação de forma especial a execução orçamentária da receita e despesa, propiciando desta forma à sociedade, órgãos de controle e ao usuário da informação pública em geral, conhecer, acompanhar e analisar o desempenho das ações governamentais estabelecidas na LDO e LOA.

Sobre o *Relatório de Gestão Fiscal* a LRF, nos arts. 54 e 55, estabelece que o mesmo será emitido ao final de cada quadrimestre pelos titulares dos Poderes, prestando constas sobre a situação dos limites com despesas com pessoal, dívida, operações de crédito e as medidas corretivas implementadas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal assegura, ainda, a transparência pelo incentivo à participação da população e pela realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão do PPA, da LDO e da LOA.

Além disso, a LRF determina a divulgação ampla em meios eletrônicos de acesso público, em tempo real, os chamados de portais da transparência, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira.

O avanço das tecnologias da informação que vem ocorrendo nos últimos anos transformou a sociedade contemporânea na chamada “sociedade da informação”, uma sociedade onde a informação e o conhecimento ditam seu funcionamento (ARAKAKI, 2008).

Nesse sentido, as novas tecnologias, principalmente a internet, têm propiciado o surgimento de ferramentas que aproximam cada vez mais cidadão e Estado, como exemplo o surgimento do governo eletrônico (e-gov) que utiliza a tecnologia da informação para ampliar e melhorar a prestação de informações e serviços pela internet.

Na Internet o e-gov corresponde ao governo materializado nos portais que integram informações e serviços de interesse do próprio Estado e dos cidadãos, de forma acessível e coerente, permitindo alcançar níveis superiores de eficácia e eficiência dos serviços prestados aos cidadãos. (ARAKAKI, 2008).

Certamente a transparência fiscal constitui um dos mais importantes pilares de apoio e sustentação da responsabilidade na gestão fiscal e se revela um mecanismo democrático que busca o fortalecimento da cidadania.

nia, servindo de pressuposto ao controle social das contas públicas (MILESKI, 2002).

Em 2011, a transparência governamental ganhou mais instrumentos de eficácia, com a promulgação da Lei nº 12.527/11, *Lei de Acesso a Informação – LAI*, com o objetivo de tutelar e assegurar o direito fundamental de acesso à informação, previsto na Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, inciso XXXIII; 37, § 3º, inciso II; e 216, §2º.

A Lei de Acesso a Informação criou o que se convencionou chamar de transparência ativa e transparência passiva. A transparência ativa consiste na divulgação de informações, por iniciativa da própria Administração Pública, em meios de fácil acesso ao cidadão, e a transparência passiva consiste nos procedimentos para atender a demandas específicas dos cidadãos (CONDEIXA, 2012).

Segundo o art. 3º da LAI os procedimentos previstos nesta lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios da Administração Pública e a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública; e ao desenvolvimento do controle social.

Cabe aos entes públicos assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação, a proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade, e a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal.

Ainda, segundo a referida lei, o acesso a informações públicas será assegurado mediante realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular e a criação de serviço de informações ao cidadão (SIC), nos órgãos e entidades do poder público, para atender e orientar o público quanto ao acesso a informações, informar sobre a tramitação de documentos e protocolizar documentos e requerimentos de acesso as informações.

Nos termos dos arts. 10 e 11, qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. Os órgãos e entidades têm o prazo de 20

dias, prorrogável por mais 10, para responder ao pedido de acesso, quando seu atendimento imediato não for possível.

Assim, a transparência rompe com os liames da questão orçamentária e financeira e passa a incorporar a gestão pública de forma global, envolvendo processos administrativos, a gestão de pessoal, além da eficácia e da eficiência dos órgãos públicos (BRAGA, 2012).

Deste modo, o direito de acesso à informação pública e os instrumentos de transparência introduzidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei de Acesso a Informação possibilitam o desenvolvimento das instituições públicas e fortalecem a participação cidadã, por conseguinte, cada vez mais é necessário que os cidadãos disponham de informações de qualidade.

Além disso, os bons gestores têm na transparência a confiabilidade dos seus atos de gestão, e a possibilidade de fortalecer a credibilidade da sociedade com relação a eles e as instituições públicas. O controle social pode ser um grande auxiliar do gestor público na detecção de desvios de recursos públicos e na melhoria da prestação dos serviços públicos, por meio da participação ativa do cidadão na fiscalização da gestão pública e na formulação de políticas públicas.

Portanto, a idéia de controle social vincula-se às expressões de participação e democracia, e passar a ser uma necessidade do Estado Democrático de Direitos e um instrumento de cidadania ativa, que se consolida e se aperfeiçoa, tanto no plano individual dos cidadãos quanto no seio dos grupos sociais pelo implemento da transparência (PINTO, 2012).

Ante ao exposto fica evidente a relevância do controle social através da transparência para assegurar a efetividade da democracia. A garantia da transparência pública e o direito de acesso à informação possibilitam o exercício da cidadania, de modo que o cidadão possa exigir a efetiva satisfação dos interesses da coletividade.

Considerações finais

Com o surgimento das novas tecnologias e sua utilização cada vez maior pela população para fiscalização e acompanhamento da gestão pública, torna-se fundamental para o fortalecimento da democracia a utilização da tecnologia da informação assegurando o exercício do controle social e conseqüentemente otimizando a utilização dos recursos públicos e a melhoria dos serviços públicos prestados à sociedade.

Conclui-se na presente pesquisa que democracia é definida pelo exercício do poder pelo povo. Que suas primeiras manifestações foram em Atenas na forma de democracia direta. Já no Brasil, após duas décadas de regime ditatorial, a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a redemocratização.

No ano que o Brasil comemora 25 anos da Constituição de 1988 vivencia-se uma democracia que introduz mecanismos tecnológicos informatizados como meio de aproximar o cidadão das decisões políticas, bem como fomenta a fiscalização por meio do controle social.

A Administração Pública rege-se por princípios dos quais a publicidade garante ao cidadão o direito de acesso à informação, que nos últimos anos ganhou importantes instrumentos de garantia como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Acesso à Informação.

A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe a responsabilização na gestão fiscal através de ações planejadas e principalmente pela transparência. Esta se manifesta por relatórios, pelos portais de transparência, exigência de audiências públicas para aprovação das leis orçamentárias e prestação de contas do gestor público.

A lei de acesso à informação amplia a garantia do direito fundamental de acesso à informação ao cidadão ao trazer importantes regras no que tange à transparência e ao acesso à informação.

Desse modo o exercício do controle social no texto constitucional é um instrumental vital para a garantia da transparência das informações sobre gestão pública, pois possibilita que sejam disponibilizadas informações seguras ao cidadão, de modo que o exercício do controle social se aprimore, e que esse cidadão participe cada vez mais do processo de tomada de decisão sobre utilização dos recursos públicos, e assim, garantir a efetividade da democracia.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1998.

ARAKAKI, Cristiane. *O Governo Eletrônico como Instrumento de Aproximação do Governo e o Cidadão*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BULOS, Aldi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. *A Auditoria Governamental como Instrumento de Promoção da Transparência*. Disponível em: <<http://www.conaci.org.br>>. Acesso em: 05 maio 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2013.

_____. *Lei complementar nº 101*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2013.

_____. *Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. Comentários à Lei de Acesso à Informação. *Evocati Revista*, n. 77, 2012. Disponível em: <<http://www.evocati.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2013.

COSTA, Pierto. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Contra a corrente: ensaios sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortéz, 2000.

CRUZ, Flávio da et al. *Lei de responsabilidade fiscal comentada: Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CUBAS, Viviane de Oliveira. *Accountability e seus diferentes aspectos no controle da atividade policial no Brasil*. 2009. Disponível em: <<http://revista.dil.dominiotemporario.com>>. Acesso em: 13 maio 2013.

- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade civil e democracia: um debate necessário*. São Paulo: Cortez, 2007.
- GAUCHET, Marcel. *A democracia contra ela mesma*. São Paulo: Radical Livros, 2009.
- GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HELD, David. *La democracia y el orden global: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LIMA, Sídia Maria Porto. *A Emenda Constitucional nº 19/98 e a administração gerencial no Brasil*.
- LUKÁCS, Georg. *L'uomo e la democrazia*. Roma: Lucarini, 1987.
- MACHADO JUNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 31. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, IBAM, 2002/2003.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da econômica política*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MILESKI, Helio Saul. Transparência do Poder Público e sua Fiscalização. *Rev. Interesse Público Especial – Responsabilidade Fiscal*, ano 4, Volume Especial, 2002.

MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal. *Instituto Brasileiro de Direito Público*, Salvador, n. 14, abril/maio/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.dirietodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2013.

NETTO, José Paulo. “FHC e as políticas sociais: um desastre para as massas trabalhadoras”. In: LESBAUPIN, Ivo (Org.). *O desmonte da nação – balanço do governo FHC*. Petrópolis: Vozes, 1999.

SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Herbert José de. Notas sobre a questão atual da democracia no Brasil. *A questão democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social* [e outros escritos]. V. XXIV, São Paulo: Abril Cultural, Col. “Os Pensadores”, 1973.

WOLFE, Alan. O mal estar do capitalismo: democracia, socialismo e as contradições do capitalismo avançado. *A questão da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

OS DIREITOS DOS ANIMAIS NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Patrícia Balancelli Pires*

Reginaldo Pereira**

Introdução

A modernidade trouxe consigo uma série de novas perspectivas que procuraram elevar o ser humano da condição em que se encontrava desde a idade média, era preciso deslocar a figura do ser humano para o centro da vida.

Apesar de ser ligada às revoluções burguesas do Século XVIII pela grande parte dos autores, é possível buscar na revolução científica do Século XVII as bases de uma das grandes características da modernidade: o racionalismo técnico-científico.

A partir do momento em que o racionalismo técnico-científico passa a constituir uma das bases da forma de viver e se organizar econômica e socialmente, ele adquire centralidade. Se por um lado, esta centralidade era necessária para o progresso da humanidade, por outro, trouxe várias consequências na forma como o ser humano passou a conviver com seus semelhantes e com os demais elementos da natureza.

Era necessário conferir às coisas o seu devido lugar, qual seja: o de servir aos interesses humanos. E aos animais, outro destino não era mais possível: deveriam ser tratados como coisas, como objetos a serem utilizados para a satisfação das necessidades dos seres humanos.

Essa visão rompeu de certa forma com as cosmovisões pré-modernas, mediante as quais, o homem estaria inserido em um mundo no qual a natureza o atemorizava, já que não possuía meios de dominá-la, de

* Graduanda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – Ufsc. Professor do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó

subjugá-la, de tornar-lhe uma coisa estendida, de funcionalizá-la ou, como prefere Heidegger, de demandá-la à satisfação de suas necessidades.

Por outro lado, o racionalismo moderno condicionou a vida humana ao isolamento. Resta o ser humano senhor do mundo, reinando, porém, de forma solitária.

Não obstante o excesso antropocêntrico racional-funcionalista, causa estranheza que, em sociedades nas quais os animais passaram a ser meras coisas, se tenha a preocupação em tornar crime certas atitudes que atentam contra a integridade física e o bem-estar animal, como acontece atualmente no direito brasileiro.

Há aí, um paradoxo: como conferir proteção jurídica a determinadas coisas (animais) em detrimento de outras (seres inanimados)? Tal paradoxo remete a um que lhe é prejudicial: como foi possível igualar seres animados com os inanimados, relegando os primeiros a meras coisas?

O presente artigo tem por objetivo resgatar alguns elementos que determinaram ao condicionamento dos animais a simples coisas e problematizar acerca dos principais fundamentos do novo constitucionalismo latino-americano que possibilitam entender a quebra do paradigma antropocêntrico sobre os animais e seus direitos.

Em um primeiro momento, aborda-se a reificação dos animais na modernidade e o paradoxo que tal movimento introduziu. Em seguida, tratam-se das bases teóricas do novo constitucionalismo latino-americano e da quebra dos padrões modernos de se vislumbrar os animais e seus direitos.

A reificação dos animais na modernidade e seu paradoxo

A modernidade é apresentada, com certa frequência, como um projeto de elevação do ser humano erigido sobre dois pilares, o da emancipação e o da regulação (Santos, 2003), que procurou romper com as tradições pré-modernas em três campos distintos e complementares: i) o campo político, articulado em torno da noção do Estado moderno, que pôs fim às tradições políticas do antigo regime; ii) o campo socioeconômico, representado pela indústria capitalista, que impôs novas formas de organização do trabalho e da produção, em detrimento das anteriores, tais como as adotadas pelas corporações de ofícios; e iii) o campo científico, consubstanciado na ciência moderna, a qual, a partir do princípio do fundamento

de Leibniz (*nihil est sine ratione*), inaugurou uma nova forma de desvelar e conhecer a natureza, o diálogo experimental.

Santos (2010) relativiza a noção de construção linear da modernidade. Para o autor, o abismo existente na era pré-moderna entre colonizadores e colonizados encontra-se presente no processo constitutivo da modernidade.

De qualquer forma, seja nas sociedades centrais ou mesmo naquelas que se encontram no outro lado do fosso que separa os colonizadores dos colonizados – onde a modernidade se fez incompleta – o fato é que, delimitando-se a análise ao campo científico, a ciência e a técnica modernas, em um processo relacional simbiótico, positiva e mutuamente alimentado, em proveito do desenvolvimento econômico, denominado por Morin e Kern (1995) de tecnociência, possibilitaram as bases para o crescimento da indústria capitalista e se constituíram em um dos principais fundamentos da modernidade.

A centralidade que a ciência adquiriu na modernidade foi tamanha que respostas ainda pendem a questionamentos sobre os principais fatos que determinaram a ruptura entre o antigo regime e o novo e sobre que bases se deram.

Comumente se atribui às três grandes revoluções burguesas do Século XVIII o caráter político, social e econômico da modernidade. Contudo, sem os paradigmas derivados da revolução científica, a modernidade não teria adquirido a feição que lhe é atribuída.

Segundo Brüseke (2001, p. 123), o evento que marca impreterivelmente o início da sociedade moderna e, sobretudo, das ciências modernas é a formulação do princípio do fundamento *nihil est sine ratione* (nada existe sem razão) – também conhecido pela formulação *nullus effectus sine causa* (não existe efeito sem causa) – por Leibniz, em 1671.

Nada é sem razão é o fundamento e a causa. A razão de alguma coisa é a causa dessa coisa. Fundamento, causa e razão aparecem assim unidos na *ratio* e são substituíveis um pelo outro. *Ratio* carrega a herança do verbo *Reor*: supor algo, opinar, contar com, calcular. Logo, *Ratio* significa fundamento, razão, causa, cálculo. Chega-se ao fundamento de algo por meio da pergunta por quê? O porquê nunca se satisfaz, depois de cada porquê surge um outro por quê? Esta sequência de interrogações sofre uma interrupção: o fundamento do fundamento (Brüseke, 2001, p. 124).

Brüseke (2001, p. 124-125) afirma que, apesar de não ser sofisticado, a filosofia ocidental levou cerca de 2.300 anos para formular o princípio do fundamento.

O motivo mais plausível para esta demora pode ser encontrado na própria ciência, ou melhor, no que ela significava para os antigos e no que passou a significar a partir do Século XVII.

Na Grécia Antiga, ciência significava *episteme* ou conhecimento e ocupava o espaço da matemática e da astronomia, o mundo do cosmos, sendo, portanto, contemplativa. Na modernidade, ela passou a ser conduzida para fins específicos, a ser essencialmente experimental, conduzida pelo diálogo experimental, aplicado para determinadas finalidades.

Prigogine e Stengers (1991, p. 17-20), atribuem a singularidade da ciência moderna ao seu sucesso em descobrir uma linguagem teórica capaz de decifrar inúmeros processos. Tal sucesso constitui-se em um fato histórico que determinou uma transformação sem retorno nas relações estabelecidas entre o homem moderno e a natureza.

Por outro lado, até a formulação do princípio do fundamento, o conceito de técnica – *teckné* para os gregos – estava relacionado a uma forma de saber fazer. A técnica não se encontrava situada no mesmo plano do cosmos, já que não era dirigida a um fim específico e tinha um caráter eminentemente contemplativo.

A técnica faz parte da essência do homem e capacita-o para as transformações das circunstâncias naturais às suas necessidades. O que diferencia a técnica moderna das demais é que, a partir do século XVII, duas esferas culturais, que até então tinham pouco em comum, a ciência e a técnica, entraram num contato de fertilização mútua. Este fato explica um terceiro, ocorrido em alguns países da Europa, a partir do século XVII: o modo capitalista de produção. Hoje as ciências naturais, a técnica e o sistema industrial devem ser vistos como um todo (Brüseke, 2001, p. 135-137).

Para Heidegger (2008, p. 19) a compreensão da técnica passa pelo entendimento do que vem a ser a essência da técnica. Nesse sentido, além de ser um meio de se atingir um objetivo pretendido ou um simples fazer do homem, a técnica adquire na modernidade o significado de desocultamento ou desencobrimento. “O desencobrimento, que rege a técnica moderna, é uma exploração que impõe à natureza a pretensão de fornecer energia, capaz de, como tal, ser beneficiada e armazenada.”

A essência da técnica moderna é compreendida por Heidegger como a essência da própria civilização moderna ocidental, pois ela já não representa apenas um modo de pensar, de realizar, mas um modo de ser que caracteriza uma civilização. A humanidade do homem, que na modernidade se estabeleceu sobre uma das características da técnica moderna, a razão calculadora, se amplia e sobrepõe na figura da técnica. É o agir técnico que dá ao homem, hoje, a sua essência (Critelli, 2002, p. 86-87).

A tecnociência, simbiose entre técnica e ciência, viabiliza e é viabilizada pelo incessante incremento de novas tecnologias, substanciadas em novas formas de fazer ou em novos artefatos que possibilitam a transcendência nas diversas áreas do agir humano.

Nesse contexto, a tecnociência representa, ao mesmo tempo, fator de desenvolvimento, de reinvenção da técnica pela ciência e da ciência pela técnica, que juntas determinam uma forma inédita do homem ligar com a natureza, já que a ciência, em seu casamento com a técnica, mostrou-se extremamente exitosa em seus resultados.

Prigogine e Stengers (1984) enumeram os caracteres que definem a ciência moderna como tal e que permitiram o seu êxito. Segundo os autores, a ciência faz parte do complexo cultural que fornece coerência intelectual a determinada geração. Esta coerência intelectual está ligada à concepção das relações homem natureza e influencia a forma de se fazer ciência, qualificando esta última como uma prática social.

A ciência moderna constitui-se em uma tentativa de diálogo com a natureza como foram e são várias outras práticas científicas ou não que a antecederam ou lhe são contemporâneas, diferenciada pelo diálogo experimental pautado no binômio compreender e modificar. A experimentação visa submeter um processo natural a uma hipótese teórica. Para tanto, o cientista vai preparar, purificar o processo (modificação) para, então, interrogá-lo (conhecimento) (Prigogine; Stengers, 1984).

A possibilidade de, através do diálogo experimental, reduzir-se qualquer processo, por mais complexo que seja a uma *mathesis universalis* acaba afastando o objeto do cientista que passa a visualizá-lo como algo estendido (*res extensa*), autômato, sem vontade própria, que sempre se comportou e comportará em conformidade com leis gerais matematizáveis e aplicáveis a qualquer sistema em qualquer nível (Prigogine; Stengers, 1984).

E é justamente a partir daí que começa o processo de desencantamento – desocultamento, segundo Heidegger (2008) – da natureza. Esta passa a ser mero meio, podendo, a qualquer momento, ser demandada para o cumprimento de funções as quais, em última hipótese, visam garantir o cumprimento dos desejos do homem moderno de se sobrepujar ao restante do mundo e dar sentido, dessa forma, a sua vida.

Em “a Condição Humana”, Arendt (2007) explica que pelo trabalho o ser humano rompe com o caráter cíclico da natureza e deixa seu legado à posteridade, rompendo assim com a condição da mundanidade.

O problema é que, com o avanço da tecnociência, a necessidade de o homem desvencilhar-se de sua condição exacerbou-se a ponto de por em risco, não somente as condições, os processos e as interações que mantêm o meio ambiente estável, mas também a permanência da humanidade na Terra.

Assim, na ânsia de se fixar como senhor do Planeta, o ser humano afasta-se paulatinamente dele e dos demais componentes e espécies que com ele a co-habitam – como se isso fosse possível.

Nesse contexto, conforme salienta Zaffaroni (2013, p. 36), a proposta de Descartes, de reduzir os animais a coisas inanimadas faz todo sentido.

Este entendimento acerca da posição superior do homem em relação à natureza e aos animais acaba inviabilizando a proteção de demais espécies senão em virtude do homem. Alguns exemplos no campo do direito são emblemáticos.

A ocupação, de acordo com o artigo 1.263 do Código Civil Brasileiro, forma originária de aquisição da propriedade móvel, é um deles. Através deste instituto, “Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”.

Os autores definem coisa sem dono em função de nunca ter sido objeto de assenhoreamento (*res nullius*) ou de ter sido abandonada pelo antigo titular (*res derelictae*) (Diniz, 2004, p. 289).

Os exemplos mais citados de ocupação são a caça e a pesca: “São suscetíveis de ocupação *stricto sensu* os animais bravios, os mansos e domesticados sem dono, os enxames de abelhas e as substâncias mencionadas. Os animais podem ser apropriados pela caça ou pesca. O direito de caçar é tido, hoje, como direito subjetivo público” (Gomes, 1997, p. 176, grifo do autor).

Nesse sentido, é o entendimento de Nascimento (2003, p. 161):

O Código Civil de Bevilacqua tratava especificamente da caça e da pesca nos artigos 595 (“Pertence ao caçador o animal por ele apreendido”) e 600 (“Pertence ao pescador o peixe, e o que arpoado, perseguir, embora outrem o colha”). O Código Civil atual silenciou a respeito destes dois institutos. Qual o objetivo da omissão? Excluir do direito tais fatos ou porque os artigos se mostravam desnecessários? Na realidade, a caça e a pesca não deixavam de ser modos de aquisição de domínio já incluídos no instituto de ocupação. Para que a repetição normativa que já era satisfatória na compreensão do fato ocupacional?

Ainda que se pondere acerca da pertinência do exemplo, dado tratar-se de instituto de direito privado, certo é que demonstra o critério utilitarista que o direito – sistema uno – delega para os animais ao permitir que possam integrar no patrimônio daquele que os caça ou pesca.

A mesma racionalidade pode ser verificada na doutrina ambiental. Tome-se como exemplo o posicionamento de Fiorillo (2006, p. 16-17) acerca da prevalência do direito de uma coletividade de expressar e preservar sua cultura sobre o direito de determinada espécie animal de não sofrer maus tratos:

De qualquer modo, quando entram em choque o direito constitucional do animal de não ser submetido a práticas cruéis e o de manifestação da cultura do povo, parece-nos que a única opção a prevalecer é a atividade cultural, portanto é a identidade de um povo, representando a personificação da sua dignidade como parte integrante daquela região. Todavia, deve ser ressaltada a hipótese de o animal ser uma espécie ameaçada de extinção. Nessa situação estaria comprometida a própria perpetuação do costume em tela, e, vedando-se a prática, o animal teria um mínimo de chance de sobreviver na cadeia ecológica, de forma a se reclamar, na hipótese, a sua preservação.

Observe-se que o autor condiciona eventual supremacia do direito de uma espécie não humana à importância de sua preservação para a cultura humana, pois eventual extinção da espécie comprometerá a própria manifestação cultural.

Tal é o caso de se promover o repovoamento de um lago formado pelo represamento de um curso d’água para, por exemplo, a produção de energia elétrica, em função da diminuição do número de indivíduos de

determinada espécie da ictiofauna, relevante para a atividade pesqueira local, em decorrência da impossibilidade de reproduzirem-se naturalmente.

Percebe-se em situações como esta que, em regra, as justificativas para a implantação de medidas, como a ora comentada, sequer são articuladas em razão da importância ecológica das espécies ameaçadas, quando muito ela aparece em segundo plano, pois se deve, primordialmente, garantir a possibilidade dos seres humanos atingidos pelo empreendimento manterem atividades economicamente viáveis.

Não se nega o valor de se possibilitar a continuidade da realização de determinada atividade econômica e culturalmente relevante para determinada população humana, pelo contrário, louva-se tal medida. Lamenta-se tão somente a demonstração que fatos como este fornecem do quanto o ser humano abstraiu a natureza, já que afastá-la é impossível.

Não obstante a redução dos animais a coisas autômatas, desprovidas de qualquer vontade, a serem utilizados pelo ser humano para o atendimento de suas necessidades endo e exossomáticas, desde o Século XIX, diversas iniciativas vêm procurando garantir a permanência de animais no Planeta – mamíferos e felinos de preferência – e, ainda, a vedação de maus-tratos a animais.

Tais desejos foram incorporados por diversos sistemas jurídicos, tal como aconteceu com a constitucionalização da vedação de condutas que imponham maus-tratos aos animais e com sua posterior criminalização, por meio da lei dos crimes ambientais do Brasil.

Reside aí o paradoxo referido na introdução que pode ser traduzível pela seguinte questão: como uma coisa autômata, sem vontade ou encanto, pode ser merecedora de preocupações constitucionais e legais?

Esta incoerência pode ser entendida desde várias perspectivas, neste texto se dará maior ênfase à proposta ecologizada do novo constitucionalismo latino-americano.

A desreificação dos animais e a negação do paradoxo a partir dos fundamentos do Sul

Apesar da maioria das pessoas entenderem pela impossibilidade de se conceder direitos a qualquer outro animal que não seja o humano, vivencia-se atualmente uma surpreendente inovação a esse respeito no

âmbito do que se tem denominado novo constitucionalismo latino-americano.

Por articularem-se em torno de conceitos fundados nas cosmovisões das populações andinas e amazônicas tradicionais, como o bem viver e a Pachamama, as últimas constituições da Bolívia e do Equador abrem perspectivas, ainda não articuladas, sobre a possibilidade de que direitos sejam estendidos à natureza e seus componentes, como um todo, e aos animais, em especial, o que revela um aprofundamento de cunho ecológico na questão.

Se, na história das constitucionalizações do meio ambiente, as Constituições da Grécia de 1975, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978, conforme salienta Benjamin (2007, p. 61-62), representam a primeira onda de constitucionalização, as quais acrescidas da Constituição do Brasil de 1988, que é indicativa da segunda onda de constitucionalização, sofreram influências diretas do texto da Declaração da Conferência de Estocolmo de 1976, enquanto que as Constituições da Argentina de 1994 e da França de 2005 – a segunda onda de constitucionalização – notoriamente foram marcadas pela Declaração da Conferência do Rio de 1992, as Constituições da Bolívia e do Equador representam o que poderia ser chamada de quarta onda de constitucionalização do meio ambiente.

Apesar de se pautarem em critérios ecológicos ao trazerem as preocupações com o meio ambiente para seus textos, há diferenças entre as Constituições que integram as três primeiras ondas de constitucionalização, por exemplo: enquanto que as Constituições da Grécia, de Portugal, da Espanha e do Brasil se utilizam da variável equilíbrio ecológico para definir uma nova dimensionalidade de direitos ligados a uma sadia qualidade de vida adjetivando, dessa maneira, o direito à vida, as Constituições da Argentina e da França incorporam preocupações com o modelo de desenvolvimento que passa a ser orientado também por critérios ecológicos.

Todavia, por mais ecológicas ou, como preferem alguns, verdes, que sejam, as constituições das três primeiras ondas se distanciam das que integram a quarta onda de constitucionalização. Diversos fatores justificam a afirmação: o etnocentrismo e a interculturalidade, o pluralismo político e o pluralismo jurídico, base das novas constituições andinas, não se fazem presentes nas que representam as três primeiras ondas. Além desses, valores como o bem viver em uma terra mãe contrariam valores antropocêntricos e eurocêntricos que se fazem presente nas constituições que integram as três primeiras ondas de constitucionalização.

Assim, para que se possa problematizar adequadamente acerca dos novos paradigmas introduzidos pelas novas constituições da América Latina na temática do presente trabalho, tornam adequadas as análises sobre o histórico e as bases do novo constitucionalismo latino-americano.

As bases teóricas do novo constitucionalismo latino-americano

O novo constitucionalismo surgiu em decorrência de três revoltas populares na América Latina: o Caracaço em 1989 na Venezuela¹, a chamada “guerra do gás”² em 2003 na Bolívia e os protestos ocorridos no Equador em 2005. A ligação entre as três revoltas foi o que impulsionou o movimento jurídico, chamado de novo constitucionalismo latino-americano (Rodrigues, 2009, p. 2).

Para Rocha (1998, p. 288), o novo constitucionalismo latino-americano está fundado nos princípios da participação pluralista, solidária e ativa, organizada para absorver e não para excluir pessoas, grupos ou povos. É o constitucionalismo da ética, da solidariedade, de uma sociedade pluralista que une pessoas e povos para resguardar a individualidade sem individualismos e a identidade dos povos sem segregação e isolacionismo de grupos.

Os teóricos do novo constitucionalismo costumam atribuir às constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia o fato de materializarem as ideias e propostas do novo constitucionalismo latino-americano.

¹ O movimento conhecido como Caracaço teve seu ápice no dia 27 de fevereiro de 1989, na Venezuela. A outrora “democracia modelo da América Latina” enfrentava uma gigantesca explosão de insatisfação popular, a maior de sua história republicana e uma das maiores da história latino-americana. Milhões de pessoas correram às ruas para protestar contra as condições econômicas e sociais do país, que sofria com a desvalorização de sua principal commodity, o petróleo. O movimento deixou um saldo de pelo menos quinhentos mortos e centenas de desaparecidos, sendo que o total de assassinatos pode ter sido muito maior (Jones, 2008).

² Em outubro de 2003 a Bolívia se via diante de amplas mobilizações callejeras que se aglutinaram em função da manifesta vontade do governo de então - Gonzalo Sánchez de Lozada - de exportar o gás boliviano pelo Chile, episódio que ficou conhecido como Guerra del Gás (Porto-Gonçalves; Câmara, 2013).

Apesar da importância da constituição Bolivariana³, neste artigo ater-se-á às constituições da Bolívia e do Equador.

As constituições do Equador e da Bolívia foram desenvolvidas diante da realidade especial de cada país, para solucionar e regulamentar problemas de cada sociedade. O que elas possuem em comum é a inovação em conceder direitos à natureza.

Ao contrário das modernas constituições que, por se fundarem sobre o contrato social de cunho antropocêntrico, não incluem o contrato natural que é o acordo e a reciprocidade que devem existir entre os seres humanos e a Terra viva que tudo nos dá e que espera que a preservemos e cuidemos e que, por tal motivo, elevasse, juntamente com os seres que a compõem em portadores de direitos, os novos constitucionalistas latino-americanos desenvolvem um pensamento constitucionalista de natureza ecológica no qual a Terra e todos os seres da natureza são titulares de direitos (Boff, 2013).

Os novos constitucionalistas latino-americanos fundamentam seus aportes teóricos por meio da ligação de duas correntes: a mais ancestral, pertencente aos povos originários, entende a Terra (Pacha) como mãe (Mama) – daí o nome de Pachamama – sendo titular de direitos porque é viva, nos dá tudo o que precisamos e, finalmente, pela razão de sermos parte dela e de pertencermos a ela, juntamente como os animais, as florestas, as águas, as montanhas e as paisagens, motivo pelo qual, todos merecem existir e conviver conosco, constituindo a grande democracia comunitária e cósmica (Boff, 2013).

A esta corrente aliam uma nova compreensão derivada da

cosmologia contemporânea, da biologia genética e molecular, da teoria dos sistemas que entende a Terra como um superorganismo vivo que se autoregula (autopoiesis de Maturana-Varela e Capra) de forma a sempre manter a vida e a capacidade de reproduzi-la e fazê-la coevoluir. Esta Terra, denominada de Gaia, engloba todos os seres, gera e sustenta a teia da vida em sua incomensurável biodiversidade.

³ Segundo Luís Vieira (2004), a Constituição bolivariana tem o caráter de refundar a república da Venezuela, marcar um novo tempo que não acomoda poderes, que não transforma sua carta magna em um documento formal. Nas terras venezuelanas, a Constituição é viva, está encarnada na maioria da população que já não consegue se perceber sem ela, que a defende sob qualquer pretexto, como mostrou no golpe de 2002. “A Constituição bolivariana é uma decisão com respeito a uma forma de existência de uma força política, de uma nova ordem”.

Ela, como Mãe generosa, deve ser respeitada, reconhecida em suas virtualidades e em seus limites e por isso acolhida como sujeito de direitos – a dignitas Terrae – base para possibilitar e sustentar todos os demais direitos pessoais e sociais (Boff, 2013).

A junção dessas duas maneiras de enxergar e se por no mundo restou positivada nas constituições da Bolívia e do Equador, o que leva Leonardo Boff (2013) a afirmar que os dois países, por fundarem um verdadeiro constitucionalismo ecológico, estão à frente de qualquer outro país dito desenvolvido.

É possível identificar nas constituições do Equador e da Bolívia, algumas categorias que, ao mesmo tempo, servem como fundamentos do novo constitucionalismo latino-americano e como base de uma nova proposta de relação entre o homem e a natureza. No presente artigo, serão trabalhadas duas destas categorias: a Pachamama e o Bem Viver.

A Pachamama e o Bien Viver

No livro *La Pachamama y el humano*, Raúl Zaffaroni (2013) demonstra como nos pensamentos filosóficos e jurídicos modernos tem-se ignorado a natureza e os animais.

A Pachamama é uma divindade protetora cujo nome provém das línguas originárias indígenas e significa Terra, em sentido de mundo (Zaffaroni, 2013, p. 117).

A cada dia percebe-se o quanto o ser humano destruiu e destrói da natureza. O excesso de utilização dos recursos naturais reflete no fundo a perda da percepção de que o ser humano é parte da mãe natureza e não dono do mundo. E que necessita dela para sobreviver, pois sem natureza não há vida. Sendo assim, a única alternativa é o convívio harmônico com a Pachamama.

A Pachamama é a mãe natureza que não tolera maus tratos aos seus filhos. O conceito não impede a caça, a pesca e a exploração madeireira, mas sim a depredação, a utilização desregrada de recursos e os excessos que põem em risco os processos ecológicos essenciais, o equilíbrio dinâmico ou a estabilidade ecológica.

Como a humanidade não vem conseguindo voluntariamente manter uma relação simbiótica com a natureza, retirando dela o que necessita para a manutenção da vida sem a desequilibrar, é preciso, seja com base na

necessidade de que se resguardem condições satisfatórias para a vida das futuras gerações – o que não deixa de ser uma visão antropocêntrica, adotada, por sinal, pelas constituições que internalizaram a questão ambiental nas três primeiras ondas de constitucionalização – ou mesmo, no sentido de conferir aos elementos naturais status jurídicos que os diferenciem de meras coisas, é preciso induzir os humanos a viverem em equilíbrio com a natureza, retirando dela o que necessitam, sem a degradar. Neste sentido a Bolívia e o Equador inovam ao reconhecer em suas constituições direitos da natureza.

As novas constituições da Bolívia e do Equador partem de um paradigma diverso do constitucionalismo liberal antropocentrista, que sempre privilegiou o indivíduo como único sujeito de direitos e obrigações, reconhecendo os direitos coletivos, chegando assim aos direitos da natureza (Pachamama) e mostrando de uma nova forma de vida baseada no equilíbrio com a natureza e a própria vida: o “buen vivir” (Zaffaroni, 2013, p.155).

O buen vivir é um movimento social e político que busca a cessação da destruição da natureza. É um movimento de reinvenção da democracia com elementos de democracia direta, por meio de usos e costumes dos povos indígenas que desta forma abre novas modalidades de constitucionalismo e processo democrático.

Na Bolívia se utiliza o termo “vivir bien” e no Equador “buen vivir”, para designar o paradigma indígena da vida harmoniosa entre os humanos e a natureza (Zaffaroni, 2013, p. 156), que segue a lógica de que a produção necessita ser sustentável e respeitar os tempos e os processos da natureza, para que consiga ao mesmo tempo assegurar a sobrevivência das atuais e das futuras gerações.

Segundo Acosta (2013), o buen vivir, na realidade, se apresenta como uma oportunidade para construir coletivamente novas formas de vida. Ele não é uma originalidade nem uma novidade dos processos políticos do início do século XXI nos países andinos. Nem é uma espécie de superstição ou poção mágica para todos os males do mundo. O buen vivir é parte de uma grande busca de alternativas de vida forjadas no calor das lutas da humanidade pela emancipação e pela vida.

Para o Boff (apud acosta, 2013)

o buen vivir aponta uma ética do suficiente para toda a comunidade, e não apenas para o indivíduo. O buen vivir supõe uma visão holística e integradora do ser humano, imerso na grande comunidade ter-

rena que inclui, além do ser humano, o ar, a água, o solo, as montanhas, as árvores e os animais; é estar em profunda comunhão com a Pachamama (a Terra), com a energia do universo e com Deus.

O bem viver é uma forma diferente de ver o mundo que busca harmonia entre seres humanos e a natureza. Já, o buen vivir propõe uma mudança radical na concepção do certo e errado da sociedade, necessária para possibilitar a subsistência para as próprias gerações e a percepção de que realmente é importante a mudança de hábitos na tentativa de mudança deste mundo, na presente geração, tornando-o o máximo possível mais humano, justo e sustentável.

As duas constituições, com base nos conceitos de Pachamama e buen vivir reconhecem claramente direitos à Natureza.

Na constituição equatoriana a natureza é elevada de forma expressa a sujeito de direitos.

Segundo seu artigo 71, a natureza ou Pachamama, onde a vida é reproduzida, tem o direito ao respeito pleno de sua existência e à manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir o cumprimento pela autoridade pública dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar esses direitos devem ser observados os princípios estabelecidos na Constituição, na medida do possível. O Estado vai incentivar pessoas e grupos para proteger a natureza e promover o respeito de todos os elementos que formam um ecossistema.

Em seu artigo 33, a Constituição da República da Bolívia de 2009 garante aos indivíduos o direito a um ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício deste direito demanda o desenvolvimento normal e permanente dos indivíduos, dos grupos de gerações presentes e futuras, bem como de todos os outros seres vivos.

Já o artigo 34 delega a qualquer pessoa, individualmente ou em nome de uma comunidade o poder de tomar as medidas legais em defesa do direito ao meio ambiente, sem prejuízo da obrigação das instituições públicas que deverão agir automaticamente contra os ataques ao ambiente.

A Constituição Boliviana enuncia a questão ambiental como um direito de caráter social e econômico e com isso parece inclinar-se pela tendência ambientalista predominante ao considerar um direito dos humanos. Todavia, em seu texto não deixa de se referir a outros seres vivos, o que implica reconhecer seus direitos (Zaffaroni, 2013 p.110).

A Constituição Equatoriana inclui também como sujeitos de direitos os ciclos vitais (ou ecossistemas) e obriga constitucionalmente a que seja adotada uma visão mais ampla, que sugere também a necessidade de proteção dos demais seres vivos como sujeitos de direitos, expresso pelo termo expresso em seu artigo 71 “respecto a todos los elementos que forman un ecosistema” (Pacheco, 2011, p. 5).

As inovações dos dois textos constitucionais permitem a quebra do paradigma moderno e o tratamento dos animais como portadores de direitos, o que será mais bem aprofundado no subitem vindouro.

Os animais como portadores de direitos no contexto das Constituições da Bolívia e do Equador.

Aos animais, de acordo com as visões modernas e cartesianas, não se concebe a possibilidade de serem tratados como sujeitos de direito, já que estas, por fundamentarem-se em um paradigma antropocêntrico, restringiram os direitos aos seres humanos, dotados de racionalidade. Possuindo apenas restrições no sentido de que os seres humanos, por consciência, não poderiam machucar ou ferir um animal desnecessariamente.

O projeto da modernidade, como forma de emancipação do homem frente a Deus e predomínio do ser pensante sobre todas as coisas, foi forjado às luzes do iluminismo.

Apesar de ser extremamente adequada aos propósitos da modernidade, a proposta reificadora da natureza de Descartes, que reduzia todas as coisas a meros objetos, se não era veementemente contraposta, por um lado, não era consensual, por outro.

O Iluminismo tinha duas bases contraditórias: uma empirista que deu lugar ao utilitarismo de Bentham, e outra idealista que coroou o racionalismo Kantiano.

Para Kant, a forma de o ser humano tratar as demais espécies não refletia necessariamente qualquer indício de que estas fossem portadores de qualquer direito.

Todavia, apesar de não reconhecer direitos aos animais, Kant, de forma indireta, admitia obrigações humanas a esse respeito, como resultado da própria dignidade humana, o que limitava o poderio absoluto de Descartes (Zaffaroni, 2013, p. 39).

Apesar de reconhecer no sentido de direitos naturais emergentes de um contrato ou algo parecido, o utilitarismo não podia negar direitos aos animais em razão de que estes também têm sensibilidade frente à dor. O pragmatismo de Bentham com sua busca da maior felicidade para todos e por isso, motivado a evitar a dor em todos os seres sensíveis, convocava a esse respeito o reconhecimento de seus direitos (Zaffaroni, 2013, p.38).

Singer defende outra tese. Em seu livro *Libertação Animal*, Singer (2004) não pretende igualar os direitos dos animais aos dos humanos. Todavia, partindo da busca geral de minimização do sofrimento próprio da lógica utilitarista, reconhece diferenças importantes entre os seres humanos e os animais, as quais não justificam a pretensão de negar aos animais todos os direitos.

Singer busca uma conscientização do ser humano e procura demonstrar que este pode substituir a alimentação rica em proteína animal por uma dieta baseada em proteína vegetal. Além de ser mais saudável – o que não é consenso, diga-se de passagem – a mudança nos padrões alimentares livraria o ser humano da responsabilidade pela crueldade praticada aos animais de consumo. Todos os consumidores de proteína animal possuem culpa pelo sofrimento dos mesmos, por financiarem, de um modo ou de outro, a matança. Desta forma, os animais devem ser libertos, por meio da eliminação da ingestão de proteína animal (Singer, 2004).

Os animais não possuem a complexa racionalidade humana, mas sentem prazer e dor e, embora sejam providos de menor inteligência, quando comparados ao ser humano, não se pode negar que existem humanos sem ou com menos inteligência que um animal e que são portadores de direitos. Esta é a lógica que se encontra por trás do raciocínio de Singer.

Se o idealismo e o utilitarismo limitam o poder do homem sobre a natureza e os animais, em que se afastam do novo constitucionalismo latino-americano?

Tanto os idealistas quanto os utilitaristas, uns mais outros menos, partem da superioridade, pelo menos da maioria, dos seres humanos sobre as demais espécies para limitarem o seu poderio.

A noção de que a natureza foi criada para satisfazer às necessidades dos seres humanos e que tudo que existe é para seu uso exclusivo, para tornar sua vida melhor, encontra-se impregnada nas duas concepções.

O ser humano é tido como o senhor do mundo e não como parte da natureza. Por ser o único ser racional deve, para os idealistas, respeitar a

natureza por ser, essa atitude, reflexo ético de sua superioridade. A ausência de motivos que justifiquem os maus-tratos aos animais fundamenta, em apertada síntese, os clamores da ética utilitarista pelos direitos dos animais.

Em resposta a essa visão de mundo, estão os fundamentos do sul, que se constituem na base do paradigma ecológico e que enxergam o homem como parte e não como senhor do mundo.

Buscando um entendimento diverso da ideia de superioridade da raça humana quanto a tudo, o novo constitucionalismo latino-americano opta por proclamar uma convivência de todos os seres vivos dentro da Terra. Sendo uma regra de convivência que de modo algum nega a utilização da natureza até mesmo a técnica, mas que exige respeito a todo o humano e não humano, tendo implicações de toda ordem no plano político e econômico e, naturalmente, enfrenta decididamente ao suicida festival do mercado encarnado em um capitalismo desenfreado (Zaffaroni, 2013, p. 112-113).

Nesse viés, a regulamentação do crime de maus-tratos aos animais não encontra outro fundamento a não ser o de que estes não serem tratados como objetos ou seres inanimados.

Os animais não são coisas, objetos, que existem para o desfrute ilimitado do ser humano. Eles possuem vida, têm capacidade de sentir prazer e de sofrer como os humanos, de certa forma. E por esta razão é necessário o reconhecimento desses animais como sujeitos de direitos, o direito de não ser objeto da crueldade humana.

Para Zaffaroni (2013, p. 54) o bem jurídico no delito de maus-tratos aos animais não é outro que o direito do próprio animal de não ser objeto da crueldade humana, para o qual é necessário reconhecer o caráter de sujeito de direitos. Segundo o autor, o argumento de que não é admissível o reconhecimento dos direitos aos animais por não ser possível exigir dos mesmos determinadas condutas, regulamentadas pelo direito, não se sustenta, haja vista existirem muitos humanos que possuem pouca ou nenhuma capacidade de linguagem ou discernimento e nem por isso deixam de ser sujeitos de direito.

Todavia, como advertem Alves e Belchior (2010, p. 11): “Para a concessão de direitos aos animais, é necessária a sua descaracterização enquanto propriedade do homem, ou do Estado, no caso. Essa mudança, por si só, traria consequências relevantes, mormente do ponto de vista do

impacto econômico que iria causar, notadamente nos setores que utilizam animais como matéria prima para seus produtos”.

Eis aí o grande desafio: definir os direitos e as medidas ou extensões de direitos aos animais. Alves e Belchior (2010, p. 12), por exemplo, defendem que não devam ser garantidos todos os direitos aos animais, mas somente aqueles que realmente lhes forem úteis, como o direito à liberdade e à vida.

A partir do novo constitucionalismo latino-americano, essa proposta faz sentido, na medida em que remete claramente a um critério de utilidade? Não seria necessário um aprofundamento teórico sobre o que Serres (1990) denomina de Contrato Natural, mediante o qual a natureza participaria de forma igualitária de um pacto pela vida no e do Planeta? Por outro lado, que contribuições as culturas andinas e amazônicas ancestrais podem agregar a este debate?

Ficam estas questões.

Considerações finais

Tendo em vista o atual contexto social, tecnológico e científico no qual o ser humano está inserido, com base no estudo realizado neste artigo, pode-se afirmar que sua relação com o meio ambiente, com os seres vivos e plantas que compõe, respectivamente, a fauna e a flora, não pode mais ser encarada do mesmo ponto de vista, devendo haver substanciais mudanças de paradigmas a fim de que se confira dignidade àqueles seres – principalmente os animados – que assim como o homem, têm o direito natural à existência plena, e não apenas para servirem às necessidades, a mais das vezes banais e desnecessárias, de uma sociedade consumista, capaz de conferir status de “coisa” àquilo a que a natureza deu a graça da vida.

O ser humano, sentindo-se o “senhor do mundo”, se distancia do ambiente onde vive, de certa forma acreditando ser possível viver sozinho, como se fosse imaginável sua vida longe do complexo conjunto de vida existente na Terra, sendo que existe uma ligação entre todos os seres animados e inanimados. Nesse contexto se encaixa a proposta de Descartes, que reduzia os animais a meras coisas, que existem para nossa satisfação.

Sendo, desta forma, o ser humano superior a tudo o que existe, necessita de um argumento para basear sua necessidade de transformar os animais em coisas, porque se os animais são coisas é possível ao ser huma-

no fazer o que quiser sem preocupar-se com a responsabilidade do resultado de seus atos.

Assim, após a análise, tendo em vista o que foi tratado sobre os novos paradigmas do novo constitucionalismo, afirma-se que o etnocentrismo, a interculturalidade, o pluralismo político e o pluralismo jurídico são bases do novo constitucionalismo latino-americano. Estes são os fundamentos do sul, que se constituem a base do paradigma ecológico e que enxerga o homem como parte e não como senhor do mundo.

Já como se observou, os direitos dos animais no novo constitucionalismo latinoamericano encontram fundamento no fato de que esta teoria proclama uma convivência propícia não só para com os animais, mas sim com todos os seres vivos existentes na Terra. Com base nisso demonstra-se que os animais não são objetos, pois são seres sensitivos, sofrem, sentem dor/prazer, e para não serem objeto da crueldade humana devem ser considerados sujeitos de direito.

O novo constitucionalismo latino-americano tem justamente a função de conferir direitos aos grupos minoritários e oprimidos, por isso faz-se fundamental que haja uma interrelação entre ele e o direito dos animais.

Referências

ACOSTA, Alberto, *O buen Vivir*. Disponível em: <<http://br.boell.org>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

ALVES, Francisco Josifran Magalhães. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Comentários sobre a possibilidade da aceitação de Animais não-humanos como sujeitos de direito*. 2010 Disponível em: <<http://www.fa7.edu.br>>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad.: Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 57-130.

BOFF, Leonardo. *Constitucionalismo ecológico na América Latina*. 2013 Disponível em: <<http://www.zedirceu.com.br>>. Acesso em: 26 de setembro de 2013.

BOLÍVIA. *República de Bolívia Constitución de 2009*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu>> Acesso em: 28 de setembro de 2013.

BRÜSEKE, Franz Josef. *A técnica e os riscos da modernidade*. Florianópolis: UFSC, 2001.

CRITELLI, Dulce. Martin Heidegger e a essência da técnica. In: *Revista Margem*. nº 16. 2002, p. 83-89. Disponível em: <<http://www.pucsp.br>>. Acesso em 10 jul 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 4: direito das coisas. 19ª ed. Rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

EQUADOR. *República del Ecuador Constituciones de 2008*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu>>. Acesso em: 26 de setembro de 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: _____. *Ensaios e conferências*. 5ª ed. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 11-38.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Tradução: Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Posse e propriedade*. 3ª ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PACHECO, Cristiano de Souza Lima. *A constituição do equador e o direito dos animais em um mundo em transformação*. Disponível em: <<http://cristianopacheco.com>>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança: metamorfose da ciência*. Tradução: Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincadeira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição, soberania e Mercosul 1998*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

RODRIGUES, Vicente A. C. *O Novo Constitucionalismo Latino-Americano 2009*. Disponível em: <<http://www.direito.ufg.br>>. Acesso em: 28 de setembro de 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós/modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*. *Novos estud.* - CEBRAP, São Paulo, n. 79, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 17 out 2010.

SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Tradução Serafim Ferreira. Portugal, 1990.

SINGER, Peter. *Libertação animal: Peter Singer*; Tradução Marly Wincler. Porto alegre: 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Pachamama y el humano*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013.

