

Antonio Carlos Wolkmer
Oscar Correias
(Organizadores)

CRÍTICA JURÍDICA NA AMÉRICA LATINA

Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat
Universidade Federal de Santa Catarina
Aguascalientes / Florianópolis
2013

**CRÍTICA JURÍDICA
NA AMÉRICA LATINA**

Antonio Carlos Wolkmer
Oscar Correias
(Organizadores)

CRÍTICA JURÍDICA NA AMÉRICA LATINA



CENEJUS



Centro de Estudos Jurídicos y Sociales Mispal
Universidade Federal de Santa Catarina
Aguascalientes / Florianópolis

2013

Wolkmer, Antonio Carlos; Correas, Oscar (Org.)

Crítica Jurídica na América Latina. / Wolkmer, Antonio Carlos; Correas, Oscar. / Aguascalientes : CENEJUS, 2013. 1365 pp.

Varios colaboradores.

e-book: ISBN 978-607-8062-39-3

I. Teoría crítica. 2. Pensamiento jurídico. 3. Wolkmer, Antonio Carlos (Org.)
3. Correas, Oscar (Org.). 4. Título.

Tamanho: 17 x 21.5 cm Fonte: Garamond 11.5 y 10

Maiores informações em:
<http://www.criticajuridica.ufsc.br>
<http://criticajuridica.mex.tl/>

© Derechos reservados por
Antonio Carlos Wolkmer y Oscar Correas (Organizadores)

© Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C.
Colón #443, Barrio de Triana,
C.P. 20240, Aguascalientes, Ags.
México

© Universidade Federal de Santa Catarina
Campus Universitário Reitor João David Ferreira Lima
Trindade - Florianópolis - Santa Catarina - Brasil
CEP: 88040-900
Brasil

ISBN 978-607-8062-39-3

Libro digital editado por CENEJUS

Comissão Científica

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (Universidade Federal Santa Catarina - Brasil)
Prof. Dr. Alejandro Médici (Universidad Nacional de La Plata – Argentina)
Prof. Dr. Alejandro Rosillo Martínez (Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México)
Prof.^a. Dr.^a. Alma Melgarito Rocha (CEIICH – UNAM)
Prof.^a. Dr.^a. Beatriz Rajland (Universidad Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. Carlos Rivera Lugo (Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos – Porto Rico)
Prof.^a. Dr.^a. Caroline Proner (Unibrasil/Universidad Pablo de Olavide – Brasil/Espanha)
Prof. Dr. Daniel Sandoval Cervantes (CEIICH – UNAM)
Prof. Dr. Edgar Ardila Amaya (Universidad Nacional de Colombia – Colombia)
Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho (Universidad Federal da Paraíba - Brasil)
Prof. Dr. Jesus A. de la Torre Rangel (Universidad Autónoma de Aguascalientes – México)
Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho (Pontificia Universidad Católica/RS - Brasil)
Prof. Dr. Jorge Enrique Carvajal Martínez (Universidad Gran Colombia – Colômbia)
Prof. Dr. Julio Gaitán Bohórquez (Universidad del Rosario – Colombia)
Prof. Dr. Lorena de Melo Freitas (Universidad Federal da Paraíba - Brasil)
Prof.^a. Dr.^a. Mylai Burgos Matamoros (Universidad Nacional Autónoma de México - México)
Prof. Dr. Marco Navas (Universidad Andina Simón Bolívar - Ecuador)
Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (Universidad de Fortaleza)
Prof. Dr. Norman José Solórzano Alfaro (Universidad de Costa Rica - Costa Rica)
Prof. Dr. Oscar Correias (Universidad Nacional Autónoma de México - México)
Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori (Universidad Federal Santa Catarina - Brasil)
Prof. Dr. Sérgio Augustin (Universidad de Caxias do Sul – Brasil)
Prof.^a. Dr.^a. Maria de Fátima Schumacher Wolkmer (Universidad de Caxias do Sul – Brasil)
Prof.^a. Dr.^a. Sonia Boueiri Bassil (Universidad de los Andes – Venezuela)
Prof.^a. Dr.^a. Vera Regina Pereira Andrade (Universidad Federal Santa Catarina - Brasil)

Conselho Executivo

Adailton Pires Costa (PPGD – UFSC)
Ademar Pozzatti Junior (PPGD – UFSC)
Aurora Molina Sánchez (CEIICH – UNAM)
Blanca Estela Melgarito Rocha (CEIICH – UNAM)
Cynthia Berenice Salazar Nieves (CEIICH – UNAM)
Débora Ferrazzo (PPGD - UFSC)
Edna Mallely Bravo Luis (CEIICH – UNAM)
Erandi López Girón (CEIICH – UNAM)
Gabriela Barretto de Sá (PPGD – UFSC)
Isabella Cristina Lunelli (PPGD – UFSC)
Jackson da Silva Leal (PPGD – UFSC)
Luana Renostro Heinen (PPGD – UFSC)
Lucas Machado Fagundes (PPGD – UFSC)
Marina Corrêa de Almeida (PPGD – UFSC)

Marcelo Mayora Alves (PPGD – UFSC)

Mariana Dutra Garcia (PPGD – UFSC)

Maysa Espíndola Souza (CCJ – UFSC)

Valter Moura do Carmo (PPGD – UFSC)

Victor Fernando Romero Escalante (CEIICH – UNAM)

APRESENTAÇÃO

A atividade crítica dos juristas na América Latina é necessária, e seu desenvolvimento é atualmente uma realidade crescente que anuncia a permanência de uma visão distinta sobre o direito. Neste contexto, vêm se consolidando, desde 1983, as páginas da Revista Crítica Jurídica, na qual diversas propostas teóricas têm confluído em um exercício de discussão plural na qual se tem encontrado um meio de expressão de diversas propostas epistemológicas, cujo fio convergente tem sido a enfática denúncia do papel do direito e da ideologia jurídica na reprodução das desigualdades sociais. Foi assim que surgiu, por iniciativa do Dr. Oscar Correas, a necessidade de gerar espaços de debate para a comunicação teórica a fim de gerar novos e múltiplos enfoques acerca do peculiar saber dos advogados. Dessa maneira, em 1985, inaugurou-se a Primeira Jornada de Crítica Jurídica na Universidade Autônoma de Puebla, México. Naquela reunião participaram integrantes da então chamada Escola de Crítica Jurídica Francesa, como Michel Miaille e Antoine Jeammaud.

Já em 1987, realizou-se o Primeiro Encontro Nacional de Professores de Teoria Jurídica, na Universidade Nacional de Puebla.

Foi no contexto dos debates que surgiu nesta época a pergunta básica que aproximou os pressupostos teóricos do direito aos da sociologia e de outras disciplinas, a saber: por que o direito diz isso que diz e não outra coisa distinta? E foi voltada a fomentar uma discussão que ajudaria a responder esta pergunta que, em 1992 organizou-se o Congresso Internacional de Sociologia Jurídica, no Instituto de Pesquisa Jurídica da Universidade Nacional Autônoma de México. Os intentos centrais da interdisciplinaridade causaram uma mudança e uma necessidade de desenvolver a questão na filosofia (ou, questão jusfilosófica). Foi assim que nesse mesmo instituto ocorreu o Encontro de Filosofia do Direito, com o objetivo de fundar a Associação Nacional de Filosofia do Direito.

A partir do ano de 2000, as discussões de Crítica Jurídica encontrariam espaço no Centro de Investigaciones Interdisciplinarias da Universidade Nacional Autônoma de México, Cidade do México, no Programa Direito e Sociedade, coordenado pelo Dr. Oscar Correas Vásquez, alcançando assim a Primeira Edição da Conferência Latino-americana de Crítica Jurídica em novembro do ano de 2004, constituindo parte importante de um esforço de dialogar e intercambiar enfoques críticos sobre o direito na América Latina, os quais se realizam desde um horizonte essencialmente interdisciplinar.

Apesar da importância da Primeira Conferência de 2004, esta não pode constituir-se como um evento anual, mas por um novo esforço coletivo, no ano de 2007, graças ao grupo de pesquisa do programa Direito e sociedade do Centro de

Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades da UNAM, coordenado pelo Dr. Oscar Correias, efetivou-se não somente a Segunda Conferência Latino-americana de Crítica Jurídica, como a Terceira (2008), a quarta (2009), a quinta (2010) e a sexta (2011). Certamente, todas as edições da Conferência foram construídas em boa parte devido ao esforço e à participação de pessoas, juristas e não juristas, com enfoque crítico de muitos países da América Latina e do mundo. A Conferência havia sido realizada, em todas as suas edições, na Universidade Nacional Autônoma de México. A mudança ocorreu no ano de 2011, na qual tal evento teve duas edições: uma no México e a segunda na Universidade Nacional de La Plata, Argentina. De maneira que, em 2011, marca o ano em que a Conferência intensifica seu caráter latino-americano, incorporando em sua concepção, planejamento e organização um nível mais estreito de colaboração entre distintos grupos de pesquisa no continente.

O ano de 2012 marca outro novo desafio para a Conferência, por um lado, o desafio de aprofundar a colaboração ativa com grupos de pesquisa em países distintos da América Latina na organização desta; por outro, incluir na dita organização a participação de grupos presentes e ativos em outras universidades dentro do México e, sobretudo, de estruturar-se de forma coerente e consistente. Neste sentido, em 2012, realizaram-se três edições da conferência em cidades diferentes: em agosto, na Universidad Autónoma de San Luis Potosí (com a co-organização do Dr. Alejandro Rosillo y do Dr. Jesus Antonio de la Torre Rangel), em setembro, na Universidade Nacional Autônoma do México, e em outubro, na Universidade Federal de Santa Catarina, em Florianópolis, Brasil (com a co-organização do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias, coordenado pelo Dr. Antonio Carlos Wolkmer).

É assim que a Conferência Latino-americana de Crítica Jurídica se tem desenvolvido, contando com a participação destacada de investigadores de vários países de Nossa América Latina (como Argentina, Brasil, Cuba, México, Porto Rico), e igualmente de outras partes do mundo (Espanha e França). Também tem contado com participantes formados em disciplinas (antropólogos, economistas, juristas, sociólogos, politólogos, psicoanalistas, entre outras). Atualmente, encontra-se com o desafio de incorporar participações de todos os países da América Latina para gerar condições nas quais seja possível intercambiar enfoques e metodologias e consolidar um pensamento crítico em torno do direito.

PRESENTACIÓN

La actividad crítica de los juristas en América Latina es necesaria, y su desarrollo es hoy una realidad creciente que anuncia la permanencia de una mirada distinta sobre el derecho. En este contexto, se han venido consolidando desde 1983 las páginas de la *Revista Crítica Jurídica*, en la cual diversas propuestas teóricas han confluído en un ejercicio de discusión plural en la cual han encontrado un medio de expresión diversas propuestas epistemológicas cuyo hilo convergente ha sido la enfática denuncia del papel del derecho y de la ideología jurídica en la reproducción de las desigualdades sociales.

Fue así como surgió por iniciativa del Dr. Oscar Correas la necesidad de generar espacios de debate para la comunicación teórica con miras a generar nuevos y múltiples enfoques acerca del peculiar saber de los abogados. Y fue así que en 1985 que se llevó a cabo la *Primera Jornada de Crítica Jurídica* en la Universidad Autónoma de Puebla. A aquella reunión acudieron integrantes de la entonces llamada escuela de la Crítica Jurídica Francesa como Michel Miaille y Antoine Jeammaud.

Así mismo, 1987 se llevó a cabo el *Primer Encuentro Nacional de Profesores de Teoría Jurídica*, en la Universidad Nacional Autónoma de Puebla.

Fue en el contexto de los debates que surgieron en esta época que surgió la pregunta básica que acercó los presupuestos teóricos del derecho a los de la sociología y los de otras disciplinas, a saber: ¿por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa distinta? Y fue con miras a fomentar una discusión que ayudara a contestar esta pregunta que en 1992 se llevó a cabo el *Congreso Internacional de Sociología Jurídica*, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pero la interdisciplina provocó un viraje hacia una necesidad de devolverle la pregunta a la filosofía, por lo que en ese mismo instituto se llevó a cabo el *Encuentro de Filosofía del Derecho*, con miras a fundar la Asociación Nacional de Filosofía del Derecho.

A partir del año 2000 las discusiones de Crítica Jurídica encontrarían espacio en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México, ya que de la mano del Programa Derecho y Sociedad coordinado por el Dr. Oscar Correas Vázquez. Logrando así la primera edición de la Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica en noviembre del año 2004, la que constituyó parte importante de un esfuerzo de dialogar e intercambiar enfoques críticos sobre el derecho en América Latina, los cuales se realizan desde un horizonte tendencialmente interdisciplinario.

A pesar de la importancia de la Primera Conferencia de 2004, ésta no pudo constituirse como un evento anual sino a partir de un nuevo esfuerzo colectivo en el año de 2007, a partir del cual, gracias al grupo de investigación del programa “Derecho y Sociedad” del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y

Humanidades de la UNAM, coordinado por el doctor Oscar Correas, se pudo realizar no solamente la Segunda Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, sino la Tercera (2008), la Cuarta (2009), la Quinta (2010) y la Sexta (2011).

No obstante que todas las ediciones de la Conferencia fueron construidas en buena parte gracias al aporte y la participación de personas, juristas y no juristas, con enfoque crítico de muchos países de América Latina y del mundo. La Conferencia había sido realizada, en todas sus ediciones, en la Universidad Nacional Autónoma de México. Esto cambió en el año de 2011, en el cual la Conferencia tuvo dos ediciones: una en México y la segunda en la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. De manera que el 2011 marca el año en que la Conferencia intensifica su carácter Latinoamericano, incorporando en su concepción, planeación y organización un nivel más estrecho de colaboración entre distintos grupos de investigación crítica de América Latina.

El año 2012 marca otro nuevo reto para la Conferencia, por un lado, el reto de profundizar la colaboración activa con grupos de investigación de diferentes países de América Latina en la organización de la Conferencia; por el otro, incluir en dicha organización la participación de grupos presentes y activos en otras universidades dentro de México y, sobre todo, de hacerlo de una manera coherente y consistente. En este sentido, en 2012 se realizarán tres ediciones de la conferencia en tres ciudades diferentes: en agosto en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (con la co-organización de Dr. Alejandro Rosillo y de Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel), en septiembre en la Universidad Nacional Autónoma de México y en octubre en la Universidad Federal de Santa Catarina, en Florianópolis, Brasil (con la co-organización junto al Núcleo de Estudios e Práticas Emancipatórias, coordinado por Antonio Carlos Wolkmer).

Es así como la Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica se ha desarrollado contando con la participación destacada de personas de varios países de nuestra América Latina (como Argentina, Brasil, Cuba, México, Puerto Rico), de países de otras partes del mundo (España y Francia). También ha contado con participantes formados en disciplinas diferentes (antropólogos, economistas, juristas, sociólogos, politólogos, psicoanalistas, entre otras). Hoy en día se encuentra con el reto de incorporar participaciones de todos los países de América Latina para generar condiciones en las cuales sea posible intercambiar enfoques y metodologías y así consolidar un pensamiento crítico en torno al derecho que parta de acuerdos básicos.

PREFÁCIO

Os horizontes da América Latina têm sido construídos por uma historicidade de contradições, delineada, ora por processos internos de dominação representados pelo autoritarismo e imposição excludente de minorias, ora pela marginalidade e resistência das maiorias “ausentes da história”, dentre as quais as nações indígenas, os afrodescendentes, os camponeses, as massas populares e os movimentos sociais.

Mesmo que a presença e a dependência de padrões culturais colonizadores, assimilados pelas elites locais, tenham inviabilizado o desenvolvimento de formas de conhecimento, de representação social e de práticas institucionais autenticamente latino-americanas, não poderão minimizar ou negar a existência de uma cultura própria e de um pensamento crítico na América Latina.

Portanto, importa trabalhar por um pensamento crítico que contribua para uma América Latina não como passado de dominação e de exclusão, mas como presente que revela a luta liberadora de seus sujeitos históricos e como futuro que viabiliza a construção de sua utopia social.

É com essa finalidade que introduzimos a presente obra coletiva, “Crítica Jurídica na América Latina”, resultado do empenho e do desafio de diferentes pesquisadores, professores e alunos de vários países da América Latina, que, em uma perspectiva crítica e interdisciplinar, congregaram-se, solidariamente, na 3ª Jornada da VII Conferência Latino-Americana de Crítica Jurídica, realizada na cidade de Florianópolis, Santa Catarina - Brasil, entre os dias 17 e 19 de outubro de 2012. Tal evento foi fruto exitoso da parceria entre o Núcleo de Crítica Jurídica com o Centr de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades – CEIICH, da UNAM, e de nosso NEPE – Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias/UFSC.

Certamente que o denodo revelado nesta obra coletiva - síntese das diferentes contribuições apresentadas nas conferências centrais e nos grupos de trabalho, é de propor uma ‘crítica jurídica’, que recupere temáticas de compromisso social e de transformação para o nosso cenário latino-americano. Com esse intento e seguindo a organização oficial do próprio Evento Internacional, a obra estruturou-se em nove partes, cada qual com diversos capítulos, que compreendem, desde a problematização inicial e oportuna do “Pluralismo Jurídico e Novo Constitucionalismo na América latina”, avançando em ricas e provocadoras discussões sobre “pedagogia crítica”, “movimentos sociais e justiça”, “capital e trabalho”, “direitos humanos e cidadania”, “interculturalidade, decolonialidade e meio ambiente”, e “criminologia crítica latino-americana”.

A perspectiva que se inaugura, através das distintas contribuições teóricas levantadas, é de retrabalhar por um projeto de emancipação que permita erradicar as práticas históricas de dominação interna e externa, secularmente sustentadas por modelos socioeconômicos e político-jurídicos colonizadores e dependentes.

Há que se priorizar, na e com a “Crítica Jurídica”, ideias e estratégias que sejam a síntese real de nossa experiência histórica, sociopolítica e jurídica, e que seja capaz de revelar a originalidade e autenticidade do “ser” latino-americano. Naturalmente, as matrizes críticas de fundamentação de uma cultura jurídica na América Latina há de ser encontrada na experiência histórica e no imaginário utópico do sincretismo proveniente dos mundos indígena e negro, e do povo oprimido e excluído. Não se trata de negar as formas teóricas de conhecimento e tradição ocidental, mas de ir além, edificando um novo modo de vida assentado em paradigmas alternativos de legitimidade. Daí o compromisso por uma cultura decolonial e liberadora, embaçada em novos critérios e em outra lógica de construção, que demonstre, mais clara e radicalmente, nossa própria identidade latino-americana.

Por derradeiro, o justo reconhecimento para que esta magnífica Coletânea viesse à luz, desde a constante inspiração da “Crítica Jurídica” e o estímulo, do Mestre de sempre, Dr. Oscar Correas, até o incansável e dedicado labor na montagem, seleção e formatação da obra, pelos integrantes do NEPE/UFSC. Não menos relevante, a gratidão ao Grupo de Crítica Jurídica (UNAM) e ao apoio do Prof. Dr. Alejandro Rosillo Martinez, pela editoração final na Universidad Autónoma de San Luis Potosí y CENEJUS (México). Por fim, cabe o agradecimento ao Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), com o especial apoio, sem o qual o evento de Crítica Jurídica em Florianópolis não teria se realizado na magnitude em que foi.

Por tudo isso, é que se tem a imensa satisfação de apresentar, ao meio acadêmico científico, societário e popular, estas preciosas e significativas reflexões que vêm contribuir para um maior avanço e amadurecimento de estudos latino-americanos, principalmente para uma cultura jurídica mais crítica, plural e decolonizadora.

Antonio Carlos Wolkmer

Prof. Titular dos Cursos de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
Coordenador NEPE

PREFÁCIO

Los horizontes de América Latina han sido contruidos por una historicidad de contradicciones, delineada, o por procesos internos de dominación representado por El autoritarismo e imposición excluyente de minorías, o por la marginalidad y resistencia de las mayorías “ausentes de la historia”, entre ellas las naciones indígenas, los afrodescendientes, campesinos, masas populares y movimientos sociales.

Mismo que la presencia y la dependencia de padrones culturales colonizados, asimilados por las élites locales, tengan inviabilizado el desarrollo de formas de conocimiento, de representación social y de prácticas institucionales auténticamente latino-americanas, no podrá minimizar o negar la existencia de una cultura propia y de un pensamiento crítico en América Latina.

Por lo tanto, es importante trabajar por un pensamiento crítico que contribuya para una América Latina no como pasado de dominación y de exclusión, mas como presente que revela la lucha liberadora de sus sujetos históricos y como futuro que viabiliza la construcción de su utopía social.

Es con esa finalidad que introducimos la presente obra colectiva, “Crítica Jurídica en América Latina”, resultado del empeño y del desafío de diferentes investigadores, profesores y alumnos de varios países de América Latina, que, a partir de una perspectiva crítica e interdisciplinar, se congregaron, solidariamente, en la 3º Jornada da VII Conferencia Latino-Americana de Crítica Jurídica, realizada en la ciudad de Florianópolis-SC, Santa Catarina - Brasil, entre los días 17 y 19 de octubre de 2012. Ese evento fue fruto exitoso de la asociación entre el Núcleo de Crítica Jurídica del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades – CIICH, de la UNAM, e de nuestro NEPE – Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias/UFSC.

Ciertamente la audacia revelada en esta obra colectiva -- síntesis de las diferentes contribuciones presentadas en las conferencias centrales y en los grupos de trabajo -- es de proponer una ‘crítica jurídica’, que recupere temáticas de compromiso social y de transformación para nuestro escenario latino-americano. Con ese intento y siguiendo la organización oficial del propio Evento Internacional, la obra se estructuró en nueve partes, cada cual con diversos capítulos, que comprenden, desde la problematización inicial y oportuna del “Pluralismo Jurídico y Nuevo Constitucionalismo en América Latina”, avanzando en ricas y provocadoras discusiones sobre “pedagogía crítica”, “movimientos sociales y justicia”, “capital y trabajo”, “derechos humanos y ciudadanía”, “interculturalidad, decolonialidad y medio ambiente”, y “criminología crítica latino-americana”.

La perspectiva que se inaugura, por medio de las distintas contribuciones teóricas levantadas, es de re trabajar por un proyecto de emancipación que permita erradicar las prácticas históricas de dominación interna y externa, secularmente sustentadas por modelos socioeconómicos y político-jurídicos colonizadores y dependientes.

Hay que se priorizar, en y con la “Crítica Jurídica”, ideales y estrategias que sean la síntesis real de nuestra experiencia histórica, sociopolítica y jurídica, e que sea capaz de revelar, la originalidad y autenticidad del “ser” latino-americano. Naturalmente, las matrices críticas de fundamentación de una cultura jurídica en América Latina han de ser encontrada en la experiencia histórica y en el imaginario utópico del sincretismo proveniente de los mundos indígenas y negro, y del pueblo oprimido y excluido. No se trata de negar las formas teóricas de conocimiento y tradición occidental, más de ir más allá, edificando un nuevo modo de vida asentado en paradigmas alternativos de legitimidad. Por eso el compromiso por una cultura decolonial y liberadora, fundada en nuevos criterios y en otra lógica de construcción, que demuestre, más clara y radicalmente, nuestra propia identidad latino-americana.

Así, el justo reconocimiento para que esta magnífica Colectánea venga a luz, desde la constante inspiración de la “Crítica Jurídica” y el estímulo, del Maestro de siempre, Dr. Oscar Correas, hasta el incansable y dedicado labor en el montaje, selección e formateo de la obra, por los integrantes del NEPE/UFSC. No menos relevante, la gratitud al Grupo de Crítica Jurídica (UNAM) y al apoyo del Prof. Dr. Alejandro Rosillo Martínez, por la edición final en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y CENEJUS (México). Por último, vale un agradecimiento al Programa de Apoyo a Eventos en el País (PAEP) de la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal en Educación Superior (CAPES), con apoyo especial, sin el cual el evento de Crítica Jurídica en Florianópolis no habría ocurrido en la magnitud en que se ha desarrollado.

Por todo eso es que se tiene la inmensa satisfacción de presentar, al medio académico-científico, societario y popular, estas preciosas e significativas reflexiones que vienen a contribuir para un mayor avance y maduración de estudios latino-americanos, principalmente para una cultura jurídica más crítica, plural y decolonizadora.

Antonio Carlos Wolkmer

Prof. Titular dos Cursos de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
Coordenador NEPE

SUMÁRIO

PARTE 1

PLURALISMO JURÍDICO E NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

Capítulo 1	28
PLURALISMO JURÍDICO: HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA Alma Melgarito	
Capítulo 2	90
NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS E DISCUSSÕES EPISTEMOLÓGICAS César Augusto Baldi	
Capítulo 3	108
UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: O ÁRDUO CAMINHO DA DESCOLONIZAÇÃO Melissa Mendes de Novais	
Capítulo 4	128
LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS SOCIO-HISTÓRICO PARA EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO: APORTACIONES DESDE LA EXPERIENCIA MEXICANA Daniel Sandoval Cervantes	
Capítulo 5	145
REFLEXOES HISTORICO-JURIDICAS E ANTROPOLOGICAS: A NECESSIDADE DE REFUNDAR O ESTADO A PARTIR DOS SUJEITOS NEGADOS Lucas Machado Fagundes	

Capítulo 6	164
SITUANDO O NOVO: UM BREVE MAPA DAS RECENTES TRANSFORMAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	
Luís Henrique Orio	
Capítulo 7	187
O PLURALISMO JURÍDICO A PARTIR DE DUAS EXPERIÊNCIAS DE POLICIAMENTO ALTERNATIVO NA AMÉRICA LATINA: RONDAS CAMPESINAS DO PERU E POLÍCIA COMUNITÁRIA DO MÉXICO	
Gabriela M. Kyrillos, Tiago Menna Franckini Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	
Capítulo 8	205
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LUTAS SOCIAIS ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS SOBRE O MILITANTISMO E O ENGAJAMENTO: ANÁLISE SOBRE O PANORAMA BRASILEIRO	
Lara Freire Bezerra de Sant'anna	
Capítulo 9	226
SOBRE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN NUESTRA AMERICA EN LOS PROCESOS DE CAMBIO	
Beatriz Rajland	
Capítulo 10	234
JUSTICIA CONSTITUCIONAL, LEGITIMIDAD Y EJERCICIO DE LAS GARANTÍAS: EL CASO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO	
Marco Navas Alvear	
Capítulo 11	254
NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y FILOSOFÍA POLÍTICA: LA NECESIDAD DE UN PENSAMIENTO SITUADO Y CRÍTICO PARA REFUNDAR NUESTRAS BASES CONSTITUCIONALES	
Alejandro Medici	

Capítulo 12 268
PLURALISMO JURÍDICO E NOVO CONSTITUCIONALISMO
NA AMÉRICA LATINA. REFLEXÕES SOBRE OS PROCESSOS
CONSTITUINTES BOLIVIANO E EQUATORIANO.
E. Emiliano Maldonado

Capítulo 13 286
PLURALISMO, NOVO CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO E RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA:
APROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS.
Ivone Fernandes Morcilo Lixa

Capítulo 14 304
O PLURALISMO JURÍDICO TRANSFORMADOR LATINO-
AMERICANO FRENTE À INCAPACIDADE INSTITUCIONAL
E DO MODERNO ESTADO DE DIREITO
Gladstone Leonel da Silva Júnior

PARTE 2

CRÍTICA JURÍDICA NA AMÉRICA LATINA

Capítulo 15 319
DIREITO E DESENVOLVIMENTO:
DO MITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO
AO AUMENTO DAS LIBERDADES REAIS
João Guilherme Villanova, Ademar Pozzatti Junior

Capítulo 16 339
DINÁMICAS DE LA GLOBALIZACIÓN HEGEMÓNICA
Jorge Carvajal

Capítulo 17 352
FILOSOFIA DO SUJEITO E O PENSAR DA ALTERIDADE
NA AMÉRICA LATINA: O OUTRO E A BARBÁRIE
NA MODERNIDADE
Antonio Guimarães Brito

Capítulo 18 369
A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS: INTERSECÇÃO
ENTRE O DIREITO E A MÚSICA
Leilane Serratine Grubba, Horácio Wanderlei Rodrigues

Capítulo 19 391
DIREITO, MARXISMO E CRÍTICA JURÍDICA
Enoque Feitosa

PARTE 3 PEDAGOGIA CRÍTICA DO DIREITO

Capítulo 20 404
EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
João Pedro Lima de Guimarães Vargas

Capítulo 21 426
AVALIAÇÕES E APRENDIZAGENS NO DIREITO:
PELA ATENÇÃO ÀS SIGNIFICAÇÕES CONSTRUÍDAS
POR ESTUDANTES
Ernani Santos Schmidt

Capítulo 22 438
ASSESSORIA JURÍDICA E PARTICIPAÇÃO POPULAR
NA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À CIDADE: ESTUDO
DE CASO EM PARAISÓPOLIS - SP
Débora Grama Ungaretti, Gabriela Nunes Machado
José Eduardo Carvalho Segatto

Capítulo 23 453
O CURRÍCULO OCULTO COMO UMA FORMA DE ANÁLISE
DA REPRODUÇÃO SOCIAL E CULTURAL NA FACULDADE
DE DIREITO
Alexandre Pereira Hubert

Capítulo 24	471
NOVO ENSINO, NOVAS POLÍTICAS: TRANSFORMAÇÕES NO ENSINO JURÍDICO COMO FORMA DE PROMOVER MUDANÇAS SOCIAIS, ECONÔMICAS E POLÍTICAS Pollyana Martins Pacheco dos Santos Lima, Paulo José Saffioti Junior Felipe Dias Gonçalves	
Capítulo 25	488
ANALISE E CRÍTICA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA: DO POSITIVISMO-LEGALISTA À AUTONOMIA DE PENSAMENTO Carolina Elisa Suptitz, Ademar Pozzatti Junior	
Capítulo 26	510
ENTRE ENSINO E PRÁTICA: OS IMPACTOS DA PROFISSIONALIZAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA NO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO Paulo José Saffioti Junior, Pollyana Martins Pacheco dos Santos Lima Felipe Dias Gonçalves	
Capítulo 27	527
UMA ANÁLISE CRÍTICA À EDUCAÇÃO NEOLIBERAL E AO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO Alice Dandara de Assis Correia Gabriela Maia Rebouças	
Capítulo 28	540
QUE LUIS ALBERTO WARAT DIRIA DO ATUAL ENSINO JURÍDICO? Muriel Machado, Jéssica Gonçalves, Ademar Pozzatti Junior	
Capítulo 29	559
EXPERIENCIA JURÍDICA... EXPERIENCIA DE APRENDIZAJE: ALGUNOS ACERCAMIENTOS PEDAGÓGICOS PARA GENERAR APRENDIZAJES SIGNIFICATIVOS EN DERECHO Norman José Solórzano Alfaro	

CAPÍTULO 30	579
A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA EM EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR ENQUANTO ESPAÇO DE FORMAÇÃO DIALÓGICA PARA O ESTUDANTE DE DIREITO	
Gabriela Barreto de Sá	

PARTE 4
TRABALHO, CAPITAL E DIREITO

Capítulo 31	596
LA VITALIDAD DEL MARXISMO PARA LA COMPRESIÓN DE LA CULTURA NORMATIVA DEL PUEBLO HÑAHÑU	
Alejandro Santiago Monzalvo	
Capítulo 32	614
LA RECUPERACIÓN DEL PODER - HACER, ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL POSIBLE DERECHO DEL TRABAJO	
Eduardo Manuel Méndez Sánchez	
Capítulo 33	634
A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO	
Marcelo Schmitt Gamba	
Capítulo 34	657
O TRABALHO ASSALARIADO COMO MEDIADOR DA DEGRADAÇÃO DO HOMEM E DA NATUREZA NO CAPITALISMO	
Enzo Bello, Rene José Keller	
Capítulo 35	676
O ESTADO E A REPRODUÇÃO DA IDEOLOGIA BURGUESA: UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TST (1998/2008)	
João Paulo Mota Rosa	

Capítulo 36	689
COMUNISMO Y DERECHO: REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS ACTUAL DE LA FORMA JURÍDICA	
Carlos Rivera Lugo	
Capítulo 37	714
RELEYENDO A PASHUKANIS Y SU TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO	
Romero Escalante Víctor Fernando	
Capítulo 38	731
REFLEXIONES SOBRE LA DIALÉCTICA DOMINACIÓN/ EMANCIPACIÓN EN EL DERECHO DESDE EL PENSAMIENTO MARXISTA	
Mylai Burgos Matamoros	

PARTE 5
DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

Capítulo 39	754
RESISTÊNCIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM CONTRAPONTO ENTRE O JURÍDICO E O FACTUAL	
Antonio Dias de Oliveira Neto, Gabriela Maia Rebouças	
Capítulo 40	770
CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DO EMPODERAMENTO DOS CIDADÃOS	
Eduarda Reckziegel, Elisa Girotti Celmer, Sheila Stolz	
Capítulo 41	784
A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO ÂMBITO DAS ORGANIZAÇÕES SUPRA- NACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A SUA RESPECTIVA INFLUÊNCIA NA PROMULGAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA	
Rafaela Seixas Fontes	

Capítulo 42	806
A JUDICIALIZAÇÃO DA “VIOLÊNCIA DE GÊNERO” Ísis de Jesus Garcia	
Capítulo 43	830
HANSENÍASE: DIREITOS TARDIOS RESGATAM A CIDADANIA? Larissa Carvalho de Oliveira, Laura Vicuña Campos Mendonça Rezende	
Capítulo 44	843
A DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO ESPAÇO PROCEDIMENTAL-DISCURSIVO: ANÁLISE CRÍTICA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Cláudia Albagli Nogueira	
Capítulo 45	859
ASSESSORIA JURÍDICA COMUNITÁRIA: PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA Mariane Mascarenhas Dias, Raquel Pereira Faria, Felipe Comarela Milanez	
Capítulo 46	870
DOUZINAS E RUANDA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA AJUDA HUMANITÁRIA Natália Damázio Pinto Ferreira	
Capítulo 47	890
AS MÚLTIPLAS FACES DO CONCEITO LIBERAL DE CIDADANIA: DO SENSO COMUM JURÍDICO-ESTATAL À CIDADANIA PÓS-NACIONAL Adailton Pires Costa	
Capítulo 48	913
DIREITOS HUMANOS E EMANCIPAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A RETIRADA DE CRUCIFIXOS DO TJ/RS À LUZ DA QUESTÃO JUDAICA, DE KARL MARX Enzo Bello, Rene José Keller	

Capítulo 49	926
UMA CIDADANIA ATIVA PARA AS COMUNIDADES DO CEARÁ: NOTAS SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS Bleine Queiroz Caúla, Valter Moura do Carmo, Dayse Braga Martins	
Capítulo 50	941
A AMBIGUIDADE DA ANISTIA NO BRASIL: MEMÓRIA E ESQUECIMENTO NA TRANSIÇÃO INACABADA José Carlos Moreira da Silva Filho	
Capítulo 51	976
SUBDESENVOLVIMENTO E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE – UMA POSSÍVEL ABORDAGEM MATERIALISTA Martonio Mont’alverne Barreto Lima	
Capítulo 52	995
DERECHOS HUMANOS Y FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN DESDE ABAJO Alejandro Rosillo Martínez	
Capítulo 53	1018
MOVIMIENTO SOCIAL Y JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, CASO PRÁCTICO DEL DERECHO A LA SALUD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO Aurora Molina Sánchez	
Capítulo 54	1025
MÉXICO: ENTRE LA DEMOCRACIA ELECTORAL, Y LA DEMOCRACIA RADICAL Jesús Antonio de la Torre Rangel	

PARTE 6
INTERCULTURALIDADE E DECOLONIALIDADE

Capítulo 55	1041
A DOUTA IGNORÂNCIA E A ECOLOGIA DE SABERES NA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: UMA ORIENTAÇÃO ÉTICA, POLÍTICA E EPISTEMOLÓGICA EM QUE A HUMILDADE E O RESPEITO SÃO PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS	
João Pedro Lima de Guimarães Vargas	

PARTE 7
RECURSOS NATURAIS E TERRITÓRIOS

Capítulo 56	1065
ROLLOS DEL DESARROLLO DESDE AMÉRICA LATINA, ALGUNOS APUNTES	
Blanca Estela Melgarito Rocha	
Capítulo 57	1080
ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO: NECESSIDADE, PERSPECTIVA (E SUAS PERSPECTIVAS) E/OU POSSIBILIDADE (E SUAS POSSIBILIDADES) DIANTE DAS CRISES DO ESTADO	
Adrielle Fernanda Andrade Précoma	
Capítulo 58	1107
LA DESMITIFICACIÓN DE LA TIERRA COMO RECURSO PARA LA ACUMULACIÓN DE CAPITAL	
Cynthia Salazar	
Capítulo 59	1123
A CRÍTICA JURÍDICA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO	
Gabriela C. B. Navarro	

Capítulo 60	1142
ÁGUA COMO BEM COMUM NO QUADRO DA GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA. ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS A PARTIR DAS BASES DA ECONOMIA ECOLÓGICA E SOBRE A NECESSIDADE DE UM NOVO DIREITO PÚBLICO	
Milena Petters Melo, Andrea Gatto	

PARTE 8
CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA

Capítulo 61	1165
CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL: EM BUSCA DA UTOPIA ADORMECIDA	
Vera Regina Pereira de Andrade	

Capítulo 62	1203
A LEI MARIA DA PENHA SOB A PERSPECTIVA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA: UMA ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NA CIDADE DO SALVADOR-BA	
Rafaela Seixas Fontes	

Capítulo 63	1224
POSITIVISMO E RACISMO: A NASCENTE CRIMINOLOGIA BRASILEIRA.	
Athanis Rodrigues	

Capítulo 64	1243
A QUEM PERTENCE O ÚTERO DA MULHER?	
Mariane Oliveira Junqueira	

Capítulo 65	1260
APRISIONAMENTO FEMININO E MATERNIDADE NO CÁRCERE – UMA ANÁLISE DA ROTINA INSTITUCIONAL NA PENITENCIÁRIA FEMININA MADRE PELLETIER	
Larissa Urruth Pereira, Gustavo Noronha de Ávila	

Capítulo 66	1282
A DOR IGNORADA: DIREITOS HUMANOS DIANTE DA REALIDADE PENAL DA MULHER LATINO-AMERICANA Ana Carolina de Moraes Colombaroli Talita Tatiana Dias Rampin	
Capítulo 67	1304
EU ROBÔ: O MAGISTRADO CRIMINAL E O ARQUÉTIPO PRODUTOR DE VERDADES NAS MODERNAS JURIDICIDADES PUNITIVAS Jackson da Silva Leal, Thaís Jeske	
Capítulo 68	1328
PRISIÓN EN REVOLUCIÓN: UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL CASO VENEZOLANO (1998-2012) Sonia Boueiri Bassil	
Capítulo 69	1359
DE GRILHÕES A FUZIS E PRISÕES: ANÁLISE HISTÓRICO-CRIMINOLÓGICA DA LUTA PELO ACESSO À TERRA NO BRASIL Flávio Bortolozzi Junior	
Capítulo 70	1382
A CRIMINALIZAÇÃO DO MST NO RIO GRANDE DO SUL: APONTAMENTOS SOBRE O 'INIMIGO' NO CAMPO E. Emiliano Maldonado	
APÊNDICE	1412

PARTE 1

**PLURALISMO JURÍDICO E
NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA**

Capítulo 1

PLURALISMO JURÍDICO: HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

Alma Melgarito¹

1. INTRODUCCIÓN

En el estado de la cuestión actual, es menester preguntarnos ¿Qué es la *Crítica Jurídica*? ¿Responde este significativo a la misma idea con la cual nació hace ya casi cuarenta años? O bien, ¿Hacia dónde apunta hoy el camino para los juristas críticos? Sé muy bien que contestar a estas interrogantes es una verdadera tarea de vida, y, sin embargo, es también hoy, una preocupación ineludible.

Al respecto, me parece que hoy la voz *Crítica Jurídica* engloba una multiplicidad de enfoques y tendencias que tienen la firme convicción de colocarse en la tensión entre lo que el derecho *es*, y lo que el derecho, como herramienta para la emancipación humana *puede ser*. En este tono, ha sido sumamente enriquecedor escuchar en el marco de esta conferencia tantas voces reunidas en torno a esta firme convicción, dialogando, construyendo horizontes desde los más diversos enfoques teóricos y epistemológicos.²

Ahora bien, toca hablar ahora de un tema que me ha venido apasionando desde hace ya varios años, lo anterior sobre todo porque su sola existencia significa un claro reto a la teoría del derecho contemporánea, pero sobre todo, porque se trata de un tema merced al cual es posible hacer una *radical crítica al estado* como la forma normativa específica y necesaria de las relaciones de producción capitalistas. El tema del que hablo, me parece, deja claro el hecho de que el estado, si bien tiene pretensiones de universalidad, simplemente no es universal. Este es el tema conocido como *pluralismo jurídico*.

1 Profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales en la Universidad Nacional Autónoma de México. Colaboradora del Programa Derecho y Sociedad en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades en la misma universidad, e integrante del Comité Académico de la Revista Crítica Jurídica. almamelgarito@hotmail.com

2 Realmente creo que una de los grandes logros de esta conferencia ha sido mantener abiertos espacios para un constante y fructífero intercambio de los más diversos enfoques teóricos que vienen desde la Filosofía de la Liberación, del Anarquismo, del Marxismo, de la Criminología Crítica, entre otros.

Ciertamente, pienso que la teoría del pluralismo jurídico nos permite develar que, si bien es cierto que el discurso hegemónico del derecho actúa en nuestra conciencia como un *depredador* que pretende presentar el derecho estatal como *el único derecho posible*, este discurso no es más que una máscara que pretende ocultar la pluralidad jurídica *realmente* existente. En este sentido, se nos ha impuesto el paradigma del monismo jurídico como el único derecho posible, condenando la pluralidad al plano de lo irracional, e incluso, al plano de lo considerado como *antijurídico, ilegal, o criminal*.

Pero ha sido la preocupación por responder a este discurso hegemónico sobre el estado y el Derecho, es decir, por la necesidad de enfrentarse a la imágenes tradicionales de un estado por encima de las clases y de un derecho esencialmente objetivo, neutral, e incluso protector, la que ha llevado a la teoría crítica a impugnar esta visión de lo jurídico y a una práctica jurídica de combate.

Ahora bien, he titulado mi participación como Pluralismo Jurídico: hacia una teoría constitucional latinoamericana, con la pretensión de provocar una discusión acerca de la relación entre la pluralidad jurídica y los textos normativos que en el debate jurídico se han venido llamando *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Y para ello, será preciso comenzar por establecer a qué me refiero cuando digo “constitución”, para lo cual será necesario hacer una breve referencia a la teoría del derecho desde la que parto para hacer estas reflexiones.

En primer lugar, me parece que es muy común encontrar en la teoría constitucional, un defecto, el de que parecen manejar la constitución “como si” no fuera derecho. Así, la constitución es pensada o como “idearios”, “factores reales” “decisiones fundamentales” u otras y no es tratada como lo que *es*, es decir, no es tratada como *texto con pretensiones normativas*. En efecto, gran parte de la dogmática constitucional considera que el derecho constitucional es un derecho cualitativamente *diferente* al resto del orden jurídico, esto en razón a que aseguran que su *contenido* es distinto al del resto del orden jurídico, o a que defienden que este texto posee un procedimiento dificultado de reformas en comparación con el resto del orden jurídico, o bien, a que su elaboración es atribuida a un ente ficticio y casi místico que llaman “poder constituyente”, entre otros argumentos semejantes. Pero me parece que ganaríamos en claridad si comenzamos a tratar a las constituciones como lo que son, esto es, si comenzamos a tratarlos simplemente como *normas*.

En este momento les pido me permitan decir a qué me refiero con “claridad”. Considero que es necesario decir que parto de la premisa de que entiendo el discurso jurídico como aquel que se ha encargado de construir una realidad *mistificada* con el propósito de construir hegemonía, es decir, con el propósito de ser capaz de *convencer* a los destinatarios de las normas de producir las conductas que contribuyen

con la reproducción del *bloque en el poder*. Esto significa que las conductas que prescribe tienen que ser presentadas por el discurso como las “deseables”, las “buenas”, las “justas”, es decir, con palabras que tengan una *connotación* de valores considerados como “positivos” por la formación social concreta. Esto explica en gran medida el porqué de dichos argumentos en la teoría constitucional contemporánea. Y de ahí también la necesidad de provocar un debate en la teoría crítica del derecho, con el propósito de pensar cómo podemos ver desde otras posiciones, de otras maneras, y de ir desplazando de esta manera el significado dominante en el discurso jurídico.

Bueno, pienso que si tratamos a las constituciones como lo que *son*, es decir, como derecho, entonces encontraremos que son textos con pretensiones prescriptivas que si acaso tienen alguna diferencia con cualquier otro texto normativo, es solo por el hecho de que se trata de la norma más mediata del sistema, y que, por lo tanto, relaciona la totalidad de las normas que forman un orden jurídico positivo. Es, entonces un texto merced al cual es posible reconocer un jurídico vigente.

Ahora bien, si seguimos esta premisa, sumada a la propuesta kelseniana de la eficacia como condición de validez de todo sistema jurídico, cabe preguntarse, ¿Podemos plantear la eficacia de los sistemas jurídicos comunitarios indígenas, el de la policía comunitaria en México, por ejemplo, como *procesos constituyentes* también? Y es en este lugar donde pretendo colocarme ahora, para hacer a este auditorio la siguiente pregunta, ¿Será posible que *desde nuestras propias experiencias normativas* podamos plantear algunas pautas que nos lleven a la construcción de una teoría constitucional *desde* nuestras propias prácticas jurídicas?

Estoy acostumbrada a hablar para públicos locales que conocen la experiencia normativa que mencioné como ejemplo, así, que, supongo que primero que nada tendré que describirles el sistema normativo del que hablo. Porque el tiempo apremia, sólo me limitaré a dibujar algunos trazos que me permitan poner sobre la mesa el fenómeno de pluralismo jurídico en comento. Debo aclarar que esta descripción se trata de una cuyo objetivo es lograr que tenga sentido para juristas y estudiantes de derecho. No es, por tanto, un artículo que pretende una interpretación antropológica del fenómeno. Veamos.

2. PLURALISMO JURÍDICO: DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA NORMATIVO DE LA POLICÍA COMUNITARIA EN GUERRERO, MÉXICO

La función con que la ideología jurídica justifica la existencia del derecho penal y los cuerpos represivos del estado, es decir, la consecución de la llamada *seguridad pública*, ha sido lograda por los grupos de policías comunitarios de la zona de

la costa-montaña en Guerrero, México (desde la creación del Sistema de Seguridad comunitaria, Impartición de Justicia y Reeducción en 1995, se han reducido los índices de inseguridad en un 95% en la zona).³

Producto de la organización social comunitaria, la década de los noventa inaugura una serie de circunstancias políticas en relación con el movimiento social de reivindicación indígena en México, que comienza con los festejos que el estado mexicano organizó el 12 de octubre de 1992, con motivo del V centenario del supuesto “descubrimiento” de América. Pero así como donde hay dominación siempre hay resistencia, con dicha conmemoración surge también su contrapropuesta en la montaña de Guerrero: el Consejo Mexicano 500 años de resistencia indígena, negra y popular, el cual se manifiesta en contra de la organización de estos festejos. Este Consejo Mexicano, surge el 20 de febrero de 1991, y fue integrado por numerosas organizaciones. Todos estos acontecimientos marcan el principio de la construcción del discurso étnico guerrerense que llega a uno de sus puntos álgidos con la organización de la *Marcha Por la Dignidad Indígena*, realizada el 12 de octubre de 1992, con un recorrido que fue desde Chilpancingo, capital del Estado de Guerrero, hasta la Ciudad de México, para llegar finalmente al Zócalo (plaza central de la Ciudad de México). Es desde entonces (1992) que se comienza a plantear y discutir en las organizaciones indígenas una serie de objetivos políticos, entre los cuales estaba la lucha por el reconocimiento de la autonomía y autodeterminación indígena. Entre estas organizaciones sociales se encuentran, entre otras: Luz de la Montaña, Unión Regional Campesina —ambas con más de 20 años de existencia dedicadas al acopio y venta del café de la región, la primera con más de 4,000 productores y la segunda con alrededor de 2,200—, el Consejo de Autoridades Indígenas (CAIN) —que surge de las asambleas parroquiales sobre todo de las comunidades de Pascala del Oro y Santa Cruz del Rincón—, la Pastoral Social de la Diócesis de Tlapa, SSS Café-Maíz y el Consejo Comunitario de Abasto.

De esta manera nace la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias (ARAC), como un órgano en el que confluyen las organizaciones sociales de la zona, y las comunidades de la región. Y es en esta asamblea regional, que, entre otros asuntos, se busca la solución a la creciente inseguridad de la región, que estaba volviendo imposible la vida comunitaria.

3 Al respecto pueden consultarse diversas fuentes, entre ellas, el diario “*La Jornada*” del 1 de noviembre de 2003, reportaje de Misael Habana de los Santos: [...] “autoridades judiciales de Guerrero afirman que donde opera la Policía Comunitaria el índice Delictivo bajó hasta 90% en comparación con 1995, cuando los delincuentes que operaban en Malinaltepec y San Luis Acatlán rebasaron a los policías convencionales y soldados”. [...]

[...] A principios de los años noventa, los habitantes de la región de la Costa Chica y Montaña de Guerrero vimos cómo un grupo de maleantes se empezaba a apoderar de la voluntad de la población, así como de su economía, pero no conformes con esto, comenzaron a dañar nuestros más profundos sentimientos y moral; hombres, esposas, hermanos, hijos o abuelos, vimos cómo eran ultrajadas las mujeres de la región, sin importar su edad, llegando incluso al asesinato de personas cuando se resistían a ser despojadas de sus escasos recursos económicos, producto de sus grandes esfuerzos de trabajo. Lo que hizo intransitables los caminos a cualquier hora del día y mucho más en la noche.⁴

Es así como en la Asamblea celebrada el 15 de octubre de 1995, se acordó que el problema de la inseguridad era prioritario, y que, para solucionar este problema se habían agotado todas las instancias “oficiales” —ya que, para esta fecha, se había acudido buscando una solución al problema al Palacio de Gobierno, a la Procuraduría Estatal, y al ejército⁵— por lo cual se busca la solución dentro de los propios sistemas normativos comunitarios:

[...] Decidimos que los grupos de policías comunitarios de cada pueblo se aboquen al resguardo de los caminos principales en las zonas donde son más frecuentes los asaltos, violaciones sexuales, robos, lesiones y homicidios [...] y que tienen que coordinarse los diferentes grupos en donde suceden estos delitos. ¡Que el comisario tome acuerdo con su asamblea y policías! si no cuentan con armamento, si los consiguen prestados, sólo que tendrán que

4 *Propuesta de reglamento interno del Sistema de Seguridad Pública Comunitaria Indígena, San Luis Acatlán, Guerrero*; mecano escrito citado en: Martínez Sifuentes, Esteban, *La Policía Comunitaria, un sistema de seguridad pública comunitaria indígena en el Estado de Guerrero*, México, INI, colección Derecho Indígena 2001, pág. 45.

5 Al respecto, es notable el siguiente párrafo: “No sirvieron las múltiples quejas y denuncias ante los órganos de procuración de justicia. Es más, parecía que existía contubernio entre asaltantes y autoridades, los llamados a las más altas esferas, tanto ejecutivas como jurisdiccionales, cayeron en saco roto”, en *Propuesta de reglamento interno del Sistema de Seguridad Pública Comunitaria Indígena, San Luis Acatlán, Guerrero*; mecano escrito citado en Martínez Sifuentes, Esteban, *La Policía Comunitaria, un sistema de seguridad pública comunitaria indígena en el Estado de Guerrero*, op. cit. pág. 45

elaborar una relación de armas, con sus matrículas, que firmada o sellada por la autoridad municipal deberá portar el comandante.⁶

De esta manera es como comunidades indígenas *Ñu u Savi* y *Me é pha a*, después de un proceso de asambleas impulsadas por diversas instancias de organización regional, llegaron, el 15 de octubre de 1995, al acuerdo de construir un sistema de seguridad en la región, en la comunidad de Santa Cruz del Rincón. Este fue el *acto constituyente* que inicia la cadena de validez del sistema normativo de la llamada Policía Comunitaria. Es en ese momento que se constituye el Sistema de Seguridad Comunitaria, Impartición de Justicia y Reeducción, “policía comunitaria”; que, al momento de redacción de este documento (octubre de 2012), es integrado por grupos de policías comunitarios provenientes de 72 comunidades de origen *Me é pha a*, *Ñu u Savi*, *Ñomda a*, *Nabuatl* y mestizas de las zonas de la montaña y costa chica de Guerrero, México.

En esta asamblea se acordó que las asambleas comunitarias, además de la elección de los funcionarios que hasta ese momento realizaban todos los años,⁷ elegirían a nuevos funcionarios llamados “*Policías Comunitarios*”, cuyo número dependería del tamaño de cada comunidad: 8 policías comunitarios las comunidades pequeñas y hasta 12 policías comunitarios las comunidades grandes. Los grupos de policías comunitarios actuarían bajo el mando de dos comandantes (nombrados por las mismas comunidades), y del *Comisario* de cada comunidad.

En un principio sus actividades se limitaban a recorrer los principales caminos intercomunitarios, así como al resguardo de las “camionetas pasajeras” (medio de transporte intercomunitario), entregando a los detenidos en flagrancia a las autoridades del Ministerio Público del estado de guerrero (autoridad acusatoria y con facultades de investigación en el proceso penal del estado mexicano).

Hasta 1996, los grupos de *Policías Comunitarios* cumplían sus funciones de forma aislada. Sin embargo, ese mismo año se realizó un operativo de 14 policías comunitarios que inauguró las *coordinaciones de ruta*: la detención de Emiliano González Navarrete, gran ganadero acusado de abigeo (robo de ganado mayor). Este caso tiene

6 *Acta de Fundación de la Policía Comunitaria*, www.policiacomunitaria.org/ visitada el 26 de junio de 2006 a las 14:30 hrs.

7 En punto aparte me referiré a este cuadro de funcionarios que se elige anualmente en las asambleas de cada comunidad, de acuerdo al sistema normativo comunitario. En esta época, los grupos de policías comunitarios recibieron capacitación de parte de autoridades del estado de guerrero: tanto la subsecretaría de protección del estado de guerrero como el 48 batallón de infantería asistieron a las asambleas regionales para brindar capacitación a los grupos de policías comunitarios en diferentes rubros (llegando incluso a coordinarse para realizar operativos en conjunto).

gran importancia, debido a que inaugura la coordinación de los grupos de policías comunitarios para lograr su detención, de forma tal que los grupos de policías comunitarios ya no trabajaron aisladamente, y se incrementó la coordinación entre los grupos de policías comunitarios de comunidades vecinas. Sin embargo, una vez que este gran ganadero fue detenido por los grupos de policías comunitarios, y entregado a las autoridades del MP del Estado de Guerrero, es puesto en libertad.⁸

Para 1997, ya existían 3 rutas de coordinación de policías comunitarios, y se estructuró la dirección operativa de los grupos de policías: *el Comité Ejecutivo de la policía comunitaria (CE)*, integrado por 6 personas elegidas de entre los comandantes de los diferentes grupos de policías comunitarios. Esto permitió una mejor coordinación entre los diferentes grupos de policías comunitarios. Comenzaron a realizar nuevas actividades tales como el resguardo de fiestas patronales, recorridos preventivos, recorrido de ríos, etcétera, aunque sus funciones continuaban limitándose a la detención y entrega de los detenidos a las autoridades del Estado de Guerrero.

En 1998, un nuevo caso vendría a cambiar de nuevo el panorama para

los grupos de policías comunitarios: la detención de Patricio Simón Bello por abigeo y posesión de estupefacientes. Los grupos de policías comunitarios que lograron su detención, en coordinación con el comisario de la comunidad en la cual se le detuvo, decidieron someter el asunto a la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias. Este caso inauguró la impartición de justicia comunitaria regional, ya que el detenido fue encontrado culpable y sancionado con la figura de la *reeducación*: Patricio Simón Bello fue juzgado por la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias y sentenciado a realizar



trabajo comunitario. La importancia de este caso, consiste en que, a partir de este momento, los detenidos por los grupos de policías comunitarios fueron juzgados y

⁸ Esto fue interpretado por las autoridades comunitarias como una falta de administración de justicia por parte de las autoridades del MP, ya que, aseguraban, su detención se realizó con pruebas suficientes para establecer su culpabilidad. Este caso incrementó las discusiones en las asambleas regionales acerca de la necesidad de la creación de una “alternativa de impartición de justicia”.

sentenciados por la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias, y ya no entregados al MP del Estado de Guerrero. Es así como a partir de 1998, la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias se abocó a la tarea de juzgar y sancionar las conductas de los detenidos por los grupos de policías comunitarios.

La Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias acordó facultar a los Comisarios de cada comunidad para encabezar los procesos en contra de los detenidos por conductas consideradas “*faltas menores*”, y se creó un cuadro de funcionarios encargados de encabezar los procesos en contra de detenidos por conductas consideradas “*faltas graves*”: la *Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC)*, integrada en ese entonces por 6 comuneros elegidos de entre los Comisarios⁹ de las comunidades integrantes de la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias.

Al momento de la redacción de este documento, (Octubre de 2012), el sistema cuenta además, con otras figuras. Cuenta además, desde el año 2000, con un reglamento aprobado por las diferentes comunidades integrantes del sistema, que se encuentra en constante revisión.

La policía comunitaria es un ejemplo del pluralismo jurídico. Se trata de un sistema normativo que extendió el ámbito territorial de validez de los sistemas normativos de las comunidades integrantes del sistema para integrar una confederación de comunidades que se organizan para constituir una organización de segundo grado que siempre está condicionada al acuerdo de las asambleas comunitarias que lo integran. En estas comunidades pudimos constatar la plausibilidad de un modelo teórico para describirlas que consta de tres rasgos principales: la no existencia de la propiedad privada de la tierra, la organización social llamada familia ampliada y la producción para el consumo, es decir, se trata de sociedades no mercantiles, y, por tanto, no capitalistas.

Ahora bien, con las herramientas propias de la Sociología Jurídica, nuestro grupo logró un estudio que mostró un muy alto grado de efectividad de sus normas. En lo siguiente haré una breve exposición de los resultados de este estudio.

3. INSTANCIAS EN EL PROCESO COMUNITARIO: EL SENTIDO DEÓNTICO DEL DERECHO

Para una mejor comprensión de este punto, es preciso comenzar con una breve descripción de las instancias que componen el proceso ante la CRAC, ya que, aunque las autoridades que integran estas instancias han sido brevemente descritas, hablaremos ahora del tipo de quejas que atiende cada una y de las sanciones impues-

⁹ El Comisario es un funcionario comunitario.

tas por ellas. Comencemos por las instancias a nivel de las organizaciones de primer grado: las comunidades integrantes del sistema.

Recordemos que hemos llamado organizaciones de primer grado a las comunidades integrantes. Pues bien, las instancias de solución de los conflictos en este nivel son: La familia ampliada, las hermandades o mayordomías, los comités de escuela u otros comités, los Comisariados Ejidales y/o Comunales, y las Comisarías ó Delegaciones municipales. Por supuesto, estas instancias difieren de comunidad a comunidad, pero lo cierto es que, no todos los asuntos llegan únicamente al nivel Comisaría, que es la máxima instancia a nivel comunidad, y que forma parte también de la organización de segundo grado. Para describir la competencia de estas instancias a nivel comunidad, haré uso de los conceptos extraídos de la Teoría del Proceso contemporánea que nos dicta que la competencia se mide por grado, materia, territorio y cuantía. Comencemos pues.

Algunos datos recopilados nos han mostrado el hecho de que, la familia ampliada —uno de los tres rasgos de nuestro modelo de comunidad— constituye una instancia en la resolución de los conflictos a nivel comunidad. En ésta instancia, la cabeza de familia es la autoridad a la cual se acude para resolver los conflictos. Su competencia es de primer grado, ya que, los conflictos que no pueden ser resueltos en esta instancia buscan su solución en alguna otra. En cuanto a la competencia por materia, resuelven asuntos llamados “menores” que puedan surgir al interior de la familia, como lo es la violencia intrafamiliar —cuando se trata sólo de lesiones leves—. Su territorio se limita al territorio familiar y sólo puede actuar cuando la cuantía es mínima. Todos los asuntos de mayor gravedad —lesiones graves, divorcios, deudas de cuantía importante— son remitidos a la Comisaría de la comunidad.

Por su parte, las hermandades son grupos de comuneros que se organizan para preparar y organizar las fiestas tradicionales en las comunidades. Ellas también constituyen una instancia en la resolución de los conflictos cuya competencia es también de primer grado, ya que, los conflictos que no encuentren solución en ellas, serán remitidos a la Comisaría Municipal. En cuanto a su competencia por materia, sólo atienden conflictos relacionados con la organización y preparación de las fiestas tradicionales —demora en el pago de cuotas, por ejemplo—. Pero sólo los casos mínimos son solucionados al interior de las hermandades o mayordomías, y de nuevo, todos los asuntos que no pueden solucionarse en esta instancia, son remitidos a la Comisaría Municipal.

Los comités son una instancia en la solución de conflictos. Estos son asociaciones de comuneros cuyo objeto es dotar de algún servicio a las comunidades. Estos servicios pueden ser salud, educación, caminos, etc. Su competencia es también

por materia, ya que, por ejemplo, el comité de padres de familia se encarga sólo de los conflictos que surgen con, y entre, los hijos. El comité de la escuela, por ejemplo, se encarga sólo de los conflictos relacionados con la educación de los niños —alguna desavenencia menor con el, o la maestra, por ejemplo— y lo mismo sucede con otros comités que se forman las comunidades. Por su parte, la competencia de estos comités por cuantía es mínima, ya que, los conflictos por deudas mayores son remitidos siempre a la Comisaría municipal.

Las Comisarías o Delegaciones municipales son la máxima instancia a nivel organización de primer grado en el proceso. El reglamento del sistema limita la competencia por materia del Comisario municipal, a los asuntos que ellos llaman “menores”, obligándolo a resolver en esta instancia dichos asuntos, sin embargo, como veremos en el desarrollo de este capítulo, muchos casos que, de acuerdo al reglamento debieran ser resueltos en esta instancia, son remitidos a la CRAC, instancia de la organización de segundo grado.

Ahora bien, las instancias de solución de conflictos a nivel organización de segundo grado son: la CRAC, la asamblea de comandantes y la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias, de las cuales hablamos en el punto anterior. Hablemos ahora de la efectividad del sistema.

A partir de este punto, incorporaré al texto el análisis de los 36 expedientes de la CRAC, obtenidos en la práctica de campo que realicé en noviembre de 2007. Estos documentos fueron electos al azar, de entre los expedientes archivados en el, entonces único, módulo de atención de la CRAC, el cual, como hemos dicho, se encuentra en San Luis Acatlán, Guerrero.¹⁰ Comencemos, pues, con este análisis.

La descripción del proceso la realizaré en tres fases, a las cuales he nombrado con palabras que nos remiten al derecho procesal penal mexicano: Primera fase: de la *averiguación previa*, Segunda fase: de la *instrucción* ante la CRAC. Tercera fase: *Conclusiones y Sentencia*. Lo hice de esta manera, sólo para provocar una mayor comprensión del proceso, utilizando palabras que nos son familiares a los estudiantes y/o estudiosos del derecho moderno. Pero es preciso decir que, en realidad, estas palabras no son utilizadas por los funcionarios y funcionarias del sistema comunitario, cuya cotidianidad transcurre ajena a las normas del derecho procesal mexicano. Es por eso, que, para evitar confusiones, en adelante, al referirme a estas palabras propias del sistema procesal mexicano, a las cuales he dado un uso didáctico en este texto, las escribiré en *cursivas*.

10 Recordemos que esta práctica de campo se realizó en noviembre de 2007, y que, entonces sólo existía este módulo de atención, y que, como vimos en el capítulo anterior, a partir de 2007 existen dos módulos más de atención.

Por tanto, las palabras que no se encuentren en cursivas en el texto, deben ser interpretadas como usadas por los funcionarios del sistema comunitario. Pero aquellas que, si bien no se encuentran en cursivas, y que nos remitan a significados familiares al derecho procesal, no deben ser interpretadas como pertenecientes al sistema normativo del estado mexicano, ya que, si bien estas palabras son usadas por los funcionarios del sistema comunitario, deben entenderse con significados distintos de los que nosotros, desde el derecho momento, les damos. Una vez hecha esta aclaración, comencemos con la primera fase, que comprende de la recepción de la denuncia, a la remisión del asunto ante la CRAC.

El proceso comienza con la denuncia ante la autoridad competente. Esta autoridad puede ser el Comisario y/o delegado municipal, o bien, directamente, ante la CRAC.

[...] CAPITULO IX. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA DENUNCIA, INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS FALTAS O ERRORES.

ARTÍCULO 16.- Todo proceso de investigación se inicia con la denuncia presentada por la persona agraviada o algún familiar o persona que tenga conocimiento de la falta o error que se haya cometido; o bien, por la detención de una persona en el momento en que está cometiendo el delito.

ARTÍCULO 17.- Para la presentación de la denuncia, se hará de manera verbal y/o por escrito ante la autoridad competente en cada caso, ya sea el comisario o delegado municipal o la coordinadora regional, quienes tienen la obligación de recibirla y asentar en un acta la declaración inicial del agraviado, su familiar o de la persona que haya acudido a denunciar los hechos. [...].¹¹

Es preciso hacer notar la forma de persecución de todos los asuntos es por querrela. No existen errores o faltas que se persigan por oficio. Esto significa que, en cualquier fase que se encuentre, el proceso puede terminar si las partes en conflicto llegan a un acuerdo. Sin embargo, el reglamento del sistema limita en algunos casos el tipo de acuerdos a los que las partes pueden llegar:

[...] ARTÍCULO 13.- En los casos de violación, homicidio y secuestro, no procede la reparación del daño, pues se considera que la vida y la dignidad de las personas no puede ser valuado en

11 Reglamento del sistema.

términos económicos y el agravio en estos derechos no puede ser restablecido de ninguna manera [...].¹²

He aquí la importancia que en el proceso tiene la parte agraviada, durante



todo el proceso. En el momento en que se comete algún error o falta, pueden ocurrir dos cosas: que el responsable sea detenido en flagrancia, o bien, que la parte ofendida interponga denuncia ante el Comisario y/o delegado municipal o bien, ante la CRAC. En el primer caso, los policías comunitarios y/o suburbanos remiten inmediatamente al detenido ante el Comisario y/o Delegado municipal de la

comunidad en que se logró la detención. Acto seguido, el Comisario y/o Delegado ordena al comandante del grupo de policías comunitarios bajo su autoridad, que realice todas las diligencias pertinentes, así mismo, cita a los familiares del detenido, a la víctima y sus familiares, testigos de los hechos y todas aquellas personas que puedan auxiliar a determinar lo sucedido. El reglamento del sistema, nos dice al respecto de la *flagrancia* que,

[...] ARTÍCULO 25.- En los casos en que se detenga a alguna persona cometiendo una falta o error, de manera inmediata se pondrá a disposición al detenido ante la autoridad, quien recibirá su declaración y dentro de las 48 horas siguientes le dictara la sanción correspondiente [...].¹³

Lo mismo ocurre en el segundo caso, en que el proceso comienza con la denuncia de la parte agraviada ante el Comisario y/o delegado de la comunidad. Acerca de estas averiguaciones, el reglamento señala que:

¹² Reglamento del sistema.

¹³ Reglamento del sistema.

[...] ARTÍCULO 19.- Una vez recibida la denuncia de la parte agraviada, la autoridad encargada de la impartición de justicia dispondrá las medidas para integrar debidamente su investigación. Mandará citar a testigos, a la autoridad local del lugar en que hayan ocurrido los hechos que se denuncian, para que den su testimonio. Recibirá las pruebas que le sean proporcionadas por la parte agraviada.

La coordinadora regional o el comisario actuante tendrán un plazo de 72 horas para integrar esta investigación. Dicho plazo podrá ampliarse en razón de las cargas de trabajo o porque así lo requiera la propia investigación [...].¹⁴

Ahora bien, ¿Cuál es el límite temporal para realizar una denuncia de hechos?, es decir, ¿Existe la prescripción de los errores o faltas? Al respecto, el reglamento nos dice que:

[...] Se recibirán denuncias de hechos o actos que se consideren como faltas o errores que se hayan cometido hasta un año antes de la fecha en que se denuncian. Los casos de faltas o errores que se denuncien y que tengan más de un año de haberse cometido o consumado, serán desechados. [...].¹⁵

Sin embargo, el mismo documento nos dice más adelante que esta propuesta en particular, no logró un consenso en todas las comunidades integrantes del SISTEMA, y que, las autoridades del SISTEMA, tienen la obligación de “atender denuncias de hechos o actos cometidos a partir del 15 de octubre de 1995”,¹⁶ o incluso de antes, si es que se tiene el cuerpo del delito “a la vista en el momento de denunciarlo”.¹⁷

Una vez que se han realizado estas averiguaciones, y tratándose de asuntos “menores”¹⁸ el Comisario y/o Delegado municipal cita a las partes, y las incita a que lleguen a un acuerdo.¹⁹ En cambio, si una vez hechas las averiguaciones pertinentes,

14 Reglamento del sistema.

15 Reglamento del sistema.

16 Fecha de inicio de la vigencia del sistema.

17 Reglamento del sistema, art. 17, párrafos 2 y 3.

18 Ver el Reglamento del sistema, en que se enumeran las conductas que puede atender el Comisario y/o Delegado municipal. Capítulo VI, artículo 7.

19 Acerca de las sanciones que puede imponer el Comisario y / o delegado municipal. Ver el Reglamento del sistema. Capítulo VIII, artículo 12.

la conducta cometida es de las calificadas como “graves”,²⁰ el Comisario convoca a la asamblea de la comunidad para informar acerca de lo sucedido, y, es la asamblea comunitaria quien mandata al Comisario para que remita al asunto a la CRAC.

Como podemos comprender, una vez dicho lo anterior, sólo llegan a la CRAC los asuntos que han sido previamente evaluados por las asambleas comunitarias, pues son ellas quienes acuerdan remitir a un detenido ante esta instancia. Pero puede suceder que alguna persona decida denunciar directamente ante la CRAC, en lugar de hacerlo ante la Comisaría o Delegación Municipal de su comunidad. Esto puede suceder por diversos factores, por ejemplo, que el denunciante no pertenezca a ninguna comunidad integrante del sistema, es decir, que provenga de algún pueblo mestizo vecino y que llegue a la CRAC, buscando solucionar algún conflicto,²¹ o que, alguna de las partes en conflicto acuda a ella, al considera que en su comunidad no se atendió debidamente su asunto. En tales casos, los Coordinadores de la CRAC



girarán orden al Comisario y/o Delegado de la comunidad en que se cometió la falta o error para que investigue lo sucedido, y para que, si se trata de un asunto de su competencia, lo resuelva al interior de la comunidad. Pero el Comisario y/o delegado municipal puede declinar resolver el asunto arguyendo que las partes no pudieron llegar a un acuerdo, y en tal caso remitirán de nuevo el asunto ante la CRAC, quien de-

berá tomar el asunto. Es por eso que, aunque, como hemos visto, el reglamento enumera los asuntos de competencia de los Comisarios y/o delegados y los asuntos de competencia de la de la CRAC por separado, en los expedientes analizados podemos encontrar asuntos que, atendidos por la CRAC, conforme al reglamento debieran haber sido atendidos por los Comisarios y/o Delegados municipales.

20 Acerca de las conductas consideradas “graves”, ver el Reglamento del sistema, capítulo VII, artículo 10

21 Esto sucede muy a menudo, ya que, al encontrarse la CRAC en un pueblo mestizo, San Luís Acatlán, sus habitantes acuden a ella buscando la solución de sus conflictos, arguyendo la prontitud y gratuidad de esta instancia.

En este punto, merece ser citado el artículo 18 del Reglamento interno del sistema:

[...] ARTÍCULO 18.- Para asegurar que el sistema comunitario de seguridad, impartición de justicia y reeducación, promueva con transparencia, pronta e imparcialmente la administración de justicia, no se acepta la participación de abogados, ni mucho menos el cobro de multas ó fianzas excesivas, ya que esto no facilita el entendimiento de las partes y dificulta la reconstitución de la armonía en la vida comunitaria [...] ²²

Sin embargo, al respecto, el mismo documento agrega luego, que: “Los denunciados y agraviados, bajo protesta de decir verdad, podrán ser acompañados o auxiliados por persona de su confianza, en la lectura de las diligencias practicadas” ²³.

Veamos ahora cuáles son los errores o faltas que fueron atendidos en estos 36 expedientes de la CRAC:

TABLA 1. EFECTIVIDAD FORMAL. TIPIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS

N° De Expediente Número/ año de inicio de averiguaciones	<i>Tipificación CRAC</i>
1/ X	Compromiso de matrimonio
1/98	Injurias, difamación de honor y lo que resulte
1/99	Amenazas
2/99	Petición de separación conyugal y pago de pensión alimenticia
3/99	Asalto y golpes
4/99	Abigeato
5/99	Daño en propiedad ajena, intento de homicidio y lesiones
1/00	Borrachera
2/00	Intento de violación y golpe físico
1/01	Robo de pasto, árbol de corral, y corte de alambra de púas
2/01	Intento de homicidio

²² Reglamento del sistema.

²³ Reglamento del sistema.

Nº De Expediente Número/ año de inicio de averiguaciones	<i>Tipificación CRAC</i>
3/01	Robo (robo de chivo)
4/01	Lesiones y daño a puerta
5/01	Robo, extorsión y brujería
1/02	Pago de deuda
2/02	Amenazas y lesiones
3/02	Lesiones
4/02	Pago de deudas
1/03	Intento de homicidio, lesiones, abuso de confianza, desfalco, no pago de cooperaciones para servicios comunitarios, interposición de demanda de nulidad vs. elección de Comisariado, y robo
2/03	Incumplimiento de las obligaciones familiares
3/03	Pago de pensión alimenticia y registro de niña
4/03	Intento de violación
5/03	Pago de deuda e incumplimiento de acuerdos
6/03	Pago de deuda
7/03	Violación
8/03	Pago de deuda
9/03	Abandono de hogar
1/04	Daños en propiedad ajena
2/04	Gritos y no llegar a acuerdos
3/04	Compromiso de matrimonio
4/04	Alambrado de parcela
5/04	Homicidio
6/04	Amenazas de muerte y brujerías
1/06	Robo
2/06	Brujería

Pues bien, con esto término la descripción de la primera fase, de la averiguación previa, para dar paso al punto siguiente, es decir, a la fase de la investigación ante la CRAC.

He llamado a esta fase del proceso ante el sistema, como la instrucción ante la CRAC, ya que, nos hará comprenderla como la fase a la que llegan aquellos asuntos en que, o bien, las partes en litigio no han podido llegar a un acuerdo en la instancia de la Comisaría o Delegación municipal, o bien, las asambleas comunitarias han resuelto remitir el asunto a la CRAC, exclusivamente para la aplicación de la sentencia. Podemos entonces comprender el hecho de que, cuando un asunto llega a la CRAC, significa que se ha realizado previamente una investigación a nivel organización de primer grado. Inmediatamente que recibe un asunto, la CRAC,

[...] ARTÍCULO 20.- Integrada la investigación, mandará citar a la persona o personas demandadas dentro de las 48 horas siguientes, por conducto de su autoridad municipal, ya sea comisario o delegado.

Ya que se encuentre presente la parte acusada ante la autoridad, se le informara de la acusación que hay en su contra y se le dará la oportunidad de defenderse, presentando los testigos y demás pruebas que respalden su declaración. Para ello, también contara con un plazo de 72 horas, el cual podrá ampliarse a petición del propio acusado o a juicio de la autoridad que actúa [...].²⁴

Es decir, en esta fase, la CRAC, cita a las partes en conflicto, les escucha, y le da audiencia a todos los testigos e involucrados en el asunto, incitando en todo momento a las partes, para que lleguen un acuerdo. Esto sucede en aquellos casos que son remitidos ante la CRAC, cuya investigación no se ha dado por concluida en las Comisarías y/o Delegaciones municipales. En estos casos, la CRAC ordena que se realicen las investigaciones y diligencias que considere que ayuden a resolver el asunto. Esto lo hace emitiendo alguna de las siguientes resoluciones:

- a) Primer citatorio.
- b) Segundo citatorio.
- c) Tercer citatorio.
- d) Orden de Aprehensión y Cateo.

Algunas veces los citatorios se envían por conducto del Comité Ejecutivo, a través de las rutas de coordinación, otras veces por medio de conocidos que continuamente van a la comunidad de que se trate, e incluso; muchas veces se entregan por medio de los conductores de las “camionetas pasajeras” que recorren diariamente

24 Reglamento del sistema.

los caminos intercomunitarios. Los citatorios van dirigidos los litigantes, testigos y demás personas que puedan auxiliar en la resolución del problema. Son entregados a los Comisarios y/o Delegados municipales de la comunidad en que vivan. Ellos son los encargados de entregárselos. Estos citatorios deben ir debidamente sellados y firmados por, al menos, un coordinador de la CRAC. Veamos qué dice el reglamento del sistema respecto de los citatorios:

[...] ARTÍCULO 22.- Una vez que la autoridad correspondiente reúna el mayor número de pruebas del caso, y si así procede citara, en el plazo de los 5 días siguientes, a las partes para una reunión en la que tratara de llegar a algún acuerdo entre ambas y se levantara el acta correspondiente con lo que concluiría el asunto. Si en dicha reunión no se llega a ningún acuerdo satisfactorio, se le invitara a las partes a que sigan platicando y se les citara de nuevo hasta llegar a un acuerdo de conformidad de las partes.

En caso de que algunas de las dos partes, no se presentara a la primera reunión de conciliación, se citara solo por una segunda vez dentro de las 48 horas siguientes. [...]²⁵

En cambio, las órdenes de aprehensión y cateo son emitidas cuando se han enviado los tres citatorios y el, o la citada, no han acudido al llamado de la CRAC. Estas órdenes de aprehensión y cateo deben ir firmadas por, al menos, tres Coordinadores de la CRAC para que se consideren válidas, y puedan cumplimentarse. Esto se hace por medio del Comité Ejecutivo de la Policía Comunitaria. La CRAC le gira oficio al Comité Ejecutivo para que realice alguna diligencia y ellos acuden a las comunidades a realizar estas “comisiones”. Estas comisiones son por ejemplo, interrogatorios, diligencias de verificación de objetos encontrados en el lugar de los hechos, o de los daños causados por algún detenido, órdenes de aprehensión y de cateo, etcétera. Pero estas “comisiones” no las realizan solos. En el momento en que reciben alguna comisión de la CRAC, el Comité ejecutivo se dirige a la Comisaría de la comunidad de que se trate el asunto, y le informa del asunto que lo lleva ahí. Le entrega al Comisario copia del oficio que le entregó la CRAC, en que se especifica las tareas que realizará y éste tiene el deber de auxiliarle para que realice su comisión. Al respecto, el reglamento nos dice que,

[...] ARTÍCULO 23.- Cuando se trate de asuntos graves en los que se haya agotado la investigación la coordinadora regional girara orden de captura o aprehensión para su cumplimiento por

25 Reglamento del sistema.

parte del comité ejecutivo de la policía comunitaria. Ejecutada la orden de aprehensión, el comité ejecutivo de la policía comunitaria presentara al detenido ante la coordinadora regional, quien actuara en los términos del artículo 20 párrafo segundo del presente reglamento. [...].²⁶

Pero aquellos casos que llegan a la CRAC acompañados de un acta en que las asambleas comunitarias ya han decidido un asunto, la CRAC no puede hacer más que darle cumplimiento, y; procura hacerlo siempre, lo más pronto posible.

Concluiré este punto con el siguiente cuadro, que resume el tipo de pruebas que se presentan en el proceso ante el sistema.

PRUEBAS EN EL PROCESO

<i>DOCUMENTALES</i>	Emitidas por funcionarios comunitarios	Actas de Asamblea Comunitaria
		Actas de declaración ante la CRAC ante el Comité Ejecutivo c) ante la Comisaría y/o Delegación municipal.
		Actas de compromiso de las partes ante Comisaría o Delegación municipal ante CRAC
	Constancias de buena conducta emitida por las Comisarías y/o Delegaciones municipales.	
Emitidas por personas distintas de los funcionarios comunitarios	Certificados médicos.	
	Otros documentos, como facturas, recibos, pagarés, cartas poder, etcétera.	
<i>TESTIMONIALES</i>	a) ante la CRAC	
	b) ante las Comisarías y/o Delegaciones municipales	
<i>INSPECCIÓN</i>	Ejecutadas por las Comisarías y/o Delegaciones Municipales	fé de cadavérico Reconocimiento de objetos y del lugar de los hechos
	Ejecutadas por el Comité Ejecutivo	fé de cadavérico Reconocimiento de objetos y del lugar de los hechos

²⁶ Reglamento del sistema.

Como podemos ver, y al igual que en la fase anterior, la actuación de los Comisarios y/o Delegados municipales es primordial para la solución de los conflictos. Son funcionarios, que; al gozar de alto prestigio en sus comunidades, poseen una especie de *Fe Pública*. Es por eso que las constancias que emiten acerca del comportamiento que tienen en sus comunidades los litigantes, son las pruebas que mayor peso tienen en el desarrollo del proceso. Por este motivo, cuando algún comunero es detenido por ser acusado de algún delito, lo primero que harán sus familiares es tratar de obtener la mayor cantidad de constancias de buena conducta posibles, firmadas y selladas por los Comisarios y/o Delegados de las comunidades en que conocen al detenido. Así mismo, los Coordinadores de la CRAC, dan un enorme peso a las investigaciones realizadas por los Comisarios y/o Delegados municipales. Pasemos ahora a la fase siguiente, en que hablaremos de la presentación de las conclusiones del proceso y la sentencia.

Una vez que han llegado a esta fase los asuntos, es debido a que se han desarrollado de alguna de las siguientes formas:

- A) Un acusado fue detenido en flagrancia.,
- B) Un acusado fue remitido a la CRAC acompañado de acta condenatoria de asamblea comunitaria.,
- C) Asuntos menores, en que los litigantes han llegado a un acuerdo.,
- D) Asuntos graves, en que la CRAC considera que ya ha realizado todas las investigaciones y diligencias posibles, y se declara incompetente para actuar, turnándolo a las asambleas comunitarias.,
- E) Asuntos extremadamente graves, en que la CRAC considera que ya ha realizado todas las investigaciones y diligencias posibles, y se declara incompetente para actuar, turnándolo a la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias.

En el primer caso, no es necesario que se realice ningún otro trámite, se cita a las partes y si el delito no es de los tipificados como graves, una vez que se han puesto de acuerdo, firman un acta ante la CRAC, en la cual el acusado se compromete a resarcir el daño, o bien, en caso de no aceptar resarcir el daño, se envía al acusado a que cumpla con el procedimiento de reeducación, del cual hablaremos en el siguiente punto. Esta acta de acuerdo debe ir firmada por los Comisarios de la CRAC, por los familiares del detenido, por el Comisario y/o delegado de la comunidad en que sucedió el conflicto y, muchas veces, por algunos avales, que son comuneros que se comprometen a vigilar el comportamiento futuro del acusado y a responder por él, en caso de que incumpla con los acuerdos firmados. En adelante, y mientras dure el tiempo en que se comprometió a resarcir el daño causado, el acusado deberá acudir a

firmar a la CRAC cada 15 días, si es de comunidades cercanas al módulo de la CRAC, o cada mes, si vive en alguna comunidad alejada de la CRAC.

En el segundo caso, en que el acusado llega a la CRAC acompañado de acta condenatoria de la asamblea de su comunidad de origen, la CRAC cumplimenta inmediatamente las órdenes de la Asamblea y gira oficio al Comité Ejecutivo de la Policía Comunitaria para que trasladen al acusado a que cumpla con el procedimiento de reeducación.

En el tercer caso, en que los litigantes llegan a un acuerdo en la CRAC, se cita a partes y, una vez todos reunidos, se firma un acta que contiene los acuerdos ó compromisos a los que llegaron las partes. Y a partir de este momento sucede igual que en el caso anterior. Por supuesto, este caso sólo puede tratarse de delitos considerados menores para el SISTEMA. Aunque algún funcionario del SISTEMA, me contestó en entrevista realizada en práctica de campo, que han existido casos en que, a pesar de tratarse de asuntos considerados graves, se ha aceptado que las partes lleguen a acuerdos, sin que el acusado sea trasladado a cumplir con el proceso de reeducación.

Centrémonos ahora en el cuarto caso, el de los asuntos graves, en que la CRAC considera que ya ha realizado todas las investigaciones y diligencias posibles, y debe entonces turnarlo a las asambleas comunitarias. En estos casos, la CRAC, debe girar oficio al Comisario de la Comunidad en que sucedió el conflicto, solicitándole que convoque a la asamblea de la comunidad, para que ésta, una vez que la CRAC le presente los resultados de las investigaciones realizadas, determine la sentencia. El día de la cita, los Coordinadores de la CRAC, al menos tres de ellos, acuden a la comunidad, acompañados de una secretaria y, por supuesto, de los detenidos. El Comisario y/o Delegado de la comunidad levanta una acta de asistencia de todos los comuneros presentes y, acto seguido, da por iniciada la asamblea, dando un breve resumen del asunto a los presentes, para después ceder la palabra a los Comisario de la CRAC, quienes deben explicar con detalle los resultados de todas las investigaciones y diligencias realizadas. Entonces se abren las participaciones y todos los comuneros presentes comienzan a interrogar tanto al acusado, como al Comisario y/o Delegado y, por supuesto, a los Comisarios de la CRAC. No se limitan las participaciones, se escuchan todas y cada una de las opiniones presentes, se escucha a acusado, a sus familiares, a los funcionarios. Las participaciones son acerca del error o falta cometido, pero también acerca del comportamiento en general tanto del acusado, como de la parte acusadora, de los funcionarios que realizaron la investigación, y de todos los presentes. Esto continúa hasta que se agotan todas las participaciones y, al fin, se piden propuestas a todos los asistentes. La secretaria de la CRAC anota todas las

propuestas y después comienzan a votar, a mano alzada, todas las propuestas. Finalmente, gana la propuesta que obtuvo más votos. Y esta propuesta puede concederle la libertad al acusado, si se llega a algún acuerdo, o por el contrario, ordenarle a la CRAC que lo remita a cumplir con el procedimiento de reeducación.

Por último veamos lo que sucede en los asuntos extremadamente graves, en que los asuntos son turnados a la Asamblea Regional de Autoridades Comunitarias. El reglamento del SISTEMA, nos dice al respecto que,

[...] ARTÍCULO 27.- El comisario o delegado municipal y la coordinadora regional son las únicas instancias que pueden imponer sanciones. En los casos de extrema gravedad se decidirá la sanción en la asamblea regional. Dichas sanciones se ejecutaran por conducto de la coordinadora. Estas mismas instancias, son las responsables de verificar el cumplimiento de cada una de las sanciones que hayan sido impuestas a los acusados, sean detenidos o no [...] ²⁷

Pues bien, al término de esta fase, la CRAC puede emitir alguna de las siguientes resoluciones:

- a) Orden de traslado de detenido para que cumpla con el procedimiento de reeducación, dirigido al Comité Ejecutivo de la Policía Comunitaria.
- b) Acta de acuerdo o compromiso de las partes. Firmada por todos las partes, sus familiares, testigos y funcionarios de la CRAC.
- c) Veamos ahora en qué consiste el procedimiento de Reeducación, y en general, en qué consiste la aplicación de las sentencias de la CRAC.

Hemos dicho que la efectividad material es un concepto teórico que consiste en el hecho, de que “se produce la conducta requerida por la norma, sea la del obligado, sea la del ejecutor”.²⁸ Es por eso que en este punto hablaremos de la aplicación de sentencias de la CRAC, es decir, de la producción *en los hechos* de la conducta dictada por las resoluciones de la CRAC. Estas resoluciones pueden ser, como vimos en el punto anterior, el oficio de traslado del detenido para que cumpla con el procedimiento de reeducación o bien, el acta de acuerdo o compromiso de las partes en litigio, actas de asambleas comunitarias, etcétera. Veamos cuáles en qué consisten estas resoluciones del proceso ante el SISTEMA, y cuáles son las formas de solución

²⁷ Reglamento del sistema.

²⁸ Correas Óscar, en “*Crítica Jurídica* num. 8”, op.cit. pp. 94.

de los conflictos que encontré como resultado del análisis de los 36 expedientes de la CRAC:

TABLA 2. EFECTIVIDAD MATERIAL. TIPO RESOLUCIONES Y FORMAS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

	Nº De Expediente	Tipificación CRAC	EFECTIVIDAD MATERIAL	
			TIPO DE RESOLUCIÓN Resolución/ instancia	FORMA DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO
1	1/ X	Compromiso de matrimonio	Acta de compromiso/ CRAC	Compromiso de las partes
2	1/98	Injurias, difamación de honor y lo que resulte	Presentación de querrela/ CRAC	Ninguna
3	1/99	Amenazas	Oficio de remisión de detenido a reeducación/Comisaría municipal	Procedimiento de reeducación
5	3/99	Asalto y golpes	Acta de compromiso/ CRAC	Procedimiento de reeducación
6	4/99	Abigeato	Acta de conformidad/ Comisaría Municipal	Procedimiento de reeducación
7	5/99	Daño en propiedad ajena, intento de homicidio y lesiones	Acta de compromiso/ CRAC	Procedimiento de Reeducación
7	5/99	Daño en propiedad ajena, intento de homicidio y lesiones	Acta de compromiso/ CRAC	Procedimiento de Reeducación
8	1/00	Borrachera	Acta de conformidad/ Comisaría Municipal	Acuerdo de las partes
9	2/00	Intento de violación y golpe físico	Remisión de detenido/Comisaría Municipal	Procedimiento de reeducación

10	3/00	Incumplimiento de acuerdos	Acta de conformidad/ Comisaría Municipal	Acuerdo de las partes
11	1/01	Robo de pasto, árbol de corral, y corte de alambra de púas	Acta de compromiso/ CRAC	Acuerdo de las partes
12	2/01	Intento de homicidio	Oficio de remisión de detenido a reeducación/ Comisaría municipal	Procedimiento de reeducación

13	3/01	Robo (robo de chivo)	Acta de compromiso/CRAC	Acuerdo de las partes
14	4/01	Lesiones y daño a puerta	Acta de conformidad/CRAC	Acuerdo de las partes
15	5/01	Robo, extorsión y brujería	Acta de compromiso/CRAC	Procedimiento de Reeducación
16	1/02	Pago de deuda	Retiro de demanda/CRAC	Acuerdo entre las partes
17	2/02	Amenazas y lesiones	Acta de liberación y acuerdos/CRAC	Acuerdo entre las partes
18	3/02	Lesiones	Acta de acuerdo/CRAC	Acuerdo entre las partes
19	4/02	Pago de deudas	Actas de compromiso/CRAC	Acuerdo entre las partes
20	1/03	Intento de homicidio, lesiones, abuso de confianza, desfalco, no pago de cooperaciones para servicios comunitarios, interponer demanda de nulidad vs elección de Comisariado, y robo	Acta de Asamblea Comunitaria solicitando intervención de la CRAC/ Comisaría Municipal	Ninguna
21	2/03	Incumplimiento de las obligaciones familiares	Orden de aprehensión y cateo/CRAC	Ninguna
22	3/03	Pago de pensión alimenticia y registro de niña	Acta de acuerdo interno/ Comisaría Municipal	Acuerdo entre las partes
23	4/03	Intento de violación	Acta de acuerdo/CRAC	Acuerdo entre las partes
24	5/03	Pago de deuda e incumplimiento de acuerdos	Acta de compromiso/CRAC	Acuerdo entre las partes

25	6/03	Pago de deuda	Acta de compromiso/CRAC	Acuerdo entre las partes
26	7/03	Violación	Oficio de presentación/CRAC	Ninguna
27	8/03	Pago de deuda	Acta de compromiso/CRAC	Acuerdo de las partes
28	9/03	Abandono de hogar	Acta de compromiso/CRAC	Acuerdo de las partes
29	1/04	Daños en propiedad ajena	Orden de aprehensión y de cateo /CRAC	Ninguna
30	2/04	Gritos y no llegar a acuerdos	Pase de demanda a la CRAC/Comisaría Municipal	Ninguna

31	3/04	Compromiso de matrimonio	Acta de compromiso/CRAC	Acuerdo de las partes
32	4/04	Alambrado de parcela	Remisión de demanda a la CRAC/Comisariado Ejidal	Ninguna
33	5/04	Homicidio	Acta de liberación/CRAC	Procedimiento de Reeducción
34	6/04	Amenazas de muerte y brujerías	Acta de liberación y acuerdos/CRAC	Procedimiento de Reeducción
35	1/06	Robo	Acta de Liberación y compromiso/CRAC	Procedimiento de Reeducción
36	2/06	Brujería	Acta de acuerdo/Comisaría Municipal	EXPEDIENTE INCOMPLETO

Del análisis de la tabla anterior, podemos inferir que la efectividad material de los casos analizados en los expedientes puede resumirse en las 2 formas de solución de los conflictos ante el sistema, los cuales pueden resumirse en 2: por acuerdo entre las partes o por procedimiento de reeducación. En la siguiente tabla podemos observar el porcentaje de efectividad material de las resoluciones del sistema. Para realizarla, calculé el porcentaje de acuerdo a los casos resueltos en los expedientes, y su forma de solución, los cuales fueron 18 solucionados mediante acuerdos entre las partes, 10 solucionados mediante el proceso de reeducación y 7 casos que no tuvieron solución alguna. No tomé en cuenta el caso 2/06, pues es un expediente incompleto, y por lo tanto no tengo la posibilidad de conocer si el caso llegó a alguna solución. La

inefectividad material consiste en aquellos casos en que el conflicto no obtuvo solución alguna en el proceso, es decir, los 7 casos cuya efectividad formal se produjo,²⁹ más no se llegó a producir en los hechos la conducta requerida por la norma.

TABLA 6. EFECTIVIDAD MATERIAL. PORCENTAJE DE FORMAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS.

	FORMA DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO	PORCENTAJE	TOTAL
EFECTIVIDAD MATERIAL DEL SISTEMA	ACUERDO ENTRE LAS PARTES	51.42 %	79.99 %
	PROCEDIMIENTO DE REEDUCACIÓN	28.57.%	
INEFECTIVIDAD MATERIAL DEL SISTEMA	NINGUNA	20 %	20 %

Esto significa que, como resultado del análisis de los 36 expedientes de la CRAC, encontramos un amplio porcentaje de efectividad material de las resoluciones del sistema, del 81.26%. Mientras que sólo el 20% de los casos muestran inefectividad en la ejecución de las resoluciones y por lo tanto, falta de solución de los conflictos.

Debido a la importancia que tiene el procedimiento de reeducación, le he dedicado un punto aparte para su estudio. Veamos ahora en qué consiste el procedimiento de reeducación. El procedimiento de reeducación está definido por el reglamento del sistema de la siguiente manera:

[...] CAPITULO XIII. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA REEDUCACIÓN. ARTÍCULO 42.- Se considera a este, como el conjunto de actividades y acciones de todos los integrantes del sistema comunitario, mediante el cual se da la oportunidad a los detenidos para reconocer sus errores ó faltas cometidas y mejorar su conducta a través del trabajo comunitario, desarrollando sus mejores capacidades en beneficio de la sociedad. [...].³⁰

²⁹ Una orden de aprehensión, un acta de asamblea ordenando una detención del sujeto, un citatorio de la CRAC, etcétera.

³⁰ Reglamento del sistema.

El procedimiento de reeducación inicia en el momento en que la CRAC gira oficio al Comité ejecutivo para que traslade a un detenido a realizar trabajos comunitarios, una vez que se ha emitido una resolución ordenando su reeducación. El Comité Ejecutivo es el encargado de organizar y controlar el proceso de reeducación. Ellos realizan un programa de trabajo de los detenidos a modo de que recorran todas las comunidades integrantes del sistema, auxiliándose de las rutas de coordinación.

Los grupos de detenidos son trasladados por el Comité Ejecutivo de comunidad a comunidad realizando trabajos comunitarios, 15 días por comunidad:

[...] ARTÍCULO 45.- Una vez que le ha sido notificada la sanción de reeducación al detenido, la coordinadora regional, informara de ello al comité ejecutivo de la policía comunitaria, para que en un término máximo de 24 horas, proceda a su traslado a la comunidad que corresponda, de acuerdo con el programa de trabajo en las comunidades que previamente se haya elaborado. [...].³¹

Una vez que el detenido es trasladado a la comunidad en que se encuentre el grupo de detenidos realizando trabajos comunitarios, el Comité ejecutivo lo presenta al Comisario y/o Delegado municipal de la Comunidad y le entrega copia del oficio de remisión que le entregó la CRAC, en que constan nombre, delito y grado de peligrosidad del sujeto. Inmediatamente, el Comisario integra al nuevo detenido con el grupo, y le informa de los trabajos que se encuentran realizando en ese momento. Los detenidos permanecen 15 días en cada comunidad realizando las diversas tareas que les asignan los Comisarios y/o Delegados de cada una de ellas. Al finalizar su estancia en cada comunidad, los Comisarios extienden una constancia acerca del comportamiento de cada detenido, en las que especifica su buena o mala conducta. Estas constancias son de enorme importancia para lograr su posterior liberación, ya que, al momento de revisar su caso, la CRAC revisa las constancias y es más probable que se libere a un detenido que ha acumulado más constancias de buena conducta, que a uno que ha acumulado constancias de mala conducta. Se califica de “mala conducta” por ejemplo, al hecho de que algún detenido se niegue a realizar los trabajos encomendados, o que se porte agresivo con sus demás compañeros, y en general, que no obedezca las órdenes de los funcionarios y actúe violentamente.

31 Reglamento del sistema.

[...] ARTÍCULO 47.- Según el tiempo de reeducación que le haya sido asignado al detenido, este permanecerá por 15 días en cada comunidad que haya sido determinada por el comité ejecutivo de la policía comunitaria. Al término de los 15 días, el comisario municipal de la localidad, extenderá una constancia al detenido, en la que señale el grado cumplimiento de su trabajo, el detenido deberá conservar cada una de estas constancias, con la finalidad de poder acreditar el tiempo que ha permanecido en proceso de reeducación prestando trabajo comunitario, y solicitar su liberación a la coordinadora regional una vez que haya concluido el término de su sanción.

Cuando el comisario municipal extienda una constancia de cumplimiento de trabajo a algún detenido, deberá enviar copia a la coordinadora regional de autoridades comunitarias, para integrarla al expediente del detenido correspondiente. [...].³²

Los detenidos se encuentran en constante vigilancia y resguardo de parte del Comisario y/o Delgado municipal y el grupo de policía comunitaria local. Las comunidades en que realizan trabajos son las encargadas de alimentar y dar alojamiento al grupo de detenidos, ellas se organizan y establecen los mecanismos que implementarán para proveer a los detenidos de lo necesario para su alimentación, salud, aseo, vestuario, y tiempos y lugares de descanso.

Los detenidos trabajan de lunes a sábado, de ocho de la mañana a 5 de la tarde, haciendo un intermedio de 1 hora para recibir sus alimentos. Los días domingos no se labora, y este día les están permitidas las visitas de sus familiares. El reglamento del sistema establece que, al término de su jornada diaria, y después de su aseo diario, los detenidos recibirán pláticas de los principales de la comunidad en que se encuentran, para promover la reflexión de los detenidos. Sin embargo, esto se encuentra al arbitrio de cada comunidad y, aunque en algunas comunidad esto efectivamente sucede, en otras no.

Una vez que ha concluido el tiempo de su sentencia, o que ha llegado a un acuerdo con la parte agraviada, la CRAC ordena al Comité Ejecutivo su traslado al módulo de la CRAC, para valorar su situación. En este momento, se hace una revisión de su expediente, verificando el sentido de las constancias de Conducta emitidas por los Comisarios y/o Delegados municipales de las comunidades en que realizó trabajos comunitarios. Y es entonces que,

³² Reglamento del sistema.

“Si así se considera procedente, se hará la propuesta de liberación del detenido en la Asamblea Regional más próxima, en presencia de sus familiares o de persona de su confianza, que esté de acuerdo en firmar una carta compromiso en la que otorgue su aval por la conducta de la persona que se va a liberar. De igual manera, se informara a la parte ofendida, a fin de que si lo considera conveniente a sus intereses, este presente en el acto de la liberación del detenido”.³³

Una vez que se ha acordado la liberación del detenido, la Coordinadora Regional gira oficio al Comisario y/o Delegado de la comunidad de origen del detenido, notificándole de la próxima liberación, y solicitándole que convoque a la Asamblea Comunitaria para realizar dicha liberación. El día acordado para la asamblea, la CRAC, y el Comité Ejecutivo, trasladan al detenido a la comunidad y lo presentan a la asamblea, informando de los términos en que será liberado. Al término de esta asamblea, se levanta un acta en que el liberado, sus familiares y la autoridad municipal ratifican los compromisos pactados. Estos compromisos son, casi siempre, de no guardar rencor y de respetar a las autoridades del sistema, así como de no guardar rencor ni molestar más a la parte agraviada, o de seguir observando buena conducta, y otros que las partes hayan acordado, y, en algunos casos, de acudir a firmar a 1 módulo de la CRAC, un determinado tiempo.

El reglamento del sistema establece los siguientes artículos, como los deberes y derechos de los detenidos bajo proceso de reeducación:

ARTÍCULO 30.- Los derechos de los detenidos bajo proceso de reeducación, son los siguientes:

- I. Ser tratado con respeto.
- II. Recibir alimentos por lo menos 2 veces al día.
- III. Gozar de un día de descanso a la semana.
- IV. Recibir atención médica cuando sea necesario y en la medida de lo posible.
- IV. Recibir visita de sus familiares y amistades.
- V. Recibir la constancia de servicio correspondiente por cada 15 días de trabajo a favor de la comunidad.

ARTÍCULO 31.- Los deberes de los detenidos bajo proceso de reeducación son los siguientes:

- I. Acatar en tiempo y forma las indicaciones de las autoridades e instancias que estructuran el sistema comunitario.
- II. Observar buena conducta.

33 Reglamento del sistema.

ARTÍCULO 32.- Ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por los mismos hechos. cuando sea sancionada por el sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, será responsabilidad de la coordinadora regional, informar a la agencia del ministerio público, que dicho asunto ya ha sido atendido, para evitar la duplicidad de funciones en perjuicio de las personas que son acusadas.³⁴

Ahora bien, ¿Qué sucede en aquellos casos en que una mujer es detenida? ¿Acaso se le aplica el mismo procedimiento aquí descrito? No. Aquellos casos en que una mujer es acusada, además de contar durante todo el proceso con la opinión de las mujeres Comisarias de la CRAC, que dotan de perspectiva de género al proceso, en caso de ser sentenciada al procedimiento de reeducación, su sentencia es ejecutada en el módulo de la CRAC, realizando las distintas labores que le encomiendan los funcionarios del sistema. En las entrevistas y práctica de campo realizadas, pude conocer algunos casos de reeducación de mujeres. En ellos, los trabajos de las mujeres consistían en limpieza, cocina, elaboración de productos lácteos, etcétera. Y se les asignó un cuarto que les servía de alojamiento en la oficina de la CRAC.

Veamos ahora la siguiente tabla, resultado del análisis realizado a los 36 expedientes del sistema, en ella se muestran los casos de reeducación, los errores o faltas cometidos, la fecha de detención y liberación de los detenidos y el tiempo que duró su sentencia:

TABLA 7. EFECTIVIDAD MATERIAL. PROCEDIMIENTO DE REEDUCACIÓN.

	Nº De Expediente Número/ año de inicio de averiguaciones	TIPIFICACIÓN CRAC	TIEMPO DE REEDUCACIÓN		
			Fecha de detención	Fecha de liberación	Total de tiempo de reeducación
1	1/99	Amenazas	19/12/98	30/03/99	3 meses, 11 días
2	3/99	Asalto y golpes	22/10/99	21/01/00	3 meses
3	4/99	Abigeato	12/12/98	08/04/99	3 meses, 3 semanas
4	5/99	Daño en propiedad ajena, intento de homicidio y lesiones	19/10/99	27/01/00	3 meses, 8 días

34 Reglamento del sistema.

5	2/00	Intento de violación y golpe físico	21/02/00	23/08/00	6 meses, 2 días
6	2/01	Intento de homicidio	18/04/01	13/05/01	3 semanas
7	5/01	Robo, extorsión y brujería	15/03/99	17/01/00	10 meses, 2 días
8	5/04	Homicidio	11/09/03	09/03/04	6 meses
9	6/04	Amenazas de muerte y brujerías	5/11/98	6/05/99	5 meses, 9 días
10	1/06	Robo	14/10/06	17/11/06	1 mes

A. PLURALISMO JURÍDICO: ¿EMERGENCIA DE PROCESOS CONSTITUYENTES LATINOAMERICANOS?

Con esto concluyo el análisis de la efectividad del sistema en comento. Ahora bien, volvamos a la pregunta que planteaba al comienzo de mi exposición, ¿podemos plantear la eficacia de los sistemas normativos comunitarios indígenas, el de la policía comunitaria, por ejemplo, como nuevos procesos constituyentes también? Al respecto, creo si nos permitimos desmitificar la voz *constitución*, esto es, si nos permitimos tratar la voz constitución como lo que es, es decir, como el significante de la norma que permite el reconocimiento de un sistema jurídico válido, entonces nos será posible plantear la eficacia de estos sistemas jurídicos indígenas como nuevas constituciones latinoamericanas, pues nos daremos cuenta de que al menos, en la teoría del derecho contemporánea no hay nada que nos lo impida.

Y sin embargo, si nos limitamos a afirmar la igualdad entre sistemas normativos en el plano de la teoría constitucional, creo, honestamente, que no le estaríamos haciendo ningún favor a los sistemas normativos como el de la policía comunitaria, por ejemplo. Esto porque parto de una convicción claramente anti-estatal, por lo que considero que existe una enorme diferencia tanto de fondo como de forma entre este sistema normativo y los de los estados.

Es por eso que aquí propongo reconceptualizar esa teoría constitucional hegemónica, es decir, esa teoría que solamente es capaz de ver “personas jurídicas”, es decir, entes abstractos, generalizados, sin necesidades, sin posición o situación social, aparentemente separados de los procesos de división social del trabajo, en el sitio donde debería ver seres humanos de carne y hueso. Será entonces necesario entonces salirse de esa teoría constitucional que solamente se dedica a hacer una distinción formal en el lenguaje, y será necesario salirse de ella porque si bien en un primer

momento esta teoría nos permite deshacernos de mistificaciones engeguedoras, en un segundo momento pareciera que nos sume en esa noche hegeliana en la que todos los gatos resultan pardos.

Y es aquí donde es necesario subrayar la importancia neurálgica que tiene la Sociología Jurídica, como la disciplina que se ocupa del *contenido* del derecho. Porque solamente allí es donde cobra primacía el sujeto que habita el mundo desde posiciones de desigualdad, que tiene que luchar para acceder a los medios necesarios para vivir. Solamente allí es donde es posible reflexionar sobre los problemas *reales, y desde donde es posible* enfrentarse a esas teorías que de algún u otro modo esencializan el sujeto y el conocimiento, planteando como universales lo que no es más que el producto de una concepción hegemónica occidental.

Pero entonces debemos ahora preguntarnos ¿qué tipo de sociología jurídica será la que nos permitirá desplazar el significado dominante y reductor de la complejidad social, sexual, étnica, de clase o racial hacia otras fronteras y otras periferias? La que nos permitirá “ver” desde otra posición y de otra manera? Me parece que es necesario rescatar una teoría que sea resultado de una práctica política, y en nuestro caso, como abogados críticos, una teoría que sea resultado de la práctica política

de un positivismo de combate que acompañe a los movimientos sociales. Una teoría de la praxis. Me parece que esa debe ser ahora nuestra tarea.



Es por eso que, solamente a manera de hipótesis de trabajo y para continuar la discusión, quiero poner sobre la mesa una clasificación de los sistemas normativos que coexisten en las formaciones socioeconómicas de la actualidad, en dos grandes bloques: los sistemas normativos *transcapitalistas*, que

considero son aquellos cuya eficacia en sentido subjetivo, consiste en la reproducción de procesos de desmercantificación del proceso de reproducción social, y sistemas normativos de la *gobernanza global* a aquellos cuya eficacia en sentido subjetivo consiste en al reproducción de procesos de mercantificación del proceso de reproducción social. El criterio independiente conforme al cual proponemos designar la eficacia en sentido subjetivo será entonces el proceso de mercantificación del proceso de

reproducción social. Esta es una propuesta de clasificación en función de su toma de posición histórica ante las encrucijadas en curso para la definición de los rumbos de la mundialización de este siglo. Aunque, claro está, la utilidad de esta propuesta en su utilidad para orientar la investigación acerca de la pluralidad jurídica, con visos académicos, claro, pero sobre todo, como una propuesta para comprender los límites y posibilidades del derecho como herramienta liberadora.

Por otro lado, claro está, solo un estudio que dé cuenta de la eficacia y efectividad de los sistemas en cuestión nos permitirá establecer de qué lado de la clasificación propuesta se encuentra cada sistema normativo. Aunque a manera de hipótesis diré que los sistemas normativos de las comunidades indígenas como la Policía comunitaria son del tipo *transcapitalista*, y los de los estados del tipo de la *gobernanza global*. Toca entonces ahora volver a campo con esta nueva hipótesis, pero por volver a campo me refiero a acompañar como abogados críticos en una actitud de positivismo de combate a los operadores jurídicos de estos sistemas normativos, con el propósito de dar cuenta, con la sociología jurídica de la mano, de una teoría de la praxis que nos permita develar la pertinencia o no de esta propuesta teórica.

Ahora bien, si aceptamos que en esta época la pretensión de universalidad de la *forma normativa estatal* ha establecido una determinada calidad a los vínculos de existencia y de posibilidad de existencia de toda otra *forma normativa transcapitalista* —los de las comunidades indígenas— estableciendo con ellas una relación de *dominación*, también es menester comprender que las *formas normativas no capitalistas* tienen por eso mismo frente a sí el reto de erigirse ante el estado para defender sus formas de socialidad. Y sin duda, éstas han establecido también diversas estrategias que permiten que sus sistemas normativos hoy gocen de una buena salud, con altos índices de efectividad de sus normas.

Aunque también es cierto que, en palabras de Marx, “para poder desarrollarse, es preciso, ante todo, vivir, y nadie ignorará que, en el momento presente, la vida de la «comunidad» se encuentra en peligro”. Marx escribió estas líneas a fines de febrero y principios de marzo de 1881. Y la amenaza constante a la pervivencia de las *formas normativas comunitarias* continúa. Pero las comunidades indígenas han demostrado poseer una vitalidad tal que les ha permitido pervivir a más de quinientos años de violencia y despojo.

Solamente el tiempo y la práctica política de quienes aspiramos a una sociedad en que prime el *buen vivir*, decidirán de qué lado se inclinará la balanza en el futuro.

Y en lo que nos toca, como juristas críticos, considero que es menester frente a este panorama reconocer la urgente necesidad de hacer un replanteamiento

de los fundamentos epistemológicos, conceptos y categorías propios de la racionalidad jurídica moderna, **pero sin perder de vista, el que la finalidad es y debe ser configurar una práctica política apta para enfrentar este desafío.**

**DOCUMENTO PRELIMINAR DEL REGLAMENTO INTERNO
DEL SISTEMA COMUNITARIO DE SEGURIDAD, JUSTICIA
Y REEDUCACIÓN, RESULTADO DE LA REVISIÓN EFECTUADA
POR LAS ASAMBLEAS REGIONALES.**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

CAPITULO I. OBJETO
DEL REGLAMENTO IN-
TERNO.

ARTÍCULO 1.- El presente reglamento tiene como objeto en general, el de regular la organización y funcionamiento del sistema comunitario de seguridad, impartición de justicia y reeducación.

ARTÍCULO 2.- En pleno uso y ejercicio del derecho

que asiste a los pueblos y personas indígenas, con fundamento en los Artículos 2 y 39 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, Artículos 1, 2, 3, 41 5, 6, 7, 8, 9 del convenio 169 de la organización internacional del trabajo y demás relativos y aplicables de las leyes nacionales e internacionales vigentes en nuestro país, se instituye el sistema comunitario de seguridad, impartición de justicia y reeducación, en beneficio de la población de las comunidades integrantes de dicho sistema, en los términos del presente reglamento.

ARTÍCULO 3.- El presente reglamento es de observancia general en los territorios correspondientes a las comunidades de los municipios de San Luis Acatlán, Malinaltepec, Marquelia, Metlatonoc, Copanatoyac, que se hayan integrado completamente al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el presente reglamento. Las disposiciones son de orden público e interés social, y tienen por objeto:



- I. Regular los procedimientos, medios y recursos para garantizar la seguridad pública y la impartición de justicia, de acuerdo con las prácticas jurídicas de los pueblos que integran el sistema, así como la reeducación de las personas que incurran en la comisión de alguna falta ó error y que sean sometidas a la jurisdicción de este sistema.
- II. Establecer con claridad las sanciones a las que se hacen acreedores aquellos que incurren en alguna falta ó error, así como los procedimientos para ejecutarlas.
- III. Prevenir el delito mediante acciones de vigilancia y campañas de educación en las localidades integradas al sistema comunitario.
- IV. Establecer la estructura del sistema comunitario, así como las funciones, derechos y obligaciones de cada una de las instancias que lo integran.

CAPITULO II. OBJETO Y FINALIDADES DEL SISTEMA COMUNITARIO DE SEGURIDAD, JUSTICIA Y REEDUCACIÓN.

ARTÍCULO 4.- El objeto del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, es el de garantizar la plena observancia y el efectivo ejercicio de los derechos humanos y colectivos de las personas y pueblos que lo integran.

El sistema comunitario, promueve en todo momento el fortalecimiento del proceso organizativo de los pueblos de la región, así como su integración, fundándose en el respeto a su cultura, identidad y organización sociopolítica.

CAPITULO III. DE LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA Y OPERATIVA DEL SISTEMA COMUNITARIO DE SEGURIDAD, JUSTICIA Y REEDUCACIÓN.

ARTÍCULO 5.- La estructura organizativa y operativa del sistema comunitario, se fundamenta en la integración de comités y comisiones y tiene su fuente y fuerza principal en las asambleas generales de las comunidades integrantes. En orden de importancia, las instancias de decisión y operativas del sistema comunitario, son las siguientes:

- I. Las asambleas comunitarias.
- II. La asamblea regional de autoridades comunitarias.
- III. La coordinadora regional de autoridades comunitarias.
- IV. El comité ejecutivo de la policía comunitaria.
- V. El comité de la figura jurídica.

CAPITULO IV. ATRIBUCIONES, FACULTADES Y DEBERES DE LAS INSTANCIAS DEL SISTEMA COMUNITARIO DE SEGURIDAD, JUSTICIA Y REEDUCACIÓN.

ARTÍCULO 6.- Las atribuciones, facultades y deberes de las instancias que estructuran el sistema comunitario, son las siguientes:

1. De la asamblea general comunitaria. Es el órgano básico y pilar fundamental del sistema, y tendrá las siguientes atribuciones y facultades:

a) Es la instancia a través de la cual la población analiza, propone, organiza, participa en la ejecución y le da validez a las acciones y decisiones tomadas en el marco del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación.

b) La integran hombres y mujeres mayores de edad, e incluso los menores de edad que hayan contraído matrimonio, las autoridades municipales, agrarias y tradicionales, de cada una de las comunidades integradas al sistema.

Para tal efecto se tiene como mayoría de edad, a partir de los 18 años cumplidos.

A) Nombra ó remueve de su cargo al comisario municipal, a los comandantes y policías comunitarios, así como a las autoridades tradicionales ó religiosas de acuerdo a las particularidades y procedimientos de cada comunidad.

B) Mandata al comisario ó delegado municipal para asistir a la asamblea regional de autoridades comunitarias, cada vez que sea convocado para ello.

C) Mandata al comisario ó delegado municipal para que represente a la comunidad, ante otras comunidades, instituciones privadas, ayuntamientos y demás instancias del gobierno.

D) Solicita informe al comisario ó delegado municipal, respecto de los asuntos tratados por la asamblea regional de autoridades comunitarias.

E) Solicita informe al comisario ó delegado municipal sobre gestiones ó seguimiento a asuntos de interés general para la comunidad.

F) Vigila y garantiza que las medidas correctivas de reeducación que se hayan impuesto por parte de la coordinadora regional de autoridades ó de la asamblea regional de autoridades comunitarias, se hagan efectivas mientras la persona detenida se encuentre en la comunidad, asimismo velara por su integridad física y moral conjuntamente con su autoridad local y el grupo de policía comunitaria.

G) Determinará los casos en que se dará cooperación, y los montos de las mismas, para los gastos de los policías comunitarios, delegados ó comisionados, cuando estos deban realizar alguna comisión fuera de la comunidad y que se haya acordado por la misma asamblea comunitaria, o por la asamblea regional de autoridades.

H) Por conducto del comisario ó delegado municipal, será la que autorice cualquier medida de seguridad publica (vigilancia, recorrido, resguardo, etc.) dentro de su territorio, a propuesta del grupo de policía comunitaria local, del comité ejecutivo de la policía comunitaria ó de la asamblea regional de autoridades comunitarias.

I) Mandata al comisario ó delegado municipal, para que, con el apoyo de su suplente y demás auxiliares, ejecute los acuerdos alcanzados en la comunidad.

J) Será convocada por el comisario ó delegado municipal, o bien por el comité de autoridades de la coordinadora regional, cuantas veces sea necesaria.

K) Auxiliara en primera instancia a su comisario ó delegado municipal para impartir justicia en los asuntos que le hayan sido presentados por los vecinos.

L) Determinara lo necesario para que las demás instancias del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación puedan lograr el cumplimiento de sus respectivas tareas y compromisos.

II. De la asamblea regional de autoridades comunitarias. Es la máxima instancia decisoria del sistema comunitario de seguridad y reeducación. Tendrá las siguientes facultades y atribuciones:

A) Es la máxima instancia de dirección y mando del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación.

B) Es la instancia de coordinación entre las comunidades integrantes del sistema, con los ayuntamientos y las instancias del gobierno estatal y federal.

C) Elige a seis personas³⁵ de entre los comisarios y/o delegados municipales, para que funjan como coordinadores y que se encargaran de impartir justicia durante un año, en las oficinas del sistema con sede en la ciudad de San Luis Acatlán, Gro.

D) Elige a seis personas³⁶ de entre el cuerpo de comandantes de la policía comunitaria, quienes integraran el comité ejecutivo de la policía comunitaria y adquieren el carácter de comandantes regionales, durante un año.

35 Por acuerdo de noviembre de 2006 en el Encuentro Regional de Autoridades Comunitarias celebrado en la comunidad de Horcasitas, Gro, serán ahora elegidos 9 Comisarios de la CRAC, de entre los asistentes a la Asamblea Regional para la elección de éstos funcionarios, cuyo requisito será que sean personas de reconocida capacidad y confianza. Sus funciones durarán 3 años. Con anterioridad a éste acuerdo, el requisito para poder ser electo Comisario dela CRAC, era tener la función de Comisario en las comunidades integrantes dela CRAC.

36 Por acuerdo de febrero de 2007, en la Asamblea Regional del Sistema Comunitario de Seguridad, Justicia y Proceso de Reeducación, celebrada en la comunidad de Pueblo, Hidalgo, Gro, los requisitos para poder ser electo Comandante Regional han cambiado, ya que ahora son elegibles los comandantes en turno, policías comunitarios ó ex comandantes que hayan demostrado amor y servicio al proyecto comunitario. Durarán 3 años en funciones.

E) Elige de entre los comisarios ó delegados municipales, comandantes y policías comunitarios a los miembros del comité ejecutivo de la figura jurídica de la coordinadora regional de autoridades comunitarias, quienes fungirán en su cargo durante tres años.

F) Resuelve en definitiva todos los casos de carácter grave que le sean turnados para su conocimiento y resolución por parte del comité de autoridades de la coordinadora regional, erigiéndose en instancia juzgadora y sancionadora conforme a las practicas jurídicas de los pueblos originarios que la integran.

G) Da audiencia a cualquier ciudadano, miembro de la policía comunitaria, detenido, familiares de detenidos, autoridades locales ó tradicionales, sin distinción alguna, que se consideren afectados en sus derechos por parte de alguna de las demás instancias que estructuran el sistema comunitario de seguridad, impartición de justicia y reeducación.

H) Vela por el debido cumplimiento del presente reglamento y determina las modificaciones que pudieran hacersele.

I) Mandata al comité de autoridades de la coordinadora regional, para ejecutar los acuerdos que en ella se tomen, vigilando su debido cumplimiento.

J) Determina los criterios y principios rectores del sistema comunitario, definiendo de manera general las políticas y procedimientos que se desarrollaran en las acciones de seguridad publica, impartición de justicia y en el proceso de reeducación.

K) Determina los criterios y principios que se observaran para la relación con otras organizaciones, instituciones privadas e instancias del gobierno en sus tres ordenes y niveles.

L) Vela y vigila de manera permanente el cumplimiento de las tareas encomendadas al comité de autoridades de la coordinadora regional, así como del comité ejecutivo de la policía comunitaria.

M) Designa las comisiones especiales ó especificas que deban nombrarse para acometer tareas urgentes ó temporales, señalándoles su actividad, sus atribuciones, sus deberes y el tiempo que estará funcionando.

III. De la coordinadora regional de autoridades comunitarias. Junto con el comité ejecutivo de la policía comunitaria, es la representación permanente del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación.³⁷ Estará integrado por seis comisarios

37 Por acuerdo de noviembre de 2006, resultado del Encuentro Regional de Evaluación Interna de la Policía Comunitaria, la funciones de representación del SSCIJR, gestión de recursos y proyectos, y de coordinación serán ahora facultad de la nueva instancia de representación, coordinación y gestión integrada por una representación del Comité Ejecutivo, una representación el Coordinadora

municipales, nombrados por la asamblea regional. Su duración será de un año³⁸ en el cargo, pudiendo ser removido cualquiera de sus miembros en todo momento, previa determinación de la propia asamblea regional. Estos seis comisarios, tendrán el carácter de coordinadores y todos tendrán el mismo rango y nivel de decisión. Entre estos mismos, se organizarán para que siempre estén presentes en la oficina de la coordinadora,³⁹ dando atención a la ciudadanía.

Las funciones y atribuciones de la coordinadora regional de autoridades comunitarias, son las siguientes:

- a) Generar los mecanismos para hacer efectivo el derecho de la ciudadanía a una pronta impartición de justicia, con apego a las prácticas jurídicas de nuestros pueblos, así como a lo establecido en el artículo 9 del convenio 169 de la organización internacional del trabajo.
- b) Atender todas y cada una de las denuncias que le sean planteadas por la ciudadanía, dándoles seguimiento hasta su conclusión que en todo caso será en términos de hacer justicia, de conformidad con los procedimientos establecidos en los capítulos ix, xii y xv del presente reglamento.
- c) Conjuntamente con el comité ejecutivo de la policía comunitaria y los comisarios ó delegados municipales correspondientes, definir las fechas y comunidades en las que se procederá a reeducar a los detenidos que tenga bajo proceso.
- d) Llevar un control permanente del proceso de reeducación de cada uno de los detenidos.
- e) Tener debidamente integrados los expedientes de cada uno de los asuntos que le sean planteados por la ciudadanía.
- f) Conjuntamente con el comité ejecutivo de la policía comunitaria, atender las solicitudes de resguardo de fiestas tradicionales, vigilancia de caminos, resguardo de eventos públicos, etc, que les sean planteados por la ciudadanía, las autoridades comunitarias y/o las dependencias.
- g) Representar al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, entre asamblea y asamblea.

Regional, una representación del Comité de la Figura Jurídica y un consejero de la organización. Por lo tanto, la CRAC tendrá ahora sólo funciones de impartición de justicia.

38 Ver nota 1.

39 Por acuerdo del Encuentro al que se refiere la nota 1, se crearán 3 módulos de atención de la CRAC: uno en la zona de Metlatónoc, uno en la zona alta de Malinaltepec, y otro en San Luis, atendidos cada uno por 3 Comisarios de la CRAC.

h) Gestionar ante los organismos públicos, privados e instancias internacionales, el pleno respeto de la actuación de los diversos comités que estructuran el sistema comunitario.

i) Gestionar ante los ayuntamientos, y demás dependencias estatales, federales, así como organismos internacionales, recursos y apoyos de toda índole que tiendan a fortalecer la operatividad y el proceso de organización del sistema comunitario.

j) Convocar a la asamblea regional de autoridades comunitarias, proveyendo lo necesario para su reunión, por lo menos una vez cada mes. Para ello, deberá emitir la convocatoria, hacerla llegar a cada uno de los comisarios y delegados municipales, organizaciones sociales y productivas y ayuntamientos, quienes deberán hacerla extensiva a la población en general.

a) Rendir informe pormenorizado a la asamblea regional, sobre el estado que guardan los asuntos que les ha planteado la ciudadanía, la situación de los detenidos, la relación con las autoridades y todo aquello que sea de interés general para la población. De igual manera, deberá rendir un informe detallado de la situación 'financiera, así como de los bienes muebles e inmuebles que constituyen el patrimonio del sistema comunitario.

b) Tomar las providencias necesarias para cumplir y hacer cumplir los acuerdos alcanzados en cada asamblea regional de autoridades comunitarias.

c) Reunirse de manera interna con el comité ejecutivo de la policía comunitaria, por lo menos una vez cada semana, para determinar los asuntos prioritarios de la oficina, instrumentar conjuntamente operativos de prevención y vigilancia, checar el proceso de reeducación de los detenidos y demás asuntos de carácter operativo interno.

d) Se coordinará de manera permanente con los comisarios y delegados municipales, así como con autoridades agrarias y tradicionales, para efectos de garantizar buenos mecanismos para la investigación y obtención de pruebas en los casos que le son planteados por la ciudadanía, y las demás tareas que le son propias.

e) Al término de su periodo, deberá convocar a la asamblea regional, para el nombramiento de los nuevos integrantes de la coordinadora regional, a quienes una vez que hayan sido nombrados, deberá asesorar por lo menos durante el primer mes a partir de su nombramiento.

f) Estará vigilante de la integridad física y moral de las autoridades comunitarias, comandantes y policías comunitarios, integrados al sistema. En los casos de represión a miembros del sistema por parte de particulares ó de autoridades judiciales, administrativas, militares ó de cualquier otra índole, deberá realizar acciones de denuncia del hecho represivo, así como de defensa legal de los miembros del sistema comunitario.

g) Deberán sus miembros observar una conducta de honradez, honestidad, cabalidad, respeto y buen trato en el desempeño de su cargo, ante la sociedad: por ello, deberán siempre cumplir con puntualidad cada uno de los compromisos y tareas que le sean asignados, debiendo evitar conductas deshonorosas que menoscaben la historia y los principios del sistema comunitario. Ningún miembro del comité de autoridades podrá prestar sus servicios en estado de ebriedad.

IV. Del comité ejecutivo de la policía comunitaria. Junto con el comité de autoridades, representan⁴⁰ al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación. Estará integrado por seis comandantes, electos por la asamblea regional de autoridades comunitarias y duraran desempeñando ese cargo un año, con la posibilidad de ser removidos en cualquier momento por determinación de la misma asamblea regional. Sus miembros, tendrán el carácter de comandantes regionales y estarán supeditados a las instrucciones de la asamblea regional y de manera inmediata, responderán a las órdenes de la coordinadora regional. De manera interna sus miembros se organizaran a fin de atender todas las tareas que le sean asignadas, procurando estar siempre alguno de sus miembros en las oficinas de la coordinadora regional de autoridades comunitarias. Sus funciones, atribuciones y deberes, son los siguientes:

a) Es el órgano máximo de dirección operativa de la policía comunitaria. Con el fin de lograr los objetivos para los que se instituyó la policía comunitaria, se coordinara con todos y cada uno de los grupos de policía comunitaria de las comunidades integradas al sistema, con el fin de preservar la seguridad en los poblados y los caminos de la región.

b) Velar y vigilar de manera permanente por el cumplimiento del presente reglamento, así como los acuerdos emanados de las asambleas regionales.

c) Organizar y dirigir operativos de seguridad pública regional, previo acuerdo y autorización de la asamblea regional, ó en su defecto, de la coordinadora regional y con la anuencia de los comisarios ó delegados municipales de las localidades contempladas dentro de dichos operativos.

o) Trasladarse a los lugares que sea necesario para integrar debidamente las investigaciones de los asuntos que le sean asignados por parte de la coordinadora regional. De autoridades comunitarias.

e) Ejecutar las órdenes de captura de las personas que le sean turnadas por parte de la coordinadora regional de autoridades comunitarias.

f) Poner a disposición de la coordinadora regional, de manera inmediata y por escrito, a las personas que hayan sido detenidas en flagrancia ó bien, por la ejecución de una

40 Ver nota 2 y 3.

orden de captura. En tal escrito se señalarán los detalles de la detención y deberá ir firmado y sellado por los miembros del comité ejecutivo de la policía comunitaria.

g) Conjuntamente con la coordinadora regional, deberá clasificar a los detenidos según sus características personales, el delito cometido y el grado de peligrosidad que se advierta, a fin de proveer mejores condiciones para su reeducación.

h) Organizar y coordinar los traslados de los detenidos, desde el lugar de su detención, durante su proceso de investigación, así como en su recorrido por las comunidades en el proceso de reeducación.

i) Llevar un control y autorizar las visitas de familiares y/o amistades de los detenidos.

l) Llevar un control y seguimiento del proceso de reeducación de los detenidos, con las opiniones de los comisarios o delegados municipales de las comunidades en los que aquellos hayan prestado su trabajo. También estarán pendientes del estado de salud física y mental de los detenidos, procurando su atención médica en los casos necesarios, de acuerdo a las posibilidades que se tengan.

k) Tener actualizada la relación de personas detenidas, así como llevar un control de los principales datos de cada una de estas.

l) Convocar a asambleas generales de comandantes y policías comunitarios, por lo menos cada tres ó de manera urgente cuando las circunstancias así lo ameriten, para tratar ó informar lo relativo a la seguridad pública, debiendo levantar el acta correspondiente a cada evento.

m) Coordinarse de manera permanente con los comandantes y grupos de policía comunitaria, para conocer la problemática interna de cada grupo comunitario y para la realización de las tareas de seguridad que le han sido asignadas, instrumentando de esta manera el trabajo por rutas de coordinación, según las localidades que se encuentren ubicadas en el mismo trayecto de algún camino ó carretera de la región en la que opera el sistema comunitario.

n) Asistir y rendir informe cada vez que le sea requerido, en las asambleas regionales ó ante la coordinadora regional de autoridades comunitarias.

o) Promover entre el cuerpo de comandantes y policías comunitarios un espíritu de constante superación y de servicio a favor de la población, gestionando cursos de capacitación en materia de Derechos Humanos y adiestramiento físico y en el uso y manejo de las armas, técnicas de investigación, y todas aquellas áreas que se relacionen y que tiendan a mejorar el servicio de seguridad pública que se les ha asignado.

p) Tener actualizados los concentrados de grupos de policías comunitarios con sus respectivos comandantes, así como el armamento con el que cuentan por cada comunidad integrada al sistema comunitario. Se procurara que cada grupo de policías

comunitarios tenga sus credenciales autorizadas y vigentes y que las porten en el desempeño de su cargo. Así mismo, el comité ejecutivo de la policía comunitaria vigilara que los grupos de policía comunitaria, realicen sus tareas debidamente uniformados.

q) Llevar y tener actualizado el inventario de bienes que le son asignados, así como su estado y persona que los tenga bajo su resguardo ó cargo. Particularmente, tratándose de radios, armas, vehículos, equipo de cómputo, etc.

r) Deberán sus miembros observar una conducta de honradez, honestidad, cabalidad, respeto y buen trato en el desempeño de su cargo, ante la sociedad. Por ello, deberán siempre cumplir con puntualidad cada uno de los compromisos y tareas que le sean asignados, debiendo evitar conductas deshonorosas que menoscaben la historia y los principios del sistema comunitario. Ningún miembro del comité ejecutivo de la policía comunitaria podrá prestar sus servicios en estado de ebriedad.

s) El comité no podrá realizar ninguna detención que no este justificada por una orden de captura escrita, debidamente autorizada por el comité de autoridades de la coordinadora regional, ó bien cuando la persona no se encuentre en flagrancia. En toda detención ó captura, los miembros del comité, comandantes ó policías comunitarios, observaran de manera estricta el cumplimiento y observancia de los derechos humanos reconocidos por nuestra carta magna.

t) Deberá velar porque la seguridad y la justicia que se imparta por el sistema comunitario se haga con estricto apego a los derechos humanos, a las prácticas y costumbres jurídicas de nuestros pueblos, sin distinción ó privilegios de ninguna índole a favor de determinadas personas.

V. Del Comité de la Figura Jurídica. Es la representación legal de la organización. Se rige por sus propios estatutos. Además de las funciones que su propio estatuto le asigna, la asamblea regional ó la coordinadora regional de autoridades comunitarias, podrán asignarle tareas que coadyuven a la mejor operatividad del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación.

Los miembros de este comité, serán nombrados por la asamblea regional y de acuerdo a sus estatutos, duraran en su cargo tres años, con los requisitos y modalidades establecidas en dicho ordenamiento.

CAPITULO V. FUNCIONES, ATRIBUCIONES Y DEBERES DE LOS COMISARIOS Y DELEGADOS MUNICIPALES.

ARTÍCULO 7.- Los comisarios y delegados municipales de las comunidades integradas al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, además de aquellas que les confieren las leyes nacionales, estatales y reglamentos municipales, para efectos del presente reglamento, tendrán las siguientes funciones, atribuciones y deberes:

- a) Serán electos por la asamblea general de su comunidad, de acuerdo con sus procedimientos acostumbrados y durara en su cargo el término de un año, pudiendo ser removido en todo momento por determinación de la propia asamblea.
- b) Cumplirá y hará cumplir el presente reglamento, realizando eventos como pláticas ó reuniones con la población para darlo a conocer y enriquecerlo de manera permanente con las sugerencias, propuestas y opiniones de sus vecinos.
- c) Estará en constante coordinación y comunicación con las instancias que estructuran el sistema comunitario, facilitándoles y coadyuvando con ellos en las tareas y compromisos que les sean asignados en beneficio de la población.
- d) Deberá asistir con toda puntualidad a cada una de las asambleas regionales y a cada evento al que sea convocado por la coordinadora regional de autoridades comunitarias. Únicamente podrá dejar de asistir por causa plenamente justificada, en cuyo caso comisionara con plena representación a su suplente. En caso de incumplimiento se hará acreedor a la sanción que determine la asamblea regional ó el presente reglamento.
- e) Establecerá los medios y mecanismos para que la población otorgue una cooperación para sustentar los gastos del grupo de policía comunitaria.
- f) Atenderá en primera instancia todos los casos que le sean planteados por sus vecinos, tratando de dar solución y priorizando el arreglo conciliatorio entre las partes en conflicto. En caso de que el asunto no sea de su competencia, lo turnara inmediatamente a la coordinadora regional de autoridades comunitarias.
- g) Coadyuvara con la coordinadora regional y el comité ejecutivo de la policía comunitaria en las tareas de investigación de las faltas ó errores; así como en el proceso de reeducación de los detenidos a cargo del sistema comunitario.
- h) Remitirá a los detenidos que le hayan sido puestos a disposición por parte del grupo de policía comunitaria de su localidad, así como también las actas de investigación previa, que deberá ir bien fundamentada y dirigida a la coordinadora regional.
- i) Invitara y vigilara que el grupo de policía comunitaria de su localidad cumpla con su servicio de seguridad a la población, sin cometer abusos y con respeto a los derechos humanos y a las prácticas y costumbres jurídicas de la comunidad.
- l) En caso de que sea electo como miembro de la coordinadora regional, lo informara a su asamblea general comunitaria, determinando los mecanismos para cumplir con el encargo que le haya dado su propia comunidad y la asamblea regional de autoridades

comunitarias. En todo caso, procurara que sea el comisario suplente el que se haga cargo de sus funciones en la comunidad y el propietario asuma la responsabilidad como miembro de la coordinadora regional de autoridades comunitarias.

CAPITULOVI. DE LAS FALTAS Y ERRORES QUE SON CASTIGADOS POR LOS COMISARIOS MUNICIPALES.

ARTÍCULO 7.- Las faltas y errores que serán tratados y solucionados ante el comisario ó delegado municipal, son los siguientes:

Conflictos matrimoniales.

Robos menores.

Robo de ganado menor, cuando se trate de hasta 3 cabezas.

Difamación de honor.

Conflictos- menores derivados del alcoholismo.

Incumplimiento de acuerdos de la asamblea general comunitaria.

Desobediencia a los mandatos legítimos de la autoridad comunitaria.

Falta de respeto a los padres.

Maltrato de menores, mujeres, ancianos ó discapacitados.

Lesiones menores que no pongan en riesgo la vida del lesionado.

Daños menores.

Riñas por cuestiones de alcoholismo.

Todas las demás que puedan ser tratadas por el comisario ó delegado municipal, ó

Que las partes en conflicto decidan de conformidad que sea tratada por esta autoridad.

ARTÍCULO 9.- En los casos en que alguna de las partes sea familiar ó pariente cercano del comisario ó delegado municipal, el caso será remitido a la coordinadora regional, mediante escrito en el que se explique dicha situación.

CAPITULO VII. DE LAS FALTAS Y ERRORES QUE SON CASTIGADOS POR LA COORDINADORA REGIONAL DE AUTORIDADES COMUNITARIAS.

ARTÍCULO 10.- Los errores y faltas que serán tratados ante la coordinadora regional, serán los siguientes:

Homicidio.

Asalto.

Violación.

Abigeato (robo de ganado menor, más de 4 cabezas y robo de ganado mayor).

Asalto con violencia en los caminos y en casa habitación.

Todo lo relativo a las drogas y estupefacientes. (Siembra y cultivo, cuidado, cosecha, compra y venta, transporte, consumo)

Secuestro.

Abuso de autoridad.

La tentativa y complicidad tratándose de las faltas ó errores señalados en las fracciones anteriores.

Robo de bienes mayores ó en grandes cantidades.

Lesiones graves que pongan en riesgo la vida ó que impliquen la pérdida de algún miembro u órgano, ó la incapacidad temporal ó permanente.

Incumplimiento de acuerdos tomados en la asamblea regional de autoridades comunitarias.

Faltas graves cometidas en perjuicio del medio ambiente y los recursos naturales.

Uso indebido de armas por parte de funcionarios ó miembros del sistema comunitario. En estos casos se decomisará el arma y será devuelta a la comunidad para uso de la misma.

Reincidencias graves.

Todas aquellas que le sean asignadas por la asamblea regional de autoridades, ó que por su gravedad sea necesario atender.

ARTÍCULO 11.- La coordinadora regional, resolverá en segunda instancia aquellos asuntos que habiendo sido tratados ante el comisario ó delegado municipal, no hayan sido resueltos de conformidad para las partes en conflicto.

CAPÍTULO VIII. DE LAS SANCIONES QUE PUEDEN SER IMPUESTAS POR COMISARIOS MUNICIPALES Y EL COMITÉ DE LA COORDINADORA REGIONAL DE AUTORIDADES COMUNITARIAS.

ARTÍCULO 12.- Las sanciones que podrán ser aplicadas por los comisarios ó delegados municipales, así como por la coordinadora regional, serán las siguientes:

Arresto hasta por 24 horas, en casos no graves.

Multa hasta por \$200.00 (doscientos pesos 00 100 m.n.)

Reparación del daño en los casos en que así proceda.

Decomiso a favor de la comunidad de los bienes, objetos, ó materiales que

Sirvan ó sean empleados para cometer las faltas ó errores.

El trabajo a favor de la comunidad.

ARTÍCULO 13.- En los casos de violación, homicidio y secuestro, no procede la reparación del daño, pues se considera que la vida y la dignidad de las personas no puede ser valuado en términos económicos y el agravio en estos derechos no puede ser restablecido de ninguna manera.

ARTÍCULO 14.- Los comisarios ó delegados municipales, que no acaten los mandatos de las asambleas regionales, ó bien que no acudan al llamado de la coordinadora regional, serán sancionados hasta con seis días de trabajo a favor de la comunidad.

ARTÍCULO 15.- Cuando la falta ó error de cualquier índole, sea cometido por algún comandante ó policía comunitario, comisario ó delegado municipal, miembros del comité ejecutivo de la policía comunitaria, de la coordinadora regional ó del comité de la figura jurídica, ya sea en cumplimiento de su cargo ó fuera de el, la sanción que se le imponga será mayor que si se tratara de un ciudadano común, ya que los miembros de cualquier instancia del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación deben velar con mayores principios por el cumplimiento del presente reglamento y promover su observancia con su propio ejemplo.⁴¹

41 Los Comisarios de la CRAC pueden ser removidos en cualquier momento, en el Encuentro Regional de Evaluación interna de 2006 se habló de los casos en que procederá la revocación de los Comisarios de la CRAC:

Se revocarán los nombramientos cuando no se respeten los principios de nuestra institución y las autoridades regionales caigan en casos de corrupción pidiendo dinero a las personas, o no se aplique justicia de manera adecuada o atenten contra los derechos humanos. Cuando se incurra en una acción en contra del proyecto de la policía comunitaria

Cuando se viole el reglamento interno

Cuando inmiscuyan asuntos personales en el proceso de impartición de justicia.

Cuando sean omisos en efectuar sus labores, como ausentarse o no presentarse a laborar normalmente en la CRAC, o atender alguna comisión o actividad encomendada.

Será la Asamblea Regional la facultada para imponer las posibles sanciones que se impondrán en su caso. Se plantea como necesario que los consejeros tengan la facultad de convocara las Asambleas Regionales para los casos de analizar sobre la revocación de nombramientos a los coordinadores y de aplicarles sanciones.

Es necesario que los consejeros tengan la facultad oficiosa para recibir quejas sobre la forma de actuar de los coordinadores, así como para investigar los rumores que haya sobre la mala actuación de los coordinadores, pues hay el riesgo de que si las personas no lo denuncien directamente, se generen rumores que dañen la organización.

Una cuestión específica que debe evitarse en los coordinadores es el alcoholismo, que tiene que ser sancionado y tratado en las asambleas regionales, pues en los casos en que otras autoridades de las comunidades, o los policías o comandantes se involucran en conflictos por alcoholismo, no son sancionados por que los propios coordinadores tienen cola que les pisen.

(ASAMBLEA DE TILAPA)

CAPITULO IX. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA DENUNCIA, INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS FALTAS Ó ERRORES.

ARTÍCULO 16.- Todo proceso de investigación se inicia con la denuncia presentada por la persona agraviada ó algún familiar ó persona que tenga conocimiento de la falta ó error que se haya cometido; ó bien, por la detención de una persona en el momento en que esta cometiendo el delito.

ARTÍCULO 17.- Para la presentación de la denuncia, se hará de manera verbal y/o por escrito ante la autoridad competente en cada caso, ya sea el comisario ó delegado municipal ó la coordinadora regional, quienes tienen la obligación de recibirla y asentar en un acta la declaración inicial del agraviado, su familiar ó de la persona que haya acudido a denunciar los hechos.

Se recibirán denuncias de hechos ó actos que se consideren como faltas ó errores que se hayan cometido hasta un año antes de la fecha en que se denuncian. Los casos de faltas ó errores que se denuncien y que tengan mas de un año de haberse cometido ó consumado, serán desechados.

Propuesta no consensada: el segundo párrafo se propone modificarlo de la siguiente manera:

Se recibirán denuncias de hechos ó actos cometidos a partir del 15 de octubre de 1995 que se tenga el cuerpo del delito a la vista en el momento de denunciarlo.

Propuestas no consensadas: (los dos art. 18)

ARTÍCULO 18.- En virtud de que el sistema comunitario, promueve una verdadera pronta e imparcial administración de justicia no se acepta la participación de abogados, el cobro de multas ni fianzas. Se busca el entendimiento de las partes y la reconstitución de la armonía en la vida comunitaria.

ARTÍCULO 18.- Para asegurar que el sistema comunitario de seguridad, impartición de justicia y reeducación, promueva con transparencia, pronta e imparcialmente la administración de justicia, no se acepta la participación de abogados, ni mucho menos el cobro de multas ó fianzas excesivas, ya que esto no facilita el entendimiento de las partes y dificulta la reconstitución de la armonía en la vida comunitaria.

ARTÍCULO 19.- Una vez recibida la denuncia de la parte agraviada, la autoridad encargada de la impartición de justicia dispondrá las medidas para integrar debidamente su investigación. Mandará citar a testigos, a la autoridad local del lugar en que hayan ocurrido los hechos que se denuncian, para que den su testimonio. Recibirá las pruebas que le sean proporcionadas por la parte agraviada.

La coordinadora regional ó el comisario actuante tendrán un plazo de 72 horas para integrar esta investigación. Dicho plazo podrá ampliarse en razón de las cargas de trabajo ó porque así lo requiera la propia investigación

ARTÍCULO 20.- Integrada la investigación, mandará citar a la persona ó personas demandadas dentro de las 48 horas siguientes, por conducto de su autoridad municipal, ya sea comisario ó delegado.

Ya que se encuentre presente la parte acusada ante la autoridad, se le informara de la acusación que hay en su contra y se le dará la oportunidad de defenderse, presentando los testigos y demás pruebas que respalden su declaración. Para ello, también contara con un plazo de 72 horas, el cual podrá ampliarse a petición del propio acusado ó a juicio de la autoridad que actúa.

ARTÍCULO 21.- Cada una de las actuaciones y diligencias que se realicen deberán hacerse constar mediante actas requisitadas debidamente con las firmas y huellas de los que participen, así como el sello de la autoridad que actúa.

Los denunciados y agraviados, bajo protesta de decir verdad, podrán ser acompañados ó auxiliados por persona de su confianza en la lectura de las diligencias practicadas.

ARTÍCULO 22.- Una vez que la autoridad correspondiente reúna el mayor número de pruebas del caso, y si así procede citara, en el plazo de los 5 días siguientes, a las partes para una reunión en la que tratara de llegar a algún acuerdo entre ambas y se levantara el acta correspondiente con lo que concluiría el asunto. Si en dicha reunión no se llega a ningún acuerdo satisfactorio, se le invitara a las partes a que sigan platicando y se les citara de nuevo hasta llegar a un acuerdo de conformidad de las partes.

En caso de que algunas de las dos partes, no se presentara a la primera reunión de conciliación, se citara solo por una segunda vez dentro de las 48 horas siguientes.

ARTÍCULO 23.- Cuando se trate de asuntos graves en los que se haya agotado la investigación la coordinadora regional girara orden de captura ó aprehensión para su cumplimiento por parte del comité ejecutivo de la policía comunitaria. Ejecutada

la orden de aprehensión, el comité ejecutivo de la policía comunitaria presentara al detenido ante la coordinadora regional, quien actuara en los términos del artículo 20 párrafo segundo del presente reglamento.

ARTÍCULO 24.- Si de las investigaciones realizadas, la autoridad actuante observa que el acusado es realmente responsable de la falta o error que se le acusa, le dictara la sanción correspondiente dentro de las 72 horas siguientes.

ARTÍCULO 25.- En los casos en que se detenga a alguna persona cometiendo una falta o error, de manera inmediata se pondrá a disposición al detenido ante la autoridad, quien recibirá su declaración y dentro de las 48 horas siguientes le dictara la sanción correspondiente.

ARTÍCULO 26.- Ya que se haya dictado la sanción correspondiente, si se trata de trabajo a favor de la comunidad, el comité ejecutivo de la policía comunitaria, trasladara al detenido a la comunidad en la que deberá comenzar a prestar sus servicios a más tardar al día siguiente.

ARTÍCULO 27.- El comisario o delegado municipal y la coordinadora regional son las únicas instancias que pueden imponer sanciones. En los casos de extrema gravedad se decidirá la sanción en la asamblea regional. Dichas sanciones se ejecutaran por conducto de la coordinadora. Estas mismas instancias, son las responsables de verificar el cumplimiento de cada una de las sanciones que hayan sido impuestas a los acusados, sean detenidos o no.

ARTÍCULO 28.- Desde la propia detención de las personas acusadas de haber cometido alguna falta o error o aquellas que sean detenidas en el acto, se observara por parte de sus aprehensores un trato firme y respetuoso, que garantice el cumplimiento de la seguridad pero también del respeto a los derechos de las personas, con lo cual se sientan las bases y principios fundamentales del proceso de reeducación.

ARTÍCULO 29.- El comité ejecutivo de la policía comunitaria en cumplimiento de sus funciones, trasladara a los detenidos a las comunidades designadas para el trabajo de estos. El detenido bajo proceso de reeducación, cumplirá el término de la sanción que le haya sido impuesta, trabajando a favor de la comunidad duran 1 de 15 días en cada localidad. Durante este tiempo, trabajara durante el día y será recluso en las cárceles comunitarias durante la noche. Los principales, integrantes del consejo de seguridad comunitaria, de cada comunidad les darán pláticas y les harán reflexionar

sobre su mala conducta, a fin de lograr la recuperación del detenido a favor de la sociedad.

Al término de este plazo, el comisario ó delegado municipal le extenderá una constancia por los servicios prestados. Estas constancias se irán acumulando y contabilizándose hasta que se cumpla con el término de la sanción impuesta, fecha en la que será presentado de nueva cuenta ante la coordinadora regional, la cual revisara sus constancias de trabajo comunitario y si considera que el detenido se encuentra arrepentido de haber cometido la falta ó error y acepta no seguir molestando al agraviado, propondrá su liberación en la asamblea regional más próxima. Esta instancia es la única que puede autorizar la liberación de los detenidos. Si la asamblea regional avala la liberación del detenido, este será entregado a sus familiares en presencia de su autoridad comunitaria, en su propia comunidad, firmándose al efecto una acta compromiso en el que el liberado se compromete a no reincidir y a ser un buen ciudadano, firmando de avales sus familiares y la autoridad comunitaria, quienes en lo posterior se encargaran de velar por la conducta del liberado. En caso de que el liberado incumpla sus compromisos, la coordinadora regional, podrá llamar e imponer alguna sanción a los familiares y a la autoridad comunitaria.

(Horcasitas)

ARTÍCULO 30.- Los derechos de los detenidos bajo proceso de reeducación, son los

Siguientes:

Ser tratado con respeto.

Recibir alimentos por lo menos 2 veces al día.

Gozar de un día de descanso a la semana.

Recibir atención médica cuando sea necesario y en la medida de lo posible.

Recibir visita de sus familiares y amistades.

Recibir la constancia de servicio correspondiente por cada 15 días de trabajo a favor de la comunidad.

ARTÍCULO 31.- Los deberes de los detenidos bajo proceso de reeducación son los siguientes:

I. Acatar en tiempo y forma las indicaciones de las autoridades e instancias que estructuran el sistema comunitario.

II. Observar buena conducta.

ARTÍCULO 32.- Ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por los mismos hechos. Cuando sea sancionada por el sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, será responsabilidad de la coordinadora regional, informar a la agencia del ministerio público, que dicho asunto ya ha sido atendido, para evitar la duplicidad de funciones en perjuicio de las personas que son acusadas,

CAPITULO X. DE LAS COMISIONES ESPECIALES DE TRABAJO INTEGRADAS AL SISTEMA COMUNITARIO DE SEGURIDAD, JUSTICIA Y REEDUCACIÓN.

ARTÍCULO 33.- En virtud de que se considera que el sistema comunitario de seguridad, procuración de justicia y reeducación debe ser una institución que promueva mejores niveles de vida y bienestar de la población, se establecen como órganos especiales que fortalezcan el trabajo de este, a los siguientes:

- a) órgano de desarrollo regional.
- b) órgano de comunicación.

ARTÍCULO 34.- El órgano de desarrollo regional, estará integrado por un comité de seis personas, preferentemente con instrucción, con capacidad de gestión y negociación, que durara en su cargo tres años, será nombrado y estará bajo la autoridad inmediata de la asamblea regional de autoridades comunitarias.

ARTÍCULO 35.- Son funciones del órgano de desarrollo regional las siguientes:
Elaborar y presentar para su financiamiento ante instancias del poder público como de la iniciativa privada, proyectos de carácter productivo, comercial, cultural social, etc., que tiendan a generar mejores posibilidades de empleo, educación, salud, etc. A favor de la población.

Promover la firma de convenios de colaboración con las distintas dependencias de los tres niveles y órdenes de gobierno, para obtener servicios de capacitación y asesoría técnica para la producción, comercialización y el mejor aprovechamiento de los recursos naturales con los que cuentan nuestros pueblos.

Coordinarse de manera permanente con los ayuntamientos de los municipios en los que el sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación desarrolle sus tareas, con la finalidad de vigilar la correcta aplicación de los recursos asignados a las comunidades, y de igual manera, para presentar propuestas de inversión para obras, servicios y todo tipo de beneficios para la población, as como para obtener ingresos para sustentar las actividades del sistema comunitario.

ARTÍCULO 36.- En su desempeño, este órgano de desarrollo regional, deberá observar lo siguiente:

Informar de manera permanente y puntual a la asamblea regional de autoridades comunitarias de todas aquellas gestiones que realice, así como de los proyectos y recursos que le sean autorizados.,

Coordinarse de manera permanente con el comité de la figura jurídica, para efectos de la firma de convenios y todo tipo de actos jurídicos, toda vez que este tiene la representación legal de la organización.

Solicitar la autorización de la asamblea regional, en los casos en que se considere muy importante y necesario, por la gravedad del asunto a negociar, por el monto de recursos a solicitar ó por la cobertura del programa ó proyecto a implementar.

Procurar en todo momento desarrollar sus actividades en el marco del sistema comunitario, respetando los principios y normas de este.

Velar siempre por el respeto y la promoción de la cultura y tradiciones de nuestros pueblos, garantizando el buen uso y aprovechamiento de las tierras y demás recursos naturales existentes en nuestros territorios, en beneficio de la población. (Propuesta no consensada: que esta fracción pase a ser un artículo aparte, dentro de las funciones de la coordinadora regional)

ARTÍCULO 37.- El órgano de comunicación, estará integrado por un comité de tres personas, preferentemente policías comunitarios, comisarios municipales ó miembro de algún Comisariado ejidal ó comunal, pudiendo ser también algún ciudadano con aval de la asamblea regional, con instrucción, con capacidad de realizar tareas de redacción de artículos y boletines de prensa, que durara en su cargo un año, será nombrado y estará bajo la autoridad directa de la asamblea regional de autoridades comunitarias.

ARTÍCULO 38.- Serán funciones del órgano de comunicación, las siguientes:

Preparar y brindar información relativa al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, tanto a las instancias del poder público, como a los medios de comunicación, cuando así se considere necesario.

Obtener información de todo tipo, que sea de interés general para la población y realizar actividades de difusión en las comunidades para mantenerlas informadas.

Obtener información de lo que ocurre en las comunidades integradas al sistema, e informarlo a la asamblea regional, a la coordinadora regional y/o al comité ejecutivo de la policía comunitaria, con la finalidad de atender de manera prioritaria a aquellas

que presenten una mayor problemática, mejorando así los servicios que presta el sistema comunitario.

Convocar a conferencias de prensa, cuando así lo considere necesario la organización comunitaria,

Implementar todo tipo de materiales de difusión para cumplir con su encargo y haciendo uso de todos los espacios posibles (radiodifusoras, radio civil, periódicos, revistas, boletines informativos, volantes,, periódicos murales, etc).

ARTÍCULO 39.- En su desempeño, el órgano de comunicación, deberá observar lo siguiente:

Promover el acercamiento y estar en constante contacto con el mayor número de medios de comunicación posible.

Solicitar autorización y obtener el visto bueno de la asamblea, regional, ó en su defecto de la coordinadora regional, para toda la información que presente a las instancias de gobierno y a los medios de comunicación.

Garantizar que no se arriesgue la integridad y el buen funcionamiento del sistema comunitario, cuando se otorgue cualquier información a las instancias de gobierno ó medios de comunicación.

Promover constantemente la difusión, respeto y reconocimiento de la cultura de los pueblos que integran al sistema comunitario de seguridad, impartición de justicia y reeducación.

CAPITULO XI. DE LA RELACIÓN CON LAS INSTANCIAS DEL PODER PÚBLICO.

ARTÍCULO 40.- El sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, establecerá sus relaciones con la demás instancias del poder público, bajo los principios del respeto mutuo, coordinación en el trabajo y tolerancia.

ARTÍCULO 41.- En materia de impartición de justicia, se establece de manera obligatoria el respeto y observancia al artículo 23 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, que señala que ninguna persona podrá ser juzgado dos veces por la misma conducta delictuosa. En ese sentido, se establecerán los mecanismos y acuerdos con las agencias del ministerio público y los tribunales correspondientes, para que las personas que hayan sido sancionadas por esas instancias, no puedan ser sometidas a la jurisdicción de este sistema comunitario y viceversa.

CAPÍTULO XIII. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA REEDUCACIÓN.

ARTÍCULO 42.- Se considera a este, como el conjunto de actividades y acciones de todos los integrantes del sistema comunitario, mediante el cual se da la oportunidad a los detenidos para reconocer sus errores ó faltas cometidas y mejorar su conducta a través del trabajo comunitario, desarrollando sus mejores capacidades en beneficio de la sociedad.

ARTÍCULO 43.- La etapa de reeducación inicia, cuando al detenido se le asigna una sanción, por parte de la coordinadora regional, de acuerdo con el error ó falta cometidos y con fundamento en el presente reglamento. En el cumplimiento de la reeducación, no se hará ninguna distinción a favor de algún detenido. Si alguna, autoridad comunitaria, policía ó comandante comunitario actúan de manera parcial, se hará acreedor de una sanción.

ARTÍCULO 44.- La sanción de reeducación, deberá notificársele personalmente al detenido en presencia de sus familiares ó de persona de su confianza.

ARTÍCULO 45.- Una vez que le ha sido notificada la sanción de reeducación al detenido, la coordinadora regional, informara de ello al comité ejecutivo de la policía comunitaria, para que en un término máximo de 24 horas, proceda a su traslado a la comunidad que corresponda, de acuerdo con el programa de trabajo en las comunidades que previamente se haya elaborado.

ARTÍCULO 46.- El comité ejecutivo de la policía comunitaria, presentara al detenido ante el comisario municipal, así como ante el grupo de detenidos, promoviendo con ello un ambiente de compañerismo en el trabajo, así como el respeto de los derechos de los detenidos.

ARTÍCULO 47.- Según el tiempo de reeducación que le haya sido asignado al detenido, este permanecerá por 15 días en cada comunidad que haya sido determinada por el comité ejecutivo de la policía comunitaria. Al término de los 15 días, el comisario municipal de la localidad, extenderá una constancia al detenido, en la que señale el grado cumplimiento de su trabajo, el detenido deberá conservar cada una de estas constancias, con la finalidad de poder acreditar el tiempo que ha permanecido en proceso de reeducación prestando trabajo comunitario, y solicitar su liberación a la coordinadora regional una vez que haya concluido el término de su sanción.

Cuando el comisario municipal extienda una constancia de cumplimiento de trabajo a algún detenido, deberá enviar copia a la coordinadora regional de autoridades comunitarias, para integrarla al expediente del detenido correspondiente.

ARTÍCULO 48.- Una vez que el detenido, haya cumplido el tiempo que le fue asignado para prestar trabajo comunitario como sanción, la coordinadora regional de autoridades comunitarias ordenara su traslado a las oficinas, para valorar su situación, procediendo a revisar su expediente, y en particular, las constancias que le hayan sido otorgadas por los comisarios municipales.

Si así se considera procedente, se hará la propuesta de liberación del detenido en la asamblea regional más próxima, en presencia de sus familiares ó de persona de su confianza, y que esté de acuerdo en firmar una carta compromiso en la que otorgue su aval por la conducta de la persona que se va a liberar. De igual manera, se informara a la parte ofendida, a fin de que si lo considera conveniente a sus intereses, esté presente en el acto de la liberación del detenido.

ARTÍCULO 49.- Cuando se haya acordado la liberación del detenido, en todos los casos en que así sea posible, la coordinadora regional y el comité ejecutivo de la policía comunitaria, se trasladaran conjuntamente con el liberado hasta su comunidad y lo presentaran ante su asamblea comunitaria, informando de los términos en que será liberado, exhortando a la población a que continúe vigilando la conducta del liberado. Al término de esta asamblea, se levantara el acta correspondiente en la que el liberado, sus familiares y la autoridad municipal ratifiquen el compromiso del primero de seguir observando buena conducta y de no molestar a la parte agraviada.

ARTÍCULO 50- Durante su estancia en las comunidades, los detenidos estarán bajo vigilancia y resguardo permanente del comisario ó delegado municipal y el grupo de policía comunitaria local, quienes se encargaran de proveer lo necesario para su alimentación, salud, aseo, vestuario, visita de familiares y amigos, tiempos y lugares de descanso.

I. La alimentación de los detenidos correrá a cargo de la comunidad en la que estén prestando su trabajo comunitario. Se respetaran las formas y mecanismos que cada comunidad establezca para ello, siempre y cuando se cumpla con tal obligación. El comité ejecutivo informara a la autoridad local cuando algún detenido sea reincidente, para que esto se tome en cuenta al momento de dar los alimentos y distribuir el trabajo.

II. Se establece como obligatorio el horario de trabajo de los detenidos, de las ocho horas de la mañana a las cinco horas de la tarde, de lunes a sábado, haciendo un descanso de una hora en el intermedio para recibir sus aumentos.

III. Al término de la jornada, después de recibir su alimentación y realizar su aseo diario, el comisario municipal junto con los principales y personas de la comunidad con amplio reconocimiento moral, darán platicas con los detenidos, a fin de promover la reflexión y que estos reconozcan sus errores y faltas cometidas, y se vayan sensibilizando para reintegrarse a la comunidad como buenos ciudadanos.

IV. Los días domingos serán utilizados para que los detenidos reciban visitas de familiares y amigos, así como para descansar.

V.-Q ueda terminantemente prohibido para los detenidos ingerir bebidas alcohólicas ó consumir otro tipo de estupefacientes. En caso de que esto suceda, se le aumentara la sanción por el tiempo que marque este reglamento 0 en su defecto el que determine la coordinadora regional de autoridades comunitarias. De la misma manera se sancionara, a las personas ó policías que se las suministren y/o permitan su consumo.

VI.- Aquel detenido que estando en proceso de reeducación, se fugue, se hará acreedor de un aumento en su sanción, y esta podrá agravarse aún más, cuando para evadirse emplee violencia física ó moral en contra de los policías comunitarios que lo custodian ó trasladan, de la coordinadora regional, de la parte ofendida, ó de cualquier persona.

De igual manera se sancionara a los encargados de su vigilancia ó traslado, cuando se compruebe que dicho detenido se haya fugado por su negligencia ó con su consentimiento.

Será fuertemente sancionado todo aquel policía, comandante, delegado ó comisario municipal, miembro del comité ejecutivo de la policía comunitaria ó de la coordinadora regional, que reciban dinero 0 algún bien de cualquier índole, por permitir la fuga de algún detenido. Este tipo de casos, serán directamente tratados por la asamblea regional, pudiendo determinarse como sanción para el responsable, además del proceso de reeducación, su expulsión pública y definitiva de este sistema comunitario. Para aplicar esta sanción, la asamblea regional determinara los mecanismos para investigar el grado de participación de las personas responsables de la fuga.

ARTÍCULO 51.- Los casos de mujeres que sean detenidas y sean sujetas a proceso de reeducación, se regirán por lo establecido en el capítulo XV del presente reglamento.

CAPITULO XIII. DE LAS ACCIONES DE PREVENCIÓN DEL DELITO.

ARTÍCULO 52.- Cada una de las instancias del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, dentro de sus respectivas competencias y posibilidades, realizarán todo tipo de acciones encaminadas a prevenir los delitos o errores, pudiendo ser estas, algunas de las siguientes:

I. Recorridos de vigilancia por los caminos y comunidades que integran las coordinaciones de ruta ya establecidas.

II. Resguardos del orden en las fiestas tradicionales o patronales de las distintas comunidades. En estos casos, la autoridad del lugar garantizara la alimentación de los efectivos que realicen el resguardo.

III. Coordinar acciones con los demás cuerpos policíacos en la región, para realizar recorridos de vigilancia y desarme de ciudadanos que porten armas sin autorización y que puedan ocasionar algún daño a la sociedad.

IV. Realizar asambleas comunitarias donde se informe de las actividades de la coordinadora regional y del comité ejecutivo de la policía comunitaria en materia de justicia y seguridad, respectivamente.

V. Realizar eventos en los, que los detenidos en proceso de reeducación hablen con la ciudadanía sobre sus errores y faltas cometidas, así como de las sanciones que se les han impuesto, a fin de crear conciencia en la población.

VI. Dar orientación a los maestros de las escuelas de la región a fin de que hablen con los alumnos y estos no cometan errores o faltas.

VII. Organizar cursos de capacitación a los policías comunitarios para el buen uso y manejo de las armas.

VIII. Organizar cursos de capacitación de los comisarios y delegados municipales para el conocimiento y respeto de los derechos humanos.

IX. Realizar acciones encaminadas a la creación de fuentes de empleo y de centros de recreación y esparcimiento, para evitar la ociosidad de la ciudadanía, ya que esta es la principal causa de la comisión de delitos y errores.

X. Difundir el presente reglamento una vez que sea aprobado por la asamblea regional de autoridades.

CAPITULO XIV. ATRIBUCIONES DE LOS PRINCIPALES EN LAS TAREAS DEL SISTEMA COMUNITARIO DE SEGURIDAD, JUSTICIA Y REEDUCACIÓN.⁴²

42 Como bien los define el artículo 53, los principales son funcionarios cuyo ámbito territorial de validez es la comunidad. Sin embargo, a nivel regional existen los funcionarios consejeros, que son aquellos funcionarios que han ocupado las funciones regionales como Coordinador de la CRAC ó Comandante del Comité Ejecutivo. Son nombrados por la Asamblea Regional, aunque existe en

ARTÍCULO 53.- Los principales de las comunidades integradas al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, aun cuando difieren en su integración y funcionamiento, en lo general, son los grupos de personas de mayor edad, que habiendo desempeñado todos ó la mayor parte de cargos en la comunidad, tienen una gran solvencia moral ante la ciudadanía y fungen como asesores ó consejeros del comisario ó delegado municipal.

ARTÍCULO 54.- Las atribuciones de los principales, dentro de las tareas del sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, son las siguientes:

I. Brindar consejos ó asesoría al comisario ó delegado municipal, en el tratamiento de asuntos de interés general de la población.

II. Dar su opinión ante las asambleas comunitarias, para que la población reconozca sus propios métodos y mecanismos de solución a su problemática.

III. Dar su opinión en relación a los asuntos que le sean planteados por el comisario ó delegado municipal, y que tengan que ser resueltos en la asamblea regional de autoridades comunitarias, con la finalidad de que la autoridad municipal, cuente con mayores argumentos para hacer sus planteamientos en esa instancia.

IV. Brindar pláticas de reflexión y orientación a los detenidos que estén en proceso de reeducación.

V. Participar en las asambleas regionales, con pleno derecho de voz y voto.

CAPÍTULO XV. PROCEDIMIENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN, SANCIÓN Y REEDUCACIÓN DE MUJERES.⁴³

la actualidad la tendencia a considerar consejero a todos los funcionarios que han cumplido con su función en el SSCIJR. Derivado del acuerdo celebrado en el Encuentro Regional de Evaluación Interna en la comunidad de Horcasitas, Gro, se aprobó otorgar a los consejeros la facultad oficiosa de recibir e investigar quejas acerca de la forma de actuar de los Coordinadores de la CRAC, así como de convocar las Asambleas Regionales para analizar los casos de revocación del mandato de los Comisarios de la CRAC.

43 Por acuerdo del Encuentro Regional de Evaluación Interna, el Comité de Mujeres será ahora parte de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias. Sus integrantes serán electos en Asamblea Regional y tendrán el cargo de Comisarias de la CRAC. Aunque en un principio las funciones de éste comité de mujeres se limitaban a la solución de los casos en que las detenidas fuesen mujeres, en la actualidad éste grupo de mujeres atiende todos los casos que se presentan en la CRAC, y tienen funciones análogas a las de los Comisarios de la CRAC.

ARTÍCULO 55.- El procedimiento para la investigación, sanción y reeducación de las mujeres responsables de haber cometido alguna falta ó error, será encargado a una comisión especial de mujeres que hayan ocupado algún cargo en sus comunidades ó en las organizaciones sociales que participan en este sistema comunitario, quienes en todo momento serán auxiliadas y avaladas por la asamblea regional de autoridades comunitarias, la coordinadora regional y el comité ejecutivo de la policía comunitaria, debiendo ceñir sus funciones al procedimiento establecido para investigar y sancionar a detenidos hombres. Esta comisión especial de mujeres, será electa por una asamblea regional, duraran en su cargo tres años, pudiendo ser reelectas sus miembros.

ARTÍCULO 56.- Su reeducación correrá a cargo de la propia coordinadora regional y de la comisión especial de mujeres, debiendo cumplir su plazo de reeducación en tareas domésticas, productivas ó administrativas en la propia oficina de este sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, así como en proyectos que desarrollen las organizaciones sociales en las comunidades.

ARTÍCULO 57.- Por ningún motivo se permitirá que sean aprisionadas en las mismas celdas junto con el resto de detenidos.

ARTÍCULO 58.- Cuando las detenidas tengan bajo su cuidado a sus hijos menores de edad, será obligación de la coordinadora regional y de la comisión especial de mujeres, junto con el comisario municipal de la comunidad de origen de la detenida, asegurarse de que estos sean atendidos por familiares ó amistades de la propia detenida, hasta que sea liberada.

CAPITULO XVI. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE UNA COMISIÓN ESPECIALIZADA QUE ATIENDA ASUNTOS AGRARIOS.

ARTÍCULO 59.- Cuando sean presentados ante la coordinadora regional de autoridades comunitarias, asuntos de índole agraria, estos serán propuestos para su ventilación ante la asamblea regional, en la que se nombrara la comisión que se encargara de darle solución.

Esta comisión, podrá integrarse de dos maneras:

I. Cuando el problema, únicamente se circunscriba a un núcleo agrario, la comisión se integrara por los representantes de dicho núcleo agrario, los representantes de un núcleo agrario que funja como asesor y aval y que sea nombrado por la asam-

blea regional de autoridades comunitarias, así como por la coordinadora regional de autoridades comunitarias.

II. Cuando el problema implique a comuneros ó ejidatarios de diferentes núcleos agrarios, la comisión se integrara con los representantes de los núcleos agrarios involucrados, de un tercer núcleo agrario que funja como árbitro y que sea nombrado por la asamblea regional, así como por la coordinadora regional de autoridades comunitarias.

ARTÍCULO 60.- Dicha comisión implementara las acciones pertinentes para llegar a la verdad en el caso que le haya sido planteado, y determinara sus resoluciones, las cuales serán debidamente sustentadas y argumentadas, informándolas a las partes involucradas, así como a la asamblea regional.

ARTÍCULO 61.- Aquellas personas que hayan sometido su asunto agrario ante esta comisión especializada y que la determinación que se haya tomado para solucionar el conflicto no le sea favorable, y pretenda dar continuidad a su reclamo en otras instancias, podrá ser sometida a proceso de reeducación, ya que en la investigación del asunto y en la etapa de resolución, tendrá los elementos, derechos y tiempo suficiente para acreditar sus pretensiones y si no lo hizo, se entenderá que el mismo se ha negado el derecho a hacerlo ó bien, ha obstruido las funciones de la comisión especializada, negándole información ó distrayéndole su tiempo.

ARTÍCULO 62.- A juicio de los integrantes de la comisión especializada, ó a petición de las partes involucradas, las resoluciones que se tomen para resolver el asunto que se les haya planteado, podrán ser informadas a la procuraduría, tribunales ó demás instancias del gobierno encargados de la cuestión agraria., para su confirmación.

CAPITULO XVII. DE LA APLICACIÓN DEL PRESENTE REGLAMENTO.

ARTÍCULO 63.- este reglamento se aplicará en los- términos del artículo 3 del propio ordenamiento y solo podrá variarse, por mandato y resolución de la asamblea regional de autoridades comunitarias.

CAPITULO XVIII. DE LA MODIFICACIÓN DEL PRESENTE REGLAMENTO.

ARTÍCULO 64.- El presente reglamento solo podrá ser modificado por mandato y resolución de la asamblea regional de autoridades comunitarias.

ARTÍCULO 65.- Cualquier ciudadano en pleno uso de sus derechos civiles, y que sea miembro de los pueblos que integran este sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación, podrá presentar propuestas de modificación al presente reglamento ante la asamblea regional, la cual recibirá dicha propuesta.

Si la propuesta presentada implica modificaciones sustanciales ó la totalidad del presente reglamento, la asamblea regional convocara a sesionar a los delegados de la comisión revisora del reglamento interno, para que analicen dicha propuesta y emitan un dictamen de resolución, el cual, de nueva cuenta, tendrá que ser validado y aprobado por la asamblea regional.

Si la propuesta presentada no implica modificaciones sustanciales, la asamblea regional, analizara en pleno dicha propuesta y resolverá en el mismo acto.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente reglamento interno entrara en vigor en la fecha que sea determinada por la asamblea regional, debiendo para ello, comunicarlo mediante oficio a todos los comisarios y delegados municipales de las comunidades integradas al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación.

SEGUNDO.- Una vez que sea aprobado, los delegados que integran la comisión revisora del presente reglamento interno, se encargaran de realizar acciones de difusión del contenido y alcances del mismo en todas y cada una de las comunidades integradas al sistema comunitario de seguridad, justicia y reeducación.

TERCERO.- Será obligación de todas las instancias que estructuran el sistema comunitario, promover acciones encaminadas a que el presente reglamento sea reconocido como parte de las disposiciones legales aplicables y vigentes en los municipios de San Luis Acatlan, Malinaltepec, Metlatonoc, Copanatoyac, y en todos aquellos que se integren a este sistema comunitario. De igual manera, deberán pugnar por que las disposiciones del presente reglamento sean reconocidas dentro de las leyes orgánicas municipales y en la constitución política del estado libre y soberano de guerrero.

Capítulo 2

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS E DISCUSSÕES EPISTEMOLÓGICAS.

César Augusto Baldi¹

Conta a história oficial que Vasco Núñez de Balboa foi o primeiro homem que viu, desde um cume do Panamá, os dois oceanos. Os que ali viviam, eram cegos?

Quem colocou seus primeiros nomes no milho e na batata e no tomate e no chocolate e nas montanhas e nos rios da América? Hernán Cortés, Francisco Pizarro? Os que ali viviam, eram mudos?

Os peregrinos do Mayflower escutaram: Deus dizia que a América era a Terra Prometida. Os que ali viviam, eram surdos?²

1. INTRODUÇÃO

Segundo James Tully,³ a linguagem do constitucionalismo moderno, aquele que deriva da Revolução Francesa e estadunidense, tem um espectro muito limitado de significados para termos tais como “povo”, “nação”, “soberania popular”, “igualdade”, “reconhecimento”, “cidadão”, “direitos” e “autogoverno”, que parecem ser tidos como “naturais” e sem controvérsia.

Os usos hegemônicos da linguagem deste constitucionalismo, assim, buscam eliminar a diversidade cultural e obter, não só homogeneidade, mas também a uniformidade cultural, por meio de sete características principais:⁴ a) identificar soberania e comunidade ou grupo de pessoas culturalmente homogêneos e, pois, onde o fator cultural não conta como importante; b) crer que as estruturas políticas são uniformes e centralizadas, onde os cidadãos são tratados de forma igual; c) entender

1 Mestre em Direito (ULBRA/RS), doutorando Universidad Pablo Olavide (Espanha), servidor do TRF-4ª Região desde 1989, é organizador do livro “Direitos humanos na sociedade cosmopolita” (Ed. Renovar, 2004).

2 GALEANO, Eduardo. *Espelbos - uma história quase universal*. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 120

3 TULLY, James. *Strange multiplicity; constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge: University Press, 1997, p. 39

4 *Ibidem*, p. 63-82.

que as culturas são uniformes e têm relação com graus de desenvolvimento econômico (em que as europeias são desenvolvidas, ao passo que as coloniais refletem um grau inferior de evolução socioeconômica), estabelecendo, com isto, um padrão único de avaliação das culturas; d) reconhecer costumes e tradições, mas de forma parcial, deixando, ao mesmo tempo, oculta a ideia de que as instituições, tradições e ideias modernas são superiores às demais; e) acreditar que o desenvolvimento da Europa moderna tem um conjunto de instituições políticas e jurídicas que são as únicas capazes de representar a soberania popular e, portanto, todos os Estados devem estar baseados na separação de esferas públicas e privadas, império da lei (“rule of law” e suas variantes), separação de poderes e liberdades individuais (talvez também o laicismo ou secularismo, também); f) associar cada Estado com uma nação; g) crer em momentos fundacionais das Constituições, que constituem a condição prévia para a vida política democrática e, assim, intocáveis e para todo o tempo.

Constitucionalismo que, associando modernidade e Europa, ignora as contribuições de outros movimentos emancipatórios, tais como a Revolução do Haiti⁵, primeira nação negra, de escravos iletrados, a tornar-se independente e que, na Constituição de 1805, estabeleceu: a) abolição de todas as referências a “gradações de cor de pele”(EUA manteve segregação racial até 1964); b) direitos iguais para os filhos nascidos fora do matrimônio; c) inexistência de religião predominante; d) garantia de igual acesso à propriedade privada tanto a “anciens libres” quanto a “nouveaux libres” (escravos libertos); e) abolição da escravatura “para sempre”(o primeiro país do mundo); f) possibilidade de divórcio. Aliás, a “cláusula de igualdade” aplicava-se a “todos os mortais”, inclusive “mulheres brancas naturalizadas” (a Suíça só concedeu voto feminino em 1960), “seus filhos atuais e futuros” e também aos “alemães e poloneses que tivessem sido naturalizados pelo Governo”.

Este modelo- eurocentrado- foi tido como exportável para todos os países colonizados, em especial os da primeira onda colonizadora (as denominadas Américas), dentro de uma teoria de transplantes em que estes últimos eram meros receptores de normas, teorias e doutrinas provenientes dos “contextos de produção”, localizados no Norte global, em geral, e dos Estados Unidos, em particular. Do que resultou uma profunda reverência às contribuições de autores setentrionais e uma invisibilidade das

5 Sobre a questão vide: BALDI, César Augusto. A Revolução Francesa, o Caribe e a colonialidade. Publicado no jornal *Estado de Direito*, Porto Alegre, nº 24, março de 2010. Disponível em: << http://www.estadodedireito.com.br/edicoes/ED_24.pdf >> p. 4; GRÜNER, Eduardo. La revolución haitiana (1791-1804) y la contra-Modernidad. In: ANSALDI, Waldo; FUNES, Patricia; VILLACENCIO, Susana. *Bicentenario. Otros relatos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 11-42.

contribuições do próprio continente, não reconhecendo que mesmo a recepção dos autores estrangeiros era extremamente seletiva e variava de país a país.⁶

Justamente no campo do reconhecimento da diversidade cultural é que foram se produzindo inovações jurídicas latino-americanas, que, conforme salienta Garavito, terminaram “sendo contadas muitas vezes a partir de visões de fora da região, e não por aqueles que as construíram ou as pensaram originalmente”, de tal forma que, “para ganhar a atenção de seus colegas, os autores latino-americanos tenham primeiro que ser reconhecidos nos meios acadêmicos dominantes e, logo, em versões traduzidas de seus textos, reconhecidos por seus próprios vizinhos”.⁷ Uma inversão total, em que o original acaba retornado ao país de origem como se fosse uma cópia ou sob a chancela dos países de “exportação.”

2. O “HORIZONTE PLURALISTA” NAS AMÉRICAS: A DIVERSIDADE CULTURAL NAS CONSTITUIÇÕES

Em fins do século XX, no continente americano, há importantes modificações dentro daquele que Raquel Yrigoyen denomina de “horizonte pluralista”.

Um primeiro ciclo- “constitucionalismo multicultural” (1982-1988)- introduz o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para indígenas.⁸ Canadá (1982), por exemplo, reconhece sua herança multicultural e os “direitos aborígenes”. Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988) reconhecem a “conformação multicultural da nação ou Estado, o direito à identidade cultural e novos direitos indígenas”.⁹

6 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, 2004, p. 15-37. Vide, também, sobre transplantes jurídicos: TWINING, William. *General jurisprudence: understanding law from the global perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 269-292; BONILLA MALDONADO, Daniel.(Org.) *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.

7 RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano. In.: *El derecho en América Latina; un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 14.

8 Sobre os ciclos constitucionais: FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*. Disponível em: <<<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/seminario-pluralismo-juridico-muticulturalismo-material-remetido-pelosxpositores>>>. Acesso em 01 out. 2012.

9 _____. *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. Disponível em: <<www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>>. Acesso em 01 out. 2012.

Guatemala, com o discurso do multiculturalismo, mas integracionista; Nicarágua, reconhecendo o caráter multicultural da nação, em perspectiva étnica; e Brasil, com dois artigos incorporando os direitos indígenas e outros dois tratando de direitos das comunidades quilombolas.

O segundo ciclo de reformas- o “constitucionalismo pluricultural” (1989-2005)- marca a internalização, na maior parte do continente, da Convenção 169-OIT, que revisa a anterior Convenção 107 (de cunho assimilacionista) e reconhece um amplo leque de direitos indígenas (língua, educação bilíngue, terras, consulta, formas de participação, jurisdição indígena, etc).

A jurisdição indígena é reconhecida na Constituição colombiana de 1991 e depois pelo Peru (1993), Bolívia(1994-2003), Equador (1998) e Venezuela(1999); Paraguai (1992) e México(1992-2001),por sua vez, reconhecem pluralismo jurídico e direito indígena. Argentina altera, em 1994, o texto original da Constituição de 1853, admitindo a preexistência de direitos indígenas,¹⁰ assegurando-lhes direitos específicos, mas deixando ao Congresso a competência para regulação em matéria indígena (e não em mãos do Poder Executivo).¹¹ Se por um lado, se põe em questão o monismo estatal e mesmo, parcialmente, a questão da soberania, por outro, a necessidade de revisão de tantas leis incompatíveis com os novos parâmetros acaba por criar uma infinidade de conflitos e disputas judiciais (na realidade, sucessivas camadas “geológicas” de leis algumas vezes incompatíveis entre si e, ao mesmo tempo, em desacordo com os parâmetros constitucionais).

Um último ciclo- o “constitucionalismo plurinacional” (2006-2009)- está conformado pelas Constituições boliviana e equatoriana, no contexto da discussão

10 RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos indígenas:protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales. In.: GARGARELLA, Roberto. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II-Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 912-932.

11 Vide, neste sentido, o art. 75. 17, que autoriza o Congresso: “17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.” Silvina Ramírez salienta, ainda, que “incorporar esta cláusula constitucional nas atribuições do Congresso não deixa de ter um efeito distorsivo, já que podem discutir-se seus alcances e confunde sobre a efetividade dos direitos incorporados.” (RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos originários. In.: GARGARELLA, Roberto. (Coord). *La Constitución em 2020; 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 145).

final- e aprovação -da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) e, pois, fundado em dispositivos para “refundação do Estado”, reconhecimento de indígenas como nações/povos originários e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar nos novos pactos de Estado”.

a. *A tipologia de Rodrigo Uprimny*

Segundo Rodrigo Uprimny,¹² desde meados da década de 1980 e em especial nos anos 1990, a América Latina conheceu um período intenso de mudanças constitucionais, cujo ponto de partida, no seu entender, é a Constituição brasileira de 1988. Para ele, apesar de visões distintas (como a de Raquel Yrigoyen, que, para ele, enfatiza a abertura ao direito coletivo dos povos indígenas), é possível destacar, neste processo, algumas variações na parte dogmática (“princípios ideológicos que orientam o Estado e estabelecem direitos e deveres das pessoas), outras na parte “orgânica”(aquela que “define quais são os principais órgãos do Estado e quais suas atribuições”), o que não implica desconhecer orientações básicas e divergências nacionais. Seu intento é, pois, de sistematizar estas alterações ocorridas no continente.

Na parte dogmática,¹³ destaca: a) reconhecimento acentuado das diferenças e maior valorização do pluralismo em todas as suas formas, resultando um “constitucionalismo da diversidade”; b) tendência à superação de certos traços confessionais, que outorgavam privilégios importantes à Igreja Católica; c) amparo sobretudo a grupos tradicionalmente discriminados, como indígenas e comunidades negras, incorporando, às vezes, “elementos e formas de cidadania diferenciada e multicultural”; d) generosidade no reconhecimento de direitos constitucionais, não somente civis e políticos “demoliberais”, mas também econômicos, sociais e culturais, avançando para direitos coletivos como autonomia e cidadania para grupos populacionais indígenas; e) vigorosa abertura ao direito internacional dos direitos humanos, por meio de tratamento “especial e privilegiado a tais tratados”; f) reconhecimento de competências próprias de jurisdição indígena junto à defesa de tratados internacionais afeta o “sistema tradicional de fontes jurídicas e o papel central que tinham, no passado, a lei e a regulamentação governamental nacional”; g) forte compromisso com a igualdade, em alguns casos com expressa adoção de políticas de ação afirmativa ou “cláusulas

12 UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. (Coord). *El derecho en América Latina...*, p. 110-111.

13 *Ibidem*, p. 111-117.

de igualdade e não discriminação entre homem e mulher”; h) reflexão sobre novas formas de definição do Estado e “busca própria de fórmulas constitucionais” (“Estado social e democrático de direito”, “Estado social de justiça e direitos”, etc); i) ampliação dos mecanismos de proteção e garantia dos direitos, inclusive com criação ou reforço da jurisdição constitucional; j) criação de formas de “ombudsman” ou “Defensores del Pueblo” para promoção e proteção dos direitos humanos (no caso brasileiro, a nova configuração do Ministério Público, prevista nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal); l) vinculação das economias locais aos países vizinhos, em especial princípios de “integração latino-americana”; m) reconsideração da função econômica do Estado, ora em parâmetros mais favoráveis ao mercado, ora de cunho anticapitalista, ora mais interventivas ou mais redistributivas simplesmente.

Na parte “orgânica”,¹⁴ as características seriam: a) ampliação e fortalecimento da democracia e dos espaços de participação cidadã, com ampliação de mecanismos de democracia direta e criação de instâncias de controle da gestão pública; b) reconhecimento de alguma forma de organização eleitoral autônoma e especializada, para assegurar “imparcialidade e transparência”; c) fortalecimento dos processos de descentralização; d) reforço de instâncias estatais de controle, fortalecendo sua autonomia e capacidade fiscalizadora (Ministério Público, Controladoria, etc); e) esforço de robustecer o sistema judicial, incrementando, em especial, sua independência e eficiência; f) redução parcial de prerrogativas do Poder Executivo e incremento parcial da capacidade de controle e decisão pelos Parlamentos (sem qualquer opção pelo parlamentarismo); g) reconhecimento da existência de órgãos estatais autônomos (em especial, Banco Central e comissões reguladoras de serviços públicos), distintos dos três poderes clássicos.

Segundo Uprimny, é possível detectar algumas tendências:¹⁵ a) adesão não somente teórica, mas também prática, a formas de Estado de Direito e constitucionalismo com governos civis, sendo mais raros os golpes militares; b) reconhecimento e valorização do pluralismo e da diversidade em quase todos os campos, incluindo o aspecto econômico; c) uma matriz fortemente aspiracional, transformativa e igualitária,¹⁶ procurando aprofundar a democracia e “combater as exclusões e iniqui-

14 *Ibidem*, p. 117-122.

15 UPRIMNY, *ibidem*, p. 122-126.

16 Vide, em especial: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. In.: _____; RODRÍGUEZ GARAVITO, César, UPRIMNY, Rodrigo. (Orgs). *Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2006, p. 201-234.

dades sociais, étnicas e de gênero”; d) esforço por repensar a democracia; e) entrada de novas formas de constitucionalismo forte ou “neoconstitucionalismo”.

Isto não impede diferenciar evoluções tomando em consideração: a) propósito geral e a lógica dos processos constitucionais (ruptura com o passado, soluções de compromisso ou mesmo “refundação” do Estado); b) certos conteúdos e orientações dos ordenamentos (relação Estado e economia, diversidade e autonomias das comunidades étnicas); c) impacto e práticas sociais e institucionais derivadas de tais processos (impacto mais político ou formas de ativismo judicial ou de judicialização da política).

b. A discussão de Viciano Pastor e Dalmau Martínez

Tanto a primeira caracterização, quanto esta última, no geral, contrastam com outra que vem sendo difundida como hegemônica¹⁷ por Viciano Pastor e Dalmau Martínez.¹⁸

Para estes autores, o novo constitucionalismo latino-americano seria caracterizado por:

a) substituição da continuidade constitucional pela ruptura com o sistema anterior, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição; b) capacidade inovadora dos textos, buscando a integração nacional e uma nova institucionalidade; c) fundamentação baseada em “princípios”, em detrimento de “regras”; d) grande extensão do próprio texto constitucional, em decorrência tanto do passado constitucional desigual, quanto da complexidade dos temas, mas, ao mesmo tempo, veiculada em linguagem acessível; e) proibição de que os poderes constituídos disponham da capacidade de reforma constitucional por si mesmos e, pois, um maior grau de rigidez, dependente de novo processo constituinte; f) busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa como complemento do sistema representativo; g) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores

17 Incluem-se, aqui, argumentos já expostos anteriormente em: BALDI, César Augusto. *Novo constitucionalismo latino-americano*. Disponível em: <<<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/>>>. Acesso em 01 out. 2012.

18 PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VVAA. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 9-43.

até então marginalizados; h) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalidade pelo controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas; i) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico.

A análise dos dois autores ora parece indicar o início do “novo constitucionalismo” com a Constituição colombiana (1991), ora com a venezuelana (1999). Com isto, acaba por colocar dentro de um mesmo processo três ciclos distintos de “constitucionalismo pluralista”, bem caracterizados por Raquel Yrigoyen.

Neste sentido, razão parece assistir a Raquel Yrigoyen, Bartolomé Clavero¹⁹ e Ramiro Ávila Santamaría²⁰ quando destacam a especificidade dos processos equatoriano e boliviano em relação ao anterior constitucionalismo latino-americano.

c. Repensando as novidades, a partir do Equador e da Bolívia

Trata-se, portanto, de um campo de fortes discussões e de disputas ideológicas e epistemológicas, longe ainda de um consenso. E é justamente a instauração de um novo paradigma constitucional, a partir do modelos equatoriano e boliviano, que Dalmau e Pastor não parecem reconhecer. Ou relutam em admitir enquanto inovador. Destaquem-se apenas alguns pontos importantes que vêm sendo negligenciados.

Primeiro: a refundação do Estado é a outra face do reconhecimento tanto do colonialismo quanto das origens milenárias dos povos e nações que foram ignorados. Uma refundação que necessita reinventar instituições e processos de organização, de que são exemplos, no caso boliviano, o Tribunal Constitucional Plurinacional (arts.196 a 204), a eleição direta dos juízes (arts. 182, 187, 188 e 198), os quatro níveis distintos de autonomia (arts. 269 a 284), e, no caso equatoriano, a existência de “funções” (e não poderes), incluídas a de “transparência e controle social” e a “eleitoral”(título IV, capítulos quinto e sexto), bem como os regimes especiais de organização territorial (título V).

Observe-se que, além da igual hierarquia da jurisdição indígena em relação à ordinária (art.179.II), a Constituição boliviana prevê que as “naciones y pueblos in-

19 CLAVERO, Bartolomé. Estado Plurinacional; aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano. In.: ROJAS, Rafael (Ed). *De Cádiz al Siglo XXI; doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica*. México: Taurus-Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2012.

20 SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El neoconstitucionalismo transformador; el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar/Fundación Rosa Luxemburg, 2011, p. 75-83.

dígena originario campesinos” gozam do direito “a que suas instituições sejam parte da estrutura geral do Estado”(art. 30.II.5).

Mas que implica, também, fortalecer garantias. Desta forma, a Constituição do Equador permite que as ações constitucionais sejam apresentadas por qualquer cidadã(o), individual ou coletivamente (art.439), ou seja, sem necessidade de “informe positivo do Defensor del Pueblo ou com mil assinaturas de respaldo”²¹ e coloca, também, como atribuições da Corte Constitucional, “declarar de oficio a inconstitucionalidade de normas conexas, quando, nos casos submetidos a seu conhecimento, conclua que uma ou várias delas são contrárias à Constituição” (art. 436.3), de tal forma que a Corte “não permanece impassível e impotente quando detecte normas jurídicas inconstitucionais relacionadas diretamente” com as normas jurídicas analisadas.²²

Segundo: um catálogo de direitos que rompe tanto com o geracional (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais; terceira geração) quanto o eurocentrado. Isto fica mais evidente no caso do Equador (título II, arts. 10 a 83) que reconhece sete categorias de direitos: do “buen vivir”; de pessoas e grupos de atenção prioritária (velhos, jovens, gestantes, pessoas com deficiência, privadas de liberdade, usuários e consumidores, mobilidade humana, enfermidades catastróficas); de comunidades, povos e nações; de participação; de liberdade; da natureza; de proteção; além de um apartado de responsabilidades.²³ Mas pode ser visto no caso boliviano com a introdução de direitos das nações indígenas e um catálogo de deveres constitucionais (arts. 30 a 32 e 108).

Ao não partir das classificações tradicionais de direitos, concretizam-se dois propósitos, dentre outros: a) enfatizar o caráter complementar e de igual hierarquia de todos os direitos constitucionais,²⁴ e, utilizando uma classificação puramente temática, também eliminar a discussão sobre a justiciabilidade dos denominados “direitos econômicos, sociais e culturais”; b) destacar que todos os direitos podem ser exigidos de forma individual ou coletiva e, portanto, não somente os direitos das “comuni-

21 GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. Evolución histórica del control de constitucionalidad en Ecuador. In.: *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 189 (Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5)

22 *Idem*, p. 190.

23 SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *Los derechos y sus garantías; ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011. (para a classificação dos direitos, vide p. 91-104; para a exigibilidade dos direitos do buen vivir, p. 175-208).

24 De forma explícita na Constituição do Equador (art.11.6).

dades, pueblos y nacionalidades”, mas também outros podem ser exigidos de forma coletiva.²⁵

Além disso, estão inseridos dentro de um distinto contexto geopolítico e jurídico que: a) tem contribuído para “estretar os laços solidários entre diversos países da região e mitigar a influência dos grandes organismos financeiros internacionais e do governo dos Estados Unidos”,²⁶ com ênfase na integração da América Latina e Caribe (art.423, Equador); b) incorpora a cláusula “pro homine”,²⁷ presente em vários tratados internacionais, para fins de interpretação dos direitos humanos.

Neste sentido, a Constituição boliviana prevê, expressamente, no artigo 256, que: a) os tratados e instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos firmados pelo país “que declarem direitos mais favoráveis aos contidos na Constituição, se aplicarão preferentemente a esta”; b) os direitos reconhecidos na Constituição “serão interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, quando estes prevejam normas mais favoráveis.” A Constituição equatoriana, por sua vez, afirma que, “no caso dos tratados e outros instrumentos internacionais de direitos humanos se aplicarão os princípios pro ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula aberta estabelecidos na Constituição” (art. 417). Observação importante: a interpretação não diz respeito somente a tratados internacionais, mas também a todos os “outros instrumentos internacionais”, aí incluída também a Declaração da ONU para os Povos Indígenas, de 2007. Isto não tem impedido, por sua vez, críticas pesadas dos mesmos governos em relação tanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à própria OEA.²⁸

25 GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Op. Cit.*, p. 101.

26 PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor; historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 201 (Pensamiento Jurídico Contemporáneo 4).

27 Para discussão do “principio pro homine”, veja-se: GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 186. E também: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito Internacional e direito interno: sua interação: sua interação na proteção dos direitos humanos. Disponível em: << <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22361/21924> >> (em especial o item VIII).

28 Sobre o tema, com questionamentos distintos: PRONER, Carol. Sistema Interamericano de Direitos Humanos precisa ser reformado? *Carta Maior*, 7 de jun. de 2012. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=20292>>; SANTOS, Boaventura de Sousa. Oitava carta às esquerdas: as últimas trincheiras. *Carta Maior*, 21 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=5737>>. Acesso em 24 ago 2012.

Terceiro: não somente tais constituições recebem influxo da Declaração da ONU, mas fundamentalmente se constroem a partir do protagonismo indígena. Disto resulta: a) um papel diferenciado da justiça indígena, que, no caso boliviano, fica sujeita apenas ao Tribunal Constitucional (art. 202.8) e, no equatoriano, prevalece sobre juiz de paz (art. 189);²⁹ b) um novo léxico baseado na própria cosmovisão indígena, de que o reconhecimento de direitos a “pacha mama” (art. 71) e do “buen vivir” (arts. 12 a 34)³⁰ no Equador e dos princípios ético-morais de cunho aimará da nação boliviana (art.8º.I)³¹ são alguns exemplos.

Neste sentido, é que devem ser destacadas as previsões, no caso boliviano, de justiça agroambiental (arts. 186 a 189), de incremento sustentável da produtividade agrícola (art.405.I), respeito pelas formas de vida indígenas e campesinas (art. 405.4) e proibição de importação e comercialização de produtos transgênicos e de elementos tóxicos que causem danos à saúde e ao meio ambiente (art. 255.II.8); e, no caso equatoriano, da soberania energética não se fazer em detrimento da soberania alimentar (art.15), de fomento da economia solidária e social (art. 281.1) e de proibição de cultivos e sementes transgênicos (art. 401).

É o que se verifica com: a) previsão específica do direito à água (art. 12, Equador; em sentido um pouco diverso no art. 20.III, Bolívia), depois reconhecido pela Assembleia Geral da ONU (Resolução A/64/L.63/Ver.1, de 26 de julho de 2010),³² por pressão do governo boliviano; b) a renovação do direito à alimentação, visto não mais em perfil assistencialista, mas como segurança e soberania alimentar (art.13, Equador), com participação ativa dos atores sociais, para garantir o acesso “seguro e permanente a alimentos sãos, suficientes e nutritivos, preferencialmente

29 CLAVERO, Bartolomé. Bolivia: Reto Jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional. Disponível em: << <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=11714>>>. Para uma análise da jurisdição indígena: LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*. Porto Alegre, n° 6: 9-39, 2011.

30 Para uma discussão do “buen vivir”, a partir de uma cosmovisão indígena, vide: LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales. *FORO. Revista de Derecho*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, v.12, p. 113-125, II. semestre 2009.

31 Ao mesmo tempo, a Constituição coloca como valores em que se sustenta o Estado: unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementariedade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero na participação, bem estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e bens sociais, para viver bem (art. 8º.II).

32 Disponível em: <<http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/64/L.63/Rev.1&refere r=>>>>. Acesso em 02 out. 2012.

produzidos a nível local e em correspondência com suas identidades e tradições culturais”,³³ c) a pressão, no sistema internacional, para a necessidade de reconhecer e respeitar os direitos da “madre tierra”, a partir de estudo de Bartolomé Clavero e Carlos Mamani, no âmbito do Conselho Social e Econômico (E/C.19/2010.4, de 14 de janeiro de 2010);³⁴ d) o reconhecimento, na Constituição equatoriana, do direito à propriedade nas formas pública, privada, comunitária, estatal, associativa, cooperativa, mista e que cumpra a função social e ambiental (art. 321) e, na Constituição boliviana, de uma economia plural, “com formas de organização econômica comunitária, estatal, privada e social cooperativa” (art. 306.II), uma diversidade que já vindo sendo reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando analisava direitos indígenas;³⁵ e) a proteção especial de povos em isolamento voluntário, em cujos territórios é vedada qualquer forma de atividade extrativa, sendo-lhes garantido o direito à autodeterminação, violação que caracterizará o crime de etnocídio, na forma a ser tipificada em lei (art. 57, final, Equador; em menor extensão: art. 31. I e II, Bolívia); f) a necessidade de combate ao racismo, também em relação aos povos indígenas e não somente em relação a comunidades negras, como usual (art. 57.2 da Constituição equatoriana), incluindo-se reparação e ressarcimento das coletividades afetadas por “racismo, xenofobia e outras formas conexas de intolerância e discriminação” (art. 57.3, Equador).

Dois pontos merecem especial atenção: a discussão relativa à consulta ou consentimento prévios e a densidade normativa do “buen vivir”. Quanto ao primeiro ponto, tanto a Constituição equatoriana (art. 57.7 e 57.16), quanto a boliviana (art. 30.II.15) preveem o direito à consulta prévia, livre, informada e de boa fé relativamente a medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar as comunidades indígenas, em especial programas de exploração de recursos não renováveis.

Ocorre que ambas as Constituições dão novo status aos tratados internacionais de direitos humanos, naquilo que sejam mais favoráveis ao regramento interno, e isto depois da Declaração dos Povos Indígenas de 2007. Nela, ao contrário da Convenção 169-OIT, não se fala mais em “consulta prévia”, mas sim em “consentimento prévio, livre e informado”; vale dizer, não em exercício de direito

33 Vide a análise em: GRIJALVA JIMENEZ, Op. cit, p. 59-60.

34 Documento disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5832>>. Acesso em 02 out. 2012.

35 A Corte, de forma expressa, firmou entendimento de que tanto a propriedade privada quanto a propriedade coletiva dos povos indígenas e tribais estava protegida pelo art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Vide, dentre outros: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentença de 27 de noviembre de 2007, para. 89-91; Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentença de 27 de junio de 2012, para.145-147.

de veto, como usualmente se alega, mas sim direito próprio à autodeterminação e, portanto, de manter-se, em assim querendo, na condição e no patamar de isolamento ou de não perturbação em que se encontram. Do que se segue, pois, que o exercício do consentimento- e não mais de uma consulta objetivando um “acordo” sobre as medidas propostas – é a condição para uma autodeterminação que, nos dois instrumentos internacionais, em momento algum lhes dá o mesmo patamar que a expressão “povos” tem no direito internacional. Daí porque a livre determinação é o “direito à autonomia e autogoverno nas questões relacionadas a assuntos internos e locais” (art. 4º, Declaração da ONU). Como bem recorda César Garavito, trata-se de um campo sociojurídico altamente dinâmico e complexo: de um lado, resquícios de um paradigma integracionista, de “governança”, em que os indígenas são objetos de políticas; e de outro, uma forma contra hegemônica de multiculturalismo, inspirado na autodeterminação e no reconhecimento de sujeitos de direitos.³⁶ Consentimento que, no primeiro caso, é exceção e visto como “veto” para discordância e que, no segundo caso, é regra e, pois, exercício de um direito humano e fundamental. Por isso, é cabível a indenização quando os territórios e recursos são “confiscados, tomados, ocupados, utilizados sem o consentimento livre, prévio e informado” (art. 29.1, Declaração da ONU).

Quanto ao segundo ponto, como destacam Eduardo Gudynas e Alberto Acosta, a dimensão plurinacional do “buen vivir” é mais forte no caso boliviano, ao passo que a dimensão ambiental é mais intensa no caso equatoriano, mas isto implica reconhecer que se trata de um conceito em construção, “que aspira ir mais além do desenvolvimento convencional e que se baseia numa sociedade donde convivem os seres humanos entre si e com a natureza”.³⁷ Para eles, a ideia do “buen vivir” emerge a partir do mundo andino e amazônico, mas recolhe aportes de outros lugares do mundo, de tal forma que se está “em marcha um diálogo com as tradições culturas indígenas, e que elas podem criar ou recriar novas conceptualizações adaptadas às

36 RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Etnicidad.gov; los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2012, p. 50-53.

37 GUDYNAS, Eduardo & ACOSTA, Alberto. El buen vivir mas allá del desarrollo. Revista Qué Hacer, DESCO. Lima, Perú, n° 181: 77, 2011. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/reportesm_onografias.htm>>. Gudynas, neste sentido, distingue justiça ambiental, que não só gera obrigações com o ambiente, mas também obrigada a aprofundar a justiça social de maneira a reduzir iniquidades e desigualdades; e justiça ecológica, com a exigência de preservar espécies e integridade dos ecossistemas (GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Abya Yala, 2009, p. 145-161.)

circunstâncias atuais”.³⁸ Ou seja: não somente um simples regresso a um passado, mas sim a “construção de um novo futuro”.

E aqui é que ocorre um segundo campo de embate, conjugado com as lutas anteriores. É que a promulgação das duas Constituições, em que se concede uma primazia aos direitos da natureza, coincide com a ascensão de governos tidos como de esquerda baseados em novas formas de “extrativismo”. A pressão boliviana para inclusão, em nível internacional dos “direitos da mãe terra”, é contrastada com as sucessivas marchas indígenas contra a construção da estrada no território TIPNIS (Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure). A proposta equatoriana de deixar no subsolo as reservas de petróleo da Reserva Yasuní, se os países desenvolvidos compensarem o país com metade dos rendimentos que deixar de receber, convive com a aprovação de leis de mineração em territórios indígenas.

Daí porque Eduardo Gudynas denomine de “esquerdas marrons”,³⁹ que permitem a exploração dos recursos naturais para redução da pobreza e construção de infraestrutura, mas ao custo de deixar tal exploração a cargo de poucas empresas multinacionais e condenar os países da América à exportação de riquezas para os centros imperiais. Um novo colonialismo de base monocultural (minérios, cana, soja, petróleo), um novo “ciclo do ouro”, em evidente contraste com uma defesa de modelos plurais de economia, de sociedade, de diversidade cultural, de plurinacionalidade, de novas formas de pensamento.

Quarto: a insistência tanto na descolonização (mais evidente no caso boliviano, que destaca a própria educação como descolonizadora, art. 78.I), quanto no processo intercultural (desenvolvido de forma mais consequente no caso equatoriano).⁴⁰

38 *Ibidem*, p. 74. Para uma análise da questão, vide também: ACOSTA, Alberto & MARTÍNEZ, Esperanza. *El buen vivir; una vía para el desarrollo*. Santiago: Universidad Bolivariana, 2009; GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*. Bogotá, n° 13: 45-71, julio-diciembre 2010; WALSH, Catherine. Development as buen vivir: institutional arrangements and (de)colonial entanglements. Disponível em: <<<http://catherine-walsh.blogspot.com.br/2010/09/development-as-buen-vivir-institutional.html>>>. Acesso em 01 out. 2012.

39 GUDYNAS, Eduardo. La izquierda marrón. *América Latina en movimiento*. 2 de marzo de 2012. Disponível em: <<<http://www.gudynas.com/periodismo/index.html>>>. Acesso em 01 out. 2012. Analisando a mesma tensão: PISARELLO, op. cit., p. 202-205.

40 Vide a comparação, em todos os pontos muito interessante, em WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado y Sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Abya Yala, 2009, em especial p. 217-236 (em relação à questão da natureza). Uma visão sucinta dos principais argumentos comparativos pode ser encontrada em: WALSH, Catherine. Carta do Equador é intercultural e pedagógica. *Conjur*, 27 de junho de 2009. Dispo-

Disto se segue, também, que a “plurinacionalidade” acaba por questionar os limites do Estado constitucional e obriga a uma nova institucionalidade.⁴¹

Estes pontos são importantes para a análise dos direitos à educação e à saúde (ambos, no caso equatoriano, integram os direitos do “buen vivir”, arts. 26-29 e 32). No caso do direito à saúde, no Equador, não somente se reconhecem as medicinas indígenas e tradicionais (art. 32 c/c/ art. 57.12), mas também a complementaridade com a medicina ocidental e a integração na rede pública integral de saúde (arts. 358 e 360), sendo dever do Estado promover e respeitar o uso dos conhecimentos, medicinas e instrumentos (arts. 362 e 363). Já a Bolívia assegura às comunidades indígenas o “sistema de saúde integral e gratuito que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais” (art. 30.II.13), incluindo-se também a medicina tradicional no sistema único de saúde (art. 35), com o registro de medicamentos e seus princípios ativos e a proteção da propriedade intelectual (art. 42.2).

No Equador, a educação, “condição indispensável para o buen vivir” (art. 26), deve se pautar pelo respeito aos direitos humanos, ao meio ambiente e à democracia, sendo intercultural, incluyente e diversa, impulsionando a igualdade de gênero e a paz (art. 27). Ao mesmo tempo, fica assegurado o direito a aprender em sua própria língua e ambiente cultural (art. 29), devendo o Estado promover o diálogo intercultural em suas múltiplas dimensões (art. 28). Já a Bolívia prevê educação democrática, participativa, comunitária e descolonizadora (art. 78.I), sendo intercultural e intracultural em todo o sistema educativo (art. 78. II; 91.II, em relação ao ensino superior), fomentando o diálogo intercultural, a igualdade de gênero, a não violência e a vigência de direitos humanos (art. 79). A erradicação do analfabetismo deve respeitar a realidade cultural e linguística da população (art. 84), e é garantida a liberdade de fé, de consciência, de ensino da religião, “assim como a espiritualidade das nações e povos indígenas campesino originários” (art. 86). Os saberes, conhecimentos, valores, espiritualidades e cosmovisões tradicionais são reconhecidos como patrimônio nacional (arts. 98. II e 100.I), inclusive com registro de propriedade intelectual (art. 100. II c/c 99.II).

nível em: <<<http://www.conjur.com.br/2009-jun-27/carta-equador-aspecto-interculturalizador-pedagogico>>>. Acesso em 01 out. 2012.

41 Para uma análise que destaca que o discurso sobre os direitos da “madre tierra” tem acarretado uma confluência entre culturas indígenas de simbiose com a natureza e o discurso descolonizador dos direitos humanos, vide: CLAVERO, Bartolomé. *Derechos humanos y derechos de la madre tierra*. Disponível em: <<<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6142#more-6142>>>. Acesso em 01 out. 2012.

Bartolomé Clavero, analisando a Constituição boliviana (art. 2º e 9.1),⁴² salienta que a descolonização é “um mandato de ativismo constitucional que haverá de sê-lo também da justiça em geral, inclusive a indígena, e do TCP em particular” e, portanto, um “mandato nuclear da Constituição”, que leva à desqualificação da velha República, “por colonial” e à “qualificação do novo Estado como plurinacional”.⁴³

O que não impede observar que, tendo em vista os modelos abertos, complexos e contraditórios, de nítido caráter experimental e transicional, “o problema da conformação de instituições adjetivadas como plurinacionais não é tanto que resultem de maneira insuficiente, restritiva, e que, em consequência, possam e devam ser melhoradas”, mas que “sejam mostradas como os espaços de realização mesma da plurinacionalidade, à margem dos quais não cabe o diálogo ou debate entre os distintos componentes desta realidade plurinacional”.⁴⁴

Isto acarreta, como bem salienta Uprimny,⁴⁵ a necessidade de: a) o desenvolvimento de uma teoria da justiça constitucional “que implique um exercício da proteção judicial dos direitos tendente a promover e não a debilitar a participação e a discussão democráticas”; b) um pensamento constitucional progressista, “comprometido com o aprofundamento democrático da região, que, em diálogo com experiências e tradições de outras regiões do mundo, acompanhe, criticamente, os processos constitucionais latino-americanos em curso, afim de reduzir riscos autocráticos e fortalecer as potencialidades democráticas desses esforços de experimentação institucional”.

Enfim, incentivar um caráter descolonizador, experimental e pluriverso de um constitucionalismo e de práticas constitucionais. Afinal, como destaca Marco Aparicio Wilhelmi,⁴⁶ “todo direito deve servir como ferramenta de resistência, frente a setores sobre-representados, sobre minorias maiorizadas; ao mesmo tempo, em mãos das maiorias minorizadas, sub-representadas, os direitos devem servir como caminho para a transformação das condições que reproduzem relações de dominação”.

42 “Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”.

43 CLAVERO, nota 28, p. 31.

44 WILHELMI, Marco Aparicio. Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur. IN: WILHELMI, Marco Aparicio et alii. *Por una asamblea constituyente*. Una solución democrática a la crisis. Madrid: Sequitur, 2012, p. 128.

45 UPRIMNY, *Op. Cit.*, p. 133-134.

46 WILHELMI, Marco Aparicio. *Ciudadanías intensas*. Alcances de la refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. inédito.

Daí porque este autor destaca que a intensificação da cidadania, nas constituições equatoriana e boliviana, se faz por previsão de “direitos de participação” e “participação através de direitos”, no sentido de uma “dimensão múltipla do conceito de participação, para situá-lo além dos espaços que delimitam o conceito formal de cidadania política”, uma constitucionalização da cidadania que incorpora, ao menos, três formas distintas de pertencimento: a cidadania social, a cidadania cultural e a cidadania ambiental. Neste sentido, Agustín Grijalva salienta ser necessário estudar criticamente estas experiências para “determinar de que forma transformam ou reproduzem relações de poder e redistribuem recursos”, ao mesmo tempo em que devem ser asseguradas condições “habilitantes de deliberação”, que “não reproduzam discriminações de gênero, étnicas, geracionais, econômicas no interior de cada comunidade participante” e que, por outro lado, “reconheçam as diferenças relevantes para conseguir uma deliberação adequada”.⁴⁷

E isto implica questionar, ainda, um aspecto que é pouco explorado mesmo nos processos constitucionais boliviano e equatoriano: a dimensão antipatriarcal e heteronormativa da cidadania.⁴⁸ Se é verdade que, em ambos os casos, emprega-se uma linguagem não sexista e incorporam-se previsões garantindo igualdade e proibição de discriminação (mesmo por “identidade de gênero” e “orientação sexual”),⁴⁹ reforçam-se parâmetros como “família, núcleo fundamental da sociedade”⁵⁰ e “matrimônio como união entre homem e mulher”.

Na Constituição boliviana, o art. 66 assegura direitos sexuais e reprodutivos a homens e mulheres; o art. 15 assegura a todas as pessoas, “em especial às mulheres”, o direito a viver sem violência física, sexual ou psicológica, tanto na família quanto na sociedade”; os arts. 395.I e 402.2 procuram afastar a discriminação no acesso das mulheres à terra, ao passo que o art. 338 reconhece o trabalho do lar como “fonte de riqueza do Estado Plurinacional”. Na Constituição equatoriana, também a família é “núcleo fundamental da sociedade”, reconhecida em seus diversos tipos (art.67), ain-

47 GRIJALVA JIMÉNEZ, Op. cit., p. 56-57.

48 Para o caso brasileiro, ver a análise da heteronormatividade da jurisprudência: RAUPP RIOS, Roger; OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues. Direitos sexuais e heterossexismo: identidades sexuais e discursos judiciais no Brasil. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa. *Discursos fora da ordem*: sexualidades, saberes e direitos. São Paulo: Annablume, 2012, p. 245-276. Para uma análise da jurisprudência colombiana e equatoriana: SALGADO, Judith. Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana. In.: CAICEDO TAPIA y PORRAS VELASCO, Angélica. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, diciembre 2010, p. 483-546.

49 Art. 11 da Constituição do Equador; art. 14.II da Constituição boliviana.

50 Constituição boliviana, arts. 62 e 63. I e II, estes últimos envolvendo inclusive “uniões livres”.

da que o matrimônio (art.67) e a adoção (art.68) impliquem uniões de sexos distintos. No restante, os artigos procuram estabelecer igualdade de direitos nas responsabilidades familiares (arts. 69 e 70).

Neste sentido, Jenny Ortiz salienta que a “despatriarcalização” deve ser desenvolvida a partir de distintas óticas e múltiplas manifestações, “reconhecendo que esta diversidade de expressões incide na criação da condição de subordinação”, que não é “patrimônio exclusivo de setor algum”. Ou seja: a ela estão submetidas mulheres, as indígenas, pessoas que “tem ou valor (ou não) de manifestar sua sexualidade diversa, e, em geral, todas as pessoas estigmatizadas como ‘anormais’ por essa sociedade onde, pelo contrário, a ‘normalidade’ é a exceção e não a regra”.⁵¹ O questionamento de uma matriz de pensamento que se baseia em modelo hegemônico e discursivo de heteronormatividade, “que assume que, para que os corpos sejam coerentes e tenham sentido, deve existir um sexo estável expresso através de um gênero estável”.⁵²

Ignorar determinados parâmetros inovadores das duas Constituições e querer colocar no mesmo parâmetro a Constituição colombiana de 1991, que reconhecia de forma limitada a diversidade cultural (inobstante o desempenho da Corte constitucional ser um dos mais avançados capítulos do constitucionalismo do continente), é obscurecer o evidente protagonismo indígena e a luta por um padrão descolonizador e plurinacional de Estado. E, assim, questionar fundamentalmente os parâmetros eurocentrados do constitucionalismo.

51 ORTIZ, Jenny Ybarnegaray. Feminismo y descolonización; notas para el debate. Disponível em: <<www.nuso.org/upload/articulos/3792_1.pdf>>. Acesso em 01 out. 2012. Vide, também, a publicação: CHÁVEZ, Patricia; QUIROZ, Tania; MOKRANIS, Dunia; LUGONES, María. *Despatriarcalizar para descolonizar la gestión pública*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2011. Disponível em: <<http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&cid_publicacion=42>>. Acesso em 03 out. 2012.

52 SOLEY-BELTRÁN, Patricia. *In-transit: la transexualidad como migración de género*. Disponível em: <<<http://www.raco.cat/index.php/Asparkia/article/view/108944>>>. Acesso em 03 out. 2012. Vide, também, MISKOLCI, Richard. *A Teoria Queer e a questão das diferenças: para uma analítica da normalização*. Disponível em: <<www.alb.com.br/arqui-vo-morto/edicoesanteriores/.../prog03_01.pdf>>. Acesso em 02 out. 2012.

Capítulo 3

UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: O ÁRDUO CAMINHO DA DESCOLONIZAÇÃO

Melissa Mendes de Novais¹

[...] Não é fácil nascer e aguentar as
consequências vindas de muito longe prepara-
radas em caixote de ferro e letra grande.

Carlos Drummond de Andrade

1. INTRODUÇÃO

Um novo paradigma foi concebido e gestado do ventre latino-americano. A dor, o medo e agonia do parto se assentaram sobre os povos que não pouparam forças para dar-lhe à luz. Mas ele ainda é débil, ainda hesita em comunicar-se sem se inserir na língua já dada, agir fora dos moldes já postos e andar além do pequeno espaço de que dispõe. As alternativas lhes são obscuras e sem forma e ainda muito lhe resta a desbravar. Passos seguidos de quedas e cada novo levantar mais maduro. Porque a passagem

para a vida não dispõe de pilares firmes para ser percorrida em segurança. O que nasce é incomensurável com o que morre, não havendo, pois, nem ressurreições nem reencarnações. O problema é que não há passagem senão entre pensamentos comensuráveis [...] A passagem entre paradigmas - a transição paradigmática - é, assim, semi-cega e semi-invisível. Só pode ser percorrida por um pensamento construído, ele próprio, com economia de pilares e habituado a transformar silêncios, sussurros e ressaltos insignificantes em preciosos sinais de orientação.²

Na esteira desse trânsito paradigmático, um novo constitucionalismo vem sendo instaurado ao peso de lutas por autodeterminação e reconhecimento dos mais básicos e fundamentais direitos arrancados da terra latino-americana desde as invasões

1 Faculdades Santo Agostinho. E-mail: melissamendes91@gmail.com.

2 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 15.

hispanicas e portuguesas. As conquistas democráticas de cada Estado apresentam-se, assim, como realizações históricas de todo um povo, ao passo que cada derrota ganha repercussões políticas que excedem as fronteiras estatais.

Nesse sentido, a destituição, num interregno de 30 horas, do ex-presidente paraguaio Fernando Lugo eleito pelo povo e que representou a ruptura com quase sessenta anos de hegemonia do Partido Colorado, serve-se à reflexão acerca dos entraves que o paradigma do Estado Plurinacional tem se deparado no curso de sua efetivação.

O caso do Paraguai emergiu como paradigmático em função de sua atualidade e semelhança com situações pretéritas ocorridas no continente, devendo ser concebido na extensão de seus reflexos sobre as democracias dos países do Cone Sul, na medida em que escancara a “realidade estrutural” de que ainda está acometida a América Latina. O novo paradigma se defronta com o velho paradigma que ainda une forças para não se deixar acabar. Agonizante, o constitucionalismo formal refugia-se no caráter estruturalmente indeterminado das disposições constitucionais, suprindo-as à revelia do povo e dos propósitos constitucionais.

As novas crises políticas no seio dos processos de democratização da América Latina operam-se no âmbito institucional sob a marca da legalidade. O juízo político ao qual se submeteu o ex-presidente paraguaio observou os moldes formais previstos no art. 225 da Constituição da República do Paraguai, mas estava vazio de seu conteúdo material. É nesse cenário que se instaura o descrédito do povo em relação às constituições e à democracia em função do império do constitucionalismo formal que fazia ecoar no vazio direitos de tinta e garantias de papel para abater os anseios sociais.

A consciência latina é ainda dispersa e desprestigiada pelo cenário econômico mundial, pois ela pressupõe uma autonomia colidente com sua função internacional, qual seja, fornecer mão-de-obra e matéria-prima baratas para nutrir o desenvolvimento tecnológico e o consumo internacionais. Isso porque

há dois lados na divisão internacional do trabalho: um em que alguns países especializam-se em ganhar, e outro em que se especializaram em perder. Nossa comarca do mundo, que hoje chamamos de América Latina, foi precoce: especializou-se em perder desde os remotos tempos em que os europeus do Renascimento se abalançaram pelo mar e fincaram os dentes em sua garganta. Passaram os séculos, e a América Latina aperfeiçoou suas funções.³

3 GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM. 2011. p. 17

Assim, os atentados à democracia no continente devem ser reprimidos pelos Estados Latino-americanos, pois o sangue da democracia respinga aos arredores.

Cumprido relevar que consectário lógico da concepção plurinacional dos Estados e, portanto, multidimensional da sociedade, é a pluralidade de problemas e respostas que envolvem qualquer pretensão crítica. Se muitas são as realidades, muitas alternativas se apresentam às dificuldades. E para além de uma teoria comum, “necessitamos é de uma teoria de tradução que torne as diferentes lutas mutuamente inteligíveis e permita aos atores colectivos ‘conversarem’ sobre as opressões a que resistem e as aspirações que os animam”.⁴

O presente trabalho, entretanto, orienta-se pela identificação de alguns elementos que permitam estabelecer os traços gerais das dificuldades que enfrenta o novo constitucionalismo, para que a partir de então, novos projetos possam ser esboçados e o percurso da transição torne-se mais nítido. Que os entraves sejam reconhecidos e os obstáculos identificados.

O trabalho se desenvolverá em quatro partes. Primeiro será identificado o paradigma emergente na América-Latina; em seguida, serão resgatados alguns eventos que marcaram a história política do Paraguai; num terceiro momento, serão observadas as novas formas de golpe que invadem o continente americano; por fim, a experiência paraguaia será resgatada, a fim de que se identifique os traços que caracterizam os entraves enfrentados pelo novo paradigma, no âmbito países latino-americanos, no curso de sua efetivação tendo em vista o conteúdo que deve ser conferido ao conceito de democracia.

2. O NASCENTE PARADIGMA

Pelo menos três tipos de constitucionalismo devem ser apontados aqui. Num primeiro momento, tem-se o constitucionalismo antigo que perdurou até o século XVIII. Tratava-se de um constitucionalismo flexível que se amoldava à realidade dos povos e ainda não enrijecido pela formalidade que revestiria o constitucionalismo moderno. Em seguida, tendo por conceitos fundantes o da soberania popular e o da homogeneidade do povo, o constitucionalismo moderno desponta como essencialmente monocultural. Nesse constitucionalismo vigente sob a égide do paradigma do Estado Nacional apenas uma cultura eleger-se como oficial, instituída mediante sistemas de unificação -identidade, bandeira, hino.⁵

4 SANTOS, 2000, p. 27

5 SANTOS, 2008.

la única identidad reconocida en este Estado es la identidad ciudadana que conlleva la idea de la igualdad de todos ante el Estado. Es una idea progresista pero, al mismo tiempo, reduccionista porque todos nosotros, además de ciudadanos, somos miembros de familia, de comunidades, hacemos opciones religiosas, culturales, sexuales; pero todo esto no cuenta en ese Estado; lo que cuenta es la idea de ciudadanía. [...] el constitucionalismo moderno acepta una doble igualdad: entre los ciudadanos o entre individuos, y entre Estados independientes.⁶

O paradigma do Estado nacional - ora denominado de velho paradigma, implicava a supressão das múltiplas identidades integrantes do território nacional em prol de um único modo de vivência trazido da civilização europeia.

Da uniformização e unificação – para não falar na intolerância religiosa e cultural – elementos estes que forjam a base valorativa do Estado-nação advindo da tradição europeia, o Estado Plurinacional pretende fornecer novos paradigmas não somente em termos de organização social, mas também atender às demandas dos povos e nações historicamente marginalizados no processo “civilizatório” americano, africano e asiático.⁷

O velho paradigma conferiu uma nova feição ao status colonial e o expandiu para os campos político, social, econômico e cultural. Toda a diversidade foi sacrificada ao altar do Estado Nacional mediante rituais de marginalização e destruição de modos de vida não constituintes do conceito eurocêntrico de identidade.

Somente a partir da metade dos anos oitenta iniciaram-se processos de democratização na América Latina. Tais processos foram marcados pelo rompimento com o velho paradigma. Emergem, portanto, como uma necessidade advinda de movimentos cívicos aliados a propostas políticas adotadas pelos povos em cenários marcados por fortes conflitos sociais e políticos (DALMAU, 2008).

A plurinacionalidade carrega a ideia de interculturalidade e de pós-colonialismo. A interculturalidade apresenta-se como a cultura comum criada pela política e pela cultura partilhadas (SANTOS, 2009). O pós-colonialismo é

6 *Idem.* p. 5.

7 AFONSO, Henrique W.; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC.* p. 263-276. n. 17 – jan/jun. 2011. p. 263

El reconocimiento de que el colonialismo, como decía, no terminó con la independencia y que entre la independencia y el poscolonialismo va pasar un período muy largo. Por ejemplo, solamente desde el año pasado, 184 años después de la independencia, Brasil ha reconocido que es una sociedad racista y que necesita de una acción afirmativa, de un sistema de cuotas y discriminación positiva.⁸

As reformas constitucionais experimentadas pela Bolívia e pelo Equador despontaram como emblemáticas. Conferiram ao povo a titularidade do poder constituinte resgatado em seu caráter revolucionário - que se instaura quando uma reforma não só política como jurídica faz-se necessária (DALMAU, 2008). Traduzem os processos de ruptura que marcam a emergência de uma nova ordem jurídico-institucional internacional.

Essa nova ordem erige-se como um campo dialógico plural que compreende a diversidade e que lança luz sobre as regiões outrora cobertas pela invisibilidade chamando-as à participação. Pretende-se conferir pleno alcance à democracia e possibilitar a participação e integração mediante o reconhecimento da diversidade pelas instituições jurídicas.

O direito cedeu à multifacetária realidade social concebendo, por exemplo, outras formas de constituição da família além da garantia de direitos democráticos, sociais, econômicos, plurais e pessoais diversos (QUADROS DE MAGALHÃES; RIBEIRO, 2012). O novo paradigma rompe com pretensões hegemônicas e participa de um processo de deslocamento e fragmentação das identidades reconhecendo a coexistência de diversas nacionalidades como constituintes do Estado Plurinacional.

La plurinacionalidad no reconoce tan sólo la diversidad cultural de la ciudadanía y las necesarias relaciones de interculturalidad en su seno, con toda la importancia que esto ya de por sí reviste pues suele implicar el respeto no sólo de cultura, sino también, como expresión suya en el caso indígena, de comunidad y jurisdicción. La plurinacionalidad además asume la composición más constitutivamente plural de la ciudadanía en tales términos realistas, cuando existen pueblos indígenas, de naciones varias, trascendiendo así a todo el sistema constitucional desde su momento constituyente. La muticulturalidad interesa desde luego

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*. In: ACOSTA, Alberto and Esperanza Martínez, ed. *Plurinacionalidad. Democracia en la Diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009, p. 8.

a más culturas que las indígenas, pero no llega a trascender al sistema todo.⁹

O Paradigma do Estado Plurinacional vem ganhando força na América Latina tanto no campo teórico como no bojo das reformas políticas e constitucionais, mas o momento presente está marcado pelas crises que acompanham os processos de transição. A tensão entre as energias regulatórias e emancipatórias é ainda oscilante e os riscos ainda são desconhecidos.

A emergência de um paradigma não instaura imediata transformação fática. Exige grande disposição política, cultural e intelectual para se enraizar e deixar de ser mero paradigma perfazendo-se realidade política. A transição paradigmática é meio passado e meio futuro, tornando o presente um espaço de conflito entre forças que não querem despojar-se do poder e as novas conquistas que ainda não conhecem o campo que passam a desbravar.

Nesse sentido, esse novo constitucionalismo latino americano, chamado à integração pelos novos atores das relações internacionais e pelos novos sujeitos de direito internacional, é ainda experimental.

3. UM RETROSPECTO HISTÓRICO

Em que pese o objeto deste estudo centrar-se no atual evento político envolvendo o Paraguai na deposição de seu presidente, impõe-se resgatar uma série de fatos históricos que exercem influência nesse país, tanto no plano real como no simbólico.

Até o ano de 2008, a dinâmica partidária do Paraguai esteve determinada pela existência de partidos políticos tradicionais, nascidos no ano de 1887, e que dominaram o cenário político paraguaio alternando a sua permanência no poder por meio de golpes ou outras estratégias antidemocráticas.¹⁰ Tais partidos representavam os extratos sociais dominantes, e mesmo após mais de um século seguem sendo as forças majoritárias do Congresso.

9 CLAVERO, Bartolomé. *Estado plurinacional o bolivariano: nuevo o viejo paradigma constitucional americano*. Disponível em: <<<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/05/Estado-Plurinacional.pdf>>>. Acesso em 16 jul. 2012. p. 2

10 LÓPEZ, Magdalena. *La democracia en Paraguay: un breve repaso sobre los partidos políticos tradicionales, el sistema electoral y el triunfo de Fernando Lugo Méndez*. Revista Enfoques, vol. VIII, n. 13, 2010, pp. 89-106. Universidad Central de Chile. Santiago, Chile. Disponível em: <<<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=96016546007>>>. Acesso em 28 jul. 2012.

Figuram como partidos tradicionais do Paraguai a Associação Nacional Republicana (ANR) que é comumente denominada de Partido Colorado (Esteve no poder de 1948 a 2008) e o Partido Liberal (PL), atualmente denominado de Partido Liberal Radical Autêntico (PLRA) que ocupou o poder de 1904 a 1940.¹¹ Durante mais de cento e trinta anos o Paraguai enfrentou uma ausência de alternância política em razão do domínio da vida política do país pelos mencionados partidos que jamais haviam se sucedido no governo de forma legítima e pacífica. A vitória da Aliança Patriótica para a Mudança (APC) representada pelo ex-bispo Fernando Lugo Méndez rompe esse processo.

Malgrado o apoio popular que lhe conferiu a presidência, Fernando Lugo não possuía um poder efetivo, na medida em que este se erige sobre quatro grupos sociais que estabelecem empecilhos às transformações estruturais: oligarquias rurais, empresários corruptos, traficantes de drogas e corporações transnacionais. Tais setores só podem ser confrontados quando o poder executivo dispõe de amplo respaldo social e quanto este possui coesão e clareza ideológica.¹²

Com o transcorrer da atividade presidencial, a base popular passou a desinteressar-se pelo projeto e o partido que lhe deu amparo sofreu alto nível de fragmentação. Aliado a esses eventos estava a constituição de um Poder Legislativo de maioria colorada com tendência à coligação com a terceira força majoritária: o Partido União Nacional de Cidadãos Éticos (Punace).¹³

Em 1940, com a morte do presidente Estigarribia o ministro de Guerra, Higinio Morínigo, assumiu a presidência e instaurou uma “ditadura sem partidos” de caráter fascista sob a o lema de “Ordem Disciplina e Hierarquia”. Morínigo sucumbiu ao Partido Colorado instaurando uma ditadura com participação colorada. Em 1947, a oposição organizou um golpe de estado que deu início à “Guerra Civil Paraguaya”. “Esta cruenta contienda, finaliza con un claro triunfo del coloradismo. El mosaico ideológico de la alianza opositora fue problemático a la hora de organizar un proyecto político conjunto”.¹⁴

O panorama político do país mostra que as disputas presidenciais respaldavam-se nas diversas correntes do próprio partido colorado apontando mais uma lógica da competência interna do que de eleições populares, massivas e nacionais.¹⁵

11 *Idem.*

12 *Idem.*

13 *Idem.*

14 *Ibidem.*, p. 92.

15 *Idem.*

Os 35 anos de regime autoritário de Alfredo Stroessner (1954-1989), também do partido colorado, findou a alternância entre presidentes de diferentes linhas do partido colorado. O militar foi capaz de formar um governo estável. Nesse governo, a legalidade se apresentou como um dos instrumentos legitimadores do regime, além da violência, do exílio e das violações aos direitos humanos sociais, políticos e econômicos utilizados, sobretudo, contra os opositores e líderes de movimentos sociais e políticos dissidentes. Como anseio por uma ordem que retomasse o equilíbrio e a estabilidade do país, o regime ganhou legitimidade instaurando um governo de “ordem e paz”.¹⁶

Por volta da década de 1980, a crise econômica aliada à crise política dentro do partido colorado, bem como o desgaste da figura do líder corroeram o regime stronista destituído pelo golpe de 1989 que pôs fim a ditadura mais longa do Paraguai. Nesse período, muitos movimentos populares contrários à ditadura contribuíram para a derrocada do regime. A hegemonia da classe dirigente se desfaz quando a classe política fracassa em algum grande empreendimento ou quando uma parcela da sociedade outrora adormecida assume maior atividade política. Aqui, forma-se uma crise de autoridade ou crise hegemônica.¹⁷

O ano de 1989 não representou o fim do autoritarismo, ainda que amparado pela vontade coletiva. A constituição, conforme o interesse de Rodríguez, serve-se de fonte legitimadora do governo abrindo espaço a uma nova forma de legalidade, que aliada à imposição da força, incitava o consenso *ex post facto*.¹⁸

Desde 1948, em meio a destituições, golpes e derrocadas, doze presidentes consecutivos filiados ao ANR compuseram de forma desequilibrada o cenário político paraguaio. Ditadura e democracia foram sustentadas pelo mesmo partido, sendo que aquela ainda reapareceu sob a forma do juízo político. O predomínio da representação política do partido Colorado permaneceu até as eleições presidenciais de 2008.¹⁹

Liderando a Aliança Patriótica para a Mudança (APC), Fernando Lugo Méndez, estranho dos partidos tradicionais e apoiado por uma heterogênea coalizão política, chega à presidência com mais de 40 % dos votos. Diversos movimentos sociais, estudantis e sindicais integraram o “Bloco Social e Popular” que exerceram apoio fundamental à campanha.²⁰

16 *Idem*.

17 *Idem*.

18 *Idem*.

19 *Idem*.

20 *Idem*.

Esse cenário político constituirá o pano de fundo das possibilidades de efetivação da política presidencial em face da resistência das classes outrora detentoras da hegemonia partidária que conferiam ao Estado o papel de representante de interesses de grupos sociais específicos. As novas configurações jurídico-políticas que se implantaram na América Latina, cuja história é assombrada por inúmeros regimes ditatoriais, não mais admitem as mesmas formas de restituição do poder adotadas em períodos anteriores aos processos de democratização pelas elites políticas. Existiria, portanto, uma nova forma de golpe de institucional?

4. JUÍZO POLÍTICO OU GOLPE INSTITUCIONAL?

O presidente corre o risco de ser deposto pelo Congresso quando três fatores conjugam-se em seu desfavor: a) Um escândalo político que corrói a sua autoridade; b) A oposição da opinião pública; c) A carência de recursos por parte do poder executivo para controlar o Congresso. De um modo geral, por trás dessas condições se esconde o isolamento político do presidente e uma forte oposição das elites a seu estilo de governo.²¹

As crises constitucionais que assolaram a América Latina ainda não foram plenamente extirpadas do continente, mas assumiram uma nova feição: as novas crises desenvolvem-se sob o marco da legalidade. O juízo político surge, assim, como principal recurso constitucional para se resolver conflitos entre o executivo e o legislativo.²²

Sob a destituição, se esconde uma realidade:

Presidentes que llegaron al gobierno con amplio apoyo electoral y creyeron que esto sería suficiente para garantizar la gobernabilidad e mantenerlos en la cumbre. Confiados en el poder de su cargo, presionados para instrumentar amplias reformas o para cumplir compromisos con sus aliados políticos, desafiaron a las elites y rompieron patrones institucionalizados entre las esferas de poder.²³

21 LINÑÁN, Aníbal Pérez. *Juicio político o golpe legislativo?* Sobre las crisis constitucionales en los años noventa. América Latina Hoy, diciembre 2000, número 026: Universidad de Salamanca. Salamanca, España. pp. 67-74.

22 *Idem.*

23 *Ibidem*, p. 68.

O juízo político é um processo legal por meio do qual o congresso delibera sobre a deposição do presidente de seu cargo.

Três modelos constitucionais de juízo político apresentam-se na América Latina: o modelo legislativo conforme adotado pela Constituição dos Estados Unidos; o modelo judicial em que o Congresso autoriza uma acusação que se submeterá à apreciação pelo poder Judiciário; e o sistema misto, adotado pelo Brasil, que combina elementos dos dois sistemas.²⁴

No modelo legislativo, outras instituições mostram-se prescindíveis para o aperfeiçoamento do processo de deposição do presidente. México, Argentina e Paraguai representam esse modelo no qual a Câmara dos Deputados cumpre a função acusatória e o Senado faz o julgamento.²⁵

O desgaste da autoridade presidencial confere maior peso à crise constitucional. Se o poder “moderador” das instituições militares invadiu os eventos políticos latino-americanos até o princípio da década de 1980, após as reformas constitucionais iniciadas no continente, o juízo político se expandiu como instrumento político das elites civis para responder à essa crise de governabilidade.²⁶

As razões impulsionam o juízo político assumem diversas formas. Em tempos passados o juízo político efetivava-se respaldado em uma ascensão ao poder maculada desde a origem – como uma fraude eleitoral, ou, em razão do uso de políticas ou métodos reputados ilegítimos ou inconstitucionais por setores relevantes da sociedade. Já nos anos 1990, algum escândalo que debilitasse a conduta moral do presidente seria capaz de ensejar um juízo político.²⁷

Outro importante fator desencadeador da crise democrática é a dificuldade do presidente em formar uma sólida base de coalizão legislativa, na medida em que a aprovação do juízo político exige a formação de um quórum legislativo qualificado. Essa dificuldade apresenta-se por duas razões: a carência de um partido forte ou a perda de apoio do próprio partido.²⁸

Subjaz aos fatores capazes de dar origem ao juízo político – os quais podem acometer aleatoriamente a Administração, o confronto latente exercido pelo chefe do poder executivo com importantes elites nacionais. Em um contexto de democratização no qual os países experimentaram o alto custo das ditaduras, as democracias latino-americanas recorrem a uma nova forma de dissolução do governo presidencial

24 *Idem.*

25 *Idem.*

26 *Idem.*

27 *Idem.*

28 *Idem.*

– que outrora significavam intervenções militares, sem violentar o regime presidencialista.²⁹

5. A EXPERIÊNCIA PARAGUAIA

A ascensão de Fernando Lugo à presidência do Paraguai é resultante dos novos movimentos integrantes do que se denomina de “primavera política” na América Latina. Aqui, vislumbra-se a “inesperada eleição de Nestor Kirchner, de Tabaré Vázquez, de Luis Inácio “Lula” da Silva, de Hugo Chávez, de Evo Morales, e da perene e proverbial figura do ‘avô’ Fidel Castro”.³⁰

A Constituição da República do Paraguai de 1992 estabeleceu como sistema de governo o regime presidencialista disposto em seu artigo 182 que “El Poder Legislativo será ejercido por El Congreso, compuesto por una Cámara de Senadores y otra de Diputados”. Também os artigos 221 e 223 da Constituição paraguaia prevêm que o Senado – composto por 45 senadores, se formará por meio de eleições diretas com circunscrição nacional e, para fins de representação regional, com 80 bancadas, a Câmara dos Deputados compondo o bicameralismo legislativo.

As eleições parlamentares de 2008, celebradas no mesmo dia que as presidenciais, entregaram as duas casas do Congresso a uma maioria colorada. Assim, a antiga classe dirigente pode desestabilizar o Presidente pelo vazio parlamentar. Por outro lado, a debilidade de funcionamento da própria coalizão representou mais um problema legislativo do então Presidente.³¹

Deve-se ressaltar os dispositivos normativos que sustentam o funcionamento dos poderes executivo e legislativo no Paraguai junto com as mudanças eleitorais introduzidas na Constituição de 1992 com o fim de reequilibrar os poderes do Estado. Tais modificações ampararam-se no passado constitucional do país, marcado por reiterados golpes, governos personalistas e ditaduras prolongadas.³²

Os fortes antecedentes autoritários no âmbito do poder Executivo deram origem a um sistema “presidencialista atenuado” caracterizado por políticas de descentralização do poder do Presidente, desconcentrando a administração estatal.

29 *Idem.*

30 DUSSEL, Enrique. 20 teses de política. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 9

31 LÓPEZ, *Op. Cit.*

32 *Idem.*

Retira-se do Executivo o poder de dissolver o Legislativo e de promulgar Decretos-Leis.³³

O rol ativo do Congresso paraguaio foi acentuando-se progressivamente, de modo que árduos esforços de coalizão parlamentar fizeram-se necessários para sustentar legislativamente governos presidenciais debilitados. Nesse sentido, uma das reformas eleitorais no Paraguai foi a adoção do sistema de representação proporcional que, ao mesmo tempo em que tornou complexa a política e contribuiu para melhorar a representação partidária dentro do Congresso também torna claro que os partidos maiores são mais beneficiados.³⁴

O Paraguai, entretanto, tendo em vista o governo legislativamente paralisado de Fernando Lugo, carece que uma redistribuição mais equitativa das bancadas a fim de colaborar com o debate e o consenso no Congresso. A ideia seria a adoção de formas de influenciar o sistema eleitoral, “corrigindo” seus possíveis defeitos estruturais para a formação de blocos parlamentares representativos e funcionais ao debate e consenso característico das democracias mais sólidas e pluralistas.³⁵

Nesse contexto, a legislação eleitoral mexicana serve-se como exemplo, na medida em que proíbe a existência de mais de 8% de diferença entre a porcentagem de votos obtidos nas eleições nacionais e as adquiridas pelo partido, conforme dispõe o artigo 54, inciso V, da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos a seguir transcrito:

Art. 54. La elección de los 200 diputados según el principio de representación proporcional y el sistema de asignación por listas regionales, se sujetará a las siguientes bases y a lo que disponga la ley: [...] V - En ningún caso, un partido político podrá contar con un número de diputados por ambos principios que representen un porcentaje del total de la Cámara que exceda en ocho puntos a su porcentaje de votación nacional emitida. Esta base no se aplicará al partido político que, por sus triunfos en distritos uninominales, obtenga un porcentaje de curules del total de la Cámara, superior a la suma del porcentaje de su votación nacional emitida más el ocho por ciento.

A falta de amparo legislativo foi capaz de desprestigiar o governo de Lugo além de estagnar suas possibilidades de atuação política. Evidencia-se, assim, um dos

33 *Idem.*

34 *Idem.*

35 *Idem.*

paradoxos do presidencialismo, sobretudo em um presidencialismo atenuado característico do Paraguai pós Constituição de 1992, que é a falta de apoio legislativo.³⁶

Nesse campo de embates políticos é que o juízo político previsto no art. 225 da Constituição paraguaia aparece sob a conveniência de sua indeterminação conceitual e extensa carga ideológica. O aludido dispositivo estatui que:

ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor Del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.

O juízo político é admissível pela Constituição do Paraguai quando houver mal desempenho de funções pelo presidente, por delitos cometidos no exercício do cargo ou por delitos comuns.

Irrecusável é a instabilidade semântica do que se denomina de “mal desempenho de suas funções”. Assim, a quem incumbe estabelecer o conteúdo dessa definição, no caso o congresso, está outorgado o poder de conduzir a seu gosto todo o país. Todavia, não há que se admitir, ao menos não legitimamente, que um único poder possua todo o potencial de tomar decisões em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, mostra-se questionável a observância aos princípios da ampla defesa e contraditório quando é aprovado, com 73 deputados a favor e um contra, num período de 30 horas a destituição, em face do juízo político, de um presidente democraticamente eleito.

As opiniões controvertem-se sobre a possibilidade de se exigir o respeito a tais princípios processuais em razão da natureza política e não jurisdicional do juízo. Cumpre, contudo, transcrever o que prevê a Constituição do Paraguai em seu artigo 17, que trata dos direitos processuais:

36 *Idem.*

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: [...] 7. la comunicación previa y detallada de La imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación (grifo acrescido).

Observa-se que as garantias processuais previstas na Constituição estendem-se a qualquer processo que implique em alguma sanção. Dessa forma, tendo a destituição caráter sancionatório e em face coerência e efetividade que deve agregar-se às normas constitucionais, não há que se negar a violação de princípios tão caros à civilização.

De outro lado, a questão agrária foi o estopim para início do juízo político desencadeador da desestabilização de um governo democraticamente eleito. Os confrontos

entre a polícia e os camponeses que ocupavam uma fazenda de um dos homens mais ricos do Paraguai, Blas Riquelme, são o resultado da brutal desigualdade social naquele país. Como outros privilegiados paraguaios, ele recebeu terras quase de graça, durante o governo corrupto e ditatorial de Stroessner e de seus sucessores. Entre os sem-terra paraguaios, que entraram na gleba, estavam antigos moradores na área, que buscavam recuperar seus lotes. Muitos deles pertencem a famílias que ali viviam há mais de cem anos, e foram desalojados depois da transferência ilegítima da propriedade para o político liberal.³⁷

O caso do Paraguai apresenta-se como um novo assassinio democrático dentro da ordem constitucional formal, desencadeado por seu primeiro teste em Honduras no ano de 2009, bem como pelo golpe militar e depois petrolífero ocorrido na Venezuela, e as tentativas contra as democracias da Bolívia e contra a Constituição equatoriana. Honduras e Paraguai tentaram legitimar juridicamente a desestabilização política de seus governos. Sob a capa de democracia as forças majoritárias do Congresso puderam atuar “em benefício dos grandes proprietários e

37 SANTAYANA, Mauro. A crise no Paraguai e a estabilidade continental. *Jornal do Brasil*. Setembro 2012. Disponível em: <<<http://www.jb.com.br/coisas-da-politica/noticias/2012/06/22/a-crise-no-paraguai-e-a-estabilidade-continental/>>>. Acesso em 22 jun. 2012.

do capital estrangeiro, e se sustentava na instância latifundiária e agropecuária voltada para a exportação”.³⁸

6. UMA VISÃO AMPLIADA DA DEMOCRACIA

O processo de transição paradigmática na América Latina iniciou-se pela mudança de regimes autoritários para regimes democráticos de índole liberal, mas

¿Qué resuelve un régimen político? Resuelve sólo dos cosas: el modo como se gobierna la sociedad y el modo como se relaciona la gente con el Estado, es decir, la ciudadanía. Los únicos dos problemas que se resuelven son éstos y no otros, de ahí el descontento de la gente que piensa que al cambiar de régimen, al pasar de un régimen militar a uno democrático, se resolverán los problemas de igualdad social.³⁹

A democracia não pode se concebida somente nos estreitos limites do liberalismo clássico, posto que, além de uma forma de governo tal regime constitui a garantia dos direitos humanos, sociais, políticos, econômicos, culturais, tais como a liberdade de opinião e expressão entre outros elementos fundamentais.⁴⁰

A teoria da cultura política assume importante categoria analítica para a compreensão dos fenômenos políticos e sociais, na medida em que se destina a compreender o papel das características subjetivas e culturais no desempenho do sistema político.

A principal hipótese é a de que o comportamento político dos cidadãos exerce influência significativa na estabilidade do regime, de modo que a crença na democracia, a confiança nas instituições e a participação cívica são avaliados como elementos fundamentais na existência e na permanência do regime democrático.⁴¹

O processo de construção democrática na América Latina é encarado, a partir de dados de pesquisa de opinião pública, do ponto de vista dos pressupostos

38 UHARTE POZAS, Luis Miguel. El proceso de democratización paraguay: avances e resistencias. 2012. Disponível em: <<http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/1130-2887/article/view/8972/9220>>. Acesso em: 21 set. 2012. p. 22

39 GARRETÓN *apud*. UHARTE POZAS, *Op. Cit.* p. 20

40 LÓPEZ, *Op. Cit.*

41 AMORIM, 2009, p. 3

teóricos da cultura política e da matriz histórico-cultural da região. As percepções e as atitudes dos cidadãos frente à democracia, bem como sobre a eficácia e obediência às leis são concebidas como capazes de afetar o comportamento político em alguns contextos da América Latina.⁴²

Nessa perspectiva, estima-se que a credibilidade das instituições políticas exerce grande influência em seu funcionamento e no desempenho socioeconômico do regime. A despeito das políticas voltadas para a redução da pobreza, o Paraguai ainda integra o rol de países com maior desigualdade de renda. O Banco Mundial aponta que 10% da população com maior renda concentram 40% da renda total.⁴³

As demandas sociais de redução das desigualdades não são supridas pelas democracias que ainda guardam vestígios de governos autoritários, de modo que o descrédito popular quanto às instituições e ao regime tende a agigantar. Os partidos políticos como expressão da democracia representativa constitui uma das instituições de menos prestígio entre os cidadãos, no Paraguai, os percentuais de desconfiança chegam a 51%. Tal realidade, aliada à desmoralização dos partidos políticos, bem como à proliferação de legendas dificultam a institucionalização do voto partidário e ideológico. Nesse sentido, os políticos tendem a se desvincularem das estruturas partidárias, reforçando laços personalistas com os eleitores e, conseqüentemente, as tradicionais práticas clientelistas.⁴⁴

Se por um lado a desconfiança pode comprometer ações de solidariedade entre os cidadãos e apartá-los da busca por soluções institucionais para seus conflitos, por outro, a confiança e a cooperação entre os membros de uma comunidade em prol do bem comum garantem a legitimidade da democracia, além de assegurar o estoque de capital social, concebido como normas e sistemas de reciprocidade que contribuem para alargar a cooperação horizontal e a atuação na esfera pública.⁴⁵ “O cidadão que se sente competente para participar e influenciar na política, expressa adesão aos valores associados ao regime democrático”.⁴⁶

Alguns dados do Latinobarômetro e do Latin American Public Opinion Projec – LAPOP – dão maiores subsídios para uma análise sistemática e comparativa da cultura política em alguns países e apontam o apoio à democracia por parte dos paraguaios não chega a 50% e a satisfação alcança apenas 9%. Esse indicadores podem ser justificados em alguma medida pelas avaliações negativas que os cidadãos

42 *Idem*.

43 *Idem*

44 *Idem*

45 *Idem*

46 *Ibidem*, p. 4

fazem em relação ao desempenho sócio-econômico do governo, e pelas crescentes denúncias de corrupção na política. O Índice de Percepções de Corrupção mostra que a América do Sul integra as regiões com maior incidência de práticas de corrupção no mundo.⁴⁷

Ratificando essa situação, os dados do Estudo Eleitoral Brasileiro – ESEB – e do LAPOP mostram que o partido de Fernando Lugo, o Partido Demócrata Cristão – PDC –, sequer estava na preferência dos entrevistados. Algumas pesquisas ainda mostram que cerca de 70% dos eleitores votam na pessoa do candidato, não se baseando em critérios partidários, ideológicos ou programáticos.⁴⁸

Três fatores participam da desconfiança nos políticos nas democracias latino-americanas: o desempenho sócio-econômico, no caso do Paraguai a transição política se deu em contexto de grave crise econômica; os elevados índices de corrupção, sobretudo porque vários escândalos erupcionaram no período de redemocratização latino-americano; e o uso instrumental das instituições políticas.⁴⁹

“O que ocorre nas democracias latino-americanas é o afastamento dos cidadãos da esfera política, tanto do nível formal como informal, devido ao déficit democrático entendido aqui como a queda da qualidade de vida e a negligência com a dimensão social”.⁵⁰ Não apenas a confiança política, mas a interpessoal são observadas na análise do comportamento político e esta revela-se baixa entre os latino-americanos. “A erosão das normas de convivência, que destituem a arena pública de qualquer caráter positivo, caracteriza um verdadeiro estado de natureza, sem lei nem ordem”.⁵¹

A indiferença e a desconfiança em relação às instituições políticas refletem a decepção dos cidadãos frente aos graves problemas sociais, ao aumento da pobreza, à má qualidade dos serviços públicos, à ineficácia dos partidos e dos governos em responderem às demandas sociais e ao aumento da corrupção. Entrar num estágio no qual a credibilidade nas instituições políticas e o sentimento de eficácia política favoreçam o aumento da participação política é o grande desafio às democracias que se pretendam efetivar-se.⁵²

Aliás, o conteúdo semântico do que se designa por democracia deve ser concebido em três dimensões: política, social e participação cidadã que têm como

47 *Idem*

48 *Idem*

49 *Idem*

50 *Ibidem*, p.12

51 *Ibidem*, p.13

52 *Idem*.

pressuposto a garantia dos direitos políticos e civis.⁵³ A democratização política deve comportar o pluralismo político, bem como a higidez do processo eleitoral de modo a reduzir as disparidades entre a soberania popular e representação política, por meio da vedação de abusos no campo econômico ou político. A pluralidade política deve compreender, ainda, a alternância partidária a fim de que o princípio da soberania popular reste concretizado. Cumpre, pois,

avanzar en términos de «equidad de recursos económicos» entre las diversas fuerzas políticas que compiten en la arena electoral, por lo que la labor de fiscalización del uso de recursos del Estado será clave. La «reforma de la Justicia Electoral» se percibe como una de las premisas fundamentales para fortalecer la confianza en los procesos electorales y para avanzar en materia de fiscalización.⁵⁴

Desde a transição democrática, o Paraguai enfrentou ausência de alternância no poder, tentativas de golpes militares, processo de impeachment contra o presidente Luis González Macchi e o assassinato do vice-presidente, Luis Maria Argaña, entre outros eventos antidemocráticos. Marcando um novo movimento, Fernando Lugo venceu as eleições presidenciais, em abril de 2008, pela “Aliança Patriótica para a Mudança”, coalizão que agregou diversos partidos políticos de esquerda e movimentos de oposição, rompendo com a hegemonia do Partido Colorado e das forças políticas tradicionais há anos no poder.⁵⁵

Las elecciones de 2008 en las que resultó vencedor Fernando Lugo transcurrieron «con normalidad» según las Misiones de Observación Electoral de la OEA (OEA 2008) y de SAKA27 (SAKA 2008). Las «irregularidades» detectadas «no torcieron la dirección de los resultados».⁵⁶

A pluralidade partidária, entretanto, deve exceder as fronteiras formais para consubstanciar uma real diversidade ideológica.

A democratização social, por seu turno, encontra asilo na superação do discurso neoliberal próprio das últimas décadas fundado num posicionamento negativo do Estado, que autoriza que o mercado orchestre as relações sociais mercantilizando os serviços públicos. Ao contrário a democracia social exige uma maior disposição

53 UHARTE POZAS, *Op. Cit.*

54 *Ibidem*, p. 38

55 AMORIM, 2009

56 UHARTE POZAS, *Op. Cit.*, p. 29

estatal para a garantia dos direitos mediante uma atuação positiva, intervencionista do Estado. Cuida-se de um processo ainda em desenvolvimento no Paraguai.⁵⁷

Por fim, a ideia de democracia participativa começou a expandir-se na academia e nos espaços políticos no sentido de integrar o próprio conceito de democracia representativa com o intuito de conjugar dois movimentos: a participação regulada pelo Estado e a participação articulada dos movimentos sociais.

7. CONCLUSÃO

O direito participa da construção institucional do tempo, invocando a memória sob a ótica do presente. Não se trata de um mero resgate de eventos históricos acumulados, mas de uma releitura seletiva das experiências vividas.

Os tempos atuais carregam grandes perguntas para as quais as respostas, quando existentes, são débeis. A urgência com que o continente reclama por mudanças depara-se com o caráter civilizacional das transformações. Se por um lado existem grandes desníveis na distribuição social das riquezas, se a crise ecológica ameaça por em risco todo o planeta e o terror imposto pela violência e pela miséria exigem urgência, por outro, há o reconhecimento de que as transformações na América Latina ocorrerão a longo prazo, pois não se trata simplesmente de conferir poder ao povo, de dar-lhe autonomia oportunizando ampla participação popular, mas trata-se de um ato de refundar e recriar o Estado moderno que teve sua crise instaurada pelo neoliberalismo.⁵⁸

As experiências históricas latino-americanas devem determinar os horizontes de expectativas para as democracias no Cone Sul. Assim é que se poderá consolidar uma política que, conhecendo seus limites e conseqüências, ouse. O estudo apresenta-se como um modesto passo na superação dos entraves à efetivação do novo paradigma a fim de contribuir ao trabalho de descolonização que aprisiona o pensamento crítico a uma realidade europeia. Presta-se à construção de um substrato teórico nascido das experiências do Sul para atender às transformações que no Sul se instauram. É no seio de cada país latino-americano, onde convivem diversas culturas e identidades nos escombros restantes da formação do Estado Nacional, que devem ser buscadas as estruturas que compõem o cenário político, cultural, jurídico e epistemológico da América Latina.

57 *Idem.*

58 SANTOS, *Op. Cit.*, 2009.

8. REFERÊNCIAS

- AFONSO, Henrique W.; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador*: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. p. 263-276. n. 17 – jan/jun. 2011
- AMORIM, Maria Salete de Souza. *Confiança e cultura política no Brasil e Paraguai*. In: Congresso de 2009 da LASA (Associação de Estudos Latino-Americanos); 11 a 14 de junho de 2009.
- CLAVERO, Bartolomé. *Estado plurinacional o bolivariano: nuevo o viejo paradigma constitucional americano*. Disponível em: <<<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/05/Estado-Plurinacional.pdf>>>. Acesso em 16 jul. 2012
- DALMAU, Rubén Martínez. *Asembleas constituintes y nuevo constitucionalismo en América Latina*. *Tempo exterior*. p. 5-15, n 17. jul/dez 2008.
- DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. 184 p. (Pensamento social latino-americano dirigida por Emir Sader)
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM. 2011.
- LIÑÁN, Aníbal Pérez. *¿Juicio político o golpe legislativo?* Sobre las crisis constitucionales en los años noventa. *América Latina Hoy*, diciembre 2000, número 026: Universidad de Salamanca. Salamanca, España. pp. 67-74.
- LÓPEZ, Magdalena. *La democracia en Paraguay: un breve repaso sobre los partidos políticos tradicionales, el sistema electoral y el triunfo de Fernando Lugo Méndez*. *Revista Enfoques*, vol. VIII, n. 13, 2010, pp. 89-106. Universidad Central de Chile. Santiago, Chile. Disponível em: Disponível em: <<<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=96016546007>>>. Acesso em 28 jul. 2012
- MÉXICO. Constitución (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, 1917.
- PARAGUAY. Constitución (1992). *Constitución de la República de Paraguay*. Asunción: 1992.
- QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz; RIBEIRO, Tatiana. *El Estado plurinacional como referencia teórica para la construcción de un Estado de derecho internacional*. Disponível em: <<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3070/7.pdf>>>. Acesso em 17 jul. 2012.
- SANTAYANA, Mauro. *A crise no Paraguai e a estabilidade continental*. *Jornal do Brasil*. Setembro 2012. Disponível em: <<<http://www.jb.com.br/coisas-da-politica/noticias/2012/06/22/a-crise-no-paraguai-e-a-estabilidade-continental/>>>. Acesso em 22 jun. 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. V.1. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.
- _____. *Las paradojas de nuestro tempo y la plurinacionalidad*. In: ACOSTA, Alberto and Esperanza Martínez, ed. *Plurinacionalidad. Democracia en la Diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009, pp. 21 – 62.
- UHARTE POZAS, Luis Miguel. *El proceso de democratización paraguayo: avances e resistencias*. 2012. Disponível em: <<http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/1130-2887/article/view/8972/9220>>. Acesso em: 21 set. 2012

Capítulo 4

LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS SOCIO-HISTÓRICO PARA EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO: APORTACIONES DESDE LA EXPERIENCIA MEXICANA

Daniel Sandoval Cervantes¹

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda los recientes procesos constituyentes en América Latina (Bolivia, Ecuador y Venezuela) abren la posibilidad para pensar que es posible construir un discurso del derecho y un uso del discurso del derecho de carácter transformador y liberador. Sin embargo, las mismas tensiones que se presentaron en dichos procesos constituyentes, por ejemplo en el proceso boliviano, sino las tensiones integradas en los mismos textos de las nuevas constituciones entre los elementos incorporados a partir de las reivindicaciones populares y los elementos liberales que se mantienen dentro de los textos, nos hacen pensar que los nuevos procesos constituyentes y el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene un desarrollo progresivo lineal, sino que, al contrario, como cualquier fenómeno cultural en una sociedad dividida en clases tiene un carácter dialéctico y complejo.

En este sentido, es necesario para la crítica jurídica y la teoría crítica del derecho observar al nuevo constitucionalismo con un optimismo crítico: optimismo porque debe ser una concepción de lo jurídico capaz de comprender que las clases populares, cuando se organizan y movilizan, pueden transformar profundamente el discurso del derecho y su uso; crítico, porque, sin desconocer el carácter transformador de las clases subalternas cuando se organizan, reconocer y tener en cuenta que las clases dominantes pueden utilizar ese discurso del derecho que emerge gracias a la presión de las movilizaciones sociales para relegitimar el sistema de dominación capitalista.

1 Doctorando de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. El trabajo presentado es parte de la investigación de grupo correspondiente al programa PAPIIT IN301711, “*Movimientos sociales y procesos constituyentes contemporáneos en América Latina*”, dentro del programa de Investigación Derecho y Sociedad en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico dscervantes@hotmail.com.

De esta forma es fundamental recordar el carácter histórico del discurso del derecho y la manera en que éste surge dentro de la lucha de clases y es usado dentro de ésta tanto por las clases dominantes, acostumbradas a ejercer un fuerte control en las estructuras burocráticas y, así, un predominio en el sentido en que se usa el discurso del derecho oficialmente; mientras que, por el otro lado, las clases subalternas también están acostumbradas a utilizar el discurso del derecho, si bien, para usarlo de manera antagónica al uso dominante. El fenómeno de lo jurídico siempre se encuentra en el campo de lucha social y es usado, de forma muy diferente, por las clases antagónicas.

Así, el presente trabajo, bajo la premisa de que para poder creer en la transformación de la sociedad hay que mantener un talante crítico, constituye un intento de ofrecer categorías adecuadas para pensar históricamente las transformaciones del discurso del derecho. Para ello presentó un somero análisis del proceso constitucionalista de México, señalando las formas en que las facciones pequeño burguesas emergentes utilizaron la juridicidad y su prestigio revolucionario para relegitimar a través del uso del discurso del derecho al sistema capitalista a lo largo de sus transformaciones históricas.

2. NUEVO CONSTITUCIONALISMO: ENTRE HORIZONTES EMANCIPADORES Y USOS DEL DISCURSO DEL DERECHO PARA LA DOMINACIÓN

Sin duda alguna, los procesos constituyentes en la historia reciente de Bolivia, Ecuador y Venezuela significan, probablemente, la construcción de textos constitucionales con la mayor participación popular y de los movimientos sociales en la historia de cualquier país de América Latina. Esta capacidad de movilización social negativa —en el sentido de lograr derribar gobiernos con programas políticos y jurídicos claramente privatizadores y neoliberales—, pero, sobre todo, y esta cuestión es la que distingue a los procesos constituyentes de otros procesos de movilización social como el Argentino de 2000-2001, positiva, que se reflejó en el inicio de los mismos procesos constituyentes.²

En este sentido, la movilización social involucrada en el inicio y desarrollo de los procesos constituyentes nos permite hablar de un nuevo constitucionalismo en

2 Véase Borón, Atilio, “Crisis de las democracias y movimientos sociales en América Latina: notas para una discusión”, *OSAL, Observatorio Social de América Latina*, año VII, no. 20, CLACSO, Buenos Aires, 2006, Marzo-Agosto.

América Latina. La movilización significó la apertura de un horizonte de apropiación popular en la construcción de la juridicidad dominante, una irrupción política de las formas no capitalistas de concebir el derecho y, por tanto, la posibilidad de vislumbrar uno, o varios mejor dicho, discursos del derecho de carácter emancipatorio.

Estas posibilidades de un discurso del derecho emancipatorio se vieron representadas en la redacción final de los textos constitucionales, por un lado, principalmente el texto ecuatoriano y el texto boliviano, incluían un tipo de derechos constitucionales que, siguiendo una lógica antagónica a la individualista que marca a los derechos humanos desde la concepción política liberal y burguesa, postivizada a derechos con un carácter comunitario, con lo cual se hacía entrar en el texto constitucional las prácticas políticas y normativas —es decir jurídicas— de las comunidades indígenas en su carácter anti-capitalista.³ Además de dichos derechos, la inclusión de formas de democracia y de jurisdicción no liberales ni individualistas, también marcó un alejamiento del texto constitucional de la matriz liberal que había caracterizado a todas las constituciones latinoamericanas anteriores. Lo mismo ocurrió con el tema de las autonomías indígenas en la constitución boliviana.

En cuanto a la constitución venezolana resalta la forma de estructurar el poder del estado, pues, como es bien sabido a estas alturas, el texto constitucional incluye formas de democracia participativa y también, lo que ha sido más anotado por los análisis acerca del nuevo constitucionalismo en América Latina, ha rotó con el esquema tripartita de división de poderes, el cual es uno de los pilares básicos para la teoría y la práctica política liberal. De esta manera, la constitución venezolana, a pesar de no contener de una manera tan fuerte concepciones jurídicas de las comunidades indígenas, también abre, desde otro plano, la posibilidad de una juridicidad no capitalista.⁴

Por otro lado, las tres constituciones se destacan por la inclusión de derechos fundamentales que, por el contexto político-histórico en el que son incluidos, parecen sugerir un viraje emancipatorio de los textos constitucionales. En este los derechos a la soberanía alimentaria, a la salud, a la consulta previa y, sobre todo, los derechos de la naturaleza, marcan algo común a las tres constituciones: la inclusión

3 Para el caso boliviano véase, Chávez León, Patricia; Mokrani Chávez, Dunia y Uriona Crespo, Pilar 2010 “Una década de movimientos sociales en Bolivia” en *OSAL* (Buenos Aires: CLACSO), Año XI, N° 28, noviembre; para el caso ecuatoriano véase “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay” en *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, ed.: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, Quito, 2008.

4 Véase Noguera Fernández, Albert, *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, Albert Noguera Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

de un catálogo de derechos sociales, económicos y colectivos-comunitarios que, de principio, no parecen encajar con el uso capitalista del discurso del derecho.

De la lectura de las anteriores características tanto de la insurgencia de los movimientos sociales y el contexto histórico de los procesos constituyentes como de algunos de los artículos de los textos que se redactaron y aprobaron después de dichos procesos podemos constatar que es innegable que se abrieron, aún de manera incipiente, horizontes emancipadores para la producción de un discurso del derecho emancipatorio. Los procesos constituyentes y las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela marcan de esta manera un hito histórico para nuestra región, si bien, como se ha dicho ya por otros autores, tampoco se puede ni se debe hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano homogéneo y lineal, sino que se deben reconocer estos tres procesos desde su historicidad concreta.⁵

3. LAS TENSIONES ENTRE LA EMANCIPACIÓN NO CAPITALISTA Y LA DOMINACIÓN CAPITALISTA

El primer problema para la construcción de un derecho emancipatorio es uno que no es nuevo: el de la aplicación y la puesta en un sentido emancipatorio, es decir, problemas que sería más bien de coyuntura y que siempre estarán presentes si tenemos en cuenta que el fenómeno jurídico es un proceso que, mientras subsista la lucha de clases, será siempre contingente y susceptible de modificarse al ritmo de las transformaciones de la correlación de fuerzas. Es decir, el problema de mantener, con movilización social, pero también con la no burocratización capitalista del discurso derecho redactado en los textos constitucionales, su tendencia hacia la emancipación.⁶

Sin embargo, hay otro problema con los textos constitucionales que es más profundo y que tiene que ver no solamente con la aplicación de un texto constitución de carácter plenamente no capitalista, sino que implica cuestionar si estos textos en su estado actual y de acuerdo con el proceso histórico de su redacción final son realmente textos con tendencia emancipatoria, o, mejor explicado, en qué sentido estos textos y los procesos políticos mismos se mantienen dentro de las contracciones y los

5 FAGUNDES, Lucas Machado, “Reflexões antro-po-históricas em torno do novo constitucionalismo sul-americano: a necessidade de refundar o estado a partir dos sujeitos negados”, ponencia en la *Tercera Jornada de la VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica*, 19 de octubre de 2012, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina.

6 Véase Prada Alcoreza, Raúl, Transiciones en la periferia, en *Crítica y emancipación*, año III, número III, segundo semestre, 2010.

antagonismo propios de la lucha de clases: en qué sentido la dominación capitalista permea tanto los textos como los procesos políticos en los tres países mencionados.

La pregunta anterior no surge de la imaginación sino que, principalmente en Bolivia, pero no solamente ahí, hubo conflictos, desde dentro de los grupos de izquierda que apoyaban y construían los procesos constituyentes en los tres países. En el caso boliviano, no solamente el conflicto entre quienes apoyaban el proceso desde la izquierda y los grupos de la media luna, que representaban los intereses oligárquicos, sino, sobre todo, los conflictos en las agrupaciones políticas comunitarias ante la forma de integración de la Asamblea constituyente y las vías de inclusión determinadas para ésta. En este sentido, se observa una tensión entre las formas de participación política y, en cierta medida, una tensión del proceso constituyente con la matriz política y cultural liberal, todavía arraigada.⁷

Además de la anterior tensión, los textos mismos contienen principios políticos y jurídicos liberales que entran en conflicto con las concepciones jurídicas no liberales. Por una lado, entre los derechos individuales y los comunitarios y, sobre todo, la pervivencia de la lógica individualista-burguesa en la definición de los primeros. También en el tema de la democracia, con la manutención de la democracia formal y su lógica electoral y partidista, frente a las formas participativas de democracia. Por último, la tensión, sobre todo en Bolivia, en el tema de las autonomías con las diferentes acepciones jurídicas que estas tienen dentro de la constitución: no es lo mismo la concepción de lo que significa autonomía regional que la autonomía indígena, tampoco es la misma subjetividad política la que subyace a la utilización de ambos conceptos.⁸

En todo caso, además de las tensiones contenidas en los textos, los nuevos procesos constituyentes se encuentran ante la pervivencia de las subjetividades dominantes, sobre todo en cuanto al tema del uso del discurso del derecho parte del aparato burocrático. En este sentido, hay que observar que, a pesar de contar con nuevas constituciones que abren horizontes emancipatorios, incluyendo derechos comunitarios y formas no liberales de democracia participativa, el uso del discurso del derecho por parte de los funcionarios sigue cargando con la lógica capitalista y liberal del aparato burocrático. De manera que una nueva constitución no puede transformar por su simple vigencia viejas y arraigadas prácticas burocráticas.⁹

7 *Íbidem.*

8 Véase, Romero Bonifaz, Carlos, “Los ejes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”, en *Miradas: nuevo texto constitucional*, La Paz, UMSA/Vicepresidencia de Bolivia/IDEA, 2010

9 PRADA, R., “Transiciones en la periferia”, *op. cit.*

Por último, debe destacarse que todas estas remanencias de prácticas políticas capitalistas van acompañadas de la subsistencia de relaciones sociales de explotación capitalista, no solamente marcadas por la continuación de la propiedad privada de los medios de producción —a pesar del mayor y más profundo control estatal de los medios de producción estratégicos, marcada por procesos de nacionalización en los tres países. En este sentido, el proceso transformador está lejos de poder ser considerado como concluido y, en todo caso, ha entrado en una nueva etapa de lucha.

4. LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE DE CRÍTICA JURÍDICA FRENTE A LOS PROCESOS CONSTITUYENTES Y LAS NUEVAS CONSTITUCIONES

En estas condiciones se hace patente la necesidad de mantener y profundizar un análisis que parte de un enfoque crítico del derecho, el cual debe partir de la tarea de construcción de un derecho emancipatorio y liberador. En líneas generales, me parece que dicho enfoque debe contener dos grandes líneas de estudio: en primer lugar una aproximación de crítica negativa en la cual se hagan explícitas todas las formas de reproducción de la dominación capitalista a través del uso burocrático del discurso del derecho. Lo anterior en el entendido que, ante la subsistencia de formas de producción y de propiedad capitalista y de normas y prácticas jurídicas liberales, es importante no perder de vista y tener en cuenta que todo fenómeno jurídico se desarrolla dentro y como parte de la lucha de clases, es decir, que el discurso del derecho es siempre un campo de batalla en esta lucha y un instrumento dentro de la misma.

En este sentido es imprescindible que las aproximaciones críticas del derecho que analicen los procesos políticos, sociales y jurídicos que se comprenden dentro de la denominación de nuevo constitucionalismo latinoamericano no cedan en la que ha sido una parte fundamental de su existencia y justificación: hacer explícito el sentido ideológico del discurso del derecho, así como su utilización para la reproducción de la dominación capitalista, la cual también recurre al sentido deontológico del discurso del derecho.¹⁰ Para ello es necesario que la crítica jurídica explique al derecho, a los procesos de nuevo constitucionalismo, en su carácter histórico, es decir, dentro de las condiciones de correlación de fuerzas sociales en las que el discurso del derecho y el discurso jurídico se produce.

En esta tesitura, la crítica jurídica debe observar y explicitar las contradicciones que se producen en los países con nuevas constituciones en torno a su contenido, su desarrollo y aplicación, y no solamente las contradicciones entre los bloques

10 Véase Correas, *Teoría del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2004.

transformadores y la resistencia conservadora-burguesa que aún es fuerte en los tres países, sino que también debe analizar las contradicciones que se presentan dentro del mismo bloque transformador, que implican y reproducen muchas veces tensiones entre diferentes maneras de concebir el desarrollo, la sociedad y la juridicidad. En todo caso, negar o simplificar la existencia de tales contradicciones, en lugar de ayudar al proceso de transformación en marcha, implica una deshistorización del proceso y, por tanto, el cometimiento de uno de los errores que tantas veces se ha critica dentro de la teoría jurídica burguesa.

En todo caso, lo que hay que tener bien claro es que el mantenimiento de una postura crítica negativa es parte importante de cualquier crítica jurídica que lo sea y que, dentro de los procesos transformadores que están aconteciendo la posición política de la crítica jurídica no es ni debe ser una posición de destrucción de los procesos, sino de potenciamiento. En este sentido, la crítica negativa tiene la función de fortalecer los usos emancipatorios del discurso del derecho, denuncia y explicando los usos de éste que reproduzca la división entre estado y sociedad civil y, por tanto, la dominación capitalista, así sea una dominación transformada y que transcurra a través de la utilización de un discurso del derecho con horizontes transformadores.

A la crítica negativa que se describió muy brevemente en las líneas anteriores, se debe agregar una crítica positiva, la cual implica la visibilización de las experiencias de utilización emancipatoria del discurso del derecho, también debe visibilizar las experiencias de lucha y resistencia a la dominación capitalista que construyen con su acontecer diario.¹¹ En este sentido, ni la crítica negativa —dedicada, principalmente, a visibilizar la dominación capitalista a través del derecho— ni la crítica positiva —dedicada a visibilizar las experiencias de construcción de usos emancipatorios del discurso del derecho— pueden ser concebidas una sin la otra.

En primer lugar, la crítica jurídica positiva tiene la importante tarea de visibilizar y hacer explícito la importancia de las organización y movilización popular que provocó la insurgencia, en los tres países, de formas de concebir, practicar y vivir la juridicidad y las relaciones sociales que la construyen de un manera distinta y antagónica a las maneras capitalistas. En este sentido, el reconocimiento del papel de los movimientos sociales en la construcción de los procesos constituyentes implica

11 Véase Wolkmer, Antonio Carlos (2007), “Capítulo I. Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Pluralismo Jurídico. Teoría y Experiencias*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Ceceña, Ana Esther, “De saberes y emancipaciones”, en Ceceña, Ana Esther (coord.), *De los saberes de la emancipación y de la dominación*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2008.

la visibilización de una cuestión que la teoría jurídica liberal-burguesa intenta siempre invisibilizar: la posibilidad, siempre presente, de que los movimientos sociales populares se apropien, aunque sea por breves instantes, de la producción del discurso del derecho. De esta manera, la crítica jurídica positiva dentro del tema del nuevo constitucionalismo es importante para repensar lo que significa el poder constituyente y su posición frente al derecho constituido de una manera completamente distinta a como se piensa a éste dentro del teoría jurídica contemporánea.¹²

Por otro lado, destacar la conexión entre la aparición constitucional de derechos comunitarios y nuevas formas de participación democrática participativa no representativa y las matrices culturales y sociales distintas que se movilizaron y actuaron dentro de los procesos también sirve para destacar que la construcción de nuevos derechos —nuevos en el sentido de su novedosa inclusión en los textos constitucionales, pero también en el sentido de seguir una lógica de reproducción antagónica a la capitalista y su individualismo— también es un aporte importante a la creación de nuevas categorías para pensar los derechos humanos y, en general, el discurso del derecho fuera de los márgenes capitalistas de dominación.¹³

Es así como, tanto la crítica jurídica negativa como la positiva tienen funciones importantes para visibilizar todo lo que las prácticas y la teoría jurídicas capitalista invisibilizaban y para construir las categorías de percepción necesarias tanto para denunciar esa invisibilización como para posibilitar la construcción teórica y práctica de un discurso jurídico y un discurso del derecho de carácter anti-capitalista y emancipatorio. Por otro lado, a pesar de que las experiencias recientes de procesos constituyentes suceden en países determinados y, por tanto, en condiciones históricas concretas, lo que hace que lo que se llama nuevo constitucionalismo no sea un fenómeno que ocurra en toda América Latina, lo cierto es que la crítica jurídica de toda la región debe intentar ayudar a construir las categorías necesarias para repensar el

12 Véase Santos, Boaventura de Sousa, “3. Hacia una sociología de las ausencias y una sociología de las emergencias”, en Santos Boaventura de Sousa *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, ed. José Guadalupe Gandarilla Salgado, México, CLACSO / siglo XXI, 2009, Ceceña, Ana Esther, “De saberes y emancipaciones” y Zibechi, Raúl, “Ecos del subsuelo resistencia y política desde el sótano” en Ceceña, Ana Esther (coord.), *De los saberes de la emancipación y de la dominación*, *op. cit.*

13 En este sentido destacar el papel del análisis el pluralismo y la emergencia de nuevos sujetos, véase Véase Wolkmer, Antonio Carlos (2007), “Capítulo I. Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Pluralismo Jurídico. Teoría y Experiencias*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

derecho fuera del capitalismo y, en este sentido, participar en la posible construcción de un derecho emancipatorio en toda América Latina.

Siguiendo las líneas anteriores, la segunda parte del presente trabajo intenta ser una aportación desde la experiencia constituyente mexicana de 1910-1917 a la construcción de categorías de percepción jurídica capaces de ayudar a reforzar desde fuera a los procesos transformadores en curso en Bolivia, Ecuador y Venezuela a través de compartir el proceso constituyente mexicano, que ya tienen un siglo de desarrollo, pensándolo desde una perspectiva regional como una manera en que la dominación capitalista se transformó a través de la utilización del discurso del derecho para su reproducción.

5. LA HISTORIA CONSTITUCIONAL MEXICANA: DE LA REVOLUCIÓN A LA DOMINACIÓN

Comenzaré aclarando que el hecho de partir de un análisis del proceso constituyente mexicano que, por un lado, es distante a los procesos recientes en cuanto a posición geográfica y política, mientras que, por el otro, es viejo en cuanto a la época histórica en que acontece, no quiere decir que piense que son procesos paralelos o si quiera con muchas similitudes entre sí. En todo caso, significa la oportunidad de analizar y repensar un proceso constituye que comparte, con sus diferencias geopolíticas, la característica regional de ocurrir en América Latina, es decir, en un país que es incorporado al sistema capitalista de manera subordinada y dependiente.¹⁴

En este sentido, los países latinoamericanos comparten, en buena medida, una historia de dominación capitalista que se implicó e implica la imposición de ciertas formas de producción y de participación en el sistema capitalista: un ejemplo se encuentra en la producción agrícola para la exportación —que implicó el despojo de la posesión comunitaria, en diferentes grados—; los procesos de industrialización y de proletarización son otra experiencia compartida; ahora la acción de las empresas transnacionales y los megaproyectos pueden ser otra de las formas de dominación comunes a América Latina. En este sentido, pienso que compartir las formas en que, en otros países y en otras épocas, se ha utilizado el discurso del derecho puede ser útil para comprender las contradicciones y tensiones actuales de los procesos constituyentes y para intentar articular las vías de diálogo para evitar su fractura.

En esta ocasión trataré brevemente el proceso constituyente de México, tratando de explorar la forma en que el uso del discurso del derecho —con todo y su

14 Véase Cuevas, Agustín, *El desarrollo del capitalismo en América Latina. Ensayo de interpretación histórica*, 2ª edición aumentada [1990], octava reimpresión, México, Siglo XXI, 2009 [1977].

carácter transformador— acompañó la transformación de la dominación capitalista, la emergencia de una especie de estado social de bienestar y la recomposición de la clase capitalista que termina con los gobiernos neoliberales actuales. En este sentido, el proceso constituyente —que para su época y la sociedad mexicana— abrió sin duda horizontes transformadores y de posibilidad de usar el discurso del derecho de una forma anti-capitalista, terminó cercado dentro de los límites del capitalismo desde sus primeros momentos.

En este sentido, la constitución de 1917, mejor dicho la revolución de 1910, marco una transformación fundamental en el uso del discurso del derecho, pues se pasó de una legalidad liberal autoritaria que, al mismo tiempo afirmaba un estado liberal que no intervendría en la mediación de los conflictos que, como los conflictos en las relaciones laborales entre el capital y los trabajadores, eran considerados como relaciones de derecho privado. Sin embargo, ese mismo estado mínimo era utilizado para reprimir e ilegalizar a todos aquellos que buscarán transformar sus relaciones de existencia, como ejemplo de lo anterior tenemos la ilegalización de los paros de trabajadores que, buscando mejores condiciones de trabajo, a los ojos del gobierno impedían la libertad de empresa y la libertad de trabajo.¹⁵

En estas condiciones, la insurgencia de los ejércitos populares del sur y del norte, con Zapata y Villa como sus personajes más conocidos, obligó a los futuros gobiernos a incluir dentro de sus programas los derechos sociales y colectivos en el campo y en las fábricas que habían sido la base de las reivindicaciones y demandas populares. Ahora bien esta constitucionalización de las demandas sociales no fue producto de una síntesis de las fuerzas sociales revolucionarias, sino el producto de la resolución violenta de sus diferencias de clase. De manera que el triunfo del ejército constitucionalista —en conflicto directo, sobre todo para finales de la década de 1910, con los ejércitos zapatistas y villistas— implicó la derrota militar de los ejércitos populares y la victoria del la pequeña burguesía terrateniente en emergencia con Venustiano Carranza y Álvaro Obregón.¹⁶

En este sentido, hay que recordar que el proceso constituyente no fue el campo de la unidad revolucionaria sino un espacio para la lucha de clases entre di-

15 Véase Basurto, Jorge, *El Proletariado Industrial en México (1850-1930)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Sociales, 1975; Leal, Juan Felipe y José Woldenberg, *La clase obrera en la Historia de México 2. Del estado liberal a los inicios de la dictadura porfirista*, 5ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Sociales / Siglo XXI, 1988 [1980].

16 Gilly, Adolfo, *La revolución interrumpida*, 2ª ed. México, ERA, 2007 [1994, primera edición aumentada, 1971]; Córdova, Arnaldo, *La ideología de la Revolución Mexicana. La formación del nuevo régimen*, 2ª reimpresión, México, ediciones ERA, 2003 [1973].

versas facciones de los ejércitos revolucionarios. De manera que la juridicidad, más que funcionar como un medio de solución del conflicto armado y una finalidad de la revolución como una unidad de fuerzas, fue un escenario y un instrumento más de esta lucha, de la cual finalmente la clase pequeño burguesa logro triunfar y constitucionalizar las demandas sociales dentro de los límites del capitalismo y de manera que no perjudicarán, sino que beneficiarán a la facción pequeño burguesa emergente.¹⁷

Ahora bien, debido a que durante el primer gobierno constitucional de Venustiano Carranza (1917-1920) convergieron dos condiciones políticas básicas: la permanencia de fuertes organizaciones combativas, organizadas y movilizadas dentro de la revolución y, la segunda, la permanencia de una política liberal y autoritaria de Carranza que hacía pensar más que en una ruptura con la dictadura porfirista en una continuidad de ésta. De estas condiciones se puede comprender la emergencia de una nueva forma de hacer política y de usar el discurso del derecho para mantener la dominación capitalista: el bonapartismo de Álvaro Obregón.¹⁸

Es a partir del gobierno de Álvaro Obregón que se comienza, lentamente, a institucionalizar las demandas revolucionarias y a generar los marcos legales secundarias que le darían aplicabilidad al texto constitucional de 1917 tanto en el ámbito de la reforma agraria como en el caso de los derechos sociales, sobre todo, de los trabajadores. Sin embargo, al mismo tiempo que se daba dicha institucionalización se comenzaba el ejercicio de una nueva forma de contención y control social: el corporativismo. Lo que marco la alianza entre el gobierno obregonista y las organizaciones obreras y campesinas más importantes, una alianza que, más que pensada en hacer avanzar las transformaciones sociales necesarias y exigidas por las bases revolucionarias, estaba basada en la necesidad de desmovilizar a los movimientos sociales a través de su inclusión política dentro del estado pero subordinada. En este sentido es que se crearon tanto la primera central obrera (C.R.O.M) como los partidos de los trabajadores y nacional agrario, aliados decididos del gobierno y en combate con las fuerzas oligárquicas y conservadoras, pero también con las fuerzas comunistas y anarquistas del país.¹⁹

17 *Íbidem*.

18 Tamayo, Jaime, *La clase obrera en la historia de México. En el interinato de Adolfo de la Huerta y en el gobierno de Álvaro Obregón, 1920-1924*, México, Siglo XXI /Universidad Nacional Autónoma de México, 1987; González Casanova, Pablo, *La clase obrera en la Historia de México 6. En el primer gobierno constitucional (1917-1920)*, 4ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Sociales/Siglo XXI, 1996 [1980].

19 Basurto, Jorge, *El Proletariado Industrial en México (1850-1930)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Sociales, 1975; Tamayo, J., *La clase obrera en*

En este contexto la legalidad emergente, al mismo tiempo de contener un discurso del derecho con una perspectiva social transformadora, en sus textos, también contenía, dentro de sus mismas posibilidades de aplicación por parte del aparato burocrático, las vías para corporativizar a los movimientos sociales y para incluirlos de manera subordinada dentro del estado. En estas condiciones el gobierno contó con el apoyo de buena parte de los movimientos sociales, las cuales fueron fundamentales para el triunfo de Obregón sobre Carranza.²⁰ A su vez, es dentro de estas condiciones históricas que el uso de la legalidad adquiere el carácter mediador de las luchas de clases, el cual con el tiempo resultó inescapable para cualquier movimiento social, bajo la pena de ser reprimido con violencia de no recurrir a la mediación del estado. De manera que la transformación del estado liberal autoritario a un estado mediador y social no fue, como se pensaría, un proceso pacífico y de liberación progresiva, sino, al contrario un proceso de inclusión política y social subordinada a través de algunas concesiones que no impedían, sino que mejoraban la expansión del capitalismo en nuestro país.²¹

En los gobiernos posteriores y hasta el gobierno de Cárdenas, el desarrollo de la legalidad siguió, con sus altas y bajas, el proceso de institucionalización a paso lento. Durante el gobierno de Cárdenas se presenta tal vez el período histórico más paradójico de la historia de nuestro país, pues, en el mismo periodo en que las demandas revolucionarias básicas: reparto de tierras y derechos de los trabajadores, son apoyados de manera más decidida por el gobierno, el apoyo de los movimientos sociales, que fue fuerte e importante para la consolidación del gobierno de Cárdenas, fue realizada, sobre a finales de su gobierno con la transformación de partido oficial y su consolidación, en la inclusión más subordinada políticamente.²²

la historia de México. En el interinato de Adolfo de la Huerta y en el gobierno de Álvaro Obregón, 1920-1924, op. cit.

20 Tamayo, J., *La clase obrera en la historia de México. En el interinato de Adolfo de la Huerta y en el gobierno de Álvaro Obregón, 1920-1924, op. cit.*; Gilly, A., *La revolución interrumpida, op. cit.*

21 Córdova, A., *La ideología de la Revolución Mexicana. La formación del nuevo régimen, op. cit.*

22 Véase Rivera Castro, José, *La clase obrera en la Historia de México 8. En la presidencia de Plutarco Elías Calles (1924-1928)*, 4ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Sociales/Siglo XXI, 1996 [1983]; Rivera Castro, J., “Política agraria, organizaciones, luchas y resistencias campesinas entre 1920 y 1928” y Betanzos Piñón, Oscar y Enrique Montalvo Ortega, “Campesinado, control político y crisis económica durante el maximato (1928-1934)”, en Montalvo, Enrique (coord.), *Historia de la Cuestión Agraria Mexicana, 4. Modernización, lucha agraria y poder político. 1920-1934*, México, Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México/Siglo XXI

En este sentido, el gobierno cardenista marcó el punto más alto de la revolución mexicana con la organización de un frente popular, con la profundización del reparto agrario y sendos procesos de nacionalización —el caso del petróleo es el más paradigmático— y, también es importante mencionarlo, con el apoyo más amplio de los movimientos sociales, de las organizaciones sindicales y campesinas al gobierno. Sin embargo, el uso del discurso del derecho y la inclusión política de la sociedad movilizada en el estado se realizó de manera subordinada y manteniéndola dentro de los límites del capitalismo. Así fue, pues, el cardenismo y ningún gobierno posrevolucionario cuestionaron los pilares de la producción capitalista sino que los promovieron: el caso de la pequeña propiedad es un testimonio de ello, también la postura frente a las inversiones extranjeras, tampoco se cuestionó el horizonte industrializador impuesto por el sistema capitalista.²³

Sólo comprendiendo las condiciones de existencia y de utilización del discurso del derecho revolucionario y la construcción de los derechos sociales y sus andamios de aplicabilidad podemos comprender el giro conservador de la política y el derecho mexicano no como una ruptura sino como una continuidad y comprender el desarrollo de la legalidad como un proceso paralelo de las transformaciones del capitalismo en nuestro. Para ello, evidentemente, hay que colocar la emergencia de las normas jurídicas —incluidas las socialmente más progresistas— dentro de sus condiciones históricas de aparición, recordando que el derecho, como todo fenómeno social, se da dentro de la historia y, por tanto, al menos en las sociedades modernas-capitalistas, dentro y como parte de las luchas de clases.

En este sentido, el estado social que se vivió en México fue, desde esta hipótesis, una condición de posibilidad para el proceso de industrialización capitalista y, posteriormente, para la formación de las políticas neoliberales, pues, a pesar de significar una legalidad de inclusión social, esta fue de baja intensidad y, sobre todo, fue paralela a una inclusión política fuerte y violentamente subordinada. Resultando ser más un proceso de contención y desmovilización social que facilitó la emergencia de las políticas más represivas posteriores.

El primer proceso represivo comenzó inmediatamente después del gobierno cardenista y tuvo su máxima intensidad durante el gobierno de Díaz Ordaz —recordado por la brutal represión de estudiantes del 2 de octubre de 1968. El proceso estuvo marcado por una política de endurecimiento frente a las organizaciones sindicales que, en contra de la central oficial, no se alineaban a las políticas de austeridad y sacrificio de los trabajadores impuestas como estado de emergencia durante la segunda guerra europea. Durante este periodo de retroceso de la fuerza de los sindicatos combativos,

23 *Idem.*

irónicamente, se presentaron las grandes reformas en el tema de la seguridad social, utilizadas, más bien, para no conceder ni mayores salarios ni mayor participación política a los trabajadores. Así también, de la misma forma irónica, fueron procesos paralelos a la profundización definitiva de la industrialización urbana y en el campo de nuestro país, lo cual generó grandes cantidades de capital para los empresarios que se negaban a subir salarios.²⁴

Después del gobierno de Díaz Ordaz y, buena parte, como una respuesta a las movilizaciones populares y estudiantiles reprimidas durante su gobierno, surgió una renovación en la forma de legitimar la actuación del gobierno que implicó un nuevo proceso o intento de proceso de inclusión social, que puede ser denominado como neocardenismo.²⁵ Sin embargo, debido a las crisis económicas mundiales y nacionales esta etapa tuvo corta vida y sirvió más bien para contener una ola de ocupaciones campesinas, profundizando aún más el carácter corporativo de la acción del gobierno frente a los movimientos.

La historia más reciente de nuestro país gira en torno a la imposición de las políticas neoliberales que implicaron un proceso de privatización creciente y oleadas, que hasta hoy se han cristalizado en la reforma laboral recientemente aprobada, de retrocesos en el tema de los derechos de los trabajadores, así como en el tema de la reforma agraria, con el hostigamiento privatizador de las propiedades ejidales que se ha intensificado a partir de 1994. En los últimos 6 años la problemática se ha agravado con políticas de militarización —con el pretexto de la guerra contra el narcotráfico— y la intensificación tanto de las estrategias criminalizadoras como represoras de las protestas y movilizaciones sociales. Todo lo cual no habría sido posible si no hubieran existido las condiciones de desmovilización y de cooptación/represión de los movimientos sociales tan característica de la acción gubernamental frente a éstos y su relación dialéctica.²⁶

24 Basurto, Jorge, *Del avilacamachismo al alemanismo (1940-1952)*, México, UNAM-IIS, 1984; Reyna, José Luis y Trejo Delarbre, Raúl, *De Adolfo Ruíz Cortines a Adolfo López Mateos (1952-1964)*, México, UNAM-IIS, 1985;

25 Warman, Arturo, “La lucha social en el campo de México: un esfuerzo de periodización”, en González Casanova, Pablo, *Historia Política de los Campesinos Latinoamericanos 1. México, Cuba, Haití, República Dominicana, Puerto Rico*, 2ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Sociales/Siglo XXI editores, 1998.

26 Favela Gavia, Diana Margarita, *Protesta y reforma en México. Interacción entre Estado y sociedad 1946-1997*, México, UNAM / CEIICH, 2006.

6. CONCLUSIÓN

El presente trabajo tenía la intención de resaltar la importancia de una concepción crítica e histórica del fenómeno jurídico, específicamente, del llamado nuevo constitucionalismo. Lo anterior con la intención de reforzar los horizontes de un derecho emancipatorio. En este sentido, considero que es importante recuperar otras experiencias de procesos constituyentes que, si bien, no son iguales a los recientes, sirven para construir las categorías necesarias no solo para comprender los usos que la dominación capitalista hace del discurso del derecho, sino para impulsar la profundización y concreción de las posibilidades de emancipación. En este sentido, la recuperación de experiencias latinoamericanas es un buen punto de partida.

En el caso específico del trabajo se recupera la experiencia del uso del discurso del derecho para producir y reproducir las relaciones sociales de dominación capitalistas en México, partiendo del proceso constituyente de 1910-1917. En este sentido, la experiencia pasa por la transformación de la dominación capitalista a través del uso también transformado del discurso del derecho a través de las políticas corporativista y de un uso ideologizado de los derechos sociales que, en buena medida fueron constitucionalizados por la presión de los ejércitos populares revolucionarios.

La experiencia, evidentemente, no se repetirá en los nuevos procesos, sin embargo, como parte de una crítica negativa inseparable de una positiva, es necesario, construir las categorías necesarias para poder observar los diferentes usos del discurso del derecho para la dominación. En este sentido, analizar una experiencia en donde los derechos sociales —su uso ideologizado— se cruza con políticas corporativas y logran producir una profundización de las relaciones capitalistas basadas en la ideología pequeño burguesa, puede constituir una experiencia a partir de la se puede aprender a comprender las diferentes formas en que el derecho es utilizado para mantener la dominación capitalista. Por otro lado, es un intento de comenzar a construir las categorías que permitan un análisis histórico crítico del fenómeno jurídico, una tarea necesaria para construir un derecho emancipatorio.

Sin duda, el presente esfuerzo no constituye una obra acabada sino que debe ser profundizada y contrastada con otras propuestas a partir de un diálogo crítico.

7. REFERÊNCIAS

- BASURTO, Jorge, *Del avilacamachismo al alemanismo (1940-1952)*, México, UNAM-IIS, 1984.
- BASURTO, Jorge, *El Proletariado Industrial en México (1850-1930)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Sociales, 1975.
- BORÓN, Atilio, “Crisis de las democracias y movimientos sociales en América Latina: notas para una discusión”, *OSAL, Observatorio Social de América Latina*, año VII, no. 20, CLACSO, Buenos Aires, 2006, Marzo-Agosto.
- Ceceña, Ana Esther, “De saberes y emancipaciones”, en Ceceña, Ana Esther (coord.), *De los saberes de la emancipación y de la dominación*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2008.
- CHÁVEZ LEÓN, Patricia; Mokrani Chávez, Dunia y Uriona Crespo, Pilar 2010 “Una década de movimientos sociales en Bolivia” en *OSAL* (Buenos Aires: CLACSO), Año XI, N° 28, noviembre; para el caso ecuatoriano véase “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay” en *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, ed.: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, Quito, 2008.
- CORREAS, *Teoría del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2004.
- CUEVAS, Agustín, *El desarrollo del capitalismo en América Latina. Ensayo de interpretación histórica*, 2ª edición aumentada [1990], octava reimpresión, México, Siglo XXI, 2009 [1977].
- FAVELA GAVIA, Diana Margarita, *Protesta y reforma en México. Interacción entre Estado y sociedad 1946-1997*, México, UNAM / CEIICH, 2006.
- GILLY, Adolfo, *La revolución interrumpida*, 2ª ed. México, ERA, 2007 [1994, primera edición aumentada, 1971]; Córdova, Arnaldo, *La ideología de la Revolución Mexicana. La formación del nuevo régimen*, 2ª reimpresión, México, ediciones ERA, 2003 [1973].
- GoNZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *La clase obrera en la Historia de México 6. En el primer gobierno constitucional (1917-1920)*, 4ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Sociales/Siglo XXI, 1996 [1980].
- LEAL, Juan Felipe y José Woldenberg, *La clase obrera en la Historia de México 2. Del estado liberal a los inicios de la dictadura porfirista*, 5ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Sociales / Siglo XXI, 1988 [1980].
- MACHADO, Lucas, “Reflexões antropro-históricas em torno do novo constitucionalismo sul-americano: a necessidade de refundar o estado a partir dos sujeitos negados”, ponencia en la *Tercera Jornada de la VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica*, 19 de octubre de 2012, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina.
- Noguera Fernandez, Albert, *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, Albert Noguera Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- Prada Alcoreza, Raúl, “Transiciones en la periferia”, en *Crítica y emancipación*, año III, número III, segundo semestre, 2010.
- REYNA, José Luis y Trejo Delarbre, Raúl, *De Adolfo Ruíz Cortines a Adolfo López Mateos (1952-1964)*, México, UNAM-IIS, 1985;

- RIVERA CASTRO, J., “Política agraria, organizaciones, luchas y resistencias campesinas entre 1920 y 1928” y Betanzos Piñón, Óscar y Enrique Montalvo Ortega, “Campesinado, control político y crisis económica durante el maximato (1928-1934)”, en Montalvo, Enrique (coord.), *Historia de la Cuestión Agraria Mexicana, 4. Modernización, lucha agraria y poder político. 1920-1934*, México, Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México/Siglo XXI
- RIVERA CASTRO, José, *La clase obrera en la Historia de México 8. En la presidencia de Plutarco Elías Calles (1924-1928)*, 4ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Sociales/Siglo XXI, 1996 [1983].
- ROMERO BONIFAZ, Carlos, “Los ejes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”, en *Miradas: nuevo texto constitucional*, La Paz, UMSA/Vicepresidencia de Bolivia/ IDEA, 2010
- Santos, Boaventura de Sousa, “3. Hacia una sociología de las ausencia y una sociología de las emergencias”, en Santos Boaventura de Sousa *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, ed. José Guadalupe Gandarilla Salgado, México, CLACSO / siglo XXI, 2009.
- TAMAYO, Jaime, *La clase obrera en la historia de México. En el interinato de Adolfo de la Huerta y en el gobierno de Álvaro Obregón, 1920-1924*, México, Siglo XXI /Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- WARMAN, Arturo, “La lucha social en el campo de México: un esfuerzo de periodización”, en González Casanova, Pablo, *Historia Política de los Campesinos Latinoamericanos 1. México, Cuba, Haití, República Dominicana, Puerto Rico*, 2ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Sociales/Siglo XXI editores, 1998.
- WOLKMER, Antonio Carlos (2007), “Capítulo I. Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Pluralismo Jurídico. Teoría y Experiencias*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- ZIBECHI, Raúl, “Ecos del subsuelo resistencia y política desde el sótano” en Ceceña, Ana Esther (coord.), *De los saberes de la emancipación y de la dominación*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2008.

Capítulo 5

REFLEXÕES HISTÓRICO-JURÍDICAS E ANTROPOLÓGICAS: A NECESSIDADE DE REFUNDAR O ESTADO A PARTIR DOS SUJEITOS NEGADOS

Lucas Machado Fagundes¹

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo comporta um panorama sobre tema de relevância no contexto histórico de formação do Estado na América Latina, num processo atualmente de mudanças paradigmáticas. Os hodiernos movimentos do poder constituinte nos países sul-americanos e o produto desses tem mostrado uma nova faceta na mentalidade política e jurídica no continente.

Propõe-se, numa breve empreitada, oferecer um cenário sobre alguns tópicos principais dos processos constituintes nos países andinos, analisando de forma geral, a partir de um primeiro momento, em que se se resgatará a história dos povos latino-americanos pelo viés antropológico dos sujeitos negados, partindo da colonização e ingerência eurocêntrica na cultura autóctone, a produção da exclusão e da marginalização dos sujeitos sociais e a configuração do direito e do Estado nas mãos de uma elite comprometida com interesses externos. Tal tarefa cumpre o objetivo de entendimento sobre o significado da insurgência popular no novo constitucionalismo latino-americano.

Na segunda parte, trabalha-se com a ideia de refundação do Estado, também intitulado de inovador ou mesmo transformador da realidade sócio-política e, por dizer também jurídica, explorando a perspectiva de transformação de paradigmas no pensamento situado num espaço geopolítico periférico, em que possam ser semeadas novas culturas jurídicas para produzir permanentemente uma transformação decolonizadora.

¹ Doutorando em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis-SC-Brasil. Mestre em Direito – Filosofia, Teoria e História do Direito - pelo Programa de Pós-graduação em Direito – UFSC, Membro do NEPE – Núcleo de Estudo e Práticas Emancipatórias. Pesquisador bolsista CNPq – Brasil. E-mail: lucas-sul@hotmail.com

2. CONTEXTO HISTÓRICO LATINO-AMERICANO DE DOMINAÇÃO E COLONIZAÇÃO

Antes de adentrar na temática central do estudo precisamente, cabe abordar algumas questões delimitativas de relevância, ou seja, situar num espaço-tempo, para que a análise não seja de um vazio histórico, traçando uma linha temporal e marcando o recorte na história latino-americana. Assim, espaço-tempo busca por uma mudança paradigmática, de um processo iniciado ao ano de 1492 com a invasão da América pelos europeus em crise em busca de novas rotas para solucionar seus problemas de ordem sócio-econômicos.

A modernidade é um processo gestado no continente europeu e que culmina com a invasão, conquista e colonização da América indiana, far-se-á ao longo da exposição referência direta e semidireta à obra *1492 – O encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade*, de autoria do jus-filósofo Enrique Dussel, argentino radicado no México; um livro que desmitifica a história que via de regra é ensinada, desmonta as falácias em torno da formação de um povo e pode-se configurar como um dos mais belos livros para a reinvenção de uma outra América Latina, voltada à libertação ou emancipação em outra racionalidade, que não seja a imposta pelo velho continente. Para Dussel, o nascimento da modernidade se dá da seguinte forma:

O ano de 1492, segundo nossa tese central, é a data do “nascimento” da Modernidade; embora sua gestação – como o feto – leve um tempo de crescimento intra-uterino. A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas “nasceu” quando a Europa pôde se confrontar como o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pôde se definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas foi “en-coberto” como o “si-mesmo” que a Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do nascimento da Modernidade como conceito, o momento concreto da “origem” de um “mito” de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de “en-cobrimento” do não-europeu.²

2 DUSSEL, Enrique. *1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*, conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 8

Dessa maneira, vale apresentar de forma sintetizada a invenção da centralização do poder político e jurídico num viés e numa visão de mundo eurocêntrica, ao qual se define nas palavras de Dussel citando Hegel,

Perante esta Europa do Norte ninguém mais poderá (como hoje diante dos Estados Unidos) pretender ter qualquer direito, tal como se exprimiu Hegel na Enciclopédia: Porque a história é a configuração do Espírito em forma de acontecimento, o povo que recebe um tal elemento como princípio natural [...] é o povo dominante nessa época da história mundial... Contra o direito absoluto que ele tem por ser o portador atual do grau de desenvolvimento do Espírito mundial, o espírito dos outros povos não tem direito algum. Este povo, o Norte, Europa (para Hegel sobretudo Alemanha e Inglaterra), tem assim um “direito absoluto” por ser o “portador” do Espírito neste “momento de seu desenvolvimento”. Diante de cujo povo todo outro-povo “não tem direito”. É a melhor definição não só de “eurocentrismo” mas também da própria sacralização do poder imperial do Norte e do Centro sobre Sul, a periferia, o antigo mundo colonial e dependente. Creio que não são necessários comentários. Os textos falam, em sua espantosa crueldade, de um criminoso sem medida, que se transforma no próprio “desenvolvimento” da “razão” ilustrada (da Aufklärung).³

E complementa José Carlos Moreira da Silva Filho,

Trata-se de uma posição ontológica pela qual se pensa que o desenvolvimento empreendido pela Europa deverá ser unilinearmente seguido. É uma categoria filosófica fundamental e não só sociológica ou econômica. “É o movimento necessário do Ser, para Hegel, seu desenvolvimento inevitável”. [...] Assim, a Europa cristã moderna tem um princípio em si mesma, e é sua plena realização. E mais, somente parte ocidental norte da Europa é considerada por Hegel como o núcleo da história: “A Alemanha, França, Dinamarca, os países escandinavos são o coração da Europa”. Logo, Espanha e Portugal, e conseqüentemente a América Latina e sua “descoberta”, não possuem a menor importância na constituição da modernidade; isto, observa Dussel é verificável tanto em Hegel quanto, contemporaneamente, em Habermas.⁴

3 HEGEL *apud*. DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 22

4 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 274

Com esta visão filosófica e antropológica do mundo o europeu atracou de forma alienígena e deparou-se com o modo de vida e costumes do nativo que habitava o continente chamado equivocadamente de *Índias* que, posteriormente, veio ser América Latina. Ou seja, a necessidade de encontrar novas rotas e formas de sair da periferia do mundo muçulmano força a Europa a buscar alternativas para emergir do sufocado espaço geopolítico reduzido de poder, e a única rota possível é ir em direção ao oeste desconhecido e cheio de mistérios, a *descoberta* do novo mundo (América) [...] possibilitou que a Europa, ou melhor, o seu “ego”, saísse da imaturidade subjetiva da periferia do mundo muçulmano e se desenvolvesse até tornar-se o centro da história e o senhor do mundo, estado que simbolicamente foi atingido por Hernan Cortez no México.⁵

Tanto a invenção da modernidade como seus mecanismos de sustentação sempre se justificaram pelo eurocentrismo, o mito desenvolvimentista e de aculturação do índio americano, a própria forma de ver os povos não europeus significa a justificativa para dominação, via de regra violenta, responsável por algumas das maiores hecatombes da história da humanidade: a escravidão indígena e negra. A posição antropológica do estudo denota claramente a ideia de oposição entre o mundo europeu (se afirmando enquanto ser do mundo) e a negação do outro (afirmado enquanto submisso dentro desse mundo inventado pelo ser europeu). Para José Carlos Moreira Filho,

Tudo isto está simbolizado no “mito sacrificial”, isto é, toda a violência derramada na América latina era, na verdade, um “benefício” ou, antes, um “sacrifício necessário”. E diante disso, os índios, negros ou mestiços eram duplamente culpados por “serem inferiores” e por recusarem o “modo civilizatório de vida” ou a “salvação”, enquanto os europeus eram “inocentes”, pois tudo que fizeram foi visando atingir o melhor.⁶

A colonização não foi um processo que se extinguiu com a independência formal do Estado-Nação assimilado à cultura da metrópole, a independência real de vida e cultural é um movimento que atualmente está sendo moldado pelos povos da região, é um amplo processo que tem seus reflexos hodiernamente no modo de vida, este mesmo modo de vida que foi imposto e criou uma forma de viver homogênea e intolerante, Dussel irá trabalhar bem a ideia de conquista como um processo ne-

5 *Ibidem.* p. 274

6 *Ibidem.* p. 275

cessário para assentar a colonização e a dominação do mundo descoberto. O autor menciona que

A “conquista” é um processo militar, prático, violento que inclui dialeticamente o Outro como o “si mesmo”. O Outro, em sua distinção, é negado como Outro e sujeitado, subsumido, alienado a se incorporar à totalidade cominadora como coisa, como instrumento, como oprimido como “encomendado”, como “assalariado” (nas futuras fazendas), ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais).⁷

Esse processo de colonização e dependência gerou os filhos da invasão/opressão,

O conquistador mata o varão índio violentamente ou o reduz à servidão, e “se deita” com a índia (mesmo na presença do varão índio), se “amanceba” com elas, dizia-se no século XVI. Relação ilícita, mas permitida; para outros necessária, mas nunca legal – de fato, o espanhol, quando podia, casava-se com uma espanhola. Trata-se da realização de uma voluptuosidade frequentemente sádica, onde a relação erótica é igualmente de domínio do Outro (da índia). Sexualidade puramente masculina, opressora, alienante, injusta. “Coloniza-se” a sexualidade índia, ofende-se a erótica hispânica, instaura-se a moral dupla do machismo: dominação sexual da índia e respeito puramente aparente pela européia. Dali nasce o filho bastardo (o “mestiço”, o latino-americano, fruto do conquistador e a índia) e o crioulo (o branco nascido no mundo colonial de Índias).⁸

Resta, para não se tornar demasiada detalhada esta etapa, demonstrar os sujeitos historicamente oprimidos por um processo do qual atua(ra)m como sujeitos passivos aliados de poder decisório, e que irão compor um elemento chave na reinvenção do espaço público e mesmo do Estado como experimentalismo dentro de um novo paradigma do direito, o qual abordar-se-á mais adiante. O autor portenho/mexicano menciona um chamado *bloco social de oprimidos*, em que conforme a análise de José Carlos Moreira da Silva Filho (2009) existe uma divisão entre um período pré-independência formal e outro a partir da formação dos Estados Nacionais.

Veja-se um por um, pois serão relevantes para compreensão da busca de poder, direitos e espaço no novo constitucionalismo latino-americano, e assim, com-

⁷ DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 44

⁸ *Idem*, p. 52

preender a insistência nas categorias identificadas com a cultura que esses povos irão gerar na margem do Estado.

O primeiro rosto da exclusão e opressão latino-americano são os índios, violentados em sua cultura e modo de vida, escravizados, dizimados impiedosamente,⁹ condenados pelo seu modo de vida e por sua visão de mundo, tido como povo atrasado e que mereceria o *sacrifício* imposto pelo *sábio* europeu e seu modo de vida *moderno*, embasado pela sua racionalidade de *emancipação* do índio da sua ignorância, infantilidade ou mesmo monstruosidade.

Os índios tiveram um defensor após alguns anos da invasão, sofrimento e subjugação, o religioso espanhol Bartolomé de Las Casas, incansável defensor dos povos indígenas, um dos pioneiros no continente latino americano na defesa dos direitos humanos, que através de estudos e sua vivência no novo mundo, horrorizado com a crueldade dos espanhóis para com os índios, resolve questionar junto à corte espanhola o real objetivo da colonização, obtendo algumas vitórias no campo da afirmação de algumas leis protetoras para os indígenas, mas faticamente ignorada pela ganância do *invasor europeu*, pois se para estes últimos existiria apenas uma lei, esta era a exploração sem limites e um deus que os abençoava, este era reluzente e bruto, chamava-se *ouro* ou qualquer outro metal precioso de valor no velho mundo.

O segundo rosto é o do negro escravo, ao qual Dussel atribui à seguinte referência,

Em Cartagena de Índias, o mesmo, podia acontecer numa colônia inglesa, portuguesa ou francesa, tirava-se a roupa dos africanos, homens e mulheres, e eram colocados em lugares visíveis, no mercado. Os compradores apalpavam seus corpos para constatar sua constituição, apalpavam seus órgãos sexuais para observar o Estado de saúde de mulheres e homens; observavam seus dentes para ver se estavam em boas condições, e, segundo seu tamanho, idade e força, pagavam em moedas de ouro o valor de suas pessoas, de

⁹ Sobre violência contra os índios, ver importante obra do brasileiro Darcy Ribeiro, intitulada *Povo Brasileiro*, na primeira parte em que dirá o modo violento com que se deu a dominação na América indiana; ou ainda, vale mencionar José Carlos Moreira da Silva Filho (2009) em uma referência ao religioso espanhol Bartolomé de Las Casas: “Faziam apostas sobre quem, de um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou quem, mais habilmente e mais destramente, de um só golpe lhe cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria melhor as entranhas de um homem de um só golpe. Arrancavam os filhos dos seios da mãe e lhes esfregavam a cabeça contra os rochedos enquanto os outros os lançavam à água dos córregos rindo e caçoando, e quando estavam na água gritavam: *move-te, corpo de tal!* Outros, mais furiosos, passavam mães e filhos a fio da espada. (LAS CASAS *apud* SILVA FILHO, 2009, p. 279)

suas vidas. Depois eram marcados com ferro em brasa. Nunca na história humana tal número e de tal maneira coisificados como mercadorias, foram tratados membros de nenhuma raça. Outra glória da Modernidade!¹⁰

Torna-se importante mencionar, conforme extraído da leitura de Boaventura de Sousa Santos (2009), que após séculos de escravidão negra no Brasil, apenas nestes últimos anos o país foi resolver sua questão de dívida com esse povo, ainda, que existam posições contrárias às ações afirmativas em favor dos afrodescendentes,¹¹ se está de acordo com Santos, quando o mesmo refere que,

Miren cómo Brasil, por primera vez en su historia, admite que es una sociedad racista y que necesita una acción afirmativa y de discriminación positiva, para las comunidades negras, afrodescendientes, casi doscientos años después de la independencia. Es decir que recién ahora los países están reconociendo su pasado colonial.¹²

Diante disso, passamos para o terceiro rosto, é o *Mestiço*, filhos de *Malinche* (a traidora) com o Espanhol dominador, ou mesmo, Iracema na literatura Brasileira,¹³ nem tanto sofrido como nas violências dos índios e negros, mas referencial simbólico do julgo europeu de *subcultura* latino-americana, colocado na situação de dependência da metrópole, ou seja, da negação da mãe pela cultura do pai.

E, o quarto rosto, os *Crioulos* ou *Criollos* em espanhol, filhos de *brancos* nascidos nas índias, e quem segundo José Carlos Moreira da Silva Filho,¹⁴ “[...] representaram uma classe dominada na Espanha, pelos Habsburgos e pelos Burbões e, no Brasil, pelos reis de Portugal”. Ambos são as que assim como os índios tem sua terra natal a América, mas uma confusão moral e histórica do seu passado e de sua cultura, sendo incorporados como submissos ao pujante processo civilizatório eurocêntrico. Com estes *rostos dusselianos* finalizamos os quatro rostos do período colonial.

Já ao tempo da formação do Estado nacional vale destacar mais três rostos que completam a história dos dominados e submissos aos poderes externos, desses,

10 DUSSEL, *Op. Cit.*, p.163

11 No Brasil é uma questão que deve ser abordada mais pelo aspecto histórico-antropológico do que pelas fundamentações jurídica de igualdade abstrata.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales*. Clacson – Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009. p. 28

13 SILVA FILHO, *Op. Cit.*, p. 280

14 *Idem.*

o quinto rosto é dos *camponeses*, que podem ser índios, negros, mestiços que sofreram opressão das oligarquias rurais proprietárias de terras e poder e, que foram ao longo do tempo violentamente incorporados pelo sistema capitalista periférico da industrialização tardia a formar o *operariado urbano*, sexto rosto da exploração e opressão de que fala Dussel, submisso ao capital internacional de empresas multinacionais.

Por fim, dentro do sistema peculiar do capitalismo [...] existência de um ‘exército operário de reserva’ que o fraco capital periférico não pode absorver. Tal ‘exército’ compõe o sétimo rosto: o dos *marginais* ou miseráveis, que, oferecendo o seu trabalho a preço subumanos [...].¹⁵

Diante da exposição histórico-antropológica dos sujeitos produzidos como ausentes no continente, torna-se importante destacar duas conclusões de José Carlos Moreira da Silva Filho (2009),

Emergindo dessa viagem às raízes do ser latino-americano, pode-se perceber duas coisas básicas: Primeiro, que este povo foi vítima de um processo de modernização que ocultou e oculta a violência praticada contra os seus pares, violência essa justificada por um discurso antropológico racista e cuja história é preciso ser resgatada para que se tenha noção da existência de um outro *sujeito histórico* que não o europeu; segundo que existe uma cultura sincrética popular, produto exclusivo das tradições latino-americanas e de sua interação com outras culturas, existe uma particularidade e especificidade que não se reduz às fórmulas das ideologias eurocentristas.¹⁶

Nesse sentido, vale resgatar por meio da leitura acima, a categoria *sul-global*¹⁷ destacado pelo autor português Boaventura S. Santos, uma divisão epistemológica importante para fazer a leitura do mundo e da modernidade longe das concepções da racionalidade ocidental europeizada/colonizadora ou, atualmente por dizer, também *norte-americanizada*. Dentro dessa concepção teórica surge o campo político-jurídico em que emergem os sujeitos sociais negados em um bloco social de oprimidos que menciona Dussel, é justamente no espaço geográfico, antropológico, epistêmico e

¹⁵ *Ibidem*. p. 302

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ El primer paso es aprender con el Sur. El Sur son los pueblos, los países y las naciones que han sufrido más con el desarrollo del capitalismo global, porque se mantuvieron como países subdesarrollados, en desarrollo permanente, sin llegar nunca el marco de los países desarrollados. Y por eso, aprender con el Sur significa que la comprensión del mundo es mucha más amplia que la comprensión occidental del mundo. (Cf. SANTOS, *Op. Cit.*, p. 196)

histórico desse conceito que aparecem as respostas para a incapacidade da modernidade.

Tal incapacidade moderna em dar respostas adequadas para as questões complexas, está no aspecto de que o processo iniciado em 1492 não consegue mais esconder ou minimizar a emergência do debate e do acerto de contas com a história colonial. Tendo sido desestabilizada a ordem tradicional excludente, fez com que as elites dirigentes intentassem desesperadamente a reconquista da *ordem* (sua ordem marginalizadora), o desespero dessa camada social é evidente nas ofensivas que a mídia hegemônica protagoniza diariamente e também nos últimos processos eleitorais no continente, em que partidos políticos conservadores e setores conservadores da sociedade tenta(ra)m desestabilizar a marcha de liberdade e democracias de reinvenção do espaço público como campo de luta e descentralização de poderes.

Em razão disso, o estudo do Estado no continente latino-americano encontra-se em avançado processo de reinvenção longe de seu berço natal, está em marcha um novo paradigma do Estado (Estado Plurinacional) que revela a importância política de um movimento que vai em busca do resgate da cultura que foi violentamente encoberta e marginalizada por um processo que se fez arrogantemente hegemônico, e que ainda está sendo ocultado numa democracia hipócrita.

Assim, entre outras questões, o que as recentes constituintes de países como Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela nos revelam é que, além de dar respostas às demandas que a modernidade não conseguiu concretizar, também aflora a necessidade da reinvenção das instituições jurídicas e políticas no continente, para inserção da cultura autóctone negada e da cultura sincrética popular produzida pelos rostos da exclusão social, resultado da colonização, traduzindo-se num processo de decolonização como afirma o artigo 9 da constituição da Bolívia.¹⁸

3. A REFUNDAÇÃO DO ESTADO NA AMÉRICA LATINA

Dentro da perspectiva da reconstrução do Estado na América Latina, devemos assinalar que a criação do Estado no continente não se deu por movimentos populares organizados dentro de uma esfera política consolidada como na Europa, no velho continente, a burguesia emergente buscou a partir dos seus interesses configurar inicialmente com apoio da nobreza e do clero, a faceta centralizadora do poder

18 Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la constitución y la ley: 1. Construir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.

político e jurídico, para mais tarde com as revoluções impulsionadas pela mesma tomar de vez o poder e construir um modelo estatal que beneficiasse seus negócios.¹⁹

Porém, na América Latina após a invasão (DUSSEL, 1993) o Estado (colonizadores) formou as classes sociais (WOLKMER, 1990) e conformou o espaço da geografia política, territorial e mesmo social conforme seu interesse, um processo invertido ao ocorrido na Europa. Dessa maneira, assinala Antonio Carlos Wolkmer (1990) mencionando o estudo dos sociólogos Fernando Henrique Cardoso e Francisco Weffort sobre o Estado latino americano,

[...] nasce das contradições históricas que o tornam expressão de uma relação duplamente contraditória. De um lado, trata-se de um Estado que se afirma como politicamente soberano, pois [...] o suposto de soberania é um pré-requisito formal para o pensamento sobre o Estado”. De outro, contudo, “essa soberania se afirma num solo embasado numa economia que é dependente. [...] Portanto, o Estado Nacional funda-se num contexto em que a aspiração está condicionada pela existência de uma estrutura objetiva de relações econômicas internacionais, que limita a existência efetiva dessa soberania na medida em que repõe a existência de relações de dependência. Esse é uma das oposições fundamentais que caracteriza toda e qualquer forma de Estado na América Latina.²⁰

Diante disso, a formação dos Estados latino-americanos sempre vinculados aos interesses externos vai passar por diversos períodos de caracterização, desde *Estado Colonial*, fundado em instituições jurídicas/políticas/econômicas como os vice-reinados, cabildos, capitánias, sesmarias, e legislação como Leis de Índias, Forais, Ordenações, *Fuero Real*, *Ley de Toro*, entre outras, com caráter de delegação de autoridades e domínio de terras; e este último fator irá impulsionar a concentração do poder nas mãos de grandes latifundiários e proprietários de terra, e lançará as bases para a montagem de outro tipo de Estado denominado *Oligárquico*, que fundará as bases da juridicidade contraditoriamente liberal-conservadora,²¹ no caso brasileiro, formulada pelas autoridades locais. Em destaque remonta-se,

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

20 CARDOSO; PINHEIRO apud WOLKMER, A. C., *Op Cit.*, p. 40

21 Sobre as principais características históricas da formação dos juristas no Brasil e o destacado caráter liberal-conservador do bacharel em direito no período colonial, ver obra referenciada na bibliografia deste estudo de autoria de Antonio Carlos Wolkmer, intitulada *História do Direito no Brasil*, 5º Edição Revista com alterações. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

O *Estado Oligárquico* que exercerá uma hegemonia do século XIX até seu declínio com a crise econômica mundial dos anos 30, será atravessado por momentos caracterizados, como: as lutas de independência, o rompimento com o poder central, a reordenação das prioridades do capitalismo internacional com relação às economias agroexportadoras, a emergência e consolidação das oligarquias como classe dominante, e a incorporação e adaptação de princípios identificados com a doutrina liberal.²²

Contudo, sabe-se que modelo de Estado teve suas estruturas abaladas e posto em crise a partir da década de 30 do século passado, emergindo outra faceta do estadismo latino-americano, denominado período *pós-Oligárquico*, que guardada as proporcionalidades e especificidades políticas de cada país se converterá em um “Estado Compromisso, articulador do crescimento econômico com justiça social e conciliador dos conflitos e das pretensões, tanto da burguesia industrial, quanto das massas urbanas trabalhadoras”.²³ Na medida em que este modelo atinge seu alto grau de intervenção, desenvolvimentista e de uma característica política autêntica sul-americana, surge o chamado *paternalismo*, que se torna o *Estado Populista*, caracterizado por vultos carismáticos como Getúlio Vargas, Perón e Cardenas.

Entretanto, com a crise de insuficiência (econômica e políticas sociais) desse modelo, somando-se aos fatores de política externa do pós-segunda guerra mundial, como operações de controle e alinhamento norte-americano (operação condor, regimes ditatoriais, censura e ascensão militar ao poder) temos o *Estado Burocrático-Autoritário* ou *Estado Militar* (WOLKMER, 1990), marcados pelo acordo de oligarquias conservadoras e os poderes militares, ambos comprometidos com agentes financeiros internacionais e interesse imperialistas do capital externo.

Ainda, nesse resgate do histórico do Estado na América Latina feito a partir da obra de Wolkmer (1990), importa destacar o período de redemocratização e afirmação da hegemonia dos princípios do *Consenso de Washington*, verdadeira carta político-econômica para as economias periféricas, as diretrizes de tal acordo irão impulsionar e aprofundar a política latino-americana dentro das ingerências neoliberais ou neocapitalistas²⁴ paralelamente ao surgimento de constituições *avançadas*,

22 WOLKMER, A. C. *Op. Cit.*, p. 42

23 *Idem.*

24 Assim, proporíamos nominar esta experiência de *neocapitalismo*, pois parece-nos mais adequado aos seus contornos de projeto vinculado ao viés econômico do liberalismo, onde, ao que se vê, há uma intenção não expressa de liberar o capital – e o capitalismo financeiro – das amarras

com aparatos e garantias de direitos fundamentais, com pressupostos democráticos participativos, que não impuseram freios à ganância do capital transnacional, que desconstitucionalizou os Estados, submetendo-os aos interesses dos grandes conglomerados e corporações.

Esse processo todo se deu com a conivência dos poderes políticos nacionais e a corrupção dos Estados dirigidos mais pelo campo econômico do que pelo direito constitucional, apesar do discurso ser ao contrário, porém, os fatos comprovam a primeira hipótese (veja a questão da privatização da saúde, exemplo do Chile, o assédio aos direitos trabalhistas no Brasil, os fatores que culminaram na crise da Argentina, e a guerra da água na Bolívia), processos que podem traduzir-se em um neocolonialismo.

Nesse contexto do Estado periférico, importa resgatar outra ideia proposta por A. C. Wolkmer (1990), que a presença do Estado em um contexto como o latino-americano é fundamental dentro de uma leitura reflexiva, veja que,

Uma concepção crítica do *Estado periférico latino-americano* passa pelo resgate da autenticidade e originalidade de sua identidade cultural. Em suma, a presença do Estado na América Latina, não é só necessária como até inevitável, entretanto, não mais como criador e tutor autoritário da Sociedade Civil, mas como articulador e reordenador dos espaços democráticos de acesso popular, como autêntico mandatário da Sociedade Civil, plenamente organizada e pela participação da cidadania popular.²⁵

Importa antes de se adentrar ao tema da refundação do Estado, destacar as crises, pois é num contexto de busca da superação desta que irá emergir o movimento por um novo direito constitucional, de base popular democrática participativa ou mesmo igualitária, como irão destacar alguns autores; enfim uma democracia de alta intensidade (SANTOS, 2005). As chamadas crises do Estado (conceitual, estrutural, institucional/constitucional, funcional e política),²⁶ representam o esgotamento dos modelos de Estado a serviço dos interesses dos poderes hegemônicos.

que acabaram por se constituir através, entre outros, dos conteúdos liberais dos núcleos moral e político-jurídico. (MORAIS, 2002, p. 17)

25 WOLKMER, A. C. *Op. Cit.*, p.43

26 Para explorar tais crises ver José Luis Bolzan de Moraes, *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; ou ainda do mesmo autor em parceria com Lênio Streck, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2 ed. ver. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Ademais os próprios princípios filosóficos esvaíram-se e esvaziaram o embasamento sólido de uma concepção de Estado interventor, como bem nos aponta José Luis Bolzan de Moraes,

Assim, o fundamento filosófico do modelo fragmentou-se, o que implicou o solapamento de suas bases e produziu fissuras que necessitam de um projeto de reconstrução que vá além de fórmulas matemáticas de compatibilização de recursos, e que ultrapasse os limites de uma sociedade individualista-liberal, constituída a de uma *mônada isolada*, cujos compromissos não ultrapassam as fronteiras de seu universo individual, o que, com certeza, pressuporia a refundação de seus fundamentos mesmos.²⁷

Dessa maneira, a própria ideia de refundação parte da reconstrução da constituição institucional e política do Estado, em que,

Deve-se ter claro que a Constituição como documento jurídico-político, sempre esteve submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder [...].²⁸

Nesse sentido, a incerteza dos resultados do processo do constitucionalismo transformador²⁹ ainda é um risco, pois jamais se podem prever seus resultados, sendo descabido intentar tal tarefa; entretanto, apostando na capacidade transformadora de rever as questões mal resolvidas de um passado de hegemonia de poucos, concentrando riquezas em cima do trabalho e sofrimento de muitos.

Em razão disso é que Boaventura S. Santos (2010) lança a ideia do *Estado Experimental* como uma nova institucionalidade para superação das crises de funcionalidade e mesmo institucional, uma reinvenção deste aparato moderno, para atender as demandas por mudança da sociedade atual, calcada em diferentes formas de democracia em que a própria função do Estado como regulador ou gestor do bem-estar deixa de ser unilateral e passa ser compartilhada, um projeto para além da democracia representativa e pautada na *fiscalidade participativa* (SANTOS, 2006), assim se destaca as palavras do autor quanto a esta nova forma de institucionalidade,

27 MORAIS, 2002, p. 44

28 *Ibidem.* p.47

29 SANTOS, *Op. Cit.*

Esta nova forma de um possível Estado democrático deve assentar em dois princípios de experimentação política. O primeiro é que o Estado só é genuinamente experimental na medida em que as diferentes soluções institucionais multiculturais são dadas iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Ou seja, o Estado experimental é democrático na medida em que confere igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática.³⁰

E prossegue,

Nestas circunstâncias o Estado experimental deve, não só garantir a igualdade de oportunidades aos diferentes projectos de institucionalidade democrática, mas deve também – e é este o segundo princípio de experimentação política – garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania activa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projectos alternativos. Estes padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática. O novo Estado de bem-estar é um Estado experimental e é a experimentação contínua com participação activa dos cidadãos que garante a sustentabilidade do bem-estar.³¹

A temática da refundação do Estado é um assunto em transição, explica-se: o Estado moderno tem seu colapso e as crises já não conseguem ser superadas por velhos métodos *salvacionistas*, pois o colapso é epistemológico e prático. A perversidade do sistema econômico sugou aquilo que lhe convinha do modelo atual, fixou as funções e aparelhou o sistema político pelo viés econômico e as tramas políticas “(des)ideologizadas”. Logo, a saída que resta para as maiorias alijadas dos poderes políticos é a reinvenção de outro tipo Estado, levando em consideração os aspectos trabalhados na primeira parte deste ensaio.

Logo, a ideia de Boaventura S. Santos (Estado de Transição) é absorvida, e se encontra no esgotamento de um modelo de racionalidade histórica e antropológica, inventada para um contexto e um espaço geográfico, tal modelo (norte-eurocêntrico), encontrou seus limites e os precursores destes procuram manter o domínio da situação como em tempos passados assim o fizeram, pois diferente da época da invasão na América, na qual dominaram os colonizadores (encomendeiros,

30 *Ibidem*, p. 375

31 *Idem*.

fazendeiros, elites agrárias, as elites crioulas, os grandes proprietários), atualmente é o momento em que emergem outras formas de democracia e participação política traduzida em diferentes rostos e personagens, uma variação intercultural que refunda a ideia homogeneizada de Nação.

As maiorias resolveram se rebelar contra o modelo opressor, trata-se de tempos de acertar as contas com o passado de violência e dominação, basta de submissão e injustiças com marginalizados e excluídos, é chegada a hora de reparar injustiças e remodelar a sociedade do futuro (igualitária em termos materiais). Para isto, deve-se passar por aquilo que já foi mencionado como *Estado Experimental* (SANTOS, 2010), um tempo de transição, em que seja repensado o processo histórico de formação, para construir as bases de um futuro, mas tendo em vista que as necessidades são imediatas, logo, medidas devem ser tomadas imediatamente, tal sentido está exposto nas duas características do novo constitucionalismo mencionadas pelos autores espanhóis, como um constitucionalismo *sem país e comprometido com a mudança social* (MARTÍNEZ DALMAU, 2010).

Além disso, cabe referendar a ideia de mudança paradigmática de um modelo de Estado baseado na racionalidade centralizadora eurocêntrica, vale destacar um movimento constitucional de novo tipo, trata-se do que o autor português menciona como uso contra-hegemônico de instrumentos hegemônicos (SANTOS, 2010), referindo-se ao uso do constitucionalismo, instrumento historicamente liberal, arma de defesa da burguesia emergente contra o Estado absolutista nas revoluções iluministas,

Entiendo por instrumentos hegemónicos las instituciones desarrolladas en Europa a partir del siglo XVIII por la teoría política liberal con vista a garantizar la legitimidad y gobernabilidad del Estado de Derecho moderno en las sociedades capitalistas emergentes. Se trata de instrumentos hegemónicos porque fueron diseñados para garantizar la reproducción ampliada de las sociedades capitalistas de clases y porque son creíbles como garantes de la consecución del bien común, incluso por parte de las clases populares en sí afectadas negativamente por ellos.³²

E, destaca mencionando o que é contra-hegemonia,

El uso contrahegemónico, como el nombre lo indica, significa la apropiación creativa por parte de las clases populares para

32 SANTOS, *Op. Cit.* p. 59

sí de esos instrumentos a fin de hacer avanzar sus agendas políticas más allá del marco político-económico del Estado liberal y de la economía capitalista.³³

Destarte, em termos de uma visão de decolonialidade ou mesmo pós-colonialidade (SANTOS, 2009), esse instrumento utilizado pela lógica liberal passa servir de passagem para outra ideia de política constitucional, caracterizada por diversas concepções democráticas, pluralismo jurídico, interculturalidade e, principalmente, um conceito de nação para além da reduzida ideia tradicional liberal. Enfim, uma nova institucionalidade baseada no respeito à diferença e sobretudo preocupada em recuperar desigualdades históricas, atribuindo poder democrático às comunidades segregadas pelo poder opressor das elites, oligarquias e aristocracias proprietárias e comprometidas com o poder externo.

Afinal, pode-se caracterizar que este novo constitucionalismo traduz um movimento popular de exigibilidade de uma nova *mirada* política, com mudanças institucionais profundas, um constitucionalismo que vem das bases e é por ela influenciado, um *constitucionalismo desde abajo*; onde o poder constituinte popular se sobrepõe ao poder constituído e comprometido com as elites dominantes (constituinte *desde arriba*). Constituem-se numa manifestação política popular, participativa e atuante de diversos setores, alguns historicamente marginalizados e isolados por um pensamento e uma prática política e jurídica da mentalidade eurocêntrica colonizada. Boaventura S. Santos, destaca que esse movimento,

Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares, en las últimas décadas, se manifiesta en el continente a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales.³⁴

33 *Ibidem*, p. 59

34 *Ibidem*, p. 72

É justamente dentro desse propósito que se apresenta a quebra de paradigmas que lhe dão um caráter inovador, transformador e/ou experimental, ou mesmo “[...] a refundação do Estado é um período de transição, lenta transição para um novo período da humanidade, em que o fim do colonialismo e do capitalismo são utopias alimentadas, porém alimentadas pela esperança de irromper noutra realidade”.³⁵

Nessa senda, atenta-se que a característica peculiar para este período é a mudança no paradigma homogêneo de Nação, que agora passa ser da pluralidade de nacionalidades, baseado nas diferenças e no diálogo intercultural, uma nova ideia longe das correlações centralizadoras de poder e concentração das decisões nas mãos de uns poucos, ou seja, não é mais uma ordem constitucional do Estado moderno, é outro momento do próprio Estado e do constitucionalismo, um Estado Plurinacional, em que Santos refere, “[...] Por eso la plurinacionalidad no es la negación de la nación, sino el reconocimiento de que la nación está inconclusa. [...] es un punto de partida, pero no necesariamente un punto de llegada”.³⁶

Dessa maneira, levando em consideração a emergência dos sujeitos políticos construídos histórica e antropológicamente como negados, a partir da cultura dominante da epistemologia hegeliana do *Ser* europeu e o mundo dominado, citados na primeira parte, emergem novas facetas políticas e jurídicas ainda a ser exploradas.

Por fim, vale lembrar que apesar do avançado momento que vive os países andinos como Bolívia e Equador em seus embates políticos, estas lutas devem ser entendidas como problemas comuns a todos os países latino-americanos, o horizonte de lutas que buscam (emancipação e decolonialidade) é um processo que os une pela semelhança da formação histórica.

O *bloco social dos oprimidos* foi incluído dentro de um projeto de modernidade, no qual seu papel foi pré-definido na chegada dos algozes, tais inventores da forma de ser e viver determinaram aos *bestiais* (dentro da concepção do colonizador) seres humanos que no continente viviam a mácula de ignorante, dóceis, servís, inocentes, perversos, vagabundos, escravos, subdesenvolvidos; diversos termos pejorativos para denegrir e reduzir sua existência à servos do velho mundo com seus saberes retóricos, mitológicos, dogmáticos e inquestionáveis, numa soberba fétida e arrogante, tais características, atualmente encontram a crise pela sua própria obra.

Os sujeitos construídos como marginais e excluídos, tomam consciência da sua condição de dependência e ausência da história, e emergindo no contexto sócio-político latino-americano, impulsionados por suas necessidades, intentam atravessar esse período com uma racionalidade ou cosmovisão emancipatória, libertária e de

35 *Ibidem*, p. 73

36 *Idem*.

rompimento com os sistemas e instituições de dominação colonial, mais que a ideia de prática política e jurídica, reinventa a sua posição antropológica no tempo e espaço geopolítico da América Latina.

4. CONCLUSÃO

A refundação das concepções políticas do Estado está sofrendo, nesse período de transição, importantes mudanças. Não se descarta a hipótese de retrocessos e reações contrárias ao movimento, até mesmo em razão do grau de pressão que realizam os setores conservadores e reacionários, porém, indubitavelmente, acredita-se que os países sul-americanos jamais retornarão à submissão velada de um silêncio violentado e oprimido da colonização; a insurgência popular nos processos constituintes inaugura o novo período da jovial democracia latino-americana, que é, sem dúvida, um importante momento de amadurecimento das concepções políticas pensadas para a realidade da região.

Portanto, ainda que as incertezas, desconfianças e ceticismos planem sobre o continente, não irão faltar vozes para acudir em defesa do prosseguimento dessa marcha popular, e serão milhares de vozes; entendendo que se apropriar do direito e do Estado não basta, é preciso um processo de transformação destas instituições para que a história possa contar a descolonização pelo viés emancipatório, libertário e insurgente do povo que contornou seu passado, marcado por sangue inocente e verdadeiras catástrofes de desumanidade, impetrada pelo próprio ser humano aos seus pares, com a justificativa civilizatória imposta pela modernidade e por sua racionalidade europeizada.

Finalmente, a direção que aponta este novo constitucionalismo insurgente na América Latina é pela introdução e consolidação de princípios, pontuados no pluralismo, emancipação, interculturalidade e bem viver com dignidade, em que seja suplantada a hegemonia das elites dominantes sobre as culturas populares e seus rostos.

5. REFERÊNCIAS

- CLAVERO, Bartolomé. *Bolívia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatorio*. Agencia Latinoamericana de Información. América em movimiento. 2009-05-09. Disponível em: < <http://alainet.org/active/303117lang=es>>>. Acesso em: 15 jul. 2011.
- COLAÇO, Thais Luzia (Org.). *Elementos de Antropologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Conceito, 2011.
- DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

- _____. *1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*, conferencias de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador*. Alter Justicia, n° 1, octubre 2008, págs.17-27.
- _____. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, con Roberto Viciano Pastor. En AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 9-43.
- _____. (marzo-abril 2009). Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia, La Tendencia. Revista de Análisis Político n. 9, p. 37-41.
- _____. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponível em: <<<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales*. Clacson – Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.
- _____. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- _____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. (Coleção para um novo senso comum; V. 4). São Paulo: Cortez, 2006.
- _____. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 4 ed. Rev. e Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- VILLORO, Luis. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México: Paidós, 1998.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Direito e Justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *História do Direito no Brasil*. 5º Edição Revista com alterações. Rio de Janeiro: Forense, 2010
- _____. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio, Fabris, 1990.
- _____. FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar. Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza: Unifor. v.16, n. 2, jul./dez. 2011. p. 371-408.

Capítulo 6

SITUANDO O NOVO: UM BREVE MAPA DAS RECENTES TRANSFORMAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Luís Henrique Orio¹

1. INTRODUÇÃO

A necessidade de se situar o novo constitucionalismo latino-americano no seu contexto histórico, social e político surge não só de uma atenção para com a possibilidade da definição de seus contornos paradigmáticos como também da importância de se confrontar seus elementos e condições à perspectiva de tecer um novo amanhã para os povos da América Latina.

O mapeamento deste fenômeno se dará na perspectiva de demonstrar sua originalidade e transcendência na esteira do próprio constitucionalismo, a par com a ação dos movimentos sociais e populares que lhe deram impulso e culminando no que restou instituído após tal processo, com as constituições venezuelana (1999), boliviana (2009) e equatoriana (2008).

Vale destacar que, diante dos vários pontos comuns e da confluência de várias características diagnosticadas pelos autores que se debruçam sobre o tema – o que justifica seu estudo como um fenômeno regional e não isolado – o novo constitucionalismo latino-americano e seus desdobramentos serão preferencialmente lidos em panorama comum, sem prejuízo de eventuais destaques específicos para as circunstâncias de cada país ou constituição.

Assim que serão analisados, num primeiro momento, as transições sociais e democráticas a partir da realidade oprimida das classe subalternas, a articulação de movimentos sociais e populares em suas demandas e propósitos, a conseqüente ativação dos processos constituintes e a sustentação da qualificação do novo constitucionalismo latino-americano enquanto uma corrente teórico-constitucional em formação.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel), Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE-UFSC); Bolsista CNPq-Brasil (luishenrique.lho@gmail.com).

2. AS TRANSIÇÕES SOCIAIS E DEMOCRÁTICAS

Ativadas através de referendos e, em última escala, frutos de poder constituinte originário, as constituições de Venezuela (1999), Bolívia (2009) e Equador (2008), em toda sua contundência refundadora, foram resultado de décadas de crise econômica, instituições voláteis e exclusão sócio-cultural e política, fatores em face dos quais se articularam setores da sociedade civil e movimentos sociais e populares (ora mais espontâneos ora mais organizados).

Não cabendo aqui retomar todo o histórico de espoliação colonial, se pretende, de maneira breve, compreender a formação histórica dos Estados nacionais latino-americanos e seus reflexos na construção de democracias frágeis e elitistas, além das formas modernas de colonização carregadas pelo neoliberalismo² dominante no continente e a luta dos movimentos populares numa estrutura social com tal feição.

Assim, para além dos resultados nefastos do projeto neoliberal no campo econômico, estes países experimentavam crises orgânicas (igualmente atribuíveis em seus distintos campos àquele mesmo projeto), de completo vácuo entre as demandas de movimentos sociais e as políticas dos governos, da debilidade e descrédito das instituições e dos partidos tradicionais. (LÓPEZ e ABAD, 2012).

Neste cenário, brotou o protagonismo de organizações populares na tensão por sua inclusão no seio democrático, por uma radical renovação das instituições políticas e do próprio Estado. O amplo espectro dos movimentos que atuaram nestes processos, nos três países, reforça a extensão das crises que os assolavam, derivando

2 Considera-se neoliberalismo, aqui, não apenas a doutrina econômica formulada principalmente por Milton Friedmann e a escola de Chicago e o modelo de governo cujos precursores foram Margaret Thatcher, no Reino Unido, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, no começo dos anos oitenta (BORÓN, 2003), que lograram aplicação no mundo todo, como também o entendimento crítico quanto à sua intencionalidade por trás da retórica: “La propuesta neoliberal aparece obligándonos a optar entre el mercado y el Estado, como se sugiere con harta insistencia. Pero sabemos que ésa es una falsa disyuntiva, un mero artefacto ideológico y publicitario que en nada se compadece con el funcionamiento de los “capitalismos realmente existentes”. En realidad el neoliberalismo remata en un dilema mucho más grave y, tal vez por eso, mucho menos explicitado: mercado o democracia. La democracia es el verdadero enemigo, aquello que está en el fondo de la crítica antiestatalista del neoliberalismo. No es al Estado a quien se combate, sino al Estado democrático. La ciega opción por el mercado es, a la vez, una preferencia en contra de los “riesgos” de la democracia.” Cf. BORÓN, Atilio A. Estado, Capitalismo y Democracia en América Latina. Buenos Aires: CLACSO, 2003. p. 150

na articulação de movimentos indígenas, rurais, urbanos, setores da sociedade civil, sindicatos, dentre outros:

Os movimentos de protesto configurados na Venezuela, Bolívia e Equador desde os anos 1980 se caracterizaram muitas vezes pela maior pluralidade, pulverização, estruturação em redes (no sentido proposto por Castells, ainda que muitos deles manifestem o fenômeno na relação entre movimentos, mas não internamente) e territorialização (o *barrio* venezuelano, os sindicatos rurais e *ayllus* bolivianos, as *juntas vecinales* bolivianas). Em momentos como o *Caracazo* venezuelano de 1989 e a derrubada do presidente Lúcio Gutierrez no Equador em 2005 pelo movimento denominado dos *foragidos*, a expressão semi-espontânea foi a norma. Já no caso dos *cocaleros* bolivianos, manifesta-se forte coesão grupal e senso de coletividade. Assim, apesar de algumas características comuns, nota-se a diversidade de experiências. Deve-se analisar como essa diversidade de movimentos se inseriu no processo primeiro de proposição de uma alternativa hegemônica em suas sociedades, e posteriormente como vem participando dos referidos processos de transformações. É provável que a natureza da relação entre as novas lideranças políticas e configurações estatais por um lado, e os novos movimentos sociais por outro, esteja no centro das características próprias assumidas por cada processo.³

No mesmo sentido, a heterogeneidade e a pluralidade dos movimentos protagonistas referidos acima permite que nela se verifique a formulação de DAGNINO (2000), no sentido da articulação dos movimentos sociais em *redes* ou *teias*, com a participação tanto de membros orgânicos como simpatizantes espontâneos e a consequente construção de um amplo campo político progressista, pautado na perspectiva de refundação dos estados com a elaboração de novas constituições e a instituição de uma nova cultura política.

3 SILVA, Fabricio Pereira da. *Estado, Movimentos Sociais e Questão Democrática na Venezuela, Bolívia e Equador*. In: XV Congresso Brasileiro de Sociologia, 2011, Curitiba, PR. Disponível em <<<http://netsal.iesp.uerj.br/bancodeartigos.php>>>. p. 12-13. No artigo, SILVA apresenta os movimentos referidos: os *barrios* venezuelanos se tratam de organizações associativas de moradores das periferias das cidades; os *ayllus* constituem organizações comunitárias indígenas calcados na ancestralidade (Bolívia); as *juntas vecinales*, como o nome explicita, são associações locais de moradores (Bolívia); os *foragidos*, foi um “Movimento de protestos semi-espontâneos, formado majoritariamente pela juventude e pelas camadas médias, e caracterizado pela convocação de mobilizações a partir de novas tecnologias de comunicação (como as mensagens de celular). Os participantes foram chamados de “foragidos” pelo presidente, mas acabaram assumindo a alcunha, retrabalhando seu significado original”.

Não obstante o caráter necessariamente histórico das experiências de câmbio nos três países, alguns episódios marcantes destes processos ganharam notoriedade e centralidade nos registros históricos, leia-se o *Caracazo* (1989, na Venezuela), as Guerras do Gás (Bolívia, 2003) e da Água (Bolívia, 2000) e a derrubada do presidente Lucio Gutierrez (Equador, 2005). Convém destacar novamente que a análise pontual destes episódios é interessante do ponto de vista da conveniência histórica, da localização destes eventos no processo histórico de configuração das lutas sociais que culminaram no novo constitucionalismo latinoamericano, todavia não se prestando a fixar apenas em suas circunstâncias a carga de tensões que deveres promoveu câmbios tão impactantes.

A Venezuela, com o restabelecimento da ordem democrática após a queda do ditador Marcos Pérez Jiménez, em 1958, constituiu-se numa chamada “democracia de vitrine”,⁴ erigida sobre e para a manutenção da hegemonia das mesmas forças políticas e absolutamente incapaz de enfrentar problemas como a desigualdades sócio-econômicas e étnicas, o que se agudizou profundamente com a crise econômica dos anos 80, culminando num acirramento da luta de classes e na demarcação nítida dos campos políticos,⁵ o que ficaria bastante evidente no *Caracazo*.

O *Caracazo* exsurgiu espontaneamente, como resposta às medidas adotadas pelo então presidente Andrés Pérez, com o aumento de tarifas públicas – por orientação de organismos financeiros internacionais – culminando no estopim de um crescente ciclo de protestos e na articulação de novos movimentos sociais. Como esclarece Mirza:⁶

El movimiento espontáneo de protesta [o *Caracazo*] expresaba en aquellas circunstancias la desazón y el descreimiento de la población mayoritariamente pobre, lo que implicaba al mismo tiempo que la deslegitimación de los actores sociales que no asumieron plenamente su representatividad (sobre todo los sindicatos, entre ellos la Central de Trabajadores de Venezuela), un proceso acelerado y creciente de desinstitucionalización del sistema de partidos políticos. Este episodio marcaría el inicio de un ciclo de protesta cada vez

4 GARCÍA-GUADILLA, María Pilar. Organizaciones Sociales y conflictos sociopolíticos en una sociedad polarizada: las dos caras de la Democracia Participativa en Venezuela. In: *Revista América Latina Hoy*, n° 42. Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 37-60.

5 *Idem*.

6 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/ar/libros/becas/mirza/cap1.pdf>>>. p. 146

más confrontacional y violento, perlado con cortes de vía, tomas de edificios públicos, disturbios, quemas, saqueos y enfrentamientos callejeros que se agregaron a las tradicionales formas de lucha social (mitines, huelgas, marchas), dando paso además al surgimiento de nuevos movimientos sociales, o la revigorización de movimientos sociales [...].

Na sequência do *Caracazo*, em 1992, houve uma tentativa de golpe de estado, que não logrou êxito, e ganha destaque na mobilização das massas o Movimento V República, liderado por Hugo Chávez; começavam assim a ser estruturadas as condições objetivas e subjetivas que culminariam, em 1998, na eleição daquele último para a presidência e na ativação do poder constituinte.

Na Bolívia, as Guerras da Água e do Gás, desencadeada nas cidades bolivianas de Cochabamba e El Alto, respectivamente, foram respostas à medida de aumento extraordinário no preço das tarifas do serviço de distribuição de água, administradas por uma empresa transnacional, e à intenção do governo Sánchez de Lozada de exportar o gás boliviano através do Chile, sem perspectiva de atendimento da demanda interna. Em ambas, foi marcante a atuação das *Juntas Vecinales* (nota de rodapé 1), e, à medida que a repressão estatal tornava-se violenta, houve crescente aderência da sociedade civil e outros setores organizados, culminando num movimento de espectro amplo, que não só reivindicava a nacionalização dos recursos naturais bolivianos (e, como consectário lógico, um novo modelo econômico e a supressão do modelo neoliberal) como também inaugurava novos marcos de participação política e articulação social, pautando, principalmente, uma nova ordem política, protagonizada por novos sujeitos políticos, tradicionalmente excluídos, em detrimento do monopólio das elites nos espaços de deliberação.⁷

Um traço marcante do contexto político boliviano é a atuação bastante contundente e rica do movimento indígena organizado, que pautava justamente a necessidade de uma nova constituição para refundar o Estado (LÓPEZ e ABAD, 2012), com a instituição de uma democracia participativa inspirada nas estruturas comunitárias indígenas (YELP, 2009).

Assim que, no contexto boliviano, pode-se destacar as seguintes circunstâncias para a culminação das revoltas descritas e a subsequente ativação do poder constituinte originário, conforme LÓPEZ e ABAD, 2012:

⁷ CHÁVEZ, Patricia; MOKRANI, Dunia. Los movimientos sociales en la Asamblea Constituyente. Hacia la reconfiguración de la política. In: *OSAL*, n° 22. Buenos Aires: CLACSO, 2007. Disponível em: <<<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/AC22ChavezMokrani.pdf>>>. p. 9

1) la política altamente discriminatória y perjudiciada en el orden racial y la persistencia del colonialismo interno, enardecido por los ajustes estructurales de economía de mercado; 2) un modelo de desarrollo signado por la ineficiencia en la intervención estatal, que alcanzaría sus mayores cotas en febrero de 2003, cuando se inició un proceso de ingovernabilidad y vacío de poder; 3) profunda crisis de identidad nacional y colectiva; 4) práctica política excluyente, patrimonio exclusivo de las elites mestizas y ilustradas; [...]

No Equador, os processos transformadores haviam alcançado desfecho interessante do ponto de vista da tomada do poder por forças contra-hegemônicas ainda em 2002, com a eleição de Lucio Gutierrez para a presidência, com apoio do movimento indígena, centralizado na Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador (CONAIE). O que se viu, no entanto, foi um governo de orientação neoliberal, fazendo com que logo após seu início o movimento indígena se lhe afastasse e acabasse por se dividir e consequentemente, perder força e legitimidade.⁸ O cenário equatoriano para a derrubada do Presidente Lucio Gutierrez, portanto, foi permeado por “um movimento opositor difuso e semi-espontâneo, um amálgama de setores oriundos de diversas correntes de esquerda, de cidadãos independentes e de organizações e ONGs que lutavam por ética na política e contra a ‘partidocracia’”.⁹

Este caldo político narrado acima nos três países tem seu caráter transformador, seu espírito ou sua amplitude revolucionária bem descrita nestes termos:

Importa una distinción conceptual: enmarcadas dentro de teorías más amplias de desarrollo institucional y acción colectiva, las revoluciones distinguen una clara -y escasa- pauta de cambio sociopolítico en forma de “transformaciones rápidas y fundamentales de la situación de una sociedad y de sus estructuras de clase, que culminan en la consolidación de nuevas organizaciones de Estado, cuyo poder puede emplearse no sólo para reforzar las transformaciones socioeconómicas que ya habían ocurrido, sino también para promover nuevos cambios”. (Skocpol). En tanto las revoluciones generan procesos que provocan una “transferencia de poder de manos de quienes lo detentaban antes de que se planteara una situación de soberanía múltiple, a una nueva coalición gobernante, por

8 OLIVEIRA, Alberto; NORIEGA, Armando Chaguaceda. ¿Hay democracia participativa en los países del ALBA? In: *Revista Envío*, n. 334. Manágua: 2010. Disponível em <<<http://www.envio.org.ni/articulo/4125>>>. p. 4

9 SILVA, 2010, p. 15

lo cual cuanto mayor es el cambio que determina una revolución en la coalición gobernante, más profunda es la transformación de otros aspectos de la vida social” (Tilly), resulta acertado hablar únicamente de revoluciones políticas -o reformas radicales- para referirse a estos procesos latinoamericanos.¹⁰

Classificados assim de revoluções políticas, os processos ocorridos na Venezuela, Bolívia e Equador foram um marco institucional das novas ordens políticas e, como primeiro saldo das revoltas e da ação política dos movimentos houve, primeiro, a eleição de mandatários representantes das forças contra-hegemônicas, respectivamente Hugo Chávez (1998), Evo Morales (2005) e Rafael Correa (2006), que, investidos na presidência e tendo por base a pressão popular que os conduziu, promoveram os impulsos iniciais para os processos constituintes que se lhes seguiu.

3. OS PROCESSOS CONSTITUINTE

A concepção de um *novo* constitucionalismo pressupõe o reconhecimento de um *velho* constitucionalismo em contraposição, expondo os elementos que dão razão à sua assimilação como fenômeno original, inovador, superador do tradicional.

Neste sentido, os processos constituintes ocorridos na gênese do novo constitucionalismo latino-americano diferem por completo dos processos constituintes anteriores ao significarem a expressão das tensões políticas que lhe antecederam como caminho para a refundação dos respectivos Estados, derivados da consciência popular acerca da necessidade de um novo marco constituinte. As demandas das forças políticas que produziram as tensões que culminaram na ativação do poder constituinte acenavam para a necessidade de uma constituição real, ou seja, não mais uma carta meramente formal, importadora dos modelos e formas liberais incapazes de prover um núcleo normativo afeito à realidade dos respectivos povos.¹¹

A começar pelos processos de independência, portanto, as constituições latino-americanas consubstanciavam o referencial normativo das elites locais para sua desvinculação perante as colônias, ou seja, tratavam-se de contratos sociais entre as elites, inspiradas nas referências liberais-burguesas clássicas. O desenrolar histórico do constitucionalismo na América Latina, já no século XX, seguiu com tal paradigma, qual seja, o da importação de modelos constitucionais, *a busca de soluções externas para problemas internos* (PASTOR e DALMAU, 2012), mantendo as cartas constitucionais como marcos formais, nominalistas e inefetivos.

10 OLVERA RIVERA; NORIEGA, *Op Cit.*, p. 3

A onda de revoluções políticas narradas no tópico acima, neste sentido, trouxe em seu bojo a demanda por novas constituições, novos marcos políticos refundadores do Estado, aptos à inclusão política dos sujeitos marginalizados dos espaços de poder, consecutórias de uma nova ordem econômico-social.

As eleições dos respectivos presidentes consagravam a institucionalização das articulações revolucionárias e carregavam o inarredável compromisso da ativação dos mecanismos necessários para a ativação dos debates constituintes:

[...] Tan es así, que cada uno de sus respectivos presidentes accenderían al poder, dentre otras razones, por consagrar entre sus propuestas, la convocatoria para Asambleas Constituyentes. Consecuencia directa de la presión de dichos movimientos durante los años anteriores, em demanda de uma identidade nacional que reconozca la transculturación, lo pluricultural, la diversidad étnica y la asimilación de un mundo totalizante.¹²

Revisando a teoria clássica do poder constituinte, é fácil a verificação de seus contornos nos processos constituintes do novo constitucionalismo latino-americano. Conceituando o poder constituinte originário como “la potestad y voluntad soberana, primaria y directa del pueblo, para dictar las normas jurídicas supremas, y dotarse así, de la organización política y jurídica que mejor se corresponda com sus intereses y necesidades”,¹³ e tendo-se em conta o desenrolar das Assembleias Constituintes dos três países, percebe-se que os processos constituintes em referência têm aportes ideais essencialmente estabelecidos no modelo liberal de evolução constitucional. O que, contudo, não descaracteriza a originalidade deste movimento constitucional em se considerado a recuperação histórica e incidência real das noções de soberania popular e poder constituinte originário.

Neste sentido é que os analistas¹⁴ destes fenômenos remontam o nascimento do novo constitucionalismo latinoamericano com a Constituição Colombiana de 1991, que pode assim ser considerada um marco em razão de sua proposta de ruptura,

12 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 Tirant lo Blanch, 2012 (versão eletrônica). p. 118

13 *Ibidem*. p. 113

14 Neste sentido Cf. ARMENGOL (2010); PASTOR; DALMAU (2012); NOGUERA-FERNÁNDEZ e CRIADO DE DIEGO (2011).

de reformulação da ordem política e através da ativação direta do poder constituinte, traços que se repetiriam nas cartas posteriores de Venezuela, Bolívia e Equador.¹⁵

Em resumo, portanto, de modo geral

[...] el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un *constitucionalismo sin padres*. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución, por la genuinaparticipativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes. Desde la propia activación del poder constituyente, a través de referendun 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.¹⁶

Vistas as condições comuns dos processos constituintes, que ensejiam seu tratamento como um todo dentro da categoria *novo constitucionalismo latino-americano* e para bem da fidelidade histórica, cabe destacar pontualmente o desenrolar dos processos constituintes nos três países.

A começar pela Venezuela, onde, eleito com a proposta de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, o presidente Hugo Chávez, logo no início do mandato (ainda 1998), promoveu referendo para aprovação da convocação de dita Assembleia:

“La consulta incluía dos preguntas orientadas a conocer el acuerdo de la población con la convocatoria a una asamblea constituyente para ‘transformar el Estado y crear un Nuevo Ordenamiento Jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa’”.¹⁷

15 PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma Constitucional*. IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. n 25, p. 07-29, junho 2010, p. 17

16 DALMAU; PASTOR, *Op. Cit.*, p.09

17 WELP, Yanina. El referéndum contra el status quo. Análisis de Ecuador, Venezuela, Perú y Bolivia. *Revista Dialogos Latinoamericanos*, n. 16, Aarhus Universitet, 2009, p. 136-155. Disponível em: <<<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=16212429008>>>. p. 145

Um parêntese que merece ser feito é quanto à judicialização da proposta constituinte, com pelo menos 11 ações postulando sua nulidade perante a Corte Suprema de Justiça, que, ao final confirmou a soberania do poder constituinte originário.

Aprovada a proposta e convocada a Assembleia Nacional Constituinte, esta desenvolveu seus trabalhos no período compreendido entre agosto de 1999 e janeiro de 2000, composta majoritariamente por representantes do bloco político vencedor das eleições imediatamente anteriores, capitaneado principalmente pelo *Movimiento V República*.

No processo constituinte venezuelano, ademais, exsurge o traço marcante próprio do novo constitucionalismo latino americano: priorização da participação popular, horizontalização e abertura dos debates constituintes, alçando a soberania popular como valor permanente da reconfiguração política da nação e não apenas um artifício retórico legitimador das mudanças.

En síntesis, con la experiencia constituyente venezolana se produjo un rescate de la soberanía popular intransferible, una interpretación democrática del Poder Constituyente y los procedimientos para su ejercicio. La Carta Magna representa un paradigma del nuevo ciclo constitucional, que privilegia la indisoluble relación entre pueblo, soberanía y Constitución. Su proceso de elaboración cobraría un significado especial, por lograr la participación individual y colectiva del soberano en la definición de los principios, las pautas y las estrategias de actuación del Estado en su conjunto, tal y como há sido descrito por L. Pérez y M. Prieto.¹⁸

Encerrados os debates constituintes, a proposta de Constituição foi novamente sujeita à aprovação popular através de referendo, restando aprovada.

O processo constituinte boliviano compreendeu uma evolução diferente: a ativação do poder constituinte se deu a partir de marcos institucionais já estabelecidos, o que limitou e muito o espectro de transformação que se pretendia implementar a partir da nova Carta. Situando-se os debates constituintes no seio dos poderes constituídos, o processo foi bastante difícil, com vários percalços e necessidade de composição das forças progressistas perante as conservadoras então investidas nos poderes vigentes.

18 PÉREZ, 2003:95; PRIETO, 2003:51 *Apud*. LÓPEZ e ABAD, *Op. Cit*, p. 123.

Se trató de um proceso constituyente altamente difícil, que tuvo que sortear múltiples obstáculos, tanto exógenos como endógenos, provenientes del poder constituido, de las fuerzas representadas em la Asamblea – em constantes altercados y a falta de acuerdos – y desde las reacciones sociales internas y externas al proceso del cambio.¹⁹

Assim que a elaboração da proposta de Constituição sofria sucessivos boicotes de elites regionais bolivianas, em especial o que se convencionou chamar de *Media Luna*²⁰. A tensão dos movimentos sociais organizados, principalmente o indígena, portanto, perdia em relevância aos embates mais internos à Assembleia travados pelo MAS (Movimento ao Socialismo, partido de Evo Morales) frente à oposição, como relatam CHÁVEZ e MOCRANI (2007). Ao final, a nova Constituição foi aprovada através de referendo em Janeiro de 2009 e, como se verá depois, em que pesem as dificuldades de sua gestação e composições políticas, estabelece sérios avanços sob vários aspectos.

O processo foi tenso a ponto de serem convocadas a Organização dos Estados Americanos e União Européia para acompanhamento das negociações. Por fim, a oposição às forças progressistas se articulou em torno de 12 pontos, que restaram incorporados no texto final, a despeito de não ofuscarem a carta e não obstante eventuais recuos que foram feitos. Como destaca BONIFAZ²¹, quando da aprovação definitiva da constituição, o clima entre os movimentos sociais era de uma “*emoción indescribible*”, dada a relevância emprestada à significância de um novo marco constitucional.

Não à toa o clima referido: o grau de proximidade do povo para com a carta que se gestionava era grande, como destacam LÓPEZ e ABAD (2012), através de medidas de promoção, discussão e propostas, em interação entre os constituintes e as massas, espaços permeados pela incidência de instituições e movimentos sociais, além de “encontros territoriais” por todo país, que promoviam a movimentação das comissões temáticas da Assembleia para promoção de debates.

19 *Ibidem*. p. 132

20 Trata-se de um grupo de departamentos bolivianos (em especial Santa Cruz, Tarija, Beni e Pando, todos onde preponderam politicamente elites locais como forças de oposição ao MAS – Movimento ao Socialismo), situados nas *terras baixas*, que postulava uma maior autonomia para si, em contraponto à centralização que entendiam ocorrer com o departamento de La Paz, por exemplo. *Media Luna* é uma referência à localização geográfica dos departamentos insurgentes.

21 BONIFAZ, Carlos Romero. El proceso constituyente boliviano. *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Serie Doctrina Jurídica, n.º. 514. México: 2009. p. 901

Por fim, o processo constituinte equatoriano seguiu os mesmos moldes do venezuelano: eleito Rafael Corrêa imbuído da tarefa constituinte, logo foi realizado referendo para aprovar a convocação de Assembleia Nacional Constituinte e, ao final, novo referendo para aprovação do texto.

Sobre o desenrolar do processo constituinte equatoriano, são marcantes as características comuns aos demais processos – e uma das características do novo constitucionalismo latino-americano:

Del desempeño de la Constituyente, también se há de resaltar el montaje de amplias consultas ciudadanas, acceso directo a sus discusiones y excelente información a la población; así como la habilitación, al igual que em Venezuela y Bolivia, de um sitio digital destinado a registrar y hacer publico sus trabajos. Mayor impacto hubo de tener la transmisión televisiva durante 24 horas, de todos los debates em su seno. Los ciudadanos y la sociedad civil em su conjunto, podían presentar directamente sus propias agendas constituyentes, por solo citar algunos ejemplos.²²

Restou evidente, ao longo destes processos, que as forças políticas ligadas aos *status quo ante* às novas constituições renitiam e continuam questionando conferir legitimidade a tais câmbios, principalmente sob alegação da não observação estrita do que as próprias constituições anteriores previam para sua reforma. O que é um contra-senso, e isso reforça que o novo constitucionalismo latino-americano recupera noções clássicas de poder constituinte (as superando), em se concebendo poder constituinte como poder originário e soberano, expressão da auto-determinação de um povo em rever seu pacto social, de maneira finalmente consciente e participativa.

Assim, como visto, o paradigma de democracia, cuja ressignificação é um dos principais avanços do novo constitucionalismo latino-americano, começa a ser transformado já no decorrer dos processos constituintes, marcados por um protagonismo popular atípico e pela ampla demanda pelos movimentos sociais, nos três países, não só de um novo Estado e novas ordens econômicas como, principalmente, de instituições abertas à sua ação política contra-hegemônica. Nesse sentido, a maneira como se desenvolveram os processos constituintes refletiram sobremaneira nos produtos constitucionais posteriores com os avanços que já se logrou destacar.

22 LÓPEZ e ABAD, *Op. Cit.*, p. 128

4. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA CORRENTE TEÓRICO-CONSTITUCIONAL EM CONSTRUÇÃO

Questão intrigante é como conceituar epistemologicamente o novo constitucionalismo latino-americano, como situá-lo no arco de conhecimentos afeitos à organização política, Estado, Democracia e Direito. Como sobressai dos tópicos anteriores, sob vários aspectos o fenômeno compreendido pelas Constituições de Venezuela, Bolívia e Equador representa a concretização de postulados clássicos²³ que em raríssimos episódios históricos pôde ser verificado na prática. Não obstante investir em algumas fórmulas já consagradas, o novo constitucionalismo latino-americano não só as dimensiona na realidade de uma maneira inédita como igualmente estabelece um arcabouço teórico com originalidade tal que, se bem não se pode desde já situá-lo no panteão das teorias constitucionais, pode ser compreendido como um fenômeno de transição, com repercussões de fundo ainda em andamento e sob investigação.

Num primeiro momento, portanto, cabe dimensionar o novo constitucionalismo latino-americano na evolução histórica do próprio constitucionalismo, partindo do ponto em que aquele recolhe suas principais premissas e as repercute em seu seio, do mesmo modo que faz com alguns postulados do constitucionalismo revolucionário do século XVIII. Quanto a este último, no entanto, se prefere neste trabalho não realizar uma revisão bibliográfica desnecessária de conceitos já tão assentados e basilares a todo constitucionalismo posterior, principalmente em se considerando que o enfrentamento da transcendência prática dos postulados clássicos verificada no novo constitucionalismo latino-americano – que aqui se traz como um traço característico do fenômeno estudado – necessariamente invocará noções e conceitos do nascedouro do constitucionalismo.

O neoconstitucionalismo começa a repercutir e tornar-se emergente tanto para o Direito Constitucional em si como para a Teoria Política e as formas de organização dos estados a partir da segunda metade do século XX, no cenário pós-guerra europeu, tendo como marcos referenciais a Constituição Alemã de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional no mesmo país, em 1951 (BARROSO, 2007 e CARPIZO, 2009), seguidos depois da reconstitucionalização de outros países no velho continente.

Se bem não se tenha estruturado teoricamente de maneira uniforme, o neoconstitucionalismo e suas variantes constituem uma certa ruptura com a visão positivista da constituição (ARMENGOL, 2010), predominante até então, e configura uma nova aproximação entre constituição e democracia, repercutida na formu-

²³ Marcantemente os conceitos de soberania popular e poder constituinte originário.

lação do “Estado Democrático de Direito” ou “Estado Constitucional de Direito” (BARROSO, 2007), dogma que angariou nações adeptas por todo mundo e até hoje mantém-se acreditada como a melhor das formas de organização do estado.

A base filosófica do neoconstitucionalismo não chega a romper de todo com a tradição juspositivista anterior, mas o supera até certo ponto, reciclando igualmente alguns postulados do jusnaturalismo, numa simbiose que culminou no que se pode chamar de pós-positivismo (BARROSO, 2007), doutrina que não abandona a superestimação do direito posto, porém atribui normatividade aos princípios, com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais.

Numa breve síntese, portanto, as principais teses do neoconstitucionalismo, na compilação de ARMENGOL (2010), são: (a) cartas constitucionais programáticas, com densa carga valorativa; (b) noção de constituição material, decisão fundamental sobre o modo e a forma de unidade de um povo; (c) estabelecimento de um sistema de garantias que visam à concretização dos objetivos e valores erigidos pela constituição, passíveis de serem efetivamente empreendidas na atividade jurisdicional; (d) hermenêutica constitucional calcada na ponderação entre princípios; (e) constitucionalização do Direito, com a carta política constituindo o reduto último de toda e qualquer operação hermenêutica, condicionando tanto a legislação, como a doutrina e jurisprudência; (f) reconhecimento de novos sujeitos de direitos fundamentais, em especial minorias; (g) reconhecimento da preponderância dos direitos fundamentais também nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos); (h) Estado na condição de protagonista da proteção e efetivação de direitos.

Tais teses, emergentes na doutrina constitucional européia de tradição contratualista, tiveram a esperada repercussão na América Latina,²⁴ com o mesmo viés da doutrina constitucional clássica da primeira leva de constituições após as independências, qual seja, uma introjeção “laboratorial”, uma adequação débil do modelo neoconstitucional às realidades periféricas daqui, em um cenário de instituições instáveis e em transição dos regimes ditatoriais civis-militares. De modo que, por mais que as novas constituições representassem certos avanços e alguns progressos, continuavam sendo fenômenos mais acadêmicos do que sócio-políticos, com constituições ainda nominalistas e estritamente formais.

No obstante, a pesar de la novedad de algunos de los elementos que acogió el derecho constitucional del área, es posible

24 Através, por exemplo, das Constituições de El Salvador, 1983; Guatemala, 1985; Honduras, 1982; Nicarágua, 1987; Brasil, 1988; Chile, 1980; Colômbia, 1991; Equador, 1979; Paraguai, 1992; Peru, 1993.

dictaminar que en la realidad lo que se produjo fue la modernización formal de éste —que llegó incluso en algunos casos a la copia mimética de instituciones del derecho constitucional europeo—, pero no se produjo una ruptura real con la práctica constitucional precedente.²⁵

Assim que, apenas ao final do século XX e começo do século XXI, no cenário já descrito nos tópicos anteriores (desastre sócio-econômico do neoliberalismo, elitização dos espaços políticos e debilidade das constituições) com o incremento de fatores como a ascensão de novas organizações de esquerda, o total esgotamento dos modelos institucionais vigentes e o acirramento da luta de classes, houve certa radicalização da demanda por transformações, que encontraram na via constituinte a ferramenta para a refundação das sociedades e emancipação das classes subalternas.

As leituras a respeito do tema (PASTOR e DALMAU; NOGUERA-FERNÁNDEZ e CRIADO DE DIEGO; ARMENGOL) indicam que o berço do novo constitucionalismo latino-americano foi a constituição colombiana de 1991, que na evolução constitucional latino-americana foi a primeira a mais nitidamente romper com a tradição constitucional ocidental e assentar as bases para o movimento posterior, com as cartas venezuelana (1999), boliviana (2009) e equatoriana (2008), que definitivamente compreendem os traços marcadamente próprios de um novo paradigma constitucional.

Partindo do neoconstitucionalismo, então, o novo constitucionalismo latino-americano mantém a vocação do primeiro para a constitucionalização do ordenamento jurídico, com a elaboração de cartas programáticas e densas de conteúdo material, mas transcende a preocupação apenas com a dimensão jurídica das constituições e postula, como condição primeira, sua legitimidade democrática, sua propensão à incidência na realidade e nas demandas dos movimentos revolucionários.

El *nuevo constitucionalismo* mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el *neoconstitucionalismo* y plantea, al igual que este, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional. Pero su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la constitución sino, incluso em um primer orden, sobre la legitimidad democrática de la constitución. En efecto, el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente y establecer los mecanis-

25 ARMENGOL, *Op. Cit.*, p. 55

mos de relación entre la *soberanía*, esencia del poder constituyente, y la *constitución*, entendida en su sentido amplio, como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado), que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales.²⁶

Exsurge, neste sentido, outro traço marcante do desenrolar destes processos, considerando que, por mais que as novas constituições em estudo repitam fórmulas do constitucionalismo burguês clássico, o faz redimensionando-as, conferindo-lhes concretude e prática ao que antes era apenas retórica de sustentação das classes ascendentes (neste sentido, destacam-se as aplicações da *soberania popular e poder constituinte originário*).

[...] El profesor Carlos de Cabo ha mostrado cómo los elementos genéticos o identitarios de las constituciones hoy en día funcionan como límites materiales tanto para el poder constituyente como para la reforma, toda vez que, desde un punto de vista real, derivan del hecho de que las constituciones modernas aparecen sobre Estados previa y definitivamente constituidos; y, desde un punto de vista ideológico, los procesos constituyentes han perdido su carácter nacional, su especificidad, y deben adaptarse a las exigencias dadas de un modelo que responde a una idea generalizada de “defensa de la democracia” consistente en la represión de las demandas marginales. Estos límites funcionan esencialmente como elementos defensivos que obliguen a que el cambio histórico se acomode a lo establecido en la Constitución.²⁷

O elemento primeiro, portanto, que confere ao novo constitucionalismo latino-americano uma matriz doutrinária constitucional própria, é a compreensão da constituição como ferramenta de reformulação de uma ordem política e social clamada pelo povo num contexto de *necessidade*. Mas uma necessidade que surge não de uma acomodação de classes e forças políticas tradicionais como de costume ocorria na América Latina (principalmente nos cenários pós-ditaduras), mas sim de uma demanda de movimentos articulados por igualdade social e inserção política a partir de um novo marco constitucional, não apenas como *concessão* das elites, mas como *condição* a ser implementada já no calor das revoluções, com a apropriação da proposta constituinte e seu processo de construção.

26 PASTOR e DALMAU, *Op. Cit.*, p. 20.

27 NOGUERA-FERNÁNDEZ; CRIADO DE DIEGO, 2011, p. 24.

Estabelecido este primeiro elemento, bastante nuclear sob o ponto de vista da representação de um progresso teórico e prático, e dando seqüência à configuração geral do modelo constitucional do novo constitucionalismo latino-americano, pode-se assinalar, partindo do desbravamento que ARMENGOL²⁸ faz dos textos constitucionais de Venezuela, Bolívia e Equador, os seguintes traços a estruturarem e conferirem identidade uniforme ao movimento constitucional em estudo:

a) preâmbulos que conferem às cartas certa “espiritualidade” ao situá-las no contexto histórico do país, com especial atenção às desigualdades, explorações e dizimações, ao mesmo tempo projetando-as em sua finalidade programática;

b) capítulos iniciais que estabelecem conceitos e princípios sobre os quais se funda o pacto social;

c) presença bastante densa de normas-princípios e preceitos teleológicos e axiológicos, alçados à condição de “valores superiores” (constituição da Venezuela) ou “princípios ético-morais” (constituição da Bolívia), dentre os quais cabe destacar: unidade, inclusão, dignidade, igualdade de oportunidade, equidade social e de gênero na participação, bem-estar, justiça social, redistribuição equitativa dos produtos e bens sociais, preeminência dos direitos humanos, pluralismo político, etc.

d) reconhecimento da eficácia direta das normas constitucionais, consagrando sua supremacia sobre todo o ordenamento e sua inarredável força vinculante para com pessoas naturais, jurídicas e poderes públicos (referência nos artigos 410 e 411 da constituição boliviana e 424 a 429 da carta do Equador);

e) construção de um novo modelo de estado, expressado não só na sua intitulação (*Estado democrático y social de derecho e de justicia* na Venezuela, de um *Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario* na Bolívia e de um *Estado constitucional de derechos y justicia* no Equador), como também na sua reconfiguração estrutural, que será examinada adiante;

f) “projeção social do Estado”, com a manutenção da propriedade privada com recorte de função social e ambiental; a maior inovação neste aspecto se dá na constituição equatoriana, que reconhece o direito à propriedade em suas formas pública, privada, comunitária, estatal, associativa, cooperativa e mista (em seu artigo 321);

g) criação de um Estado plurinacional e intercultural, com ampla proteção de minorias étnicas e povos originários (positivada nos artigos 98, 283 e 403 da constituição boliviana, 119 a 126 da venezuelana e 56 a 58, 171 e 257 da equatoriana), o que se manifesta tanto na utilização de suas linguagens e símbolos no texto constitucional (veja-se que a constituição equatoriana estabelece como sendo uma das res-

28 ARMENGOL, *Op. Cit.*, p. 58.

ponsabilidades do Estado a perseguição do *sumak kamsay*, que é um valor indígena), como no reconhecimento das culturas indígenas e seus valores, sua auto-organização, jurisdição própria calcada em suas normatividades e amplo rol de direitos afeitos à sua identidade;

h) profusão de direitos e garantias, com a preocupação na sua individualização, coletivização e interpretação ampliativa de seus beneficiários – em detrimento do constitucionalismo clássico e sua disposição genérica²⁹ – Seguindo, ainda, a planificação realizada por ARMENGOL:³⁰

[...] Esta renovada proyección de la dogmática constitucional contempla los aspectos siguientes:

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

b) Validez de los tratados y acuerdos internacionales ratificados cuyo contenido es la protección de derechos.

c) Se agregan a las tradicionales formas de prohibición de discriminación otras, como la orientación sexual, la identidad de género, el origen, la nacionalidad, la filiación política o filosófica, la condición económica o social, la discapacidad, el embarazo, etcétera.

d) Extensa legitimación de derechos sociales, económicos y culturales, y consagración junto a éstos de la obligación del Estado respecto a los mismos.

e) Refrendo del derecho a la identidad cultural de las minorías étnicas y grupos originarios.

f) Refrendo de derechos a los grupos en situación, como la niñez, los adultos mayores, los discapacitados, los privados de la libertad, los usuarios y consumidores, y las personas con enfermedades catastróficas.

g) Legitimación de novedosas figuras-derechos, como el derecho al agua y el derecho a la alimentación.

h) Planteamiento de temas que están en fase de moralidad crítica pero que aún no configuran derecho, como es el caso de las donaciones o trasplantes de células, tejidos u órganos.

i) Reconocimiento de la titularidad de derechos a personas colectivas, como comunidades, pueblos y nacionalidades.

j) Inclusión de nuevas facetas en derechos clásicos como el de libertad, en el que se introduce la arista de adoptar decisiones

29 PASTOR e DALMAU, *Op. Cit.*, p. 46.

30 ARMENGOL, *Op. Cit.*, p. 60.

libres y voluntarias sobre la sexualidad individual o tomar decisiones independientes y responsables sobre la vida reproductiva.

k) Reconocimiento como sujeto de protección a la naturaleza, respecto a la que se identifica la necesidad de fomentar su protección, restauración y reproducción, creando así una justicia ambientalista.

i) normatização de deveres inerentes ao pacto social para além do que tradicionalmente o constitucionalismo previa, estabelecendo obrigações como difundir a prática dos valores e princípios que proclama a constituição, denunciar e combater os atos de corrupção, proteger os recursos naturais e contribuir com seu uso sustentável, respeitar diferenças étnicas, nacionais, sociais, de gênero, de orientação e identidade sexual;

f) vasta gama de instrumentos de proteção de direitos e garantias, em variedade e número maior do que as cartas via de regra estabelecem a título de proteção em face do estado (nos artigos 109 a 136 da constituição boliviana, 27 a 31 da constituição venezuelana e 75 a 93 da constituição equatoriana);

g) orientação para a integração latinoamericana e fomento à criação de organismos supranacionais de âmbito regional;

h) configuração de Estados intervencionistas, destacando seu protagonismo na gerência dos aspectos econômicos e social; ARMENGOL³¹ destaca as seguintes responsabilidades relegadas aos estados (conforme constam nos artigos 9º da carta boliviana e 3º das constituições de Venezuela e Equador):

[...] garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud, el trabajo y los demás derechos; constituir una sociedad justa y armoniosa; garantizar el bienestar, la seguridad y la igual dignidad de las personas; reafirmar y consolidar la unidad del país; preservar la diversidad plurinacional en la diversidad; promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales; desarrollar el ejercicio democrático de la voluntad popular; promover la prosperidad y bienestar del pueblo; garantizar y defender la soberanía nacional; planificar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza; promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos; proteger el patrimonio natural y cultural del país; garantizar el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

31 *Ibidem.* p. 62.

E, por último, o elemento material comum que traduz um dos principais destaques do novo constitucionalismo da América Latina, que á centralidade da participação popular na nova ordem política instituída:

En este sentido, la principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que recompongamos la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía y gobierno. Lo que la Constitución colombiana de 1991 denomina “Formas de participación democrática” en el Ecuador de 1998 se denomina gobierno participativo; en Venezuela y Bolivia recibe el nombre de democracia participativa; y en el Ecuador de 2008, “Participación en democracia”. El denominador común es el mismo: establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido a través, en muchos casos, de nuevas formas de participación vinculantes. Este factor conecta directamente con la originalidad constitucional a la que se ha hecho referencia, necesaria en el ejercicio de innovación que han planteado las nuevas constituciones, y que en definitiva constitucionaliza varios de los instrumentos de participación y las ansias democráticas del continente.³²

Assim que, conforme este mosaico de elementos comuns verificados nas três constituições em exame, tangenciados à evolução histórica do constitucionalismo, pode-se ver que o novo constitucionalismo latino-americano é um fenômeno cujas tensões que lhe deram forma se passaram no cenário político, insuflado pelas contradições sócio-econômicas de cada país, e não propriamente em gabinetes, de modo a escapar de qualquer formulação acadêmica sólida ou propensão à coerência teórica e rigor técnico (PASTOR e DALMAU, 2012).

No que pese esta particularidade, seria temerário negligenciar os elementos trabalhados acima e as propensões do novo constitucionalismo latino-americano, que, como fenômeno de transição, apresenta enorme riqueza em sua pretensão de transformação social e promoção da dignidade dos povos envolvidos, e cuja evolução poderá, por fim, culminar numa proposta universalizante para a reconstrução de países subdesenvolvidos.

32 PASTOR e DALMAU, *Op. Cit.*, p. 45.

5. CONCLUSÃO

Colocada a proposta do presente artigo, quanto ao interesse epistemológico no enfrentamento do novo constitucionalismo latino-americano e a necessidade de repercuti-lo como um caminho possível para a emancipação das classes subalternas da América Latina, foram situados seus elementos condicionantes e fixadas suas características gerais.

Pode-se verificar que os conceitos do constitucionalismo clássico, em especial soberania popular e poder constituinte originário, foram redimensionados à realidade histórica dos agentes do novo constitucionalismo latino-americano, com processos constituintes marcados pelo empoderamento dos sujeitos excluídos da construção de alternativas concretas de reorganização societária a partir de novas constituições.

Tendo as constituições derivado de um contexto de necessidade, pode-se destacar suas características mais inovadoras, que lhes conferem traços de originalidade e destaque na evolução do constitucionalismo: são cartas cujos preâmbulos são dotados de certa *espiritualidade*, com uma linguagem de luta, que retomam o histórico de espoliação e dificuldades dos respectivos povos e traçam o marco refundacional que representam; constroem estados plurinacionais (no caso de Bolívia e Equador), pautados na interculturalidade e no reconhecimento da complexidade e do caráter nacional das sociedades indígenas; trazem para seu seio valores e conceitos da cosmovisão indígena, utilizando-se inclusive de suas linguagens e reconhecendo seus idiomas como oficiais; democracia participava como espaço central das decisões institucionais, com vários mecanismos de participação direta; reestruturação dos estados superando a tripartição clássica dos poderes, com o estabelecimento do *Poder Cidadão*, na Venezuela, e da *Função de Controle Social*, no Equador, por exemplo.

Neste sentido, pode-se concluir, na esteira das leituras confrontadas ao longo do artigo, que o novo constitucionalismo latino-americano pode ser compreendido enquanto marco teórico-constitucional, ainda inacabado e suscetível de evolução pautada na experiência de seus caminhos já traçados.

6. REFERÊNCIAS

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 latinoamericano*. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2012 (versão eletrônica), p. 51-76.

- _____. *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. In: IUS, n° 25. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 2010, p. 49-76.
- BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, mar/maio, 2007. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>>. Acesso em: 03 set. 2012.
- BONIFAZ, Carlos Romero. *El proceso constituyente boliviano*. In: Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 514. México: 2009, p. 889-938.
- BORÓN, Atilio A. *Estado, Capitalismo y Democracia en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2003.
- CARPIZO, Jorge. *Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*. In: Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 514. México: 2009, p. 1-34.
- CHÁVEZ, Patricia; MOKRANI, Dunia. *Los movimientos sociales en la Asamblea Constituyente. Hacia la reconfiguración de la política*. In: OSAL, n° 22. Buenos Aires: CLACSO, 2007. Disponível em: <<<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/AC22ChavezMokrani.pdf>>>.
- DAGNINO, Evelina. *A transformação dos discursos e práticas da esquerda latino-americana*. In: ALVAREZ, Sonia E. (Org.); ESCOBAR, Arturo (Org.); DAGNINO, Evelina (Org.); *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos: novas leituras*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 61-102.
- 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 Tirant lo Blanch, 2012 (versão eletrônica), p. 11-50.
- _____. *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. In: IUS, n° 25. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 2010, p. 7-29.
- GARCÍA-GUADILLA, María Pilar. *Organizaciones Sociales y conflictos sociopolíticos en una sociedad polarizada: las dos caras de la Democracia Participativa en Venezuela*. In: Revista América Latina Hoy, n° 42. Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 37-60.
- LÓPEZ, Josefina Mendes; ABAD, Marta L. Zaldívar. *“Revolución constituyente” en América Latina: Espina dorsal de lo constitucionalismo de los pueblos*. In: PASTOR, Roberto Viciano (Org.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2012 (versão eletrônica), p. 105-170.
- 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/ar/libros/becas/mirza/cap1.pdf>>>.
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert e DIEGO, Marcos Criado de. *La Constitución colombiana de 1991 como punto de partida del nuevo constitucionalismo em América Latina*. In: Revista Estudios

- Socio-Jurídicos. Bogotá: 2011, p. 15-49. Disponível em <<<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/IndArtRev.jsp?iCveNumRev=18918&iCveEntRev=733&institucion=>>>.
- OLVERA, Alberto; NORIEGA, Armando Chaguaceda. *¿Hay democracia participativa en los países del ALBA? In: Revista Envío*, n. 334. Manágua: 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, 2011, Curitiba, PR. Disponível em <<<http://netsal.iesp.uerj.br/bancodeartigos.php>>>.
- WELP, Yanina. *El referéndum contra el status quo. Análisis de Ecuador, Venezuela, Perú y Bolívia*. In: Revista Dialogos Latinoamericanos, n. 16, Aarhus Universitet, 2009, p. 136-155. Disponível em: <<<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=16212429008>>>.

Capítulo 7

O PLURALISMO JURÍDICO A PARTIR DE DUAS EXPERIÊNCIAS DE POLICIAMENTO ALTERNATIVO NA AMÉRICA LATINA: RONDAS CAMPESINAS DO PERU E POLÍCIA COMUNITÁRIA DO MÉXICO

Gabriela M. Kyrillos¹

Tiago Menna Franckini²

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger³

1. INTRODUÇÃO

Falar sobre pluralismo jurídico requer compreender, desde o início, que o monismo jurídico é uma construção social, cultural e jurídica que predomina desde o início da Modernidade nos Estados nacionais do ocidente. O pluralismo jurídico, por outro lado, encontra-se muito mais próximo do empírico, em outras palavras, *O pluralismo jurídico é antes uma situação de fato do que uma construção teórica.*⁴ Tal afirmação encontra razão de ser na medida em que se percebe que o Direito não é apenas a lei, a legislação é menor que o Direito.⁵

1 Mestranda em Política Social na Universidade Católica de Pelotas – Bolsista FAPERGS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH/FURG e integrante do Grupo de Pesquisa Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia na América Latina (UFPel). E-mail: direito.csociais@gmail.com

2 Mestrando em Ciências Sociais na Universidade Federal de Pelotas – Bolsista CAPES. Bacharel em Ciências Sociais pela mesma Universidade. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH/FURG e integrante do Grupo de Pesquisa Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia na América Latina (UFPel). E-mail: tmfranckini@gmail.com

3 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Mestrado em Política Social da UCPEL, Professora Adjunta do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). É pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. E-mail: raquel7778@hotmail.com

4 ALBERNAZ; WOLKMER, 2010, p. 195

5 Justicia Comunitaria: Resistencia e Contribución. Una visión desde el sistema comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. In: Pluralismo Jurídico. Jesus A. de la Torre Rangel (org.). San Luis Potosi: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosi, 2007b

A hegemonia do monismo jurídico, centrado em um Estado nacional encontra-se cada vez mais questionada pelas diferentes realidades sociais. As diversas formas de uma sociedade se organizar e a pluralidade de culturas que existem dentro de um Estado tendem a gerar diferentes modos de lidar com os conflitos sociais, inclusive com aquilo que transgride as normas daquela coletividade. Nesse sentido, a presente pesquisa buscou analisar duas dessas experiências que se consolidaram a partir da população e dos movimentos sociais e construíram formas não estatais de policiamento, quais sejam: as Rondas Campesinas do Peru e a Polícia Comunitária de Guerrero, no México. Tais experiências podem nos auxiliar a refletir sobre os modos como a pluralidade cultural e jurídica pode existir nos Estados nacionais ocidentais.

Sendo assim, no presente artigo realizamos uma discussão teórica sobre o Pluralismo Jurídico questionando o monismo jurídico enquanto dogma dos Estados modernos ocidentais que tem servido de base para a manutenção e reprodução da colonialidade do poder e da geopolítica dominante da razão jurídica. Será a partir do desenvolvimento de tais discussões teóricas que nos dedicaremos a compreender as duas experiências de policiamento alternativo, suas especificidades, origens e o modo como têm sido pautadas as relações destas com os Estados nacionais nos quais estão inseridas.

2. PLURALISMO JURÍDICO

Como já foi dito inicialmente, se faz necessário que tenhamos claro que o monismo jurídico foi uma construção social e jurídica que, na maioria das vezes, se impôs de modo violento na busca pela formação de uma sociedade homogênea. O monismo legal reduz o direito ao direito estatal⁶ e, portanto, não reconhece como legítimas quaisquer outras formas de gestão de conflitos ou regulação social que não surjam do Estado. Contudo, este direito positivo formal é pouco eficaz, de modo que não tem conseguido dar conta das atuais sociedades latino-americanas,⁷ nas quais têm surgido, com especial força a partir da década de 1990, as discussões sobre a interculturalidade e o pluralismo jurídico. Nas palavras do jurista brasileiro Antonio Carlos Wolkmer:

6 WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*. Palestra apresentada no Seminário Pluralismo Jurídico. Procuradoria do Estado/Ministério da Justiça. Brasília, 13-14 de abril de 2010. p. 3

7 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina. In: *Pluralismo Jurídico*. Jesus A. de la Torre Rangel (Org.). San Luis Potosi: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007, p. 17-18

El colapso de esta legalidad lógica formal, que há servido para reglamentar y legitimizar desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burgués capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado, ahora, no en idealizaciones formalistas y rigidez técnica, sino em supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales.⁸

Sendo assim, parece importante que possamos conceituar o pluralismo jurídico, ainda que seja uma definição entre muitas, como a existência de múltiplas práticas dentro de um mesmo espaço sociopolítico, que interagem tanto por meio do consenso quanto pelo conflito, sendo ou não oficiais e tendo como razão de ser as próprias necessidades existenciais, materiais e culturais da coletividade.⁹ O resurgimento – já que até a Modernidade a organização jurídica se dava de modo descentralizado – da importância das práticas reais e dos próprios sujeitos sociais e suas coletividades enquanto meios legítimos de produção de normatividade nos conduz ao questionamento sobre quais serão os limites, se é que eles existirão, para considerar uma experiência como sendo expressão legítima de pluralismo jurídico.

A afirmação de Norberto Bobbio de que “(...) até uma associação de delinquentes, desde que seja organizada com a finalidade de manter a ordem entre seus membros, é um ordenamento jurídico”,¹⁰ pode ser mal interpretada dada a sua abrangência. O risco de uma ampliação perigosa do que consideramos um ordenamento jurídico legítimo em uma democracia precisa ser enfrentado, para que casos como a estruturação do narcotráfico nas favelas de grandes cidades brasileiras, as milícias que ali têm se instalado ou as ações de grupos criminosos burocratizados como o Primeiro Comando da Capital (PCC) que possui suas próprias leis e tribunais, não sejam tidas como expressão legítimas de normatividade.¹¹

Por essa razão Antonio Carlos Wolkmer também aborda a questão da legitimidade enquanto pressuposto fundamental para a construção de uma cultura jurídica informal.¹² O autor recorre a ideia de critérios-limites que deverão ser tomados em consideração no momento em que pretendemos aferir legitimidade para determinados institutos jurídicos: “A legitimidade dos direitos produzidos pelas subjetivida-

8 *Ibidem.* p.17

9 *Ibidem.* p.21

10 BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2003.p. 31

11 Muito bem abordou essa temática Roberto Barbato Jr. (2010) que realizou uma análise especificamente sobre estas instituições para-estatais no estado do Rio de Janeiro, Brasil.

12 WOLKMER, 2001, p. 325.

des coletivas emergentes depende de determinados ‘critérios-limites’, intimamente associados ao ‘justo’, ao ‘ético’ e ao respeito a vida humana”.¹³ No entendimento do jurista, essa percepção de legitimidade não está associada a ideia de chancela estatal, não se trata de pretender um “aval” do Estado para que uma experiência concreta seja considerada legítima, estando na verdade, ligada a ideia de “justo” comunitário¹⁴. É o que Antonio Wolkmer também aborda em outra obra, quando afirma que

Na verdade, a formação de uma cultura jurídica antidogmática, anti-individualista e antimonista, embasada em princípios comunitários, está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimação social e de um novo diálogo intercultural.¹⁵

Sendo assim, parece seguro afirmar que para aferir legitimidade a uma experiência de pluralismo jurídico não podemos recorrer a critérios tradicionais do direito positivo moderno, ou seja, não é de grande relevância o posicionamento do Estado sobre a experiência a ser analisada. Nesse sentido, o professor mexicano Jesus Antonio de la Torre Rangel¹⁶ compreende que o pluralismo jurídico se distancia da percepção moderna de direito e realiza um rompimento epistemológico: aceita o plural, a diversidade, mas sem perder de vista que nem tudo é válido e toma como elemento essencial do Direito a justiça.

A partir dessas discussões percebemos que outro conceito caro às experiências alternativas de juridicidade que têm emergido na América Latina é o de interculturalidade. De acordo com Catherine Walsh (2006) a interculturalidade é um conceito formulado pelo movimento étnico-social indígena, não eurocentrado e que surge a partir do sul global. A interculturalidade pressupõe a pluralidade cultural, a diversidade e a convivência não apenas pacífica como enriquecedora, segundo o filósofo cubano Raúl Fornet-Betancourt é a partir dela que se pode:

(...) reorganizar o mundo globalizado, fazendo valer, contra as forças dominantes e niveladoras da globalização atual dominante, que no mundo existem povos que fazem o mundo plural

13 *Ibidem*, p.324

14 *Ibidem*, 2001, p.325.

15 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p.38.

16 RANGEL, Jesús Antonio de la Torre Rangel. Introducción. In: *Pluralismo Jurídico*. Jesus A. de la Torre Rangel (Org.). San Luis Potosi: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosi, 2007a. p.11.

e que o futuro da humanidade, por isso, também pode ir pelo rumo da solidariedade entre mundos reais que se respeitem, isto é, de uma humanidade solidária que convive em muitos mundos.¹⁷

As obras sobre interculturalidade de Raúl Fonet-Betancourt (1994; 2003) são de extrema relevância na medida em que irão defender a importância de rompermos com a ideia de *inculturação*. A inculturação foi um instrumento fortemente utilizados pelos países latino-americanos quando da construção dos Estados nacionais. Uma tendência histórica do Brasil e de outros países da América Latina foi apelar para a ideia da mestiçagem como símbolo da identidade de um povo com origens plurais, mas que seria dotado de uma identidade comum.

Nesse sentido, quando as colônias se tornaram Estados independentes teve início uma outra forma de colonização sobre os povos nativos que habitavam a região, era chegada a hora de deixarem de ser índios¹⁸ para se tornarem cidadãos de um determinado país. Em muitos casos, como na Bolívia e no Equador esse processo de integração do índio à nação significava converter-se em mestiço, deixando de ser índio (RODRÍGUEZ, 2010). Nesse processo de assimilação (ou inculturação, nos termos de Fonet-Betancourt) que não pretendia respeitar ou manter as diferenças, quando uma comunidade se recusava a mudar sua identidade e a integrar-se, era como se estivesse agredindo simbolicamente todo o país e colocando em risco a união nacional.

Pois é justamente esse violento processo de construção de uma “identidade nacional” criada *desde arriba* que Raúl Fonet-Betancourt irá criticar. Apesar de já se haver tido um relativo sucesso na superação dessas visões homogeneizadoras sobre um símbolo de identidade nacional, a crítica da interculturalidade continua tendo ra-

17 FORNET-BETANCOURT, Raúl. Pressupostos, Limites e Alcances da Filosofia Intercultural. In: *Alteridade e Multiculturalismo*. Antônio Sidekum (Org.). Rio Grande do Sul: Editora UNIJUI, 2003. p. 301

18 Autores como Enrique Dussel (2005) e Aníbal Quijano (2005), têm destacado a importância do conceito de raça enquanto elemento da colonialidade existente no padrão de poder que ainda hoje persiste: o colonial (QUIJANO, 2005, p. 227). A ideia de que existam raças surge para hierarquizar os seres humanos e “em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América” (QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A Colonialidade do Saber, Eurocentrismo e Ciências Sociais – Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005. p. 228). O início da Modernidade vinculado ao conceito de raça é o momento para a criação de identidades historicamente novas como indígenas e europeus, conceitos genéricos e abrangentes que ocupavam cada qual um posto na escala hierárquica produzida pelo padrão de poder moderno-colonial que se constituía como hegemônico.

ção de existir dado o fato de que os documentos internacionais e mesmo textos legais dos próprios Estados têm utilizado termos como “multiculturalismo” e “interculturalidade”. Para Walsh (2010) estes conceitos são usados pelos Estados e organismos internacionais do mesmo modo: como uma proposta de manter a “unidade na diversidade”, o que não é muito diferente da ideia de inculturação acima analisada. O monismo jurídico, base da organização sociojurídica dos Estados modernos na América Latina, de acordo com Catherine Walsh¹⁹, sustenta-se no sistema de direito positivista ocidental e vem contribuindo para a manutenção e reprodução da colonialidade do poder, bem como, para a manutenção da geopolítica dominante da razão jurídica. O pluralismo jurídico aceita a coexistência de diferentes ordenamentos normativos, mas isso nem sempre acontece sem hierarquias e subordinação, na medida em que:

() el pluralismo jurídico no es un nuevo fenómeno sino una realidad histórica: lo nuevo es su reconocimiento por parte de entidades internacionales y los Estados, un reconocimiento a veces problemático por el poder que implica en nombrar, controlar y codificarlo, y por ser típicamente subordinado al sistema nacional-estatal, la única excepción siendo tal vez el caso de la nueva Constitución de Bolivia.²⁰

Por essa razão, não basta a utilização de conceitos como interculturalidade em textos jurídicos, é preciso uma nova forma de relacionamento entre o Estado e suas diferentes etnias, é preciso uma superação do paradigma assimilacionista, calcado na violenta aculturação. Nesse sentido, com razão afirma Raquel Sparamberger (2011) que a Constituição Federal do Brasil (1988) rompe pela primeira vez no país com o assimilacionismo e propõe um paradigma da interação, no qual se reconhece como legítimas as organizações sociais, línguas, crenças e tradições dos povos originários promovendo, única e exclusivamente, a proteção dessas comunidades no país.

Apesar disso, o Brasil ainda não reconheceu constitucionalmente a autonomia de organizações jurídicas ancestrais e não-estatais em seu território, ainda que esta seja uma tendência nas Cartas de outros países latino-americanos, como as Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (1998). Houve muitas discussões sobre o conceito de *Estado Unitário Plurinacional* adotado em ambos os textos constitucionais. Como nos esclarece Walsh²¹, o caso do Equador é emblemático pois reconheceu os

19 WALSH, *Op. Cit.* p. 9.

20 *Ibidem*, p. 9-10

21 *Ibidem*, p. 10-11.

povos indígenas como sujeitos de direito, que as suas normas, costumes e as autoridades indígenas formam um direito diverso e autônomo do direito estatal.

Os críticos dessa “nova” forma de lidar com a normatividade, temem que a pluralidade e a autonomia de determinados povos ameacem a integridade do Estado, tornando-o frágil e suscetível às rupturas internas. Para essa perspectiva os mitos fundadores dos Estados – seja o da mestiçagem, em países como Bolívia e Equador, seja o de uma suposta democracia racial, como no Brasil – são indispensáveis para a manutenção da identidade nacional. Porém, essa crítica desconsidera a real proposta dos movimentos sociais que pleiteiam o respeito ao seu direito consuetudinário, pois:

() los proyectos de nación de los movimientos no plantean la autodeterminación al margen de sus estados naciones sino un conjunto de transformaciones y una forma de integración distinta a la que históricamente plantearon las élites constructoras de nación, que reconozca sus identidades y diferencias y les permita tener un papel activo en su construcción. Esta forma de integración es sintetizada en el Estado plurinacional.²²

Assim sendo, estes grupos reclamam seu direito de participar do Estado sem que para isso precisem abrir mão de suas identidades. É preciso destacar, ademais, que os povos originários possuem suas próprias formas de resolução de conflitos e de normatividade. A colonização e o posterior surgimento dos Estados modernos independentes na América Latina combateram fortemente todas as manifestações culturais e sociais dessas comunidades, o que inclui seus sistemas de juridicidade. Esse tipo de colonização epistemológica faz com que na atualidade autores como Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses (2010) apresentem a expressão *Epistemologias do Sul* como sendo uma metáfora do sofrimento, da exclusão e do silenciamento de saberes, povos e culturas que, ao longo da história, foram dominados pelo capitalismo e colonialismo; colonialismo que imprimiu uma dinâmica histórica de dominação política e cultural submetendo à sua visão etnocêntrica o conhecimento do mundo, do sentido da vida e das práticas sociais. Percebe-se aí a afirmação de uma única ontologia, de uma epistemologia, de uma ética, de um modelo antropológico, de um pensamento único e sua imposição universal.

22 RODRÍGUEZ, Edwin Cruz. Los Movimientos Indígenas y la Cuestión Nacional em Bolivia y Ecuador: Una Genealogía del Estado Plurinacional. In: *Análisis Política*. Vol. 23, n.º. 70. Sept./Dec. Bogotá, 2010. p.2

A partir do momento em que reconhecemos que o mundo é plural e que os Estados, também o são, apesar de todos os esforços empreendidos pelas elites que o fundaram, se faz necessário pensar instrumentos capazes de promover o necessário diálogo intercultural. Para isso, é de fundamental importância que não se construam colonizações sobre formas distintas de conhecimento e de juridicidade. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos (2010), chama a atenção para a necessidade dos procedimentos de tradução que permitam às diferentes culturas travarem um diálogo a respeito de diversos temas fundamentais.

Santos faz uso do conceito de hermenêutica diatópica, retirado da obra do filósofo hindu-espanhol Raimon Panikkar para fazer referência a um exercício interpretativo, no qual as culturas participantes procurariam promover um diálogo entre suas soluções parciais para problemas isomórficos. Dito de outra forma, parte-se da ideia da incompletude das culturas e conclui-se por considerar que um diálogo entre elas pode, desde que realizado com respeito às culturas subalternizadas, fazer emergir soluções cosmopolitas, não calcadas na hegemonia Ocidental. Santos propõe basicamente três exercícios de hermenêutica diatópica: um em torno da preocupação isomórfica da dignidade humana, envolvendo o conceito ocidental de direitos humanos, o conceito islâmico de *uma* e o conceito hindu de *dharma*; outro em torno das diferentes concepções de vida produtiva, envolvendo as concepções de desenvolvimento capitalista e a concepção de *swadeshi* proposta por Gandhi; o terceiro em torno das diferentes concepções de sabedoria, envolvendo a filosofia ocidental e a *sageza* africana.

É interessante observar que todos esses exemplos de hermenêutica diatópica têm por referência a pluralidade cultural *externa*, mas nada impede que o mesmo processo se dê com vistas à pluralidade *interna*. De fato, as diferenças culturais no interior de um mesmo Estado podem ser (e frequentemente são) radicais o suficiente para que algum processo de tradução seja indispensável, sob pena de prejudicar o acesso de diversos grupos culturais a direitos básicos e ao reconhecimento das suas diferenças. Além disso e contrariamente às correntes que temem que a pluralidade possa fragilizar o Estado, argumentamos que o não-reconhecimento dessa pluralidade e a recusa em proceder a um diálogo priva o Estado de alcançar soluções criativas que podem emergir a partir das culturas subalternas.

Utilizar mecanismos como a hermenêutica diatópica é uma das formas possíveis de buscar uma harmonia dentro de Estados interculturais e plurais. Não existem roteiros ou receitas prontas quando se trata de pluralismo jurídico, o que sim podemos perceber com segurança é a importância das experiências concretas que surgem a partir da população e dos movimentos sociais. Tais experiências podem nos

auxiliar a compreender como se expressa o pluralismo jurídico na contemporaneidade, suas características e suas potencialidades. É com esse objetivo que passamos para a segunda parte de nosso texto e analisamos duas experiências de policiamento que emergem da comunidade.

3. DUAS EXPERIÊNCIAS CONCRETAS DE POLICIAMENTO ALTERNATIVO

Nossa proposta neste momento é apresentar duas experiências concretas de participação popular no policiamento que desafiam o monismo jurídico, quais sejam: a Polícia Comunitária de Guerrero (México) e as Rondas Campesinas (Peru). Tal objetivo surgiu a partir da necessidade de debater o tema do pluralismo jurídico de modo atrelado a realidade, sem perder de vista os anseios populares e dos movimentos sociais. Para isso, nos dedicamos a estudar duas experiências de grande importância e impacto na realidade de seus países e que ainda são pouco conhecidas não apenas pelos países do norte global, como por países próximos, igualmente latino-americanos, como o Brasil.

Segundo Jesus de la Torre Rangel (2007b) em um capítulo que dedica a estudar a Polícia Comunitária de Guerrero, a importância que esta experiência tem para a comunidade e a riqueza que possui, são razões suficientes para que seja difundida ao máximo. O mesmo vale para as Rondas Campesinas do Peru, pela qual começaremos nossa análise utilizando um critério cronológico.

3.1. Rondas Campesinas do Peru

Uma autora muito relevante nessa temática é a jurista peruana Raquel Yrigoyen Fajardo que explica que:

Las Rondas Campesinas constituyen una forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local. Las Rondas demandan pleno reconocimiento constitucional y legal para el ejercicio de funciones jurisdiccionales y de autoridad comunal local, en el marco de un modelo de Estado pluricultural y democrático. Estas demandas chocan contra una interpretación monista – que reduce la producción del derecho a ciertos órganos estatales – y restrictiva – que interpreta de modo estrecho los derechos culturales-. Sin embargo, cabe respaldarlas si

se analizan las mismas desde una perspectiva pluralista, que admite la co-existencia de diversos sistemas culturales y legales en un mismo espacio geopolítico, articulados democráticamente.²³

A autora relaciona, portanto, a experiência das Rondas Campesinas com a ideia de pluralismo jurídico já que esta forma de policiamento e julgamento não surgiu a partir do Estado, mas teve suas bases nos anseios da população e que para lhe aferir legitimidade é preciso partir de uma visão ampla de direito que vai de encontro com a percepção monista do Estado moderno. As Rondas Campesinas no Peru surgiram na segunda metade da década de 1970 e se expandiram para todo o país na década de 1980. Nesse período, o país passou por uma reforma agrária que buscou ampliar o acesso a terra para a população e reduzir os latifúndios, tal reforma reduziu o poder dos proprietários de terra que foram substituídos pelos funcionários estatais e líderes comunitários. Contudo, passadas essas ações de reforma agrária, o campo ficou esquecido e houve um aumento da pobreza que conseqüentemente levou ao aumento de roubos, assaltos e outros delitos.

Ante esa necesidad colectiva de protección, surgió como respuesta una nueva forma organizativa, las autodenominadas “rondas campesinas”. Al inicio llamaban “rondas” a los grupos de vigilancia nocturna, pero luego las rondas se convirtieron en un sistema de autoridad comunal propio.²⁴

A população da aldeia passa a se organizar em Assembléias na qual participa toda a população e cria um Comitê Diretivo que é democraticamente eleito. A partir do momento que as Rondas começam a conseguir solucionar os problemas de violência, passam também a lidar com todos os outros conflitos e problemas da comunidade de modo dialogado e consensual. As Rondas partem da lógica da reciprocidade andina e da harmonia comunitária para resolver tais conflitos. Se antes determinadas querelas judiciais levavam anos para terem uma decisão do sistema de justiça estatal ou por serem delitos “menores” sequer tinham a tutela da justiça tradicional (casos de denúncias de problemas familiares, violência doméstica contra as mulheres, ameaças etc) agora passavam a ser resolvidas em apenas poucas horas, com a participação de toda a população, o que assegurava o cumprimento do acordo.

Nos casos de crimes contra o patrimônio as penas perpassam a devolução do bem roubado ou uma reparação, além disso, cumprem a pena de realizar trabalhos

23 FAJARDO, *Op. Cit.*, p. 31.

24 *Ibidem.* p. 34.

comunitários durante o dia e fazer parte das Rondas durante a noite, com direito a folgas e descanso a isso se denominou *cadena ronderil*. Outras penas incluem alguns castigos físicos aprovados em Assembléia que vão desde exercícios físicos a “castigos de massa” (que seria algum castigo físico que seria aplicado pelos familiares ou as mulheres), sendo que este último vem cada vez mais sendo substituído pela *cadena ronderil*. No regulamento das Rondas Campesinas está expressamente posto que não se permitirá como penas a tortura, o desaparecimento e a pena de morte. O objetivo das Rondas é a reintegração, de modo que a importância de participar das próprias Rondas é para que aquele que cometeu um delito tenha a oportunidade de se arrepen-der, percebendo o quão difícil é o trabalho dos ronderos e das ronderas. As decisões da Assembléia são registradas por meio de:

() una “acta de arreglo” o “acta de esclarecimiento del problema” o acuerdo de algún tipo, en el que estampan su firma o huella digital tanto las personas directamente implicadas como sus familiares cercanos (como un mecanismo de prevención de conflictos) y las autoridades ronderas presentes. Cuando el problema es grave e involucra varias estancias también están presentes autoridades de las mismas que igualmente ponen su firma y sello.²⁵

Podemos perceber que quando ocorre um conflito ou um crime a comunidade inteira participa na busca por uma solução, além disso, a família tem um papel especial na medida em que é chamada a assumir parte da responsabilidade pelo adequado cumprimento da pena ou do acordo que ali foi firmado. Ademais, podemos perceber que não se trata apenas de castigar quem comete um crime, mas sim de buscar uma harmonização social, por meio da reparação dos danos causados à vítima, que não é um instrumento ou mera testemunha no processo, mas sim, um sujeito com voz ativa.

Quando se trata do atrito entre as Rondas Campesinas e a justiça tradicional, Raquel Fajardo (2002) nos esclarece que os problemas tendem a surgir quando se sai do âmbito comunitário, em geral, os fiscais e juizes entendem que a atuação rondera não possui tutela legal o que gera, na maior parte dos casos, denúncias contra os ronderos que são feitas por aqueles que cometeram o delito na comunidade e acolhidas pelas autoridades judiciais em razão da sua cultura monista e por se sentirem ameaçados diante dessa nova forma de justiça. A autora afirma, ademais, que é por essa razão que centenas de ronderos já foram perseguidos e processados por crime

25 *Ibidem*. p. 35.

contra a liberdade individual, sequestro, lesões, crime contra a administração pública, dentre outros, em especial até início da década de 1990.

A Constituição do Peru (1993) é mais recente que as próprias Rondas Campesinas, razão pela qual há expressa previsão sobre as Rondas e seu direito de autonomia de exercerem funções jurisdicionais de acordo com o direito consuetudinário, desde que não violem direitos fundamentais da pessoa humana o que é coerente com os critérios-limites dos quais falamos quando discutimos sobre a legitimidade das experiências plurais. Conforme a letra da Lei:

Artículo 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. (PERU, 1993)

Apesar da previsão constitucional e da legislação específica sobre as Rondas (Lei 27908), como já havíamos mencionado antes, diversas vezes os ronderos foram acusados pela justiça tradicional. Um desses casos chegou na Suprema Corte de Justiça em razão de recurso contra uma decisão em primeira instância que condenava 11 autoridades das rondas campesinas, por acusação de sequestro, usurpação de funções, violência e resistência à autoridade. O entendimento da Corte Superior foi no sentido de reformar a decisão inicial, inocentando os 11 membros das Rondas Campesinas.²⁶

As justificativas apresentadas pela Corte são fundamentais para compreender como podem ser interpretados os dispositivos plurais que começaram a surgir nas recentes Constituições de países da América Latina. Raquel Fajardo (2007) considera que elas podem ser o início de uma jurisprudência pluralista no Peru. A decisão da Corte Superior foi de encontro às interpretações mais restritivas da Constituição e seu conteúdo acerca das Rondas Campesinas. Ditas interpretações alegavam que não estariam legitimadas pela Constituição as rondas campesinas autônomas, que eram aquelas que não serviam às comunidades campesinas e nativas, mas sim a outras formas de comunidades que por desconhecimento do legislador constitucional não

26 Uma excelente e ampla análise desse caso encontra-se em: FARJADO, Raquel (2007). Os dados do processo são: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL TRANSITORIA, RN. N° 975-04, SAN MATÍN-PERU.

foram expressamente contempladas (FARJADO, 2007). Desse modo, a Corte com essa decisão, entende que

No es necesario que la Constitución autorice expresamente a cada órgano comunal para actuar con facultades delegadas de dicha comunidad. Las comunidades tienen derecho de decidir a través de qué órganos ejercen sus funciones jurisdiccionales.²⁷

A grande relevância de posicionamentos jurisdicionais desse tipo está em reconhecer a pluralidade jurídica que pode existir dentro de um mesmo Estado Nacional. Mais do que uma previsão abstrata de pluralismo, trata-se do respeito e do respaldo do Estado Nacional às ações de grupos e comunidades que lidam com seus conflitos de modo diferente do padrão judicial ocidental.

3.2 Policía Comunitaria de Guerrero no México

A Polícia Comunitária surge em Montaña e Costa Chica no estado de Guerrero no México. Essa região é majoritariamente composta por indígenas de diversas etnias e é composta por alguns dos municípios mais pobres do México: “Casi el noventa por ciento de las localidades indígenas de la región están catalogadas como de alta y muy alta marginación; la desnutrición y el hambre son sólo los síntomas más dolorosos de su enorme pobreza.” (RANGEL, 2007b, p.264). Nesse contexto, o Estado se faz ausente por meio de um sistema de segurança e justiça ineficaz, corrupto e repressivo – que de um modo geral ignora as demandas dos indígenas por meio de um racismo institucional – no qual as forças policiais tradicionais exerciam um papel central no processo de marginalização e coerção da população (GASPARELLO, 2009). Diante dessa violenta realidade, em 15 de outubro de 1995 surge a Polícia Comunitária:

En principio, los policías comunitarios después de capturar al delincuente lo entregaban a la Agencia del Ministerio Público. Sin embargo, de poco servía; los autores de delitos, se las ingeniaba, o mejor dicho corrompían a las autoridades para ser liberados pronto y reaparecían reincidiendo en sus actos delictivos y burlando así a las autoridades comunitarias.²⁸

27 Fajardo, *Op. Cit.*, p. 437.

28 RANGEL, 2007b, p. 266.

Diante dessa total ineficácia “(...) el 22 de febrero de 1998 (...) en Asamblea Comunitaria se decide impartir la justicia en base a la tradición de los ancestros, y para ello se constituye la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC)”.²⁹ O surgimento da CRAC faz com que passe a existir todo um sistema organizado de prevenção de delitos, de administração e aplicação da justiça. O principal foco das ações da CRAC e da Polícia Comunitária é a reeducação daquele que transgrediu a norma. Sendo assim, de acordo com Giovanna Gasparello (2009) além das atribuições já mencionadas da CRAC, ela também coordena o processo de reeducação que consiste em administrar a pena que obriga o condenado a trabalhar em favor da comunidade cumprindo 15 dias em cada uma delas sendo posteriormente trasladado para outra, até que cumpra o tempo previsto na decisão da Assembléia.

En las comunidades son vigilados por los policías comunitarios y alimentados por la comunidad, mientras las autoridades comunitarias y los *principales* se encargan de la reeducación, o sea de platicar con ellos para hacerlos reflexionar sobre su conducta.³⁰

Essa proximidade com a comunidade é muito positiva na medida em que tem um papel importante no estreitamento dos laços comunitários, a partir de uma dupla reconciliação: por um lado, aquele que cometeu o delito passa a se identificar com aquela população e entender as consequências de suas ações; por outro lado, e em decorrência disso, a própria comunidade passa a enxergar o indivíduo em questão como parte dela e os próprios membros da comunidade deixam de desumanizá-lo, de considerá-lo como um inimigo.

O respaldo da Polícia Comunitária frente a justiça tradicional se dá por alguns documentos jurídicos, dentre eles: os artigos 2 (sobre direito dos povos indígenas) e 39 (acerca da soberania do povo) da Constituição Mexicana e os artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 do Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Este Convênio representou um avanço no modo como devem se relacionar os Estados e seus povos originários na medida em que defende a autonomia e o respeito aos mesmos. Alguns trechos relevantes sobre essa temática são:

Art. 8.2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente

²⁹ *Ibidem*. 267

³⁰ GASPARELLO, *Op. Cit.*, p. 66-67.

reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. (...) Art. 9.1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. (OIT, 1989)

Tanto o México como o Peru ratificaram esse Convênio que serve de base para que as organizações alternativas e populares de policiamento reivindiquem o respeito e autonomia de suas práticas. A CRAC vela pelo respeito e promoção dos Direitos Humanos, e uma de suas diretrizes é a de que ninguém pode ser julgado duas vezes por um mesmo delito. Para que isso não ocorra a CRAC assume a responsabilidade de quando houver sentença informar à justiça tradicional que determinado assunto já foi atendido, para assim, evitar a duplicidade de funções e o evidente prejuízo do acusado.³¹ Segundo Jesus de la Torre Rangel (2007) quando o Sistema Comunitário aje de tal modo está reconhecendo o sistema de justiça estatal e demonstrando sua intenção de conviver de modo harmonioso com o mesmo.

Um ponto comum relevante nas duas experiências reside no fato de que elas surgiram diante da incapacidade do Estado nacional em garantir segurança e tratamento equitativo dos membros dessas comunidades na Justiça estatal. Em verdade, a precariedade no oferecimento por parte do Estado da segurança pública e de acesso aos canais formais de Justiça, tendem a gerar uma auto-regulação das próprias comunidades. Em ambos os casos aqui analisados, há uma marginalização, por parte do Estado dos povos e comunidades indígenas, especialmente na área rural, que foram historicamente esquecidos e subalternizados pelo poder formal desde o surgimento dos Estados nacionais.

Essa não é uma especificidade do México e do Peru, trata-se de uma tendência mais ampla que perpassa os países da periferia do capitalismo mundial, no qual as populações “Não podendo contar com o Estado, preferem submeter-se aos ditames socialmente emergidos e tacitamente legitimados pela população”.³² É interessante que a partir de uma autogestão necessária, algumas dessas experiências conseguem se

31 RANGEL, 2007b, p.278.

32 BARBATO JR, Roberto. Pluralismo Jurídico e Criminalidade Brasileira. In: *Pluralismo Jurídico – Os novos caminhos na contemporaneidade*. Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Quintanilha Veras Neto; LIXA, Ivone M. (Orgs). São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 226.

constituir como canais legítimos de exercício de direitos, baseado nos costumes e no respeito a alguns dos direitos fundamentais, como a justiça e a vida humana.

É por essa razão que Antonio Carlos Wolkmer entende que as experiências de pluralismo são “(...) instrumento de luta para combater as mazelas da globalização e para legitimar-se como estratégia contra-hegêmonica de resistência e de afirmação dos direitos humanos emergentes”.³³ Nesse sentido Raquel Fajardo (2002) compreende que existem duas tendências internacionais, em especial latino-americanas: de um lado se tem cada vez mais caminhado para uma forma pluralista de lidar com as questões interculturais, por outro lado, o modelo neoliberal que conduz ao abandono da ideia de um Estado de Bem Estar Social também tem se expandido na região.

Nesse sentido, o professor Jesús de la Torre Rangel (2007) afirma que as experiências de justiça comunitária são uma forma de resistência à globalização hegemônica, na qual os povos e as comunidades defendem suas vidas e os elementos materiais que tornam possível suas próprias identidades, de modo que contribuem para o resgate da sabedoria do Direito. A partir de “novas” formas de perceber o Direito e a justiça, estas experiências são parte de um novo momento que se vive na América Latina, marcado pelo surgimento de maneiras mais harmoniosas de lidar com as diferenças e com a pluralidade étnica.

4. CONCLUSAO

Neste artigo, nos propusemos a fazer uma breve incursão na realidade do pluralismo jurídico da América Latina contemporânea, no que diz respeito às formas alternativas de policiamento, julgamento e condenação. Para tal, apresentamos a noção de pluralismo jurídico, demonstramos de que forma ela está ligada a noção de interculturalidade, propusemos a hermenêutica diatópica como forma de construir um terreno comum a partir do qual os sistemas jurídicos das diversas nações de um mesmo Estado poderiam dialogar e prosseguimos com a análise das duas experiências de policiamento comunitário em tela, quais sejam: a do México e a do Peru.

Dadas as diferenças de vulto entre o contexto jurídico e político dos dois países, este trabalho, apesar de seu foco bastante específico, nos permite vislumbrar certas condições que podem servir de catalisadores ou obstáculos à efetividade do pluralismo. Notadamente, o espírito em que o texto constitucional é redigido e a forma como ele trata os arcabouços jurídicos das diversas nações no interior do mesmo Estado é relevante na medida em que poderá ser um facilitador para que as

33 WOLKMER, 2010, p. 39.

experiências de pluralismo jurídico surjam e se fortaleçam, do mesmo modo que poderão ser também mais obstáculos a serem enfrentados pela população.

É necessário, entretanto, atentar para o fato de que a Constituição de um Estado, por mais pluralista que se pretenda, não pode servir como última instância interpretativa e ponto de referência comum para resolver conflitos entre os diferentes sistemas jurídicos no interior de um mesmo Estado, pois ela, em sua forma atual, é uma instituição ocidental, ordenada segundo valores ocidentais e construída seguindo procedimentos e normas ocidentais. De um ponto de vista sociológico crítico, a Constituição representa não os valores de todos os grupos culturais no interior do Estado, mas sim, principalmente, os valores do grupo hegemônico. Não se trata aqui de afirmar, ao estilo de certo marxismo rasteiro, que o Estado seja o comitê executivo de uma determinada classe, mas sim de reconhecer que uma Constituição, assim como um conjunto de normas baseado nos usos e costumes de uma tribo indígena, é um produto cultural de um grupo específico e deve ser assim considerada.

Ao fim e ao cabo, a mudança mais radical a qual se pode proceder talvez não seja fazer com que a Constituição incorpore os demais arcabouços jurídicos presentes no Estado, mas sim reconhecer que aquela se encontra no mesmo nível destes, não possuindo sobre eles qualquer primazia. Um conjunto de normas que pudesse legitimamente ocupar o topo da pirâmide normativa sem ferir o pluralismo jurídico teria de ser elaborado em um diálogo intenso com as culturas subalternas presentes no território do Estado e o resultado poderia variar tanto no conteúdo quanto na forma, resultando em algo completamente diferente daquilo que a tradição ocidental tem chamado de “Constituição”.

5. REFERÊNCIAS

- ALBERNAZ, Renata; WOLKMER, Antonio Carlos. As Questões Delimitativas do Direito no Pluralismo Jurídico. In: *Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos na contemporaneidade*. Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Quintanilha Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs). São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp. 195-221.
- BARBATO JR, Roberto. Pluralismo Jurídico e Criminalidade Brasileira. In: *Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos na contemporaneidade*. Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Quintanilha Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs). São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp. 225-240.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2003.
- COSTA, Sérgio. A mestiçagem e seus Contrários – Etnicidade e Nacionalidade no Brasil Contemporâneo. In: *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, pp. 143-158, maio de 2001.
- DUSSEL, Enrique. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. In: *A Colonialidade do Saber, Eurocentrismo e Ciências Sociais – Perspectivas Latino-Americanas*. Edgardo Lander (org). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005.

- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hacia una Jurisprudencia Pluralista. In: *Revista Anuario de Derecho Penal. Derecho Penal y Pluralidad Cultural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Suiza, 2007.
- _____. Hacia un Reconocimiento Pleno de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Legal. In: *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*. Nº. 59-60 Edición Especial. Vol. 1. Sicuani, Cusco: Instituto de Pastoral Andina, 2002. pp. 31-81
- FORNET-BETANCOURT, Raúl. Presupuestos, Límites e Alcances da Filosofía Intercultural. In: *Alteridade e Multiculturalismo*. Antônio Sidekum (org.). Rio Grande do Sul: Editora UNIJUI, 2003. pp. 299-316
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: *A Colonialidade do Saber, Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-Americanas*. Edgardo Lander (org.). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005.
- RANGEL, Jesús Antonio de la Torre Rangel. Introducción. In: *Pluralismo Jurídico*. Jesús A. de la Torre Rangel (org.). San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007a.
- _____. Justicia Comunitaria: Resistencia e Contribución. Una visión desde el sistema comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. In: *Pluralismo Jurídico*. Jesús A. de la Torre Rangel (org.). San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.
- RODRÍGUEZ, Edwin Cruz. Los Movimientos Indígenas y la Cuestión Nacional em Bolivia y Ecuador: Una Genealogía del Estado Plurinacional. In: *Análisis Política*. Vol. 23, nº. 70. Sept./Dec. Bogotá, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A Gramática do Tempo. Para uma nova cultura política*. 3 ed. São Paulo: Editora Cortez, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. MENESES, Maria Paula. (Orgs.) *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o canône do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para Libertar. Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Boaventura de Souza Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*. Palestra apresentada no Seminario Pluralismo Jurídico. Procuradoria do Estado/Ministério da Justiça. Brasília, 13-14 de abril de 2010.
- _____. Interculturalidad y Colonialidad del Poder. Un pensamiento y posicionamiento otro desde la diferencia colonial. In: *Interculturalidad: Descolonización del Estado y del Conocimiento*. Catherine Walsh, García Linera y Walter Dignolo (orgs.). Buenos Aires: De Signo, 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.
- _____. Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina. In: *Pluralismo Jurídico*. Jesús A. de la Torre Rangel (org.). San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.
- _____. Pluralismo Jurídico: Um espaço de resistência na construção de Direitos Humanos. In: *Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*. Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

Capítulo 8

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LUTAS SOCIAIS ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS SOBRE O MILITANTISMO E O ENGAJAMENTO: ANÁLISE SOBRE O PANORAMA BRASILEIRO

Lara Freire Bezerra De Sant'anna¹

“Se não estivermos lá também nós, eles acabam fazendo uma república. Se queremos que tudo fique como está, é preciso que tudo mude...” (O Leopardo – Tomasi di Lampedusa)

1. INTRODUÇÃO

Pouco explorada é a relação que existe entre direito e movimentos sociais, em parte por pertencerem a ciências distintas, em parte pela carente relação que as ciências estabelecem entre si. Se por um lado o direito é objeto de estudo da ciência jurídica e a teoria dos movimentos sociais da sociologia, de outro tanto, o direito, como a sociologia, são ramos do tronco ciência social, diferenciando-se entre si não tanto pela realidade que analisam, que pode ser a mesma, mas pelo olhar que lançam sobre o objeto. Enquanto o direito busca regular a existência do homem em sociedade, tornando efetivo o contrato social de vida partilhada, através de um sistema normativo, coativo e obrigatório, a sociologia lança seu olhar para a sociedade, não para controlá-la, mas para entendê-la e explicá-la. Através de uma reflexão apressada, poderia mesmo se chegar à conclusão de que ambos os fenômenos são opostos entre si, já que teoricamente o direito evoca a ordem, a pacificação social, enquanto os movimentos sociais, ao problematizarem a sociedade, produzem o conflito. Todavia esta é uma impressão preliminar, pois não só o direito produz também conflito, como os movimentos sociais também promovem a pacificação, ambos encontrando-se no campo reservado ao institucional, onde a conexão é evidenciada através de dois fenômenos principais: a utilização por parte dos movimentos sociais de recursos jurídicos como estratégia de alcance de seus objetivos, levando suas causas para serem decididas por um tribunal; e a migração das causas, que usualmente eram reclamadas pelos movimentos sociais, das ruas para o tribunal, através da judicialização da política.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Bolsista da CAPES. Endereço eletrônico: lara.f.b.santanna@gmail.com

A análise que se propõe neste estudo perpassa a formação da estrutura jurídico-institucional brasileira, fruto da reviravolta jusnaturalista do direito no pós-1945, que buscou colocar no amplo vácuo deixado pelas atrocidades dos regimes totalitários a esperança do “direito levado a sério”. A partir destas noções preliminares, passa-se a examinar a ação dos movimentos sociais em direção ao direito, sua busca por amparo jurídico-institucional e o seu modo de explorar os limites de possibilidades do sistema jurídico. Este movimento é de mão dupla: gera consequências tanto dos movimentos sociais sobre o direito, como do direito sobre os movimentos sociais, através da sua institucionalização. É este último efeito o principal objeto do presente estudo. Quais as consequências da institucionalização dos movimentos sociais através do direito? A resposta a este questionamento é enfrentada principalmente através da teoria dos movimentos sociais e da teoria do constitucionalismo democrático. Através do estudo das formas e fatores de surgimento dos movimentos sociais busca-se analisar em que esta institucionalização através do direito pode influenciar no nascimento da problematização coletiva e do agrupamento de pessoas em torno de bandeiras em comum.

A hipótese que aqui se levanta é que este processo de judicialização da política e despoliticização da vida gera consequências negativas nos fatores que levam ao engajamento, causando um resfriamento cívico. Os mesmos princípios ativistas utilizados para conceder determinadas medidas sociais por parte do judiciário é utilizado por este mesmo órgão para sustentar posições conservadoras, defender interesses das classes dominantes e proprietárias. Não é por acaso que a teoria do neoconstitucionalismo é defendida de forma praticamente unânime das cadeiras do direito, que se alheiam à crítica, reconstruindo um ideal universal que não universaliza, mas exclui.

O trabalho se baseia em pesquisa bibliográfica-documental e em dados colhidos em órgãos estatais, principalmente do poder judiciário. A base teórica é a teoria dos movimentos sociais, com incursões na teoria geral do direito. Trata-se de pesquisa teórica e de observação sistemática.

2. O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LUTAS SOCIAIS

O constitucionalismo brasileiro, ainda que considerado tardio,² insere-se no contexto do movimento de moralização do direito iniciado no pós-segunda gran-

2 Como bem assinala Eduardo Ribeiro Moreira (2012, p. 14), por contar a nossa Constituição com apenas vinte anos de existência, período que é considerado como de adaptação e assentamento da democracia, e por termos vivenciado uma ditadura após 1945, o Brasil ainda se enquadra no rol das “novas democracias”.

de guerra em solos europeus. Este movimento, que partiu de uma mudança no próprio conceito de direito e da promulgação ou reformulação de ao menos três quartos das Constituições mundiais,¹ além de estabelecer um amplo catálogo de direitos fundamentais, afirmou ainda a supremacia dos textos constitucionais e seu consequente controle de constitucionalidade. Embora a ideia da supremacia constitucional não fosse nova, uma vez que formulada por Kelsen no início do século XX,² antes mesmo dos drásticos acontecimentos que desencadearam a virada jusnaturalista do direito, com a incorporação de normas de conteúdo claramente axiológico,³ o controle que dela deriva passou a ser de gênese substancial, alargando em grande medida a possibilidade da análise do mérito do legislador. Nos moldes como foi estabelecido o constitucionalismo no Brasil, escolheu-se eleger o poder judiciário como órgão competente para o exercício deste controle, em evidente deferência ao modelo norte-americano de controle judicial de constitucionalidade, desta forma afirmando, além dos três elementos acima mencionados, a supremacia judicial, ao fixar este poder como intérprete oficial da Constituição.

Este movimento é reflexo dos acontecimentos pré-1945, esboço de resposta aos regimes autoritários/totalitários que teriam vingado sob a égide da legalidade. Em contrapartida, apresentava-se com este novo modelo de constitucionalismo, uma garantia de controle dos poderes majoritários e o respeito aos direitos fundamentais, englobando dentro destes os direitos das minorias e grupos vulneráveis. Com a incorporação de direitos humanos a um documento constitucional escrito e rígido,⁴ tornando-os fundamentais, criava-se um mecanismo de imunização da sociedade contra eventual ação danosa do processo político majoritário.⁵ Neste contexto coloca-se como proeminente a função do poder judiciário, competente para exercer a justiça

1 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da Reforma Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 13.

2 A guarda formal da constituição já havia sido idealizada no início do século XX por Kelsen, quando, estabelecendo o sistema hierárquico das normas, com a constituição no seu ápice, criou o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, no qual um órgão especializado seria competente para, atuando como legislador negativo, analisar a compatibilidade dos atos inferiores com o texto constitucional. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246-249.

3 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: _____(Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 117.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 353.

5 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

constitucional, no caso do Brasil, em todos os graus, bem como alça destaque a função do próprio direito, que, ao ter atacada a sua dogmática, ganha para si a função de “instrumento universal da transformação social politicamente legitimada”.⁶

A constitucionalização dos direitos humanos, somada a uma nova hermenêutica, que deixa de lado o caráter meramente político da constituição, para afirmá-la como carta de direitos imediatamente exigíveis, acaba por encurtar o espaço da política majoritária, na medida em que prevê-los implica o dever dos poderes majoritários de efetivá-los, não mais cabendo juízo de discricionariedade.⁷ Esta nova hermenêutica, segundo a teoria constitucionalista hegemônica, realoca ainda os espaços originários destinados à norma, ao problema e ao intérprete: a norma não mais será, em todas as hipóteses, a solução para o caso concreto, antes, poderá se apresentar como o início da solução; o problema, por sua vez, atuará junto à norma para a solução do caso; e o intérprete diante deste panorama, terá de ser mais do que o aplicador da norma, passando a ser “coparticipante do processo de criação do Direito... ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.⁸ Esta “nova” hermenêutica, de pretensa gênese progressista, representa, na verdade, o alargamento da competência e importância do poder judiciário, que, diante da pluralidade dos valores positivados no texto constitucional, não mais poderia ser “a boca da lei”, segundo uma ultrapassada doutrina burguesa iluminista,⁹ mas sim um concretizador da justiça nos casos concretos, a partir de uma análise total do sistema de regras e princípios.

Assim é que se inicia o processo de judicialização da vida e da política, na medida em que o não cumprimento de qualquer destes deveres constitucionalizados enseja a provocação do poder judiciário, que passa a decidir sobre questões de cunho político, moral e social com ampla capacidade de atuação valorativa. Em

6 SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 15.

7 ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. cap. VI. p. 186.

8 BARROSO, *Op. Cit.*, p. 310.

9 Deixa-se passar despercebido que a soberania da lei, materializada no princípio da legalidade, vitoriosa na Revolução Francesa, vinha resguardar a soberania do povo, embora com os valores liberais daquela época, e que a limitação do poder dos juízes não representava receio das suas aspirações sociais, mesmo porque a oposição aos interesses dos reis, efetivada pelos juízes no período pré-revolução, nada tinha a ver com princípios de justiça; ao contrário, era motivada por interesses pessoais dos magistrados, que acabaram por inviabilizar, inclusive, as reformas que iriam ser feitas em prol de toda a comunidade, formando-se uma realidade de ingovernabilidade.

países periféricos ou semiperiféricos, como o Brasil, como conceitua Boaventura de Sousa Santos,¹⁰ este movimento toma proporções ainda mais notáveis, uma vez que é gigante a distância que separa os direitos positivados das práticas sociais. Este mesmo autor chega a chamar de “curto-circuito histórico” o fenômeno da passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, com a consagração nos textos constitucionais de uma gama de direitos que nos “países centrais” foram conquistados em um longo processo histórico, o que torna mesmo difícil a sua efetivação, já que institucionalizados sem o respaldo de políticas públicas e sociais.¹¹

Sob a realidade de uma distribuição de renda altamente desigual e da má prestação dos serviços públicos essenciais, uma parcela da população recorre ao poder judiciário para ver suas demandas atendidas através da condenação do poder público a prestações positivas forçadas: medicamentos, moradia, saneamento básico. E não somente as demandas sociais são objeto de reclamo ao judiciário, também aquelas referentes aos chamados direitos “pós-materiais”, bandeira dos novos movimentos sociais, que reivindicam não apenas os elementos básicos para uma vida digna, mas a possibilidade de diferentes formas de vivê-la: direitos de gênero, de sexualidade, de um ambiente saudável, da escolha da mulher (aborto). Quando não constitucionalizados, a luta por estes direitos era direcionada exclusivamente ao político e, para alcançá-lo, utilizava-se a arena pública como lugar privilegiado de manifesto social. Com a constitucionalização e a conseqüente busca pelo judiciário, tanto por parte de movimentos sociais, como por parte de indivíduos, opera-se a institucionalização destas bandeiras, que caminham das ruas para os tribunais. Aos poucos, os agentes institucionais, como Ministério Público, ONGs e instituições de classe, como a OAB, vão se substituindo à sociedade civil, que cada vez mais se desorganiza, ao tempo em que o judiciário se imiscui na função dos poderes democraticamente eleitos.

Embora axiologicamente carregada, esta teoria neoconstitucionalista se perde no vácuo da universalização, da abstração e do monismo estatal sufocador, destacando-se como mera retórica. Trata da justiça, da igualdade, da liberdade, em seu aspecto mais abstrato, como direitos subjetivos inerentes a todo cidadão, mas não problematiza a situação destes direitos do seio da sociedade, que representa nada mais que a injustiça, a desigualdade, o cerceamento da liberdade de expressão, a criminalização dos movimentos sociais, a marginalização das populações nativas. Ao tempo em que concede medicamentos, em decisões que oneram tão somente o poder público, beneficiando ainda as grandes empresas farmacêuticas, negam o direito de propriedade dos povos indígenas sobre a terra que habitam há séculos, condenando-

10 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 24.

11 *Ibidem*, p. 26.

os, muitas das vezes, ao extermínio da sua cultura e de seu povo. Ao tempo em que reconhece o casamento homoafetivo, criminaliza o movimento sem terra, em uma ação conjunta com ministério público e Estado-administração, em evidente deferência aos interesses dos grandes proprietários de terra. É diante desta ambivalência que se busca explicitar que a judicialização faz parte de uma estrutura político-institucional paternalista, que através de um discurso retórico de mudança, busca resguardar o *status quo*, seguindo o exemplo do Príncipe de Salina, que, para manter seus privilégios e o da sua família, adapta-se ao ideário revolucionário de Garibaldi.

3. BREVE CONTRIBUIÇÃO SOCIOLOGICA: CONDIÇÕES DO ENGAJAMENTO MILITANTE E O FLUXO INSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Em linguagem usual poderíamos conceituar movimentos sociais como sujeitos coletivos que, ao não concordarem com determinadas realidades na sociedade, se organizam em torno de um tema e lutam por algum ideal, em prol de mudanças. Este é um conceito que qualquer leigo poderia formular. Se considerarmos as diferentes teorias que giraram em torno da temática dos movimentos sociais, entretanto, é possível observar que, embora possuam um núcleo em comum, a conceituação que cada uma acabou por formular sofreu variações em decorrência dos seus distintos pontos de vista. A Teoria da Mobilização de Recursos – TMR, por exemplo, ao adotar uma visão econômica, enfatiza o aspecto racional dos movimentos, para a qual estes não só eram dotados de sentido e organização, mas agiam de acordo com uma lógica de custos e benefícios semelhante ao de uma empresa.¹² Para esta teoria existe sempre uma série de beneficiários em potencial, que se identificam ideologicamente com o movimento, mas não se encontram engajados, sendo um dos objetivos primordiais dos movimentos, em prol da sua própria manutenção, a conversão destes potenciais beneficiários em efetivos beneficiários.¹³ Já para a Teoria do Processo Político – TPP, movimento social é a arte plurissecular da defesa dos interesses e da promoção de ambições coletivas, que se desenvolve de acordo com uma escolha deliberada de ações (repertórios) pelos atores que o compõe,¹⁴ cujo surgimento depende funda-

12 ALONSO, Ângela. *As Teorias dos Movimentos Sociais - um balanço do debate*. São Paulo: Lua Nova, 2009. p. 52. v. 76

13 MCCARTHY, Jonh D.; ZALD, Meyer. *Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory*. The American Journal of Sociology, Vol. 82, nº. 6 (May, 1977). p. 1221.

14 TILLY, Charles. Les Origines du Répertoire d'Action Collective Contemporaine en France et en Grande-Bretagne. In: *Vingtième Siècle*. Revue d'histoire, Année 1984, Volume 4, Numéro 4, p.

mentalmente do contexto político da sociedade. A Teoria dos Novos Movimentos Sociais - TNMS, ainda que não seja uma escola coesa como as duas primeiras, compreendendo uma gama de teorias, entende os movimentos sociais como “agentes de pressão social, voltados para persuadir a sociedade civil”.¹⁵

As diferenças, longe de serem sutis, impõem uma distância suficiente para que cada uma compreenda como vitais distintos fatores para o engajamento. Enquanto a TMR insuflou-se de conceitos racionais e estratégicos, o que lhe rendeu muitas críticas, a TPP e a TNMS voltaram-se para o enquadramento macroestrutural dos movimentos, e, ao tempo em que comungaram da combinação de elementos políticos e culturais na análise do surgimento do engajamento, diferenciaram-se no ponto em que a TPP “investe numa teoria da mobilização política enquanto a TNMS se alicerça numa teoria de mudança cultural”.¹⁶ São nessas duas vertentes que o presente estudo irá concentrar-se.

Estes conceitos de movimentos sociais remontam à década de 60, quando, após um período de aparente esfriamento cívico,¹⁷ passou-se a observar o ressurgimento de mobilizações, não mais com os caracteres do movimento operário, cuja base era fincada na classe, mas com novas bandeiras. Impulsionadas pelo ressurgimento de mobilizações “não mais voltadas para as condições de vida, ou para a redistribuição de recursos [como o fora, em boa parte, o movimento operário], mas para a qualidade de vida, e para a afirmação da diversidade de estilos de vivê-la”,¹⁸ diversas foram as teorias que se dispuseram a explicar os mecanismos de formação das mobilizações coletivas, superando as teorias que, por muito tempo, haviam defendido que estas eram motivadas por frustrações individuais, no sentido de que a necessidade de determinado bem seria suficiente para canalizar o indivíduo para a luta em prol

89-108. p. 89.

15 ALONSO, *Op. Cit.*, p. 61.

16 *Ibidem.* p. 53-54.

17 Neste período entre as décadas de 30 e de 60 vingou entre os sociólogos a tese da desmobilização, a qual, baseando-se na cultura, na relação entre estrutura da personalidade e estrutura da sociedade, defendia que o individualismo exacerbado da sociedade moderna havia gerado personalidades narcísicas, voltadas para a autossatisfação e de costas para a política. (ALONSO, 2009, p. 50). Até hoje há quem defenda esta teoria, como é o exemplo do sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2000), para quem o mundo hoje se caminha rumo à “privatização dos meios de garantir/assegurar/firmar a liberdade individual”, o que tem como consequência a produção da pobreza em massa, a superfluidade social e o medo ambiente.

18 ALONSO, *Op. Cit.*, p. 50-51.

de melhorias.¹⁹ Isto porque, como já havia notado Trotsky²⁰, em meados do século passado, se as privações individuais fossem suficientes para causar a insurreição das massas, estas estariam em constante revolta, o que de fato não ocorre.

As teorias dos movimentos sociais buscam entender, portanto, o que leva o indivíduo a aderir a um grupo e a lutar por determinado interesse: algumas com foco nas macroestruturas, outras centradas no indivíduo e na sua lógica de engajamento. Todas, entretanto, evidenciando a importância dos estímulos do meio (contexto) ou do grupo, que podem interferir de modo a incentivar o engajamento, ou mesmo inibi-lo.

É importante destacar que essa ideia dos novos movimentos, com novas bandeiras, é reflexo do seu local de origem: Estados Unidos da América e Europa. Mesmo a teoria dos novos movimentos sociais (TNMS), que veio resgatar a subjetividade da análise do engajamento, foi negligente, a princípio, com realidades estranhas ao quadro norte-americano e europeu. A ideia de que os novos movimentos lutam por demandas pós-materiais porque as outras já foram superadas, portanto, é só em parte verdade, na medida em que na realidade dos países periféricos, estes problemas de gênese pós-material, quando muito, disputam a arena com as demandas básicas de saúde, alimentação, moradia, saneamento básico. A própria questão do trabalho (exploração da mão de obra) não está superada, na medida em que perduram práticas de exploração do trabalho infantil, trabalho análogo ao de escravo, além das ínfimas remunerações,²¹ se comparados não só com o lucro da empresa em si, mas com os trabalhos não braçais. Esta é, sem dúvidas, a realidade brasileira. Existe uma inversão tamanha de valores no Brasil que, no campo das lutas sobre a questão do emprego, sobressai-se as mobilizações dos funcionários públicos, a maioria com altas remunerações mensais. A institucionalização destas causas, de parte pelos partidos e

19 *Ibidem.* p. 50; MCCARTHY, Jonh D.; ZALD, Meyer. *Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory*. The American Journal of Sociology, Vol. 82, No. 6 (May, 1977), p. 1214; TARROW, Sidney. *O poder em movimento: movimentos sociais e confronto político*. RJ: Editora Vozes, 2009. p. 99.

20 TROTSKY, 1959 apud SNOW, David A. (Et. Al.) *Frame Alignment Processes, Micromobilization, and Movement Participation*. American Sociological Review, Vol. 51, No. 4. (Aug., 1986), p. 466.

21 Além dos ínfimos salários, há no Brasil uma extrema desigualdade de distribuição salarial por parte do próprio poder público. Em matéria veiculada no O Globo mostra-se que somente no funcionalismo federal existe uma diferença salarial que chega a 580%, em um quadro em que um professor universitário inicia a carreira com um salário de R\$ 2.200,00, um médico com R\$ 3.200,00 e um advogado da união com R\$ 14.970,00, todos com igual carga horária. Funcionalismo federal: diferença salarial chega a 580%. O *Globo*, 1 jul. 2012. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/funcionalismo-federal-diferenca-salarial-chega-580-5367367>.

entidades estatais, de outra pelo poder judiciário, pode ser apontada como um dos motivos relevantes.

No tópico que a este precedeu, ressaltou-se a institucionalização das causas sociais através das demandas judiciais, foco do presente estudo. É evidente, todavia, que esta representa um aspecto das possibilidades de institucionalização dos movimentos, não sendo a única. Aliás, quando se pensa na institucionalização de um movimento tem-se logo em mente a imagem dos partidos políticos. Isto traz à pauta a própria concepção do que se entende por movimento social, já que por muito tempo alimentou-se a ideia de que os movimentos sociais, para serem classificados como tais, deveriam situar-se à margem da política institucional. Isto é particularmente evidente no Brasil, onde a Teoria dos Movimentos Sociais foi recebida em um período marcado por um regime autoritário, época em que os processos organizativos e contestatórios encontravam-se excluídos das oportunidades de participação político-institucional.²² Estes eventos, marcados pela externalidade em relação ao campo institucional, constituíam o objeto de estudo daquela ciência, motivo pelo qual não se podia visualizar ainda o vasto campo de possibilidades de interpenetração entre os dois meios. Hoje já se percebe como são fluídos os limites entre as duas arenas, o que permite que em determinado momento um movimento social tenha um acesso facilitado para o atendimento das suas demandas, inclusive com o deslocamento de militantes para o campo institucional, e em outro se encontre em situação de completa externalidade.

O caminho que percorreu o Brasil, principalmente após a vitória do PT nas eleições de 2002, foi de intenso fluxo dos movimentos ao campo institucional. Muito se falou em cooptação e desvio. Não se trata, todavia, de caso peculiar do Brasil, apesar das suas singularidades. A Espanha, por exemplo, testemunhou processo semelhante no seio do movimento ambientalista (JIMÉNEZ, 1999). Importante que se ressalte, entretanto, que embora possa ser um processo recorrente, e até inevitável, ele possui implicações perigosas para os movimentos sociais. Isto é reconhecido por Jiménez²³, que ressalta a importância da institucionalização não alcançar a totalidade dos movimentos, pois as mobilizações de rua possuem uma independência de atuação e de crítica muito mais ampla do que aquelas que se encontram inseridas na política institucional, as quais “se encontram limitadas por constrangimentos orçamentários

22 SILVA, Marcelo Kunrath ; OLIVEIRA, Gerson de Lima. *A face oculta(da) dos movimentos sociais: trânsito institucional e intersecção Estado-Movimento – uma análise do movimento de economia solidária no Rio Grande do Sul*. Sociologias, v. 13, n. 28, 2011, p. 89.

23 JIMÉNEZ, M. “Consolidation Through Institutionalisation? Dilemmas of the Spanish Environmental Movement in the 1990s”. In: C. Rootes (Ed.) *Environmental Movements: local, national and global*. London: Frank Cass, 1999. p. 149-171. p. 166.

e burocráticos”²⁴, o que inclusive os afasta dos militantes que se encontram fora do Estado. No caso da Espanha é possível visualizar que a institucionalização trouxe um decréscimo de apoio popular, que deixa dúvidas quanto ao futuro do movimento ambientalista, o que não é difícil de entender, já que a lógica das mobilizações, principalmente quando se pensa no engajamento individual, funciona de acordo com uma série de incentivos, provenientes, inclusive, do próprio grupo, segundo a lógica das redes relacionais.²⁵ No momento que o movimento se institucionaliza, se inserindo na lógica da política institucional, se distancia da base, a qual tende a se enfraquecer. Isto quando o movimento não se dilui como um todo no interior da política institucionalizada.

A institucionalização que se opera em razão da relação com o direito é fruto tanto de uma mudança político-institucional desencadeada pela promulgação da constituição de 1988 e pela nova hermenêutica que a ela se seguiu, como pela própria dinâmica movimentos sociais-direito. Celso Campilongo,²⁶ que se orienta pela teoria dos sistemas formulada por Luhman, ao enxergar o direito e os movimentos sociais como sistemas de comunicação autorreferenciais, destaca a dinâmica de influências recíproca: os movimentos sociais formulam a crítica à sociedade, ao tempo em que reivindicam o reconhecimento de direitos, por vezes já positivados, o que não pede qualquer interpretação original por parte dos tribunais. Estes, por suas vezes, além de submeter as expectativas daqueles às exigências temporais, sociais e materiais do procedimento judicial, nem sempre acompanharão o ritmo das reivindicações, nem mesmo das inovações legislativas, utilizando-se da mesma teoria que lhe autoriza fazer interpretações extensivas, para derrubar leis que favorecem determinados setores ou causas populares, como por exemplo a reforma agrária. Evidente que se possa pensar na procura do judiciário como um tipo de repertório dos movimentos, na lógica de Charles Tilly,²⁷ ou mesmo na ideia de que diferentes grupos possuem diferentes formas de agir, de acordo com o tempo em que agem e com os objetivos e crenças que compartilham²⁸ de modo que a procura por uma solução via poder judiciário pode ser uma ação estratégica em determinado momento. Mas é preciso estar atento

24 SILVA; OLIVEIRA, G. L., *Op. Cit.*, p. 99.

25 SAWICKI, Frédéric; SIMEANT, Johanna. *Inventário da sociologia do engajamento militante: Nota crítica sobre algumas tendências recentes dos trabalhos franceses*. Porto Alegre, Sociologias [online]. 2011, vol.13, n. 28, p. 200-255.

26 CAMPILONGO, Celso Fernaldes. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 73-75.

27 TILLY, *Op. Cit.*, p. 89.

28 NEVEAU, 2009, p. 500.

ao paradoxo de que a judicialização dos temas enfraquece a política,²⁹ o que pode representar uma sentença de morte aos movimentos e suas causas.

Pois bem, como mencionado, a Teoria dos Movimentos Sociais trabalha com a lógica do engajamento e os fatores que o condicionam. É da análise destes fatores que se sustenta a ideia de que a judicialização, ou a institucionalização das causas via fluxo das ruas aos tribunais, opera uma interferência nestes fatores, que leva a um resfriamento cívico. Em virtude da limitação do presente trabalho, serão destacados cinco fatores, que se influenciam de forma recíproca, desenvolvidos pela teoria do processo político e pelas teorias dos novos movimentos sociais: 1) a estrutura das oportunidades políticas, 2) o alinhamento dos quadros interpretativos (*frames*), 3) a formação da identidade, 4) o complexo sistema de redes e 5) a construção do problema e da arena pública através do debate.

O primeiro fator, o da estrutura das oportunidades políticas, foi desenvolvido pela teoria do processo político, que fixou o entendimento de que o surgimento de confrontos é determinado pelos níveis de oportunidades com que as pessoas se deparam, pelas restrições em sua liberdade de ação e pela percepção de ameaças a seus interesses de ação.³⁰ Assim, em estruturas favoráveis, com a abertura de novos canais de comunicação sociedade-Estado, os grupos insatisfeitos canalizariam suas reivindicações para a arena pública, mobilizando-se.³¹ Dentro desta lógica é possível explicar o crescimento dos movimentos que ocorreram no processo de redemocratização do Brasil, quando diminuiu-se a repressão e ampliou-se as liberdades básicas de expressão e manifestação. Evidente que estas oportunidades são contraditórias, nem sempre se guiando pela lógica da abertura política, pois mesmo um ambiente ditatorial pode ser fecundo para a formação de movimentos, como atesta o movimento pela redemocratização na antiga União Soviética e aquele ocorrido aqui no Brasil na época da ditadura militar.

Tilly³² defende que todas as mudanças dentro da estrutura político-institucional de uma sociedade trazem consequências diretas sobre a natureza da ação dos grupos e sobre sua capacidade de ação. No Brasil de hoje podemos destacar dois pontos que interessam à estrutura das oportunidades políticas: primeiro, com a redemocratização e a promulgação da constituição em 1988, houve uma densa abertura política e ampliação das garantias de liberdades individuais e coletivas; segundo, com a nova carta constitucional o judiciário passou a ocupar um lugar de destaque na efe-

29 CAMPILONGO, *Op. Cit.*, p. 56.

30 TARROW, Sidney. *Op. Cit.*, p. 99.

31 ALONSO, *Op. Cit.*, p. 55.

32 TILLY, *Op. Cit.*, p. 100.

tivação destes direitos, tendo seus contornos de atuação ampliados. Esta inflação do judiciário indica uma própria supervalorização do direito: juridicizar as causas significa afastá-las da política. Assim, essa abertura do acesso ao judiciário funciona dentro do paradoxo da inibição dos movimentos sociais, que vêm suas causas dirigidas ao judiciário por parte de indivíduos setorizados. Ao tempo em que se tem mais liberdade, abrigando um discurso garantidor dos direitos fundamentais, não se problematiza a diferença, a desigualdade, a criminalização de setores populacionais e de movimentos sociais, aplicando-se uma política paternalista tanto por parte da administração, através dos programas assistencialistas, que ajudam para manter aqueles beneficiados em situação de eterna subserviência, como parte do judiciário, que concede determinadas medidas sob a argumentação de um direito subjetivo individual, como se este direito não fosse coletivo. Essas decisões, além de não levar a qualquer avanço em longo prazo, desviam dinheiro que seria direcionado aos programas coletivos e impedem a formação de uma consciência em prol de luta coletiva. Novamente, tomam-se emprestadas as palavras de Celso Campilongo,³³ ao ressaltar a dinâmica dos paradoxos: “os medicamentos concedidos em processos isolados inviabilizam a política sanitária e, ao mesmo tempo, a judicialização desse tema enfraquece a política”.

Desta forma, os contornos ampliados do poder judiciário levam a um resfriamento cívico, na medida em que direcionam o indivíduo à resolução individual do problema e, o mais importante, de um problema que, em sua gênese, possui um caráter público, como é o caso dos direitos sociais. Isto leva ao segundo fator: o dos quadros interpretativos (*frames*). Tarrow³⁴ já ressaltava que as “oportunidades e restrições políticas são situacionais e não podem compensar por muito tempo as fraquezas em recursos culturais, ideológicos e organizacionais”. A estrutura das oportunidades políticas, por si só, não basta para explicar as mobilizações, se não acompanhada de um esquema que justifique os processos de interpretação das injustiças e as conexões interpessoais entre os militantes.

A ideia do alinhamento dos quadros interpretativos é fruto de uma vertente da teoria dos novos movimentos sociais, que entende como fundamental, para a ocorrência do engajamento, o modo como os indivíduos interpretam as situações da vida: o conjunto de interesses individuais, valores e crenças.³⁵ Na linha do que já havia formulado Trotsky, supracitado, mais importante que as necessidades em si, é a interpretação que as pessoas fazem destas necessidades (processo de interpretação dos problemas/injustiças/necessidades – process of grievance interpretation). Isto

33 CAMPILONGO, *Op. Cit.*, p. 56.

34 TARROW, *Op. Cit.*, p. 106-107.

35 SNOW (Et. Al.). *Op. Cit.*, p. 464.

porque é preciso que os indivíduos entendam a necessidade como uma injustiça a se combater, e não um mero infortúnio. Estes mesmos autores ressaltam ainda que a mudança de interpretação deve vir acompanhada de uma mudança na ideia de responsabilidade, ou seja, o indivíduo passa a assumir para si a responsabilidade com relação à situação injusta, o que leva ele a se mobilizar. Cefai³⁶, neste mesmo sentido, defende que o problema social só surge quando os membros de uma comunidade passam a considerar determinada situação como insuportável e indesejável; a condição objetiva do problema em si não é suficiente para tanto. Para o sociólogo francês o problema público é construído e estabilizado, tematizado e interpretado através dos quadros e das tramas de pertencimento, ou seja, através dos quadros interpretativos.³⁷

Voltemos novamente os olhos para o processo de judicialização da política. Ao transformar problemas públicos em individuais, a judicialização modifica os arquétipos interpretativos dos indivíduos: aquilo que era um problema público, cuja melhora dependia da coalizão da sociedade, atuando através dos repertórios de ação, passa a ser um problema que pode ser solucionado de forma individual, através de uma ação judicial. A positivação de direitos gera uma expectativa de vitória, de batalha vencida: o que era reivindicação pré-1988 passa a ser direito. Mas não realidade. Sendo positivados, reconhecidos, portanto, pelo ordenamento jurídico, a luta passa a ser jurídica, por posicionamentos dos tribunais. A doutrina jurídica esforça-se pelas mais variadas construções hermenêuticas, esquecendo-se que o problema é eminentemente político. A saúde não vai melhorar através da concessão individual de medicamento a uma pequena parcela da população que tem acesso ao judiciário. Trata-se de uma real fragmentação dos indivíduos, através da fragmentação da resolução dos conflitos.

Ademais, os significados não são produzidos ao acaso; exige uma série de investimentos de grupos e outros atores sociais,³⁸ através de emails, propagandas na mídia, telefone, internet.³⁹ O resultado dos esforços indica o caminho para o terceiro fator, que é a formação de uma identidade coletiva, entendida esta como fator decisivo para a construção da ação. Melucci⁴⁰ explica que os indivíduos, ao agirem coletivamente, definem em termos cognitivos o campo de possibilidades e limites da

36 CEFÁI, Daniel. La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques. *Réseaux*, 1996, vol. 14, n° 75. p. 45.

37 *Idibem*. p. 47.

38 MELUCCI, Alberto. The Process of Collective Identity. In: JOHNSTON, Hank; KLANDERMANS, Bert. *Social Movements and Culture*. Minneapolis: University of Minnesota, 1995, p. 41-63. p. 42.

39 SNOW (Et. Al.). 1986. p. 467-468.

40 MELUCCI, *Op. Cit*, p. 43.

ação, ao tempo em que ativam o seu relacionamento de modo a dar sentido ao agir coletivo, ao “estar junto”, e os objetivos que devem juntos perseguir. E destaca que a identidade, antes de ser considerada com uma evidência, deve ser vista como um processo, resultado desses esforços, que funciona através de uma lógica de contínua ativação dos relacionamentos que unem os indivíduos ou grupos.

A formação da identidade coletiva está intrinsecamente ligada ao quarto fator: o das redes de relacionamentos. O próprio Melucci afirma que “a identidade coletiva como um processo se refere ainda a uma rede de ativos relacionamentos entre atores, que interagem, comunicam-se, influenciam uns aos outros, negociam e tomam decisões”.⁴¹ Segundo McAdam e Pausen,⁴² os indivíduos permanecerão inativos se ausentes fatores estruturais que os exponham a oportunidades de participação ou os empurrem a uma atividade, ressaltando que conhecer alguém que já pertença a um movimento é um dos fatores mais fortes para o incentivo à mobilização. As organizações, por sua vez, são locais que viabilizam este contato interpessoal e promovem a extensão das redes, de modo que a influência dos laços ali estabelecidos se torna de suma importância na lógica do recrutamento.

O fato da judicialização setorizar a resolução de problemas leva a uma fragmentação dos grupos, ou mesmo à sua não formação, o que atinge tanto a formação da identidade coletiva, como reduz o alcance das redes. Se as pessoas tendem a resolver seus problemas de cunho social acionando o poder judiciário, as redes só influenciarão para que mais pessoas a este recurso recorra. Como McAdam e Pausen⁴³ ressaltam, laços com pessoas externas a movimentos também influenciam na decisão do engajamento, e, neste caso, a tendência é ser uma influência negativa. Existe na sociedade um potencial de mobilização, composto por pessoas que comungam de uma identidade e objetivos em comum. O recrutamento de tais pessoas, todavia, depende da ativação das redes, através de campanhas, o que é feito por iniciativa, em parte, dos movimentos.⁴⁴ Claro que uma parte pode ser recrutada por redes naturais de amizade e parentesco, mas boa parte ocorre através das campanhas realizadas pelos movimentos. Assim, enfraquecendo-se os movimentos, através da institucionalização das causas, o mesmo caminho seguem as redes, criando-se um círculo vicioso. Chamando

41 Tradução livre do original: “... collective identity as a process refers thus to a network of active relationships between the actors, who interact, communicate, influence each other, negotiate, and make decisions...” (MELUCCI, 1995, p. 45)

42 MCADAM, Doug; PAUSEN, Ronnelle. *Specifying the Relationship between social ties and activism*. American Journal of Sociology, vol. 99, nº 33, November, 1993. p. 644.

43 *Ibidem*. p. 654.

44 KLANDERMANS, Bert; OEGEMA, Dirk. *Potentials, Motivations and Barriers: steps towards participation in social movements*. American Sociological Review, vol. 52, august 1987, nº 4, p. 519.

à causa, mais uma vez, os ensinamentos de McAdam,⁴⁵ pessoas com laços fortes a movimentos são muito mais suscetíveis a se engajar do que indivíduos isolados.

Dentro deste contexto, chega-se ao último fator, que na verdade são dois pontos intrinsecamente relacionados: a formação de uma arena pública e o debate. São tratados juntos, pois o segundo, na forma de um discurso público, é fator de surgimento do primeiro e se desenvolve, prioritariamente, no espaço deste.⁴⁶ O local onde ocorre este debate, por sua vez, a arena pública, não pré-existe ao problema público; é, na verdade, por ele criada, através da ação coletiva.⁴⁷ O próprio debate, surgido de forma qualificada, explicitando as injustiças com base em preceitos da ética, do direito e da política, cria terreno para o nascimento da arena pública. Isso implica dizer que o debate é condição de existência da arena pública. Se este é prejudicado pela judicialização, assim também a formação da arena pública. Esta é uma preocupação que ultrapassa os limites da pesquisa sociológica, ocupando a agenda de juristas preocupados com os efeitos do controle judicial da legislação. Jeremy Waldron,⁴⁸ constitucionalista popular norte-americano, ressalta a preocupação dos defensores de uma democracia participativa que, ao enxergarem no engajamento ativo do cidadão na deliberação política requisito para a existência daquela, constatam que o controle judicial, ao retirar do fórum público questões importantes a toda a sociedade, acabam por enfraquecer o engajamento. Quando a resolução de determinado conflito se dá no seio do poder judiciário, afasta-se a discussão do grande público, na medida em que seu discurso só será apreendido por aqueles familiarizados com o meio jurídico, ou seja, apenas uma pequena parcela da população. A judicialização, portanto, enfraquece o debate, uma vez que retira da esfera comum o debate acerca das questões a serem decididas, e, via de consequência, dificulta a formação das arenas públicas. Waldron faz uma pesquisa empírica de como o debate se desenvolve nos Estados Unidos da América, onde há o controle judicial de constitucionalidade, e na Nova Zelândia e Reino Unido, países que não adotam o controle judicial, chegando à conclusão de que nestes dois últimos o debate ocorre de forma mais direta e abrange uma parcela maior da população.

Recentes julgados ilustram a questão: o julgamento da constitucionalidade das cotas universitárias, do casamento homoafetivo, do aborto de feto anencéfalo.

45 McAdam, 2003, p. 283.

46 EDER, K. *A Nova Política de Classes*. Bauru: EDUSC, 2002. p. 15.

47 CEFAÏ, Daniel. *Op. Cit.* p. 58.

48 WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 248.

Embora com tentativas de ampliação do debate, com a oitiva de grupos e especialistas, todos estes passaram a margem da grande discussão. O debate passou à margem de uma discussão abrangente na sociedade, mesmo porque o judiciário, ainda mais seu órgão de cúpula, é um órgão tão distante quanto possível da sociedade, e talvez não tenha como ser diferente. Se o debate é afastado, a construção do problema público e de sua arena fica prejudicada.

De uma forma geral, esses fatores foram analisados sob a luz de decisões positivas por parte do poder judiciário com relação às demandas de cunho social. São decisões pontuais e em determinadas áreas. Nas áreas críticas, que envolvem direito de propriedade e atingem de forma direta o particular, o judiciário não costuma se utilizar destes mecanismos interpretativos “progressistas”. Isto também gera consequências nos fatores de engajamento, tanto ao gerar frustrações e um conseqüente descrédito do reconhecimento dos seus direitos, como ao criminalizar os movimentos. É esta via de mão dupla do ativismo judicial que será explicitada de forma breve no tópico seguinte.

4. A VIA DE MÃO DUPLA DO ATIVISMO JUDICIAL: O PARADOXO DA “NOVA HERMENÊUTICA”

Após esta breve incursão na teoria sociológica dos movimentos sociais, retomam-se neste tópico algumas considerações que foram iniciadas na parte primeira deste trabalho.

A estrutura jurídico-institucional, sobre a qual se apoia o avanço do poder judiciário sobre questões de cunho eminentemente político, apoia-se basicamente em três premissas: no suposto esgotamento do positivismo, que, além de haver legitimado as atrocidades dos regimes totalitários, não seria capaz de absorver a complexidade da sociedade pós-moderna; na necessidade de uma nova hermenêutica, permitindo ao juiz uma ampla análise de gênese substancial, com o fim máximo de alcançar a justiça no caso concreto; e no judiciário como instituição forte e figura central na defesa dos direitos e garantias constituídos.

No que diz respeito ao primeiro ponto, é importante que se destaque que, como bem anota Norberto Bobbio⁴⁹, o positivismo nada tem a ver com a ideologia dos Estados autoritários, totalitários, ou mesmo tirânicos, no seio dos quais foi testemunhado o seu próprio nascimento, não como forma de legitimá-los, mas de combatê-los: assim surgiram os valores da ordem, da igualdade formal e da certeza, bandeiras do movimento iluminista contra o Estado autoritário do Antigo Regime.

49 BOBBIO, 1995, p. 236.

Na Itália, o princípio da legalidade foi bandeira do positivismo não para legitimar o facismo, mas como instrumento de combate, “para opor um obstáculo às suas arbitrariedades”.⁵⁰ É neste contexto que expõe o jurista italiano o caráter diametralmente oposto entre a ideologia jurídica do nazismo e as ideias positivistas, tanto com relação à estrita vinculação do juiz à lei, como ao princípio da legalidade penal (não há crime sem lei anterior que o prescreva), na medida em que para aquele Estado totalitário o juiz deveria decidir não com base na lei, mas com base no interesse político do Estado, considerando como delito todos os atos contrários ao “são sentimento popular”, ainda que não previstos naquela.

Não obstante, os defensores da teoria neoconstitucionalista elaboram discursos eloquentes para demonstrar como não cabe mais falar em subsunção e de como estão superados os limites de interferência do poder judiciário na esfera política. Tudo em nome da justiça. Livros inteiros são escritos para falar dos princípios constitucionais e de como eles informam e condicionam todo o ordenamento jurídico, não podendo o juiz se esquivar à sua posição de guardião da constituição. O direito passa a ser visto como ponto central para a solução das questões sociais, políticas, econômicas. Mas, a despeito do que já se falou acerca dos efeitos nocivos desta despolitização da vida, será que os nossos tribunais vêm realmente trazendo justiça ao povo brasileiro? Como formula Celso Campilongo: “... Apenas uma hermenêutica de negação dos conceitos e ruptura com a tradição jurídica fomentaria criatividade judicial?”.⁵¹ Diante da nova estrutura constitucional, de rol tão amplo de direitos, não seria o caso, como levanta Lucas Borges de Carvalho⁵², de revalorizar a legalidade? Será mesmo que é preciso ir tão longe com as ideias de uma hermenêutica jurídica e de suas pré-compreensões para possibilitar a justiça no caso concreto?

Boaventura do Souza Santos, embora acredite na possibilidade de uma atuação ativista do judiciário “pelo bem”, reconhece a existência de uma forma de ativismo judiciário conservador, “que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas constituições”.⁵³ Para ele isto seria uma “contrarrevolução jurídica”. Bom que se destaque que esta é a própria gênese do ativismo, que deu seus primeiros sinais de vida no seio do judiciário norte-americano

50 *Idem.*

51 CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131

52 *Ibidem.* p. 2

53 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 110-111

para proteger os interesses das classes proprietárias, julgando como inconstitucionais leis que regulavam direitos sociais, com base na mesma argumentação de proteção dos direitos constitucionalmente garantidos.⁵⁴ E, ao criticar a atuação judicial, trazendo à tona diversas decisões conservadoras, afirma também o professor lusitano: “a resposta habitual da justiça a esse tipo de conflitos é trivializá-los e despolitizá-los através de procedimentos rotineiros que individualizam a disputa ou evitam-na, retardando a decisão”.⁵⁵ Nota-se que o autor enfatiza a questão destacada no tópico anterior, no que diz respeito à individualização das soluções de conflito, que despolitiza as questões.

Diante dos exemplos trazidos pelo autor português, é de se questionar porque, nas causas que envolvem principalmente a posse das terras, por parte de grupos indígenas ou do movimento sem terra, o judiciário “decide deliberadamente em não decidir” (morosidade ativa) ou decide de forma negativa aos grupos vulneráveis. Boaventura vê no positivismo uma parte da culpa. Mas será? O caso dos moradores da Vila Itororó em São Paulo parece mostrar que o positivismo não tem nada a ver. Pelo contrário. Quem traz à tona o caso é Celso Campilongo,⁵⁶ segundo o qual, setenta famílias moravam no complexo arquitetônico há mais de trinta anos, quando este foi tombado por parte do governo, que decidiu transformar o local em uma galeria de arte e, para tanto, promover o despejo e expulsão dos moradores era necessário. Diante da situação, e com amparo legal no Estatuto da Cidade, que previa o usucapião urbano coletivo, ajuizaram os moradores ação de usucapião especial plúrimo, que foi negada, em desconsideração às previsões legais: “... Neste caso, o movimento não postula interpretação original. Reivindica apenas o cumprimento da lei e reconhecimento do direito...”.

Caso semelhante foi o enfrentado pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST no processo⁵⁷ movido pelo Ministério Público Federal de Cara-

54 Sobre o tema: SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. 5. SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

55 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 102.

56 CAMPILONGO, *Op. Cit.*, p. 75.

57 Processo criminal nº 2007.71.18.000178-3 da Comarca de Carazinho-RS. Quem trata do tema com conhecimento de causa é o advogado popular Leandro Gaspar Calabrin. Cf. CALABRIN, Leandro Gaspar. *Estado de Exceção no Rio Grande do Sul*. [on-line] Disponível em << http://www.mst.org.br/sites/default/files/Estado%20de%20Exce%C3%A7%C3%A3o%20_2_.pdf>> Acesso em 20 out. 2012.

zinho que, com ajuda do judiciário e do aparato estatal, enquadrou o movimento dentro da lei de segurança nacional, criminalizando-o como terrorista. Saindo um pouco do âmbito dos movimentos sociais, uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, neste ano de 2012, também chamou a atenção por uma interpretação extensiva dada à lei: foi o caso da relativização do estupro de incapaz, em razão de a vítima já se dedicar à prática da prostituição. A lei, vigente à época, era clara ao tipificar o crime de presunção de violência. A relativização do tipo foi de encontro com toda a política que combate a prostituição infantil. Uma aplicação mais escorreita da lei não traria mais justiça? Será que a chave é mesmo esticar a capacidade interpretativa do poder judiciário?

5. CONCLUSÃO – PODE O DIREITO SER EMANCIPADOR?

Neste ponto o questionamento acima vem à mente. Afinal, se os movimentos procuram o judiciário, não pode este deixar de julgar. Mas o interessante é que, ao tempo em que se estabelece uma estrutura jurídico-institucional que canaliza a resolução dos problemas para o judiciário e passa este a parecer mais acessível e progressista em questões pontuais, continua a ser conivente com as classes dominantes no que diz respeito às grandes questões da desigualdade social e distribuição de terras e riqueza. Uma análise profunda nas decisões judiciais evidencia que as decisões ditas progressistas em nada afetam os interesses dominantes, muitas vezes até mesmo os beneficia, como no caso dos medicamentos, e a fórmula utilizada nestas decisões é também utilizada para defender posicionamentos conservadores, em prol, inclusive, da criminalização dos movimentos sociais. Aliás, uma postura ativa do judiciário, ao contrário do que ovaciona a doutrina hegemônica brasileira, sempre esteve mais relacionada à defesa dos interesses das classes dominantes, do que à defesa dos direitos fundamentais das minorais e vulneráveis. O que parece é que o sistema é elaborado para tornar tudo como está: mudar para que nada mude.

Isto leva ao ponto de questionamento: pode o direito ser emancipador? Uma resposta afirmativa não é possível de ser elaborada dentro de uma conjuntura como a nossa, onde a desigualdade inicia no processo educativo, que segrega os pobres nas escolas públicas e o restante em escolas particulares. Um sistema em que autoriza a iniciativa privada a explorar a educação em iguais condições à iniciativa pública e remunera mal seus professores, não é um sistema em que se possa falar em redemocratização da justiça. Para piorar, o sistema educacional, em geral, público ou privado, segue hoje a lógica do mercado, preparando o aluno não para ser cidadão, mas para ser um bom competidor. A culpa não é do positivismo, mas de toda uma cultura neoliberal hegemônica. Afinal, quem procura as cadeiras do direito hoje em

dia? Pode-se assegurar com certa margem de certeza que são aqueles que procuram a segurança do concurso público, aliada a boas remunerações. Infelizmente não são pessoas que buscam mudar o mundo. Não é de se esperar que seja daí que venha a mudança, portanto. Evidente que mentes luminosas podem vir a ocupar algum cargo de jurista e é evidente que uma pessoa dessas, em qualquer lugar que esteja, tentará fazer algo diferente. Mas não é preciso de interpretações extensivas. A luta verdadeira em prol de uma mudança efetiva nos quadros de injustiça está nas ruas, nos movimentos sociais, na sociedade civil organizada.

A teoria crítica dos direitos humanos, ao trazer uma conceituação destes direitos como processos de luta, caminha no sentido da repolitização da vida. E é neste sentido que o presente trabalho vislumbra uma esperança. O direito, como qualquer outro sistema, possui suas limitações. E este reconhecimento é preciso para que se questionem algumas construções teóricas que, embora bonitas, possam ser democraticamente muito perigosas, além de ineficazes.

6. REFERÊNCIAS

- ALONSO, Ângela. *As Teorias dos Movimentos Sociais - um balanço do debate*. São Paulo: Lua Nova, 2009. p. 52. v. 76
- BARROSO, Luis Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernaldes. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 73-75.
- CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CEFAÏ, Daniel. La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques. *Réseaux*, 1996, vol. 14, n° 75. p. 43-66.
- _____; TROM, Danny. Les formes de l'action collective: Mobilisation dans des arènes Publiques. In: *Les forms de l'action collective*. Paris: Éditions de l'EHESP, 2001.
- COHEN, Antonin; LACROIX, Bernard; RIUTORT, Philippe. *Nouveau Manuel de Science Politique*. Paris, La Découverte, 2009, p. 493-552.
- EDER, K. *A Nova Política de Classes*. Bauru: EDUSC, 2002.
- HENRY, Emmanuel. Construction des Problèmes Publics. In: FILLIEULE, Olivier; MATHIEU, Lilian; PÉCHU, Cécile. *Dictionnaire des mouvements sociaux*. Paris, Les Presses de Sciences Po, 2009, p. 146-154.
- JIMÉNEZ, M. "Consolidation Through Institutionalisation? Dilemmas of the Spanish

- Environmental Movement in the 1990s". In: C. Rootes (Ed.) *Environmental Movements: local, national and global*. London: Frank Cass, 1999. p. 149-171.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLANDERMANS, Bert; OEGEMA, Dirk. *Potentials, Motivations and Barriers: steps towards participation in social movements*. *American Sociological Review*, vol. 52, august 1987, nº 4, p. 519-531.
- McADAM, Doug, TARROW, S., TILLY, C. *Para Mapear o Confronto Político*. In: Lua Nova, São Paulo, 76: 2009, p. 11-48.
- MCADAM, Doug; PAUSEN, Ronnelle. *Specifying the Relationship between social ties and activism*. *American Journal of Sociology*, vol. 99, nº 33, November, 1993, p. 640-667.
- MCCARTHY, Jonh D.; ZALD, Meyer. *Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory*. *The American Journal of Sociology*, Vol. 82, No. 6 (May, 1977), pp. 1212-1241.
- MELUCCI, Alberto. *The Process of Collective Identity*. In: JOHNSTON, Hank; KLANDERMANS, Bert. *Social Movements and Culture*. Minneapolis, University of Minnesota, 1995, p. 41-63.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da Reforma Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Wilson José Ferreira de Oliveira. *Gênese e redefinições do militantismo ambientalista no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 3, 2008, p. 751-777.
- ROSENFELD, Michel. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. VI.
- SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. *O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, jul./set., 2012.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- SAWICKI, Frédéric; SIMEANT, Johanna. *Inventário da sociologia do engajamento militante: Nota crítica sobre algumas tendências recentes dos trabalhos franceses*. *Sociologias* [online]. 2011, vol.13, n.28, pp. 200-255.
- SILVA, Marcelo Kunrath ; OLIVEIRA, Gerson de Lima. *A face oculta(da) dos movimentos sociais : trânsito institucional e interseção Estado-Movimento – uma análise do movimento de economia solidária no Rio Grande do Sul*. *Sociologias*, v. 13, n. 28, 2011, p. 86-124.
- SNOW, David A. (Et. Al.) *Frame Alignment Processes, Micromobilization, and Movement Participation*. *American Sociological Review*, Vol. 51, No. 4. (Aug, 1986), pp. 464-481.
- TARROW, Sidney. *O poder em movimento: movimentos sociais e confronto político*. RJ: Editora Vozes, 2009.
- TILLY, Charles. *Les Origines du Répertoire d'Action Collective Contemporaine en France et en Grande-Bretagne*. In: *Vingtième Siècle*. Revue d'histoire, Année 1984, Volume 4, Numéro 4, p. 89-108
- WALDRON, Jeremy. *O Judicial Review e as Condições da Democracia*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Capítulo 9

SOBRE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN NUESTRA AMÉRICA EN LOS PROCESOS DE CAMBIO¹

Beatriz Rajland²

1. INTRODUCCIÓN

Consideramos dos enfoques posibles para analizar lo jurídico desde el pensamiento crítico: 1) tomar como objeto el derecho en el capitalismo actual o 2) la posibilidad de construir un derecho contra-hegemónico. Tomaremos el segundo ya que nos vamos a referir a los procesos constituyentes en Nuestra América en los procesos de cambio de los últimos 20 años. Subrayo procesos de cambio, porque en el análisis del llamado nuevo constitucionalismo, se confunden tiempos, instituciones y procesos reales. Así se considera la Constitución de Colombia de 1991, -sin duda producto de la movilización popular- o la de Argentina de 1994, producto de un pacto espurio, de un pacto de elites políticas a espaldas del pueblo junto con los procesos de Venezuela, Bolivia y Ecuador de los últimos años. Hablo de confusión porque no se pueden integrar en el mismo análisis, constituciones que si bien como en el caso de Colombia, son fuente de la movilización, se instalan en un contexto socio-económico-político tradicional capitalista que esteriliza en la práctica lo aprobado normativamente, con procesos de cambio que se ubican en la perspectiva –en más o en menos- de cambios sistémicos como es el caso de Venezuela, Bolivia y Ecuador.

Es aquí importante tener en cuenta, el tema de la relación de fuerzas en la concreción política. Ni qué hablar de la Constitución de Argentina, a pesar de haber incorporado los tratados internacionales de DD.HH al texto constitucional.

Desde el punto de vista que estamos abordando, los procesos constituyentes y sus resultados en los tres países son la muestra más sustancial en mucho tiempo de la construcción de un derecho contra-hegemónico al dominante en la región e

1 La presente intervención tiene como base el artículo publicado en la Revista América Latina 12 del Doctorado en Procesos Sociales y Políticos en América Latina, correspondiente al 2º semestre de 2011 por la Editorial Arcis de la Universidad Arcis, Santiago de Chile.

2 Doctora en Derecho, Profesora Consulta en Teoría del Estado de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Vice-presidenta de la Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas (FISYP). Integrante del Grupo de Trabajo de Estado (CLACSO):

incluso en las concepciones al interior de esos países en muchos o vastos sectores de la población.

Pero también son la muestra de que para que comiencen a plasmarse en realidades deben estar creadas y en actividad las condiciones políticas y subjetivas para cambios sociales profundos. Tienen que estar definidos objetivos en tal dirección.

No quiero con esto decir que nada puede hacerse hasta la concreción de esas políticas de cambio, porque son parte de nuestra historia las conquistas obtenidas, sólo quiero señalar los límites que esas posibilidades tienen, ese límite es el propio sistema capitalista, que no admite nada que pueda mellarlo seriamente.

Porque el poder, es una relación social, una relación de clase, o sea que es un lugar de disputa y aunque -en definitiva- sea una la fuerza hegemónica, ocurre que producto del conflicto y la lucha, las clases no hegemónicas pueden llegar a incluir por lo menos parte de sus reivindicaciones en una constitución escrita. Sin embargo resulta a todas luces insuficiente ya que no basta cambiar una constitución escrita sino se cambian real y efectivamente las relaciones de poder entre las fuerzas imperantes en el país. Pero aunque insuficiente, es útil como marco referencial de legitimación de luchas y reclamos posteriores.

Su límite, sin embargo en el marco sistémico, siempre va a estar en que no se pongan en peligro los principios sobre los cuales se estructura el sistema, es decir, que no "represente peligro" para el sistema. Por eso su superación sólo es posible a través de una ruptura revolucionaria, o de procesos de cambio lo suficientemente profundos como para que desplacen a los factores de poder dominante, -al menos en un principio de los gobiernos y las instituciones.

2. UN POCO DE HISTORIA

Partimos en nuestro análisis de un dato que consideramos principal en relación con Nuestra América y es que desde fines de los '90, a partir del triunfo de Hugo Chavez en Venezuela en 1998, se inicia un proceso ascendente de cambios en América Latina y el Caribe, algunos de los cuales derivaron hacia experiencias que podemos calificar como de carácter francamente emancipador.

Desde luego que tenemos especial consideración con el más que valioso y significativo antecedente del levantamiento de Chiapas y el ejército zapatista en 1994 que tiró por tierra las premoniciones de algunos intelectuales (Castañeda, 1993).

Luego se sucedieron las movilizaciones de Bolivia en 2000, 2002/03, por el agua, por el gas; el enfrentamiento al golpe de Estado en Venezuela, los levantamientos en Ecuador.

Lo cierto es que hay otro mapa político que se ha ido construyendo en la región, con diversidad pero tendencialmente hacia un proceso de cambio. Comenzó como reacción, resistencia al neo-liberalismo consolidado en los '90.

Entendemos, sin embargo, que por sus características, es imprescindible analizar agudamente los que se consideran procesos de cambio en la región, ya que se observan sustanciales diferencias de proyectos. Para ello, sugerimos tomar en cuenta como patrón de variables (entre otras que podrían considerarse) en primer lugar, el posicionamiento respecto a la relación con los Estados Unidos, y más estructuralmente el posicionamiento ante el capitalismo como sistema.

No vamos a considerar a todos y cada uno de los países de la región, sino a algunos que resultan, a nuestro entender más significativos o paradigmáticos dentro del esquema de análisis.

Así, por un lado, son particularmente claros en cuanto a pronunciamientos y toma de posiciones, los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador,³ que aunque con diversidad de enfoques y de intensidades, se plantean programas que apuntan hacia alternativas de ruptura con el sistema dominante, a partir de considerar que el capitalismo no puede darles ninguna perspectiva en dirección a los programas sustentados y asumidos con y frente al pueblo, e incluso proclamando su vocación hacia el socialismo, el socialismo del siglo XXI en el caso de Venezuela, el socialismo comunitario en el caso de Bolivia. Obviamente son los más confrontativos respecto a los Estados Unidos.

Por otro lado, están Brasil, Uruguay y Argentina (de ninguna manera de modo homogéneo entre sí), países en los cuales se han registrado cambios respecto a los noventa -fundamentalmente de índole político democráticos- pero que se ubican definitivamente en el marco del capitalismo y aun con más continuidades que rupturas respecto al propio neoliberalismo. No constituyen por tanto, salidas alternativas y aunque en ocasiones, difieran con algunas políticas concretas de los Estados Unidos, se sitúan en su punto de posicionamiento sistémico.

Por su parte, México, Chile y Colombia constituyen claramente la base de apoyo incondicional de la política de los Estados Unidos en la región.

Como dijimos, los cambios que se registran no tienen por sus contenidos, significados similares. Son diferentes las propuestas, las realizaciones, la profundidad de las acciones, pero tienen en común ser la expresión resultante de anhelos y exigencias nuevas de los sectores populares sobre la política y la emancipación, más o me-

³ Está claro que Cuba no entra en esta clasificación, ya que la revolución del cincuenta y nueve y la historia posterior, dejan bien claro su postura de ruptura sistémica y programa de construcción de una sociedad socialista.

nos claramente, más o menos esbozadas, más o menos llevadas a cabo o más o menos travestidas. Albergan asimismo un espectro amplio de continuidades y rupturas.

Y más allá de si las políticas concretas aplicadas por varios de los gobiernos que forman parte de lo que denominamos “proceso de cambio en la región”, cumplen con las expectativas de sus votantes, lo cierto es que estos expresan –en general- un voto de cambio, un repudio a los liderazgos políticos tradicionales. En todo caso, un posicionamiento genérico referido a lo que no se quiere y más relativamente respecto a la alternativa que se propugna.

Otro aspecto importante a destacar hoy, es que el sujeto del ejercicio y la práctica política, es un sujeto plural.

Todo lo señalado discurre en medio de una crisis política en la región y en el mundo. Crisis de alternativa ligada a la caída en los '90 - junto con el muro de Berlín-, de paradigmas que habían conformado varias generaciones relacionadas por la construcción de lo que se denominó el “socialismo real” y que como un tsunami arrastró sin reflexión ni síntesis, junto con concepciones dogmáticas, incluso paradigmas absoluta y comprobadamente válidos de la obra marxiana, que fundamentan el análisis del capitalismo y la teoría de la revolución . Crisis que comprende la búsqueda y la acción emancipatoria, en la síntesis teórica, pero que todavía no ha encontrado la dirección de su concreción.

Una de las realizaciones más novedosas en las prácticas adoptadas por los países que hemos señalado en párrafos anteriores como aquellos donde los cambios se expresan con mayor profundidad estructural (Venezuela, Bolivia y Ecuador) ha sido la convocatoria a Asambleas Constituyentes ya en los primeros pasos hacia su consolidación. Esto ha significado la movilización masiva popular en una intensa actividad de reforma política e institucional dirigida a la elaboración de una nueva carta constitucional y luego, a la aprobación de los nuevos contenidos.

Resulta una realidad inédita en cuanto a la experiencia histórica respecto a los poderes constituyentes que generalmente han funcionado cuando los procesos de cambio estaban ya en la etapa de consolidación y no en el principio de esos procesos. La Constitución como “producto”, en estas circunstancias, no aparece como tradicionalmente ocurrió, como el lugar “de cierre” de un proceso sino como parte integrante de ese mismo proceso y demuestra de esa forma un carácter revolucionario cuya finalidad es la de concretar el cambio rotundo de un tipo de régimen socio-económico y político excluyente hacia un horizonte emancipador.

Tanto en espacios académicos como escolares y políticos y desde el sentido común, la respuesta más generalizada a como definir una Constitución, es que se trata de la norma fundamental de un Estado, que sea o no escrita, regula lo que se

considera el régimen básico de derechos y libertades de los individuos y organiza a los poderes e instituciones políticas.

Esta definición se ha naturalizado y ha circulado y circula ufanamente, prácticamente como una verdad irrefutable, sin que despierte preocupación, mucha o ninguna, acerca de dos cuestiones que minimamente nos debiera suscitar:

1. ¿a qué se considera el régimen básico de derechos y libertades de los individuos?

2. ¿qué significa y de acuerdo a qué parámetros se organizan los “poderes” y “las instituciones políticas”?

Se “naturalizan” definiciones y conceptos, de manera tal que pareciera que hay “UN” régimen básico de derechos y libertades y “UNA” organización institucional erga omnes. Pero, ¿dónde se origina? ¿qué representa?

En esta conceptualización, que proclama que la soberanía reside en el pueblo, quien es el que crea el Poder Constituido ejerciendo el Poder Constituyente, y de esa manera constituye “poderes” para luego, de hecho desaparecer como Poder Constituyente, se considera que el Poder Constituyente es absorbido “naturalmente” en la maquinaria de la representación política que es activada periódicamente de acuerdo a la agenda no ya del soberano (el pueblo ejerciendo Poder Constituyente), sino del poder “instituido” por haberse “constituido” en su origen y luego cedido su poder a los representantes (claro que todo esto sólo constituye una ficción que se va volviendo cada vez más retórica, y por tanto resultando en una crisis política). A esto se suele reducir el Poder Constituyente en la denominada democracia liberal burguesa.

Por el contrario, desde una concepción revolucionaria sobre el Poder Constituyente, la soberanía que reside en el pueblo ejerce dicho poder, pero ese poder no tiene fin, no desaparece como en la concepción liberal. O sea, el pueblo no es reemplazado por los representantes (institución que persiste pero de la que se pretende otros contenidos), sino que participa (o debiera hacerlo), constantemente en la política, en las decisiones, se organiza para ello y por tanto el ejercicio de la soberanía no es periódico sino permanente. Decimos o debiera hacerlo porque la realidad de los procesos de cambio, nos muestra cuán difícil resulta esa participación, tanto por influencia “desde arriba”, cuando se decide sin consultar suficientemente, cuanto por falta aun de conciencia participativa de los sectores populares, acostumbrados y manipulados durante decenas de años, a que esa participación sea sólo un enunciado. Claro que nada es blanco y negro o sea que hay diversos matices en ese grado de participación indispensable en los procesos de cambio.

El proceso, entonces, no termina con la elaboración de la Constitución, con la creación del Poder Constituido, no tiene límites temporales ni de aplicación, porque se entiende que sólo el Poder Constituyente originario puede impulsar los cambios revolucionarios que no pueden depender del Poder Constituido. De ahí que todo lo referido a la Constitución tiene relación directa con lo revolucionario, lo emancipador y no con un supuesto “contrato social”. De ello se deriva, que el poder popular representa la alternativa concreta a la llamada democracia burguesa representativa, ya que expresa la democracia sin aditamentos, lisa y llanamente democracia para el pueblo, con el pueblo y por el pueblo, con base roussoniana en la libertad y la igualdad real y no en la mera igualdad jurídica, o igualdad ante la ley y con el desarrollo del análisis marxiano en cuanto a que lo que la denominada democracia burguesa hace, es velar, ocultar, manipular, las verdaderas desigualdades que el capital prohija.

3. PARTICULARMENTE SOBRE LAS CONSTITUCIONES DE BOLIVIA, ECUADOR Y VENEZUELA.

Una de las primeras cuestiones a señalar, respecto tanto a las Asambleas Constituyentes realizadas en los países de referencia, pero más especialmente en Bolivia y Ecuador, como al producto normativo de ellas surgido, o sea, las Constituciones, es que comenzaron por *legitimar* la constitución de sujetos. Aunque la existencia de los pueblos originarios sea obviamente histórica, no ocurría lo mismo con el reconocimiento de sus derechos, su cultura, su existencia como nación. De ahí la importancia de ese reconocimiento legitimante que obtienen con la nueva Constitución.

Si los sujetos que promovieron el cambio, no eran sujetos en las constituciones anteriores, ni habían participado en ellas, se necesitaba de ese proceso constituyente previo o en el principio del proceso, para que constituidos “legalmente” en sujetos participaran en y con plenitud de derechos, como protagonistas de esta historia contemporánea dirigida a producir cambios estructurales.

El desarrollo de los derechos de las distintas etnias y la incorporación de distintas variantes en cuanto a los regímenes de propiedad acordes con las experiencias y tradiciones son otros de los puntos más sustanciales.

Sin embargo, reconociendo la importancia de los temas enunciados, una de las cuestiones más relevantes que las Constituciones de los países señalados incorporaron es la de la construcción de estados plurinacionales, que no implica un mero reconocimiento a las etnias reivindicadas como nación, sino toda una trama social, política, económica y cultural, sumamente compleja y no exenta de conflictos y contradicciones.

Lo que se trata es de recuperar todas las fuentes de resistencia que permitan crear alternativas que reconfiguren el marco del Estado-nación, pero comprendiendo o respetando la forma de organización social y simbólica indígena. Se trata de la formulación consagrada en las tres Constituciones en análisis: LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO PLURINACIONAL. Del concepto de plurinacionalidad derivan el de interculturalidad y el de poscolonialidad.

Este principio consagrado, comprende un régimen de autonomías complejo de carácter indígena-originario-campesinas, que existen junto a las autonomías regionales, y que podemos describir como la innovación más relevante de las Constituciones. El tema no es nuevo, ni exclusivo de Bolivia o Ecuador, o Venezuela. Está en textos constitucionales de Colombia, anteriores de Bolivia y de Ecuador, de Perú. Incluso el modelo neoliberal utilizó paradigmas indigenistas que sirvieron de ocultamiento, de pantalla de los ajustes estructurales.

Esto no es más que la muestra, de que el sistema capitalista no tiene reparos en efectuar concesiones para afianzar su poder, pero que luego ellas, sólo quedan en los papeles, demostrando ser lo que son: maniobras especulativas.

El desafío hoy, ante los procesos de cambios emancipadores en Venezuela, Bolivia y Ecuador, es si la autonomía proclamada pasa del mero discurso (en el que finalmente terminaban las propuestas anteriores) para convertirse en realidad objetiva y en ejecución.

Sin duda, que se generan tensiones. ¿Cómo conciliar autonomía con convivencia de paradigmas civilizatorios distintos y hasta contradictorios? ¿Cómo armonizar la ausencia del concepto de propiedad de los pueblos originarios, con el anhelo históricamente impuesto por la burguesía, de ser propietario?.

La ley, la Constitución, por el sólo hecho de formularlo, no genera per se el grado de autonomía reclamado en forma diferenciada, por los grupos sociales involucrados. ¿Será posible? ¿O se trata de una reconfiguración?. ¿O en todo caso de la acción de los sujetos organizados, participando activamente en la gestión y toma de decisiones?

De acuerdo a lo trabajado por García Linera (2012), una de las tensiones de esta etapa es la que se visualiza entre el interés general de toda la sociedad y el interés particular de un segmento individual de ella. Es la contradicción entre lo general y lo particular, fruto de una manipulación cultural histórica de modo de crear falsos oponentes y debilitar el movimiento popular.

Esta tensión se traduce también en relación a las demandas universales y generales institucionalizadas por el bloque revolucionario de poder y la fragmentación corporativista, sectorial del bloque popular, alentada e impulsada por los sectores

contra-revolucionarios, de derecha. Provoca que se rompan los diálogos haciendo aparecer las posturas como irreconciliables. Un ejemplo de esto es lo que pasó respecto a la carretera de Tipnis, hasta que pudieron sentarse todos a debatir, todos es pueblo y gobierno, sin temores a dar marcha atrás en propuestas, dispuestos a escucharse y dar razones. En beneficio de los sectores populares.

Hay voces que proclaman la contradicción entre Estado-nación y estado plurinacional. Tengamos en cuenta que las constituciones en análisis consideran la plurinacionalidad, pero con un solo Estado.

Se trata de efectivizar una articulación dialéctica en la cual el sujeto indígena se constituye como tal pero no se piensa como sujeto único, sino que nuclea en torno suyo a otros sujetos, diferentes visiones del mundo, exclusiones y necesidades de “otros”. Así, ese proyecto nuevo de Estado que es el Estado plurinacional podrá hacerse hegemónico y no campo de falsos enfrentamientos, sólo funcionales a los sectores dominantes.

Se necesita un verdadero despliegue y no un retorno al pasado, atravesado por el período de la colonialidad.

En definitiva, decolonizar es, significa, construir, construir proyectos a futuro, no regresar a los orígenes.

4. REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Alberto. 2008 *Bitácora Constituyente ¡Todo por la patria, nada para nosotros!* (Ecuador: ABYA YALA).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Preámbulo, 1999 (Gobierno Bolivariano de Venezuela)
- Echeverría, Bolívar. 1988 *La modernidad de lo barroco*, Era, México -citado por Mignolo, WALTER D. en *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, (Barcelona Gedisa Editorial).
- GARCÍA LINERA, Alvaro, *Las tensiones creativas de la revolución. La quinta fase del Proceso de Cambio*. Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz, Bolivia, año 2012.
- LANDER, Edgardo 2007 “El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela” en *OSAL* (Buenos Aires: CLACSO), Año VIII, n° 22, septiembre.
- LASALLE, Ferdinand. 2002 *¿Qué es una Constitución?* (Barcelona, Ariel Derecho).
- MIGNOLO, Walter D. 2005 *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, (Barcelona, Gedisa Editorial).
- PAGÉS, Juan Luis. 1995 *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, (Madrid-McGraw-Hill)

Capítulo 10

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, LEGITIMIDAD Y EJERCICIO DE LAS GARANTÍAS: EL CASO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

Marco Navas Alvear¹

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución ecuatoriana de 2008 contempla un reforzado sistema de justicia constitucional con una serie de procedimientos, entre otros los desarrollados a partir de las denominadas garantías jurisdiccionales. Este conjunto de procedimientos permiten una tutela efectiva en casos de violaciones de derechos. Como esta Constitución establece, el sistema de justicia constitucional es autónomo de las demás funciones del Estado y formalmente cuenta frente a ellas con amplias facultades de control de los actos del poder político a través de las decisiones de los jueces constitucionales.

Es precisamente por la amplia capacidad del sistema de influir en las decisiones políticas y porque sus integrantes, los jueces constitucionales, son funcionarios técnicos que no proceden de una designación directamente democrática y sujeta a más amplios mecanismos de control político y social, que el sistema de justicia constitucional ha sido objeto de constantes cuestionamientos en relación con la legitimidad de sus actuaciones. Esta crítica puede acentuarse en ciertas situaciones donde paradójicamente, a pesar de su autonomía, la dinámica política tiende a producir presiones sobre ellos, las mismas que rebasan en ocasiones el universo de las reglas institucionales, sea desatendiendo el principio de separación entre los poderes, sea influyendo excesivamente en las modalidades de designación de quienes conforman estos órganos de justicia, entre otras prácticas. O bien, la crítica en contra de la legitimidad de la justicia constitucional se acentúa por los modestos rendimientos en cuanto a la cantidad de conflictos que resuelven, entre otros factores. Estas críticas proceden además desde los más variados sectores políticos y sociales, incluso de quienes ejercen el poder.

¹ Profesor del área de Derecho y coordinador del programa de Derecho Constitucional Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. marco.navas@uasb.edu.ec

Entre los procedimientos de garantía jurisdiccional destaca la *acción de protección* (en adelante AP) como la garantía más importante del sistema judicial constitucional². En este texto se busca examinar el papel que juega la AP respecto de la legitimidad del sistema, desde dos perspectivas complementarias, una teórica y otra empírica.

En primer lugar, desde un punto de vista teórico se revisan los problemas relacionados con la legitimidad de la justicia constitucional en sistemas de democracia representativa y especialmente las nuevas lecturas que al respecto se ofrecen relacionadas con los sistemas de justicia constitucionales en democracias que, como la ecuatoriana, combinan mecanismos de representación con fuertes instituciones de democracia participativa, directa y comunitaria. Estas consideraciones sirven para reflexionar sobre en qué medida la AP contribuye a compensar una eventual falta de legitimidad del sistema de justicia constitucional, partiendo de que es posible considerar a esta institución de garantía como un mecanismo de vinculación entre el juez constitucional y ciudadanos.

Desde una segunda perspectiva, interesa destacar las potencialidades de la AP como forma de legitimación de la justicia constitucional pero desde la efectividad de la acción. Es así que además, desde un plano empírico, se explora de manera muy somera, algunos rasgos que definen la realidad de la aplicación de esta garantía básica del modelo ecuatoriano de Estado de Derecho denominado *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*.

2. LEGITIMIDAD, CONSTITUCIÓN Y SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, ALGUNAS PRECISIONES

La legitimidad, de acuerdo a Luis Prieto Sanchís, consiste en “la razón o título en cuya virtud el poder recaba el sometimiento y adhesión de los súbditos; un poder goza de legitimidad cuando es aceptado o se considera justificado por quienes son destinatarios de sus decisiones”³. Tomando como referencia lo citado, lo que interesa discutir en este texto esa capacidad potencial de las instituciones del Estado y más específicamente de aquellas que forman parte de la justicia constitucional, de adquirir legitimidad vista como adherencia o aceptación por parte de la ciudadanía a la que van destinadas.

2 Institución establecida en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y que en otros sistemas constitucionales tiene sus equivalentes en la acción de amparo, el mandato de seguridad o la acción de tutela.

3 L. Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 36.

Como condición que caracteriza una forma de relación entre el poder ejercido y la ciudadanía, la legitimidad se define en las sociedades actuales en los contornos de la Constitución. Un punto de partida para profundizar en este asunto se localiza en el proceso democrático en virtud del cual una sociedad organizada en un Estado (nacional o plurinacional como es el caso ecuatoriano) se traza un proyecto de vida. Tal proyecto se cristaliza en la Constitución. Ella organiza una serie de instituciones, principios, mecanismos y derechos que permiten plasmar tal proyecto, el mismo que es en esencia un proyecto político. La Constitución puede decirse en ese sentido que se convierte en un punto de inflexión dentro del proceso político de un país. Se busca mediante ella transformar la realidad social. Es pues, una instancia de transformación⁴.

Una sociedad acepta la Constitución mediante un procedimiento de elección de este instrumento instituyente y organizador, por mayoría. No obstante, si tal instrumento se estima como democrático, debe contemplar principios y reglas que protejan a todos los miembros de esa sociedad, incluso a quienes la han rechazado.

En efecto, de la mano con su carácter de instancia de transformación política que eventualmente puede atender las necesidades y expectativas de las mayorías, una Constitución democrática ostenta otras dos condiciones. Primero, es un dispositivo que mediante un conjunto de derechos, al decir de autores como Luigi Ferrajoli garantizan una cierta dimensión sustancial de esa democracia⁵. Estos derechos conforman una suerte de esfera cuyos contenidos esenciales no pueden cambiarse fácilmente a través de los vaivenes de la política contingente⁶. En segundo lugar, la Constitución como lo ha destacado Karl Löwenstein, es un dispositivo fundamental

4 Este propósito transformador puede verse claramente en la reciente Constitución del Ecuador que introduce fuertes innovaciones en cuanto a los derechos, sus garantías, el concepto de buen vivir, un nuevo régimen de desarrollo basado en una economía social y solidaria en el marco del concepto global de Buen Vivir o Sumak Kausai. Ver dos visiones de este proceso en M. Navas “La demanda de buen gobierno en Ecuador. Marco jurídico institucional de la participación y retos de la sociedad civil” en P. Bandeira (Coord.) *La demanda de buen gobierno en América Latina*, Madrid, Democracia, Ciudadanía y Desarrollo, 2012; y R. Ávila *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador, 2011.

5 Véase entre otras obras de este autor *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, I y II, Madrid, Trotta, 2011.

6 El jurista italiano se refiere a esto como la “esfera de lo indecible” en general un conjunto de derechos fundamentales de todas y todos que no pueden soslayarse por lo que el mismo llama los “poderes salvajes” del mundo político y del mundo de la economía cuando estos rebasan. Cfr. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

para el control del poder otorgado a los gobernantes⁷, precisamente para que este ejercicio responda a los lineamientos de aquella.

En suma, la Constitución tras de sí va integrando varios procesos y elementos de la vida social con énfasis en lo político, los que eventualmente podrían entrar en conflicto. Supone una fuerza transformadora que a la vez contiene derechos sustantivos en favor de un amplio universo de personas⁸, y además, consagra mecanismos de control del ejercicio de los poderes. Estos elementos hacen de la Constitución un fenómeno y un artefacto complejo. Esta complejidad se acentúa cuando la Constitución deviene en norma suprema e imperativa. Así pues, el procedimiento por el cual la sociedad ecuatoriana construyó su Constitución abarcó una discusión y una formación del texto constitucional con altos rasgos de participación⁹, y luego supuso un sometimiento a la ciudadanía mediante referendo. La Constitución se volvió luego de este proceso y con todos los elementos referidos (proyecto político, conjunto de derechos y dispositivo de control del poder) imperativa para todos y a la vez, referente de legitimidad del ejercicio de los poderes que en ella se asignaban a distintas funciones, órganos y autoridades.

La Constitución es pues, la norma suprema de la que deriva el ordenamiento jurídico. Ordenamiento que es resemantizado por ella y que debe ser reconstruido a partir de la nueva norma suprema, y una de cuyas tareas fundamentales (sino la más importante) es intentar armonizar la necesidad de transformaciones con la vigencia de unos derechos para todos y de unos controles adecuados del poder, en el afán de evitar o bien regular el desarrollo de los potenciales conflictos que en los hechos pueden presentarse entre diversos actores y formas de ver a esa Constitución. Y todo esto tiene que ver con apuntalar justamente la legitimidad de la Constitución misma y sus instituciones en cuanto estas mantengan la impronta transformadora pero la canalicen por canales democráticos y en cuanto también permitan que quienes hayan sido luego de su puesta vigencia delegados para ejercer el poder, puedan conservar

7 La Constitución según destaca Löwenstein es el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder. Cfr. *Teoría de la constitución*, Madrid, Ariel, 1982, p. 149.

8 Tan “universal” es por ejemplo la Constitución de 2008 que reconoce derechos a favor de los ciudadanos, nacionales del Ecuador pero además abre la ventana a un concepto universal de ciudadanía mediante la cual se podría ampliar aún más ese reconocimiento del ejercicio de derechos. Así el Artículo 416 en el numeral 6: “Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur”.

9 Véase, J. Pablo Muñoz, “Movimientos sociales y procesos constituyentes. El caso de Ecuador 2008”, Institut de recherche et débat sur la gouvernance (IRG), Paris. En: <<<http://www.institutgouvernance.org/es/analyse/fichenalyse-451.html>>> (Consulta 2012-01-07).

sea la adhesión social a sus actuaciones o bien un acatamiento respetuoso de parte de quienes disienten con ellas.

Ahora bien, como subraya Prieto Sanchís, el ya referido ordenamiento jurídico, contempla no solo normas que reconocen derechos e imponen obligaciones a los ciudadanos (denominadas normas primarias) sino otras que conforman un conjunto más o menos complejo y que desempeñan entre otras funciones las de identificar a las normas primarias, organizar a las instituciones llamadas aplicar las normas y designar las autoridades de estas, además de instituir los órganos encargados de estas tareas (llamadas estas normas secundarias). Se trata en definitiva de un orden jurídico que es sistemático gracias a que se halla institucionalizado¹⁰. Y entre esas formas y mecanismos de institucionalización están aquellas que permiten organizar a la justicia como uno de los cometidos centrales del Estado.

El de justicia podría decirse entonces que es un subsistema del más grande sistema constitucional y jurídico que se orienta a crear órganos, procesos y reglas para resolver las disputas sociales en torno a los contenidos de la Constitución. Este subsistema cuenta con dos dimensiones, la de la justicia constitucional y la de la así llamada justicia ordinaria. La primera alude a los asuntos directamente relacionados con esos contenidos constitucionales fundamentales y la segunda se circunscribe a aquellos contenidos derivados por ella a otras esferas específicas de la vida social (vg. El ámbito administrativo, el ámbito privado civil, comercial, lo penal, lo laboral, entre otros).

Interesa aquí profundizar en lo que atañe a la dimensión de la justicia constitucional en cuanto parte del sistema jurídico constitucional. Esta justicia constitucional y el mismo constitucionalismo como fenómeno jurídico han sido temas relevantes en el marco del debate sobre el estado de derecho y la democracia¹¹. En particular, en América Latina, la institucionalización en distintas modalidades de cortes o tribunales

10 Prieto S, op. cit. p. 19. Ver además N. Bobbio quien ha destacado ya antes que el citado autor español a la institucionalización como el carácter fundamental del orden jurídico, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 19999, 143 y ss.

11 Varios autores hablan de una “cuarta ola” de desarrollo constitucional, una de cuyas características sería justamente la constitucionalización de procedimientos judiciales que permitan reclamar derechos. V. entre otros, desde distintas ópticas, los trabajos de Donna L. Van Cott, *The Liquidation of the Past. The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, Pittsburgh University Press 2000; L. Whitehead “Constitutionalism in Latin America: a Long and Winding Road” en A. Barrera, Nolte y Schilling (Eds.) *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective*, Hamburg, GIGA, 2011; Uprimny, R., “Transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencia y desafíos”, VIII World Congress of Constitutional Law, México, 2010. Disponible en: << <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf>>> (consulta 01.09.2012).

constitucionales y de procedimientos apropiados ha contribuido a la justiciabilidad de los derechos constitucionales respondiendo a una doble necesidad convergente. Por una parte, a las demandas de resolución de conflictos planteados desde un discurso de derechos y la necesidad de limitar tanto poderes estatales como formas de poder de los particulares, acostumbrados a prácticas abusivas; y por otra, a necesidad de disponer de mecanismos judiciales más adecuados para exigir el cumplimiento de los derechos constitucionalizados y luchar por afirmar la igualdad y la democracia en la vida social.

Los ordenamientos constitucionales de la región han tomado elementos de los dos grandes modelos de justicia constitucional, a saber, el concentrado y difuso. Entre otros ejemplos podemos citar los casos de Colombia, Bolivia y Ecuador que cuentan con sistemas que integran dentro de un modelo básicamente concentrado basado en la existencia de un órgano superior y específico de justicia constitucional, distintas competencias que podríamos bien denominarlas de control difuso a cargo de jueces ordinarios.

En el Ecuador, la adopción del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia ha abierto nuevos horizontes a la dimensión de la tutela de los derechos constitucionales¹². Un aspecto destacado es la posición fuerte que ocupa la Corte Constitucional (Título IX, Cap. II CE). Este órgano es la máxima expresión institucional del sistema y posee amplísimas facultades de control político y sobre todo de ser el vínculo entre lo que se ha denominado acertadamente la semántica del sistema y la pragmática del mismo¹³. En otras palabras, se trata de un papel hermenéutico que permite vincular los contenidos constitucionales a la realidad.

En la actual Constitución ecuatoriana hay que destacar además, que esta función protagónica de la Corte Constitucional coexiste con el diseño de un Ejecutivo fuerte al cual se le han sumado facultades, entre otras, ciertas atribuciones que se han disminuido a otras funciones como la Legislativa. En efecto, actualmente el diseño del Parlamento en la Constitución de 2008 es débil y esto justamente es un factor a tomar en cuenta al momento de hablar de legitimidad de los poderes públicos puesto que su función principal es deliberar y fiscalizar los actos del poder público y al estar

12 Como efectivamente lo destaca desde una perspectiva idealista Ramiro Ávila S. “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en, R. Ávila (Editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

13 Julio Echeverría “El Estado en la nueva Constitución” en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini (Eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, 2009, p. 13.

disminuidas estas facultades la legitimidad del ejercicio del poder podría verse cuestionada. A la Corte le corresponde examinar la legitimidad de muchas de las actuaciones del Ejecutivo y esa puede ser una forma de compensar esta falta de legitimidad si se cumplen estas de manera adecuada y con la suficiente independencia.

Pero bien, vamos a concentrarnos en la estructura del sistema de administración de Justicia Constitucional ecuatoriano el mismo que se compone según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC (Art. 166) de los siguientes órganos:

1. Los juzgados de primer nivel.
2. Las Cortes Provinciales.
3. La Corte Nacional de Justicia.
4. La Corte Constitucional

Es decir, no solo la Corte se encarga de controlar la implementación de la Constitución sino que le acompañan los órganos de justicia ordinaria en cuanto tienen también facultades de control constitucional o bien, aplicando directamente la norma suprema en casos de justicia ordinaria de acuerdo a las facultades establecidas en los Arts. 425, inciso 2 y 426 incisos 2 y 3 CE, o bien resolviendo determinados casos relativos a violaciones de derechos constitucionales. En este último sentido, a las juezas y los jueces de primer nivel, les compete conocer y resolver, en primera instancia, la acción de protección y otras garantías, así como la petición de medidas cautelares. Igualmente a las cortes provinciales les compete resolver en segunda instancia acciones como las de protección (Arts. 167 y 168 numeral 1 de la LOGJCC).

Como veremos más adelante, la discusión acerca de la relación de la Justicia Constitucional con la política y su legitimación, tiende en los casos de los modelos predominantemente concentrados a interesarse más por la actividad de las cortes o tribunales constitucionales¹⁴, pero es necesario ver con mayor atención lo que hacen o deben hacer estas otras instancias de este sistema de justicia.

Ahora bien, en el sistema ecuatoriano, la acción de protección (AP) es la garantía básica y general contra la violación de los derechos. Es abierta en el sentido de su legitimación activa y respecto de contra quienes puede interponerse, sea el Estado

14 V. Albert Noguera F. “El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en Revista Vasca de Administración Pública No. 90, Mayo – Agosto 2011, pp. 167-196.

o los particulares¹⁵. Su trámite es sumario y las resoluciones que emanan de ella hacen énfasis en la reparación integral en el caso de violaciones a los derechos, es decir es de naturaleza eminentemente reparatoria¹⁶. Se trata de un tipo de garantía concreta¹⁷, de espectro amplísimo, es decir, permite proteger todos los derechos constitucionales y aquellos que están previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos, con excepción de algunos derechos concretos como el de acceso a la información personal o pública, o el de libertad cuando alguien haya sido privado ilegal e ilegítimamente de esta. Estos derechos concretos están protegidos por garantías específicas como son el hábeas data, la acción de acceso a la información pública y el hábeas corpus, respectivamente.

Estas características le dan a la AP un carácter central en el sistema constitucional como herramienta jurídica para que los ciudadanos de forma individual y colectiva puedan defender sus derechos. Por ello podríamos decir que la AP se halla, de acuerdo a su diseño, más cerca de los ciudadanos, en las situaciones de su vida cotidiana y a la vez, en las situaciones más importantes para cada sujeto individual o colectivo en relación a los contenidos de la Constitución.

Pero no solamente se trata de considerar esta cercanía con la ciudadanía de la AP sino que, a partir de la selección de los casos conocidos por las cortes superiores en aplicación de una suerte de *certiorari volumus*¹⁸, debería generarse de parte de la Corte Constitucional una jurisprudencia que permita establecer precedentes generales (erga omnes) a ser empleados en casos análogos donde los principios constitucionales vayan precisándose para definir posiciones claras sobre situaciones conflictivas (así lo establece el Art 86.5 de la CE y el Art. 25 de la LOGJCC). Entonces,

15 En efecto, la acción de protección persigue el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos constitucionales, en casos de vulneración de los mismos. En el caso del Estado la AP procede: a) por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o b) contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos. En casos de particulares accionados procede: a) si la violación del derecho por el particular provoca daño grave, b) si presta servicios públicos impropios, c) si actúa por delegación o concesión, o d) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (Art. 88 CE).

16 V. Juan Montaña “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección” en J. Montaña y A. Porras (Eds.) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Quito, Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional / Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 105.

17 V. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 856-57.

18 Términos latinos que aluden a la intención de ser informados de un caso por parte de un tribunal superior, pero que en sentido amplio entendemos aquí como procedimiento de revisión. Cfr. S. Gifis, *Law Dictionary*, Nueva York, Barrons, 2010, p. 77.

la AP se convierte en una herramienta central para el sistema también en el sentido del desarrollo de los derechos constitucionales, una herramienta de *política jurídica* (rechtspolitik) *constitucional*.

3. EL DEBATE SOBRE LA LEGITIMIDAD

Como ya fue precisado, hay que considerar ciertamente a la Constitución ecuatoriana actual como un hito en un proceso de transformación política de la sociedad. Uno de sus rasgos positivos es que esta Carta recoge una serie de demandas sociales que se expresan en una nueva variedad de derechos constitucionales¹⁹.

Estas demandas diversas recogidas por la así llamada Constitución de Montecristi, a su vez podemos suponer que se condensan en dos demandas centrales.

La primera tiene que ver con instituir otra forma de democracia. Es así que la Constitución de 2008 incorpora al sistema representativo varios derechos y mecanismos propios de formas de democracia directa, comunitaria, deliberativa y participativa²⁰, como cabildos ampliados, la silla vacía, la revocatoria del mandato o las veedurías como formas de control social.

La segunda demanda relevante, se relaciona con la efectividad de los derechos y consiste justamente en la apuesta por un sistema más efectivo de Justicia a través de la introducción de garantías jurisdiccionales reforzadas²¹. Es allí que la AP adquiere mayor centralidad.

Frente a lo expresado surgen al menos dos interrogantes: ¿Cómo relaciona la Constitución estas demandas? ¿Cómo convive este modelo de democracia, con su mezcla de mecanismos representativos y participativos de acceso y de juego político, con un modelo de justicia constitucional de tipo fundamentalmente concentrado?

19 Entre otros, se repotencian los así llamados derechos de participación e igualmente los del Buen Vivir entre otros el derecho a la vivienda, a la educación, a la cultura y la salud, además se introducen los “derechos de la Naturaleza”. Al respecto véase Marco Navas A, “La demanda de buen gobierno en el Ecuador. Marco jurídico institucional de la participación y retos de la sociedad civil” *op. cit.* pp. 89-90.

20 V. Marco Navas Alvear, “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”, en Ma. Paz Ávila, R. Ávila y G. Gómez (Eds.) *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO/ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

21 V. Claudia Storini “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución de 2008” en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini (Eds.) *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, 2009, pp. 287-312.

La relación entre el tipo de democracia y el diseño de la Justicia (constitucional) del Estado Constitucional plantea dos escenarios. Por una parte, podría argumentarse si seguimos la perspectiva del constitucionalismo que defiende la primacía de la democracia mayoritaria²², que existe un déficit democrático que afecta tanto al órgano que preside el sistema de justicia constitucional como a los procedimientos que se usa para activarlo; esto, en el sentido de que tal órgano no procede de una elección por parte de los ciudadanos y de que sus procedimientos no están directamente sujetos a un mayor control político. Se argumenta así por ejemplo, que estos poderes de la justicia constitucional en manos de una elite judicial pueden tornarse tecnocráticos y que no permitirían una amplia deliberación sobre aspectos trascendentales²³.

El constitucionalismo latinoamericano contemporáneo usa varios mecanismos para mitigar este potencial déficit democrático. Hay que considerar que una de las bases de legitimación del poder es que este en sus distintas expresiones, está sujeto a control. Entre los distintos mecanismos de control sobre el poder que Constitución de Montecristi estarían las llamadas formas de *poder negativo*²⁴. Algunos de estos mecanismos se accionan sin necesidad de recurrir a la justicia constitucional, por ejemplo, las referidas veedurías, la iniciativa popular normativa o la silla vacía; otros de ellos solo se accionan a través de la justicia constitucional por vía justamente de garantías jurisdiccionales y procedimientos constitucionales como la acción de inconstitucionalidad de normas o actos administrativos, o las acciones por incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos y de incumplimiento de decisiones de la misma Corte Constitucional.

Al igual que esos procedimientos constitucionales, consideramos que la AP al permitir justamente el control por parte de los ciudadanos de los abusos de poderes públicos y privados, en casos concretos referidos a una violación de derechos, puede ser considerada como un *mecanismo de poder negativo indirecto*, en cuanto es una posibilidad de defensa del ciudadano y a la vez una forma de expresión de su soberanía sobre los poderes constituidos y fácticos. Los jueces, las cortes provinciales y la Corte Constitucional actúan en el caso de la AP como mediadores en este proceso y sus

22 V. Albert Noguera, Op. cit. y R. Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

23 V. debate sobre este argumento en M. Alterio, “La esfera de lo indecible en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli. Un análisis crítico” en *Universitas, revista de Filosofía, Derecho y Política*, IDHBC Universidad Carlos III, Madrid, enero 2011, pp. 26 y ss. En: <http://universitas.idhbc.es/n13/13-02.pdf> (consulta: 2012-11-30).

24 V. Albert Noguera, *op. cit.*

decisiones permiten teóricamente intervenir en los asuntos de la sociedad y en el fondo, en los asuntos políticos de ésta.

En efecto, quienes ejercen el poder están vinculados al orden constitucional y limitados por este. Las garantías suponen formas de control de este poder e imposición de medidas de reparación en caso de producirse y comprobarse violaciones. Las garantías están previstas como formas procesales especiales que maximizan los derechos. Están vinculadas a la tutela efectiva al acceso a la justicia no solo a nivel de la normativa constitucional sino del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forma parte del así llamado *Bloque de Constitucionalidad* del país, al tratarse de normas acogidas por el sistema parte de instrumentos reconocidos por el Estado ecuatoriano como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y sobre todo su Art. 25 que establece justamente el acceso a un recurso efectivo que proteja de actos y omisiones violatorios de los derechos fundamentales.

Hay dos consideraciones que hacer en relación con esta intervención judicial. La primera tiene que ver con precisar la fuente de legitimidad, tanto de la iniciativa ciudadana expresada en la AP como de la intervención judicial que la desarrolla. La segunda cuestión se relaciona con el rol del juez al respecto: ¿se trata de un mero y neutral mediador de la iniciativa ciudadana de defensa o le da un *valor agregado* al resultado mediante su interpretación y más bien, con esto refuerza su legitimidad?

Respecto de lo primero, en Ecuador se ha insistido en que el papel institucional fuerte que hoy por hoy tienen los órganos del el sistema de justicia constitucional entraría en tensión con el diseño democrático. Se argumenta en tal sentido que el modelo produce un efecto de “despolitización” que entrega a un órgano judicial máximo como es la Corte (y a los demás del sistema en su conjunto hay que agregar), la capacidad de legitimar o no el juego político, esto en lugar del Parlamento²⁵. En relación a la segunda cuestión, se ha insistido por otro lado, en la necesidad de una actuación técnicamente neutral en la aplicación de principios constitucionales que deben trascender los límites de la ideología²⁶.

A continuación algunas consideraciones sobre estos argumentos en contra de la justicia constitucional como está prevista. Si bien podría existir un déficit democrático, potencial o formal, en materia de justicia constitucional, este se podría mitigar si consideramos a la Constitución como fuente de legitimidad del sistema y al procedimiento de nominación de los jueces cuando es ejecutado de forma transparente como forma de vinculación con la democracia. Por otra parte, es justamente

25 Echeverría, op. cit. pp. 19-20.

26 V. en este sentido la argumentación de Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional* (4ta. Ed. actualizada), Quito, Ediciones Legales, 2012, p. 21.

el valor agregado que los jueces puedan darle a sus decisiones desde una perspectiva garantista, lo que no significa una expresión de una ideología partidaria sino de un pensamiento conforme a los valores consagrados en la Constitución, lo que puede fortalecer la vinculación entre democracia y decisiones judiciales.

El déficit democrático y las contradicciones son pues, potenciales y relativas. Estas pueden combatirse justamente desde el acercamiento que se haga con la cotidianidad de los ciudadanos a través de la actuación proactiva de los jueces constitucionales, como ha sucedido en algunos momentos, en realidades cercanas como la colombiana donde estas prácticas han sido instrumento de un activismo judicial progresista.²⁷

En suma, planteamos que en la Constitución ecuatoriana el régimen democrático y la demanda de justicia podrían conciliarse en una relación de mutuo reforzamiento a partir de potenciar procedimientos como la acción de protección vistos como mecanismos ciudadanos de poder negativo indirecto. Estos procedimientos vendrían a ser además, desde el punto de vista de la teoría de la democracia deliberativa, como una forma de poder comunicativo²⁸, que permite subir las demandas sociales hacia el poder, afirmándolas a través del reconocimiento de derechos vulnerados.

4. SITUACIÓN EN EL ECUADOR: ALGUNOS RASGOS

De cómo se haya desarrollado la acción de protección a través de la legislación y cómo se esté implementando en el Ecuador, dependerá si esta cumple o no con estas funciones indirectas de vehículo del poder negativo ciudadano y de legitimación del sistema de justicia constitucional. Ahora buscaremos aproximarnos a este aspecto, estableciendo por una parte algunos criterios centrales que permitirán posteriores análisis y por otra, algunos acercamientos a su implementación.

Resulta necesario entonces analizar los aspectos prácticos de la AP desde la perspectiva de la finalidad o los objetivos que la presiden a la luz de su naturaleza. El contenido de la Constitución en el Ecuador, hace prevalecer a los derechos sobre cualquier posición de poder en orden a asegurar un modelo garantista. Esta norma suprema viene así a constituirse en el parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad del orden jurídico. La AP es central en esta tarea como hemos indicado.

27 V. entre otras, la argumentación que en tal sentido desarrollan R. Uprimny y M. García Villagas, "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", en B. Souza Santos (Coord.) *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, FCE, 2004, pp. 255-288.

28 V. Jürgen Habermas, *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós, pp. 234-235.

Habrà que verificar si este paràmetro es atendido o desatendido en la pràctica, y ello deberà evaluarse tomando en consideraci3n primeramente el desarrollo que se le ha dado sobre todo a trav3s de la Ley Orgànica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

A la vez, en cuanto a los criterios que permiten analizar esa relaci3n entre el derecho en su dimensi3n normativa y su dimensi3n fàctica hay que destacar el de efectividad, que se constituye en un paràmetro rector de la tutela judicial sobre los derechos. Igualmente, habrà que tomar en cuenta los criterios de eficacia y eficiencia. Estos tres criterios permiten en estos casos un estudio a fondo de esta vinculaci3n de ambas dimensiones del fen3meno jurídicoo si se quiere, de la *experiencia jurídicaa*.²⁹

Eficacia se refiere sobre todo a la idoneidad de la norma en funci3n de desarrollar los objetivos perseguidos por el legislador constituyente. Por tanto, esto hace relaci3n al diseño normativo de la garanti3a jurisdiccional examinada y su desarrollo m3s concreto a trav3s de la legislaci3n. La eficiencia de manera complementaria, se refiere al anàlisis de los mejores medios con los que se consiguen determinados fines que pueden ser las normas mismas vistas como instrumento o bien las formas de interpretar y aplicar estas, tomando en cuenta sobre todo, la optimizaci3n de esos medios respecto de esos fines. La efectividad es de su parte m3s amplia y se relaciona con la capacidad “global” diríamos, de realizaci3n de las normas a trav3s de la actividad de sus aplicadores y el acatamiento de sus destinatarios³⁰. Hablamos en este sentido de la realizaci3n de la instituci3n jurídicaa en la vida cotidiana de las personas o sujetos.

A la vez, una evaluaci3n que se base en estos criterios tiene que tomar en cuenta dos dimensiones: la legislativa, que implica el diseño de la garanti3a a nivel constitucional en el marco del modelo general de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, así como la capacidad de los instrumentos normativos infraconstitucionales de desarrollar los objetivos de la Carta Fundamental. Una segunda dimensi3n que interesaría destacar es la que hace relaci3n a la actividad que desarrolla el juez en cada caso para realizar los efectos deseados y en especial un examen de los medios empleados por el para este proceso.

29 Apelamos, siguiendo a Antonio E. Pérez Luño (et. al), a una concepci3n omnicomprensiva de todas las dimensiones del fen3meno social llamado derecho, a saber cuatro: la valorativa o axiol3gica, la normativa, la fàctica y la hist3rica. Cfr. *Teoría del derecho. Una concepci3n de la experiencia jurídicaa*, Madrid, TECNOS, 2004, capítulo III.

30 El debate doctrinario sobre los criterios mencionados es profuso, entre otras fuentes de consulta podemos citar lo referido al respecto por H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducci3n de E. García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 30 y ss.; v. también L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicaa y teoría del derecho*, Madrid, Ariel, 1993, pp. 206 y ss; y L. Prieto Sanchís, *Apuntes...*, op. cit. Lecci3n 7.

Así pues, si bien el de este texto no es un espacio suficiente para un desarrollo a fondo de estos criterios en relación a la AP, lo que se busca por el momento es proyectar algunas reflexiones que orienten futuras investigaciones; a la vez que, poder examinar algunos hallazgos producto de investigaciones en curso.

En cuanto al diseño constitucional de la AP hemos ya enunciado algunas de sus características. Nace en el marco del ampliamente garantista modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, caracterizado por una generosísima parte dogmática, por principios muy favorables a la aplicación de los derechos y por unos principios procesales simplificados. La AP tiene así, en este contexto, un cometido amplio, un diseño contundente con énfasis reparatorio y una naturaleza no subsidiaria que la torna autónoma. En otras palabras, los objetivos de la AP como garantía central de los derechos en el sistema de justicia constitucional son bastante ambiciosos.

Respecto de la regulación de la AP a través de la LOGJCC, preocupa que se haya reducido la posibilidad de ejercicio de esta garantía. Esta reducción se siente con mayor peso en dos aspectos: En cuanto a la legitimación para demandar, la así llamada a *acción popular* establecida en el Art. 86.1 de la Constitución en el sentido de que “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución” es reducida por el Art. 9 de la LOGJCC que faculta a accionar solamente a la víctima, es decir la “persona o colectivo vulnerado o amenazado, por sí mismo, por representante o apoderado o mediante el Defensor del Pueblo”.

Un segundo aspecto puede verse en la admisibilidad de la AP. Así, el Art. 40 de la LOGJCC emplaza el carácter vinculante de la Constitución al trasladar al juzgador la facultad de determinar si existe otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado (numeral 3), en cuyo caso la acción no procedería. El 42 de la LOGJCC establece en idéntico sentido, entre las causales de inadmisión de la acción, la siguiente: “4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”.

Por más razones prácticas que puedan esgrimirse en relación sobre todo a la necesidad de no concentrar en la justicia constitucional grandes cantidades de reclamos que podrían ventilarse por medio de la justicia ordinaria, estos condicionamientos -que no se hallan ni corresponden con el diseño constitucional de la AP, insistimos-, constituyen una invitación a desconocer el carácter no subsidiario o de aplicación directa de esta garantía. Así pues, la Constitución del Ecuador no establece la necesidad de agotar vías judiciales ordinarias para presentar una AP; es más, la perfila como una garantía que se desmarca claramente de las formas ordinarias de

accionar. La frase “salvo que se demuestre...” abre la posibilidad de una interpretación reductiva sobre la procedencia o no procedencia de la AP. De hecho como más adelante expondremos en base a un análisis de una corta muestra de fallos efectuada durante los cursos universitarios, los jueces se basarían en una interpretación parcial y elemental de esta disposición para evadir la aplicación de la AP, sea inadmitiéndola mediante auto o incluso usando esta norma para denegar la acción que ha sido previamente admitida a conocimiento.

Además de lo enunciado, aspectos de la calidad con la que el operador de justicia (el juez – y el personal que en la práctica le ayuda a realizar los borradores de las sentencias) aplica las normas son sin duda relevantes. Así, se requiere entrar en la segunda de las dimensiones ya aludidas. Y allí existen entonces otros parámetros a tomar en cuenta al momento de considerar si el juez contribuye o no a la realización de las normas.

La calidad de la motivación es una de esas variables, tanto al momento de la admisibilidad como en la fase de la decisión de fondo; la forma y calidad de la argumentación, los tipos de interpretación (si se trata por ejemplo, de ponderaciones cuyo punto central es el principio de proporcionalidad cuando dos normas de derecho constitucional colisionan, o bien de meras subsunciones respecto de las normas de derecho constitucional) son puntos fundamentales para estudiar la actuación de los jueces.

Otro elemento trascendental es la reparación, en cuanto a la extensión y razonamiento de la misma. Complementariamente, en un análisis completo habría que analizar algunas variables cuantitativas relativas a las admisiones o inadmisiones, el número de acciones procesadas por instancia, la naturaleza de las partes, los tipos de derechos demandados mayormente, la cantidad de resoluciones favorables o negativas, entre otras.

En el mundo académico ecuatoriano, el análisis de la implementación de las garantías y concretamente de la AP es hasta ahora incipiente. Podríamos decir que recién está empezando. Destacan dos trabajos, el de Agustín Grijalva recogido en los Informes de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar³¹ y el que adelantamos con la colega profesora Claudia Storini³². No es posible sin embargo

31 V. *Develando el Desencanto. Informe de Derechos Humanos 2010*, UASB-E/ Abya Yala, Quito, 2011 e *Informe de Derechos Humanos 2011*, Quito, UASB-E, 2012. El estudio se circunscribe a la provincia de Pichincha donde se halla la capital ecuatoriana Quito.

32 C. Storini, M. Navas y otros, *El funcionamiento de la acción de protección en las provincias de Azuay y Guayas 2008-2011*, investigación patrocinada por el Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, en proceso de publicación.

contar aún con los datos concretos y consolidados arrojados por la segunda investigación al hallarse está en fase de publicación, ni comparar ambos trabajos por las diferencias de objeto, muestra y metodología. Por el momento, se trata de destacar sin embargo, a grandes rasgos lo que sobre la efectividad y eficacia de la AP nos dice el primer trabajo.

Los resultados que presenta Grijalva en los Informes de Derechos Humanos de 2010 y 2011 hacen ver un panorama crítico. Si bien en la Constitución de 2008 ha habido un “decidido fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales”, tanto las prácticas como el desarrollo legislativo no favorecerían la efectividad de la AP. En cuanto a las prácticas, las tendencias identificadas son las siguientes.³³

- Entre 6 y 7 de cada 10 procesos por garantías constitucionales corresponden a acciones de protección (en Pichincha entre enero y octubre de 2010 y 2011 respectivamente). otros corresponden a habeas corpus, habeas data y acción de acceso a información pública
- Las AP tienden a concentrarse en los derechos de protección (debido proceso sobre todo), en relación a problemas laborales y contencioso-administrativos de policías, militares y funcionarios públicos. Siguen los derechos de libertad y los del buen vivir, siendo muy escasa la reivindicación de otros derechos.
- El carácter residual que la LOGJCC ha dado a la AP “ha determinado una alta tasa de rechazo”. En primera instancia se negaron 8 de cada 10 casos en 2010 y 9 de cada 10 en 2011 en Pichincha, en muchos de los cuales “el juez argumenta que el accionante tiene otras vías”. Una situación similar se presenta a nivel de la Corte provincial de Pichincha.
- En cuanto al género, referido a todas las acciones de garantía, se registra una predominancia de hombres frente a mujeres respecto de los accionantes. Las AP presentadas por mujeres alcanzan entre un 24.9% en 2010 y en 2011 tan solo un 17.15%.

Otra fuente de hallazgos preliminares radica en el estudio cualitativo de 68 fallos emitidos por las cortes provinciales de Pichincha, Azuay y Guayas³⁴. De esto, a grandes rasgos puede adelantarse de manera meramente referencial, lo siguiente:

33 Cfr. *Develando el desencanto...*, op. cit., pp. 41 – 42 e *Informe de Derechos...*, op. cit., pp. 56 – 60.

34 Recopiladas por el autor en base a búsquedas efectuadas por alumnos de los programas de derecho constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Cabe mencionar que las tres provincias mencionadas son tres de las más pobladas del Ecuador.

1. Existe un predominio de acciones negadas. La mayoría de estas perseguía revisar violaciones al debido proceso en sumarios por faltas disciplinarias, temas administrativos como declaratoria de expropiación y cuestiones relativas al ordenamiento urbano. De las concedidas, estas se refieren especialmente a cuestiones de estabilidad laboral vulnerada por abuso de contratos ocasionales o por casos de discriminación laboral. La calidad de la argumentación es baja, se basa en un análisis de corte legalista que combina la interpretación literal de normas legales y constitucionales con la subsunción entre normas y hechos. La norma constitucional en gran parte de la sentencias no es analizada, sino meramente transcrita al igual que la doctrina. Es decir, los jueces solamente invocan la norma o la doctrina y no las asocian con el análisis del caso. Raros son los casos donde se intenta una suerte de ponderación elemental, por ejemplo en casos de colisión entre el derecho al trabajo de un docente y el derecho a la educación de los alumnos, o el derecho a la propiedad versus el derecho difuso al patrimonio histórico representado en la obligación del Estado de protegerlo limitando el derecho a disponer de un inmueble declarado como patrimonio.

2. Este muy breve análisis arroja ciertas evidencias de que existen factores adicionales que hay que seguir explorando en relación a por qué fallan así los jueces. A más que la falta de conocimiento de los métodos interpretativos adecuados como serían la ponderación y más específicamente la aplicación de la fórmula de proporcionalidad, puede haber otros factores como la rutina en el manejo de procesos, la carga procesal en su conjunto y el temor a fallar contra el Estado en el contexto de un ambiente caracterizado por una débil independencia de la Justicia frente a los demás poderes (funciones) del Estado. Todo esto, en todo caso, en el marco de la más importante reforma judicial implementada por el actual gobierno luego de la consulta popular de mayo de 2011.³⁵ Como quiera que sea, lo preocupante es que de las pocas evidencias se advierte en ese sentido la tendencia a evadir el conocimiento de AP contra el Estado parapetándose el juez en una causa de inadmisión.

3. Sobre la reparación, la misma que debería ser integral, la gran mayoría de estas resoluciones lo que hace es restituir el goce del derecho y en medida mucho menor se dispone reconocer el daño emergente y lucro cesante. Son muy escasas aquellas que ordenan otras medidas como investigar o la reparación al honor (reparación inmaterial). Parece que la reparación estaría siendo actuada en la dimensión

35 Precisamente, el momento de reforma judicial que atraviesa el país resulta un buen momento para revisar aspectos relativos al funcionamiento efectivo de las garantías constitucionales. Si bien el comentario sobre este proceso excede totalmente las posibilidades de este texto, cabe referir para quien se interese en informarse sobre el mismo, el sitio WEB se Consejo Nacional de la Judicatura: << <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/programa-reestructuracion.html>>>

material mayoritariamente. En los fallos que implican pago en dinero no se llega a establecer claramente condiciones acerca del modo, tiempo o lugar para la afianzar el cumplimiento de las mismas, aunque habría que suponer que esta especificación se realizará posteriormente en los respectivos juicios sea contenciosos o verbal sumarios de liquidación de la indemnización.

4. A esto hay que agregar el tema de la selección de casos relevantes por parte de la Corte Constitucional. Existe a penas un caso donde se ha seleccionado una sentencia de AP para el desarrollo de jurisprudencia, lo que según las estadísticas de la Relatoría de la Corte de Transición corresponde al 1% de los casos resueltos.³⁶

5. CONCLUSIÓN

Cabría sostener que la efectividad de la acción de protección es necesaria para la legitimación del modelo de justicia constitucional del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. El valor que este modelo le da a los juzgadores es muy alto. Les corresponde trasladar los principios constitucionales desde la abstracción y generalidad hacia casos concretos a través de lo cual se configura una forma dinámica de ese ordenamiento siendo solo así capaz de ser efectivo, es decir de realizarse en la vida de las personas y de proyectarse al futuro.

Si el control concentrado y abstracto en manos de la Corte Constitucional permite emplazar y revisar los grandes asuntos políticos, la suerte de control difuso pero concreto en manos de los jueces ordinarios a través de la acción de protección, posibilita al sistema aterrizar en asuntos de la vida cotidiana de las personas pero situándolos en la esfera pública.

La AP adquiere entonces una dimensión de “publicización” de estos asuntos constitucionales³⁷. En otras palabras, la gente puede discutir asuntos de interés común en torno al desarrollo de los procesos constitucionales que en inicio atañen a las partes pero que gracias a esa discusión alcanzan interés general. Habría así que

36 Información de la página WEB de la Corte Constitucional: <<<http://prezi.com/qy5sh-zuyvdt/la-corte-constitucional-en-numeros-cualitativos/>>>. La Sentencia se puede ver en: <<[http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/074e12e4-b0dc-493e-af71-a54e-b38b126/JurisprudenciaV inculante001.pdf](http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/074e12e4-b0dc-493e-af71-a54e-b38b126/JurisprudenciaV%20inculante001.pdf) (consultado el 02. 09. 2012).

37 Publicización es un término introducido por el sociólogo francés Daniel Cefai y lo usamos para explicar cómo las personas y los grupos de la sociedad construyen problemas públicos, no abarca solo la deliberación sino formas de performance, de demostración pública y actuación (en sentido escénico) en diversos espacios de la vida pública. V. al respecto el desarrollo del concepto en M. Navas, *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Quito, UASB-E/ CIESPAL, 2012, Cap. 2.

seguir explorando en qué medida debates como el de la discriminación por motivos de identidad sexual o el irrespeto a los derechos a la tutela judicial y el debido proceso que hacen justamente que se recurra a la AP en lugar de a la justicia ordinaria, por solo citar dos ejemplos, a través de la discusión procesal se convierten en temas de interés público, lo cual es bueno para la construcción de la democracia tal y como la dibuja la Constitución ecuatoriana (sobre todo en los artículos 1 inciso 2 y 95).

En efecto, la AP se transforma en un mecanismo para subir demandas por vía de la justicia constitucional al sistema político. Esto significa que la garantía denominada acción de protección deviene en un mecanismo de participación. Pero para que eso ocurra, la AP tiene que alcanzar un aceptable grado de eficacia, eficiencia y sobre todo efectividad como garantía, asunto sobre el que sin duda hay que seguir investigando. La necesidad de profundizar en la investigación empírica que vaya más allá de la reflexión doctrinaria y la retórica jurídica es grande. En este sentido, el papel promotor que desarrolle la academia así como en coordinación con ella organismos adscritos al mismo sistema como lo es el Centro de Estudios Constitucionales de la Corte, es muy relevante.

De las pocas y preliminares evidencias que se han mostrado puede concluirse que el nivel de garantismo constitucional es elevado si como referente se toma en cuenta lo escrito, a través de las normas constitucionales correspondientes; sin embargo, este nivel disminuye considerablemente si se toma en consideración el desarrollo normativo de estos procedimientos de garantía así como las prácticas efectivas frente al modelo, es decir, el cómo estaría siendo aplicado por los jueces ordinarios que tienen competencia constitucional.

Por último, desde un punto de vista propositivo destacamos que habría que profundizar particularmente en algunos aspectos:

Es necesario dilucidar en qué medida la AP permite un potencial activismo ciudadano por medio de la acción popular, tomando en cuenta que esta ha sido reducida por medio de la regulación de la LOGJCC. Es urgente revisar esta normativa para plasmar en su real dimensión la acción popular. El activismo ciudadano es una forma de participación, de ejercicio de poder negativo perfectamente concordante con el espíritu de la Constitución y con el modelo de democracia que esta instituye³⁸.

38 En un reciente texto, hacemos referencia a que la actual Constitución ecuatoriana establece un modelo mixto de democracia, con elementos representativos y participativos. Estos últimos son muy fuertes (ver p. ej. El Art. 95 CE). Cfr. M. Navas, “Derechos a la comunicación y teorías...”, op. cit.

La Constitución de 2008 amplía decididamente las formas de participación, habría que explorar en qué medida tendrían estas que articularse con la justicia alrededor de la AP. ¿Será posible expandir la deliberación a través de la AP? Otro aspecto crucial a explorar es ¿cómo ven el tema los actores? Y no hablamos solamente de los actores estrictos del proceso jurisdiccional. En consecuencia hay determinar también ¿cuál es el papel de los actores no judiciales en la recreación del orden constitucional?

Del otro lado, habría que determinar cómo puede implementarse una suerte de activismo de parte de los jueces ecuatorianos. Tal activismo debería sustentarse en la conjunción de dos factores: un adecuado conocimiento doctrinario más una labor afinada de técnica interpretativa por una parte y una labor de tipo político en el sentido de una coherencia con los valores constitucionales. No obstante, la evidencia disponible parece mostrar que los jueces no están preparados para ello. De un somero análisis de algunos fallos, así como de los autos de inadmisión de las AP, destacan deficiencias en la motivación. Esta sería como se indicó ya, de corte formalista y se muestran prácticas para esquivar una adecuada argumentación, abundar en ella con retórica irrelevante o bien la recurrencia a la declaración de inadmisión como manera de evadir la responsabilidad constitucional y la carga procesal. Estos aspectos deben ser tomados en cuenta dentro del proceso de reforma judicial que vive el Ecuador.

Hay que destacar finalmente, que la ausencia de selección de los casos para la creación de jurisprudencia (justamente una tarea que permitiría desarrollar claras líneas interpretativas y de acción para los jueces, de conformidad con la Constitución) es una tarea pendiente y urgente en la que la Corte Constitucional ecuatoriana tiene que avanzar en orden a contribuir efectivamente a la realización del Estado Constitucional.

Capítulo 11

NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y FILOSOFÍA POLÍTICA: LA NECESIDAD DE UN PENSAMIENTO SITUADO Y CRÍTICO PARA REFUNDAR NUESTRAS BASES CONSTITUCIONALES

Alejandro Medici¹

1. INTRODUCCIÓN

Corren vientos de cambio en el constitucionalismo sudamericano. Las recientes experiencias de los procesos políticos de Venezuela, Bolivia y Ecuador han adoptado nuevas constituciones que suponen un punto de inflexión importante en relación al constitucionalismo regional y requieren un enfoque teórico constitucional que desborda los marcos tradicionales del constitucionalismo demoliberal e incluso del neoconstitucionalismo de matriz noratlántica euro norteamericano. Si como se ha dicho toda constitución y toda práctica constitucional puede comprenderse desde unas filosofías políticas públicas que las enmarcan, estas nuevas experiencias, que han sido denominadas “el nuevo constitucionalismo latinoamericano” requieren entonces de unas nuevas filosofías políticas y de una nueva teoría constitucional. Se trata de un pensar constitucional situado en las realidades de nuestra región, por lo tanto crítico y que suponemos más adecuado para la nueva agenda del constitucionalismo que los procesos referidos están abriendo en América del Sur. Por supuesto que cada trayectoria nacional es diversa y las soluciones que en su caso adoptaron cada uno de estos procesos constituyentes tienen sus especificidades. Pero tomadas en conjunto, estas experiencias surgidas en procesos políticos de movilización y transformación democrática pueden aportar insumos para cambiar la actitud de la teoría constitucional demoliberal regional y más específicamente en Argentina que arrastra una constitución cuya matriz tiene 160 años y un ciclo de ejercicio del poder constituyente popular restringido, donde la constitución es considerada como una especie de catedral que debe ser obra paulatina de generaciones y ha sido secuestrada por los abogados constitucionalistas que pretenden el monopolio de su interpretación. Desmitificar estas pretensiones debería ser el objetivo de una renovada teoría cons-

¹ Docente/investigador Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam). Argentina. Investigador en la Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo (UMPM). Correo electrónico: ale_medici@yahoo.com

titucional, basada en una filosofía pública crítica y situada en nuestra región y en la historia política de nuestros pueblos.

Hacer una modesta contribución a restablecer entonces al sujeto popular su protagonismo en la práctica constitucional, a devolver la interpretación a una comunidad ampliada a toda la ciudadanía y a la constitución misma su carácter de “código popular” en una sociedad democrática, es el objetivo de este documento muy exploratorio y provisional que se inscribe dentro del proyecto de investigación de la Universidad Popular de las Madres de la Plaza de Mayo sobre “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Derechos Humanos y Giro Decolonial: Proyecciones en la Teoría Social Crítica”.² A continuación enunciamos brevemente una agenda de temas a discutir, profundizar y desarrollar en forma de proposiciones que se verificarán, desarrollarán, modificarán o dejarán de lado en el transcurso de la investigación.

2. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DE VENEZUELA, ECUADOR Y BOLIVIA SIGNIFICARON UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO SUDAMERICANO Y SE INSCRIBEN EN UNA TRADICIÓN MINORITARIA DE CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y ORIGINAL DE NUESTRA REGIÓN

El constitucionalismo latinoamericano tiene una marca de origen que está dada por la construcción de las naciones en clave elitista y eurocéntrica hegemónica según los períodos y las naciones por las tendencias liberales y/o las conservadoras. Pese a las diferencias que estas dos tendencias ideológicas mantenían entre sí, sostenían un consenso de fondo en un par de cuestiones clave: a) pese a las declaraciones republicanas, a la generalidad de la enunciación de los derechos y las garantías en el marco de la igualdad jurídica formal, mantenían la creencia en la inmadurez de los sectores populares (criollos pobres, mestizos, originarios y afroamericanos) para el ejercicio de la ciudadanía activa y de la soberanía popular, así como sustentaban el orden fáctico de los obstáculos de hecho económicos, sociales y culturales para el ejercicio de tales derechos y de tal ciudadanía para las mayorías populares; b) la fe en el progreso y la civilización eurocentradas que debía vencer a la barbarie y la incultura de las poblaciones tradicionales, nativas y a la exuberante naturaleza misma extensa e inculta; c) su autocomprensión como teniendo esa misión histórica civilizatoria que debía realizarse por la razón y/o de ser necesario por la fuerza, d) de esta forma terminado el colonialismo formal, persistía la matriz de colonialidad del poder, del saber

2 Proyecto integrado por Alejandro Bresler, Alejandro Rosillo, Pablo Blanco, Victoria Ibañez y dirigido por el autor de este texto.

y del ser que estaba en la base de esta construcción estatal. Así mientras para las elites organizadoras de los estados nacionales estas constituciones plasmaban su ideología en forma, diríamos hoy, “políticamente correcta” y eran entendidas como elemento fundamental en la construcción del estado nacional monocultural, junto a las gramáticas y la narrativa novelesca y ensayística, debían cumplir el papel de educación cívica de un pueblo que se consideraba debía permanecer pasivo por no tener la madurez y la cultura para autogobernarse. Antes bien para los sectores populares criollos, mestizos, originarios, afroamericanos y las mujeres la idea de tener derechos y ciudadanía no entraba en su horizonte de vida. Ellos experimentaban la “inclusión” en el nuevo estado poscolonial a través de la violencia como mano de obra servil, leva militar obligatoria, endeudamiento, presunción de vagancia, expulsión de las tierras tradicionales y ancestrales o el acorralamiento y marginación de sus formas de satisfacción de necesidades materiales comunitarias, artesanales, producción mercantil simple, caza y recolección, etc. Su integración a los estados nacionales nacientes era por el lado imperativo y coactivo de la maquinaria estatal en formación que respaldaba de esa forma la expansión de la propiedad privada y de la producción exportadora para el mercado mundial.

De esta forma el constitucionalismo regional adoptaba acriticamente las instituciones noratlánticas implantándolas como faceta institucional superficial de un estado relativamente inconsistente y superpuesto a una pluralidad de cosmovisiones y formas de satisfacer las necesidades materiales. Esta historia `por supuesto varía de región en región y de nación en nación³, aquí solamente podemos trazar una trayectoria histórica general que seguramente hace violencia a la complejidad de la historia de Nuestra América.

No obstante esta tendencia dominante ha tenido momentos de resistencia fuerte desde los sectores populares y puntos de inflexión y quiebre institucional en que se generaron procesos constituyentes, generalmente luego abortados por la violencia o adulterados y reencauzados por los procesos hegemónicos que mostraron unos proyectos constitucionales o constituciones de efímera vigencia en la mayoría de los casos expresivos de nuestra realidad, de las aspiraciones y necesidades populares.⁴

3 QUIJANO. 2000: 226 y ss.

4 Las constituciones producidas por la revolución social y de independencia de Haití, aboliendo la esclavitud y estableciendo la igualdad, la Constitución de Apatzingan en México, el proyecto constitucional adoptado en el Congreso de Tres Cruces en la Banda Oriental (actual Uruguay) y rechazado por los hacendados e ilustrados hegemónicos de las Provincias Unidas del Río de La Plata (actual Argentina) en la Asamblea Constituyente de 1813, la constitución económica del Paraguay hasta la sangrienta guerra de la Triple Alianza que destruyó su industria, amputó

Dentro de esta tendencia excepcional de constitucionalismo original y creativo de nuestra región, creo que hay que inscribir las nuevas constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Especialmente las dos últimas plantean una nueva agenda decolonial para el constitucionalismo regional e inspiran estas reflexiones a partir de la inclusión del estado plurinacional, la demodiversidad, nuevos derechos vinculados a la racionalidad reproductiva y desarrollo de la vida y la expresa mención constitucional a la voluntad descolonizadora, como contenido fundamental del proyecto político institucional en marcha en esas naciones. Mientras tanto la constitución de la República Bolivariana de Venezuela abrió el proceso de los nuevos constitucionalismos regionales al incorporar una nueva constitución económica y social con sentido público y derechos sociales, numerosos mecanismos de democracia participativa y una novedosa estructura institucional de cinco poderes agregando el poder ciudadano y el poder electoral a la clásica trinidad del legislativo, ejecutivo y judicial.

3. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES BUSCAN UNA RELACIÓN MÁS ORGÁNICA ENTRE PODERES Y DERECHOS QUE PERMITAN EL AVANCE DE ESTOS ÚLTIMOS Y LA DEMOCRATIZACIÓN RADICAL DE LOS PRIMEROS

El constitucionalismo latinoamericano visto en perspectiva histórica, ha sido un constitucionalismo mucho más de poderes que de derechos. Los poderes integran un cuadro donde algunos de ellos están institucionalizados por sus funciones (legislativo, ejecutivo y judicial) y otros son fácticos innominados pero altamente eficaces yendo más allá de la distinción entre funciones constituyentes y constituidas. Hemos destinado al desarrollo de esta argumentación un texto específico por lo que no abundaremos aquí¹. Sólo señalaremos que en Nuestra América estos poderes fácticos innominados (doméstico propietario y “federativo” o “ejecutivo de las cosas del derecho de gentes” según las denominaciones que le dan Locke y Montesquieu, respectivamente) se dilatan y transforman en poderes exorbitantes y fundamentales o fundamentos de los poderes nominados. Siendo entonces consistentes con la matriz

su territorio y ejecuto un genocidio contra su población, la Constitución Mexicana de 1857 de ideología liberal, que estableció el juicio de amparo para la exigibilidad judicial de los derechos, la Constitución social de Querétaro de 1917 que inaugura en el mundo y en nuestra región la etapa social del constitucionalismo, la Constitución social argentina de 1949, entre otros ejemplos, pueden inscribirse en esta tendencia de constitucionalismo democrático y social que surge al calor de movimientos populares en nuestra región.

1 MEDICI. 2012

de colonialidad del poder. Hemos argumentado la necesidad de analizar estos poderes tanto históricamente como en sus manifestaciones contemporáneas, por ej. la trama de intereses y organizaciones vinculadas a la acumulación de capital financiero, o los grandes grupos privados monopólicos multimedios que operan en las industrias de la información, la comunicación y el entretenimiento. De esta forma queremos demarcarlos de los análisis usuales de ingeniería constitucional comparada que analizan las virtudes del presidencialismo o del parlamentarismo sin contextualizar el análisis del funcionamiento y de la relación entre los poderes en el cuadro total incluyendo la incidencia de los poderes fácticos innominados que es lo que permite realizar un juicio de legitimidad y de justicia sobre la constitución que existe y la que debería existir partiendo de los contrastes entre constitución real y constitución jurídico formal.

Por su parte, en el constitucionalismo más progresista, por ejemplo estoy pensando en las obras de Roberto Gargarella y los constitucionalistas vinculados a la agrupación “Igualaría” en Argentina, existe el registro o la lectura sintomática de un desbalance entre poderes y derechos que se prolonga hasta la actualidad². Se argumenta que el injerto de extensas declaraciones de derechos o el reconocimiento con nivel constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos en un cuerpo constitucional débilmente democrático, con una estructura de poderes contramayoritaria, produce poca o relativa eficacia en la garantía de dichos derechos. No obstante el análisis se detiene en los poderes nominados como por ej. el hiperpresidencialismo o el carácter contramayoritario del poder judicial.

Por nuestra parte, aceptando esta premisa del desbalance entre derechos y poderes pensamos que la extensión de los derechos es relativamente ineficaz o relativamente eficaz según se mire por la realidad de un constitucionalismo de poderes en el plano de lo que se ha denominado usualmente la constitución real: la que hace a los factores de poder realmente existentes y operantes. Podríamos decir que este matiz con el constitucionalismo crítico de Gargarella y su grupo, se debe a que éste ubica su discusión en el eje ideológico: distinguiendo entre constitucionalismo conservador, liberal y radical sin analizar el problema de la relación entre constitucionalismo y matriz de colonialidad, como si esos registros ideológicos jugaran el mismo papel en Europa, América del Norte o nuestra realidad. He aquí, creemos, una línea de indagación de gran capacidad explicativa para comprender críticamente la asimetría de los poderes y la relativa inconsistencia o inorganicidad de la implantación del constitucionalismo en la región. Arturo Sampay captó este problema a través de la idea de “constitución primigenia”³ que, confrontada con “constitución real” y “cons-

2 GARGARELLA. 2008: 489

3 SAMPAY. 1978

titución jurídico formal” lejos de ser un concepto estático o conservador, analiza el grado de originalidad, adecuación y enraizamiento del constitucionalismo y es una petición de principio a favor del derecho constituyente popular y en contra del motor constituyente exorbitante moderno/colonial que se corporizó, como muestra Bartolomé Clavero⁴ en aquellos poderes fácticos innominados en las constituciones que nombraban un orden genérico de derechos, garantías, libertades, poderes del estado que se equilibraban y contrapesaban entre sí pero que jugaban solamente en el mundo de las elites organizadores del estado nacional poscolonial como oportunidad o privilegio a usar, abusar o desusar en caso de necesidad, pero no en la experiencia vital de los plurales sectores y cosmovisiones populares. Para comprender esta situación se puede utilizar lo que se ha denominado la “regla de la diferencia colonial”⁵, por la que los principios universales a priori del estado constitucional liberal sólo juegan en los sectores de la sociedad civil y política iluminados y activos pero no para las poblaciones nativas, tradicionales, afrodescendientes, ni para las mujeres. Estas categorías que esperamos utilizar como herramientas de análisis histórico y teórico para una teoría constitucional crítica y situada expresan una forma de entender en nuestro contexto regional y nacional el carácter y la factura de lo que Ferrajoli ha denominado poderes sociales salvajes o neoabsolutistas⁶. Es decir, constituyen una petición de principios para una filosofía pública constitucional situada.

Vistas ahora las cosas desde la perspectiva de la ciudadanía, este diagnóstico que estamos empezando a construir supone procesos de sobre y subciudadanía donde el constitucionalismo es de poderes y los derechos terminan siendo entonces privilegios de quienes pueden usarlos⁷. Por otro lado, como ha dicho Joaquín Herrera Flores, pensando en Baruch Spinoza, no vale dissociar estas dimensiones de los poderes y de los derechos ya que tenemos singular y conjuntamente tantos derechos como poderes en relación directa y no inversa⁸. Entonces un constitucionalismo de poderes formales desgajados de sus sujetos y de poderes exorbitantes innominados constitucionalmente pero fácticamente existentes que invierten la relación regla –excepción, significan al mismo tiempo el desapoderamiento del pueblo y el empoderamiento de los grupos privilegiados, elites y demás factores de poder. Es decir, el ejercicio en el complejo institucional de un poder fetichizado⁹ significa al mismo tiempo la distan-

4 CLAVERO. 2007: 39 y ss.

5 CHATTERJEE. 2007

6 FERRAJOLI. 1997: 931/934

7 COELHO. 2006

8 HERRERA FLORES. 2008

9 DUSSEL. 2006: 43

cia de las prácticas y la interpretación constitucionales de su sujeto: el pueblo. Con el consiguiente secuestro de la constitución que aparece fetichizada y monopolizada en su interpretación por los juristas de mercado y/o de estado, dejando de ser lo que debe ser: un código popular, un proceso abierto democrático participativo.

En ese marco se comprende la noción de constitucionalización simbólica (Marcelo Neves. 1994) y la superexplotación de la función simbólica legitimadora del derecho por una política fundada en la persistencia de relaciones de colonialidad en el estado moderno/colonial latinoamericano que señala, más allá de los estándares de igualdad constitucional la existencia fáctica de grupos sobreciudadanos y de grupos subciudadanos. Esta relación entre sobre y subciudadanía es el resultado de la copresencia desigual, asimétrica de distintos grupos microsociales y del pluralismo cultural propio de la heterogeneidad estructural de las formaciones sociales de nuestra región, que sin embargo ha sido omitida, invisibilizada o negada por el estado monocultural y su práctica constitucional tradicional desde una epistemología política y jurídica racista, clasista, patriarcal y eurocentrada. Para los primeros (sobreciudadanos) la constitución constituye una posibilidad culturalmente disponible a utilizar, sobreutilizar o abusar según sus intereses generando derechos y no obligaciones. De esta forma, para los grupos sobreciudadanos los derechos devienen privilegios y los deberes se cambian por la impunidad asegurada. Para los grupos subciudadanos, que tienden a encontrarse especialmente en las clases y parcelas de la población que sufren el lado opresivo de la matriz de colonialidad del poder, la experiencia de tener y ejercer derechos es más o menos excepcional. Su cotidianeidad los relaciona con el derecho y el estado por el lado imperativo, controlador y represivo de la juridicidad y la agencia estatal: como deudores, sospechosos, delincuentes, clientes o en el mejor de los casos jurídicamente indiferentes, vulnerables a los abusos de poder y a la violencia institucional y social.

En contraste con este diagnóstico histórico, veamos las innovaciones del nuevo constitucionalismo: al surgir de procesos políticos constituyentes que se basan en una redistribución del poder social a favor de los grupos históricamente subalternizados en Venezuela, Bolivia y Ecuador, parecen plantear una estructura democratizada de poderes institucionales que se corresponde con unas declaraciones de derechos más extensas e innovadoras. Es decir, plantean una nueva ecuación en la relación entre derechos y poderes. De ahí que el análisis del presidencialismo y sus (des)ventajas respecto al parlamentarismo o las formas mixtas, tan al uso entre politólogos y constitucionalistas en nuestro país y región, no puede hacerse en abstracto sin tener en cuenta el cuadro total de poderes, ni tampoco con un comparatismo que parte implícitamente de tomar como patrón de medida el funcionamiento histórico

de las instituciones presidenciales o parlamentarias euronorteamericanas. Existe evidentemente un sesgo eurocéntrico en este tipo de análisis comparativo tanto desde el análisis de sistemas políticos, como desde el derecho constitucional comparado.

Así por ejemplo, al restringir el foco a las relaciones entre ejecutivo y legislativo se acentúan las semejanzas entre regímenes políticos totalmente disimiles en cuanto a sus orientaciones y finalidades políticas. En esta mirada, por ejemplo, el “hiperpresidencialismo” ecuatoriano es una constante en Abdalá Bucaram, Jamil Mauad, Lucio Gutierrez o Rafael Correas, o incluso se ha agravado desde las miradas que restringen el funcionamiento de la democracia a su formato liberal y que visualizan el constitucionalismo como un modelo institucional estático que debe garantizar la sociedad abierta y las libertades individuales y económicas de mercado. Al menos los hiperpresidencialismos que respetan las reglas de la globalización y liberalización de los mercados de bienes y servicios son más previsibles y seguros jurídicamente para esta perspectiva. Las innovaciones democráticas, los nuevos derechos y las redistribuciones de poder social a favor de los grupos subalternizados, que implican enfrentar o deshacer la inercia y resistencia de poderes fácticos no nominados constitucionalmente tanto nacionales como internacionales y transnacionales, quedan fuera del esquema. De esta forma se reduce el análisis constitucional a un formalismo normativista descontextualizado que fetichiza el complejo institucional retratado en las constituciones, expulsando el conflicto social y la dialéctica entre el constitucionalismo democrático y social y los poderes sociales neoabsolutistas dimanantes de la inercia del acumulado histórico de desigualdades sociales producto de la matriz de colonialidad del poder, como de las manifestaciones novedosas de la colonialidad global que condiciona a los estados y procesos políticos de nuestra región.

4. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL QUE ACOMPAÑE Y BUSQUE COMPRENDER ESTAS EXPERIENCIAS PUEDE FUNDARSE EN TENDENCIAS DE PENSAMIENTO CRÍTICO SITUADO¹⁰

Englobamos en esta adjetivación los aportes del proyecto modernidad/ colonialidad/decolonialidad (MCD), de la filosofía de la liberación (FL), de las distintas

¹⁰ El pensamiento situado es un concepto que en Argentina ha sido planteada por Mario Casalla y Alejandro Auat, entre otros, que adscriben a la filosofía de la liberación. Creo que la recientemente denominada “opción o giro decolonial” pasa por una profundización de ese pensamiento situado al ser un discurso crítico enunciado en situaciones de márgenes o frontera de lo normalizado y hegemónico en términos de ser, saber y poder del sistema mundo moderno/colonial y desde subjetividades y saberes (prácticos y teóricos) subalternos. Ver (Casalla 2011), (Auat 2011).

vertientes de la crítica jurídica, de la teoría constitucional crítica de nuestra región, de la teoría crítica de derechos humanos y de la recientemente denominada tradición iberoamericana de los derechos humanos¹¹, por supuesto sin privarnos de dialogar con la filosofía política y la teoría constitucional generales y críticas en cuanto nos aporten insumos para nuestra tarea.

En lo que sigue entonces, argumentamos a favor de la pertinencia de pensar una conexión entre procesos constitucionales y teoría constitucional situada y basada en el pensamiento crítico regional. Un itinerario ineludible es la versión del mismo que en sus obras recientes (aunque conglobando y completando en ellas sus producciones anteriores) ha desarrollado Enrique Dussel. Nos referimos especialmente a su *Ética de la Liberación*¹² y a los dos volúmenes publicados a la fecha, de su *Política de Liberación* (2007, 2009), como a toda una serie de materiales preparatorios y complementarios de dichas obras.

Al mismo tiempo, es necesario enmarcar estas obras de Dussel en un continente de pensamiento mucho mayor que incluye la filosofía clásica y contemporánea, la teoría crítica y especialmente el pensamiento de liberación latinoamericano. Este último como han puesto de relieve las obras de Ignacio Ellacuría, Horacio Cerutti, Franz Hinkelammert, Arturo Andrés Roig, Helio Gallardo, Antonio Carlos Wolkmer, David Sanchez Rubio, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Luiz Fernando Coelho y Alejandro Rosillo, entre otros, excede ampliamente y es un marco interpretativo y dialógico necesario para la producción del filósofo argentino mexicano.

En este escrito introductorio nos interesa apenas mencionar los siguientes temas que consideramos aspectos a profundizar y debatir para una teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano crítica y geopolíticamente situada:

a) La necesaria conexión de la teoría constitucional con un “humanismo concreto” o “iusmaterialismo” (Salamanca. 2006) que puede ser fundamentado desde varias de las tendencias mencionadas en el párrafo anterior y que, sucintamente, pasa por considerar al derecho y a los derechos como resultados y marcos instituidos de y para procesos de lucha por el acceso a los bienes, siempre culturalmente mediados, que permiten satisfacer las necesidades humanas para producir, reproducir y desarrollar la vida.

b) La mediación cultural del derecho y de los derechos así entendida se realiza siempre en pertenencia y apertura a unos imaginarios sociales históricos que abren el circuito de reacción cultural

11 ROSILLO. 2011

12 DUSSEL. 1998

a las plurales formas situadas de entender la relación con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza (Herrera Flores. 2005).

c) Por lo tanto, una teoría del derecho y una teoría constitucional que camine por estos senderos debe estar trabajada en clave de narratividad sociocultural (Ost. 2005) y con instrumentos hermenéuticos tópicos retóricos que permitan reconstruir imágenes constitucionales rectoras como tipos conformados acerca de esas relaciones enunciadas en el párrafo anterior (Häberle. 2001). No obstante, mejor sería decir que esas imágenes rectoras son imaginaciones (imagen + acción) que desde el costado crítico están abiertas a su reinterpretación, a la disputa renovadora de su sentido, o a su destitución por imágenes nuevas desde una comunidad de intérpretes constitucionales extensa que, desde un constitucionalismo democrático participativo que afirma los derechos de los grupos fácticamente subciudadanos, coincide con el sujeto popular no como pueblo abstracto, cuerpo electoral o comunidad política, sino fundamentalmente con sus sectores plebeyos excluidos, oprimidos y explotados que destotalizan, desde la exterioridad, la totalidad instituida (Dussel. 2006). Una teoría constitucional crítica lejos de fetichizar el complejo institucional y las normas constitucionales no niega ni esconde, sino que está abierta al conflicto y a un proceso de continua “reconstituyencia” popular tanto mutante constitucional como refundadora por medio del ejercicio del poder constituyente. Las recientes constituciones que inspiran estas reflexiones de Venezuela, Bolivia y Ecuador despliegan una serie de derechos y garantías de participación popular en las decisiones políticas, económicas e institucionales fundamentales y la experiencia de los últimos años muestra como el pueblo ha sido el principal decisor en muchos conflictos y coyunturas fundamentales de su historia reciente. Esas innovaciones institucionales hacen a un consenso exigente que diferencia estos procesos del consenso débil usual en las democracias representativas (Medici. 2012b).

d) La asunción del pluralismo jurídico que se venía insinuando en el constitucionalismo regional anterior, en relación principalmente a los derechos de los pueblos originarios ahora se ha reconocido a nivel constitucional plenamente en las constituciones de Ecuador y especialmente de Bolivia con impacto en este caso en la forma de estado y de gobierno, en los principios y valores constitucionalizados.

e) Esta asunción requiere un tratamiento dialogante con, pero distinto a, la forma de conexión entre principios/ valores constitucionalizados y cultura que opera el neoconstitucionalismo de raíz

noratlántica. Muy resumidamente, una reconstrucción intercultural de los derechos, requiere de un momento pluritópico de apertura a las plurales formas de entender la dignidad humana que habitan las diversas cosmovisiones culturales de los pueblos y regiones de Nuestra América (Santos. 2010) y de un momento analógico (Beuchot. 2007), (Dussel. 1997, 2009), (De la Torre Rangel. 2011) de subsunción para la interpretación de los aspectos materiales (producción, reproducción y desarrollo de la vida) consensual procedimental (demodiversidad) y de facticidad (mediaciones organizativas e institucionales necesarias para hacer viables los dos anteriores), a la hora de comprender e interpretar el material normativo constitucional y su puesta en práctica por medio de políticas y normas legales, administrativas o judiciales. De esta forma los principios del pensamiento de liberación en sus aspectos materiales, procedimentales y de factibilidad son siempre mediados en forma plural y lejos de ser *a priori* universales se comprenden reconstructivamente al final de un proceso pluritópico. Un pluriversalismo de recorrido y no abstracto (Sánchez Rubio. 2007: 100).

f) El cambio en el concepto de constitución: la constitución en vez de ser una norma jerárquica en el vértice de una pirámide de derivación lógica normativa está en el centro de un orden circular propio de sociedades complejas postcoloniales como las de nuestra región habitado por distintas “comunidades nómicas” propias del pluralismo jurídico de los grupos microsociales, siendo un núcleo de sentido en el que convergen distintas normatividades y que al mismo tiempo habita las situaciones (Medici. 2012 b).

g) Simultáneamente, desde la dimensión crítica, y mediados siempre por el pluralismo cultural y por la comprensión pluritópica, los principios del pensamiento liberacionista en su subsunción analógica en la normatividad constitucional, pueden fecundar y actualizar el pensamiento de un Arturo Sampay acerca del juicio de legitimidad de las constituciones, esto es, qué constitución existe y qué constitución debemos tener desde el punto de vista de la justicia social y del bien común. Realizar este juicio crítico acerca de la justicia política de la constitución exige transitar la realidad total de la misma, una ida y vuelta entre constitución primigenia, constitución real y constitución jurídico- formal (Sampay. 1974: 83/84), guiado por las premisas metodológicas expuestas.

Esta operación se debe realizar como momento comprensivo y reconstructivo, en la retaguardia de las luchas populares y sociales por la dignidad humana para satisfacer la pretensión crítica situada de esta teoría constitucional. La dialéctica

entre arquitectónica y crítica supone en primer lugar, a la manera en que lo planteaba Ignacio Ellacuría, un proceso de historización de las prácticas constitucionales de los derechos y de los poderes desde la perspectiva de las víctimas, de las mayorías populares y de las minorías excluidas o invisibilizadas y discriminadas (Ellacuría. 1990). En segundo lugar en una praxis de liberación protagonizada por el sujeto popular devenido sujeto constitucional (constituyente y reconstituyente), que actúa la constitución como un proceso abierto alejando el fetichismo normativo constitucional propio del constitucionalismo demoliberal tradicional por medio de procesos de movilización y participación popular que plantean un consenso democrático exigente, innovación institucional, un nuevo igualitarismo social y nuevos derechos. De modo que este aspecto crítico abarca una multiplicidad de situaciones: puede ser lucha por la eficacia histórica de lo ya reconocido por el derecho constitucional (“positivismo de combate”) o abrir la dimensión instituyente de nuevos derechos. Si analizamos los procesos constituyentes populares en Venezuela, Ecuador y Bolivia aparecen como su producto ambas dimensiones: los nuevos derechos condición, conglobantes o transversales, por ej. derechos de la *paccha mama*, derecho al agua, a la soberanía alimentaria, derecho a la autoidentificación cultural y también un fuerte garantismo de los derechos humanos ya reconocidos (por tomar un ejemplo, en la Constitución de Ecuador: aplicabilidad directa por la administración pública, principio *pro homine*, nuevas garantías y procesos constitucionales).

5. CONCLUSIONES

Puestos en este eje comprensivo decolonial y liberador del nuevo constitucionalismo regional que suponen los procesos constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador se ha producido, más allá de lo que parece dispuesto a reconocer el constitucionalismo tradicional e incluso un constitucionalismo progresista y hasta de “izquierdas” pero que se ubica en la unidimensión de calificar los procesos constituyentes y reconstituyentes en el eje ideológico de la modernidad eurocentrada (conservadorismo, liberalismo y radicalismo constitucionales) una nueva ecuación entre derechos y poderes, una nueva forma de comprender e interpretar las prácticas constitucionales en contextos de pluralismo sociocultural. En síntesis, una teoría constitucional basada en la comprensión de los procesos políticos propios de las llamadas “democracias transformadoras” postneoliberales que van abriéndose camino en nuestra región, la praxis de los movimientos sociales populares y el pensamiento de liberación que aporta a la teoría constitucional una racionalidad reproductiva, consensual, demodiversa, pluralista y analógica.

De ahí que, si trazando un diagnóstico histórico crítico del constitucionalismo regional vemos que las prácticas constitucionales han sido consistentes con la adopción por parte de elites organizadoras y hegemónicas en los estados nacionales poscoloniales de nuestra región de modelos euronorteamericanos, configurando un constitucionalismo desbalanceado entre poderes nominados constitucionales y poderes fácticos innominados propios de la matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser en sus múltiples reconfiguraciones y trayectorias nacionales, es preciso ver que esas prácticas han sido fundadas en una teoría y una filosofía política pública euronorteamericana.

El punto es que para comprender las prácticas que rompen con esta inercia del constitucionalismo regional hacen falta unas filosofías políticas y unas teorías constitucionales situadas y enunciadas desde la comprensión de los procesos constituyentes y reconstituyentes populares.

Finalmente, es necesario enfatizar que esta reconstrucción comprensiva surge en el contexto histórico de una nueva agenda política para el constitucionalismo regional cuyo horizonte de fondo es el estado pluricultural que afecta la idea monista jurídicamente y monocultural de estado nación. Aquí lo nacional popular se abre con racionalidad analógica a la pluralidad cultural. Por tanto, pueblo y nación se dicen en múltiples registros culturales, algunos preexistentes al estado moderno colonial y ello demanda reflejarse en distribuciones y transferencias de poderes/derechos que afectan potencialmente a la forma de estado, de gobierno, al carácter e interpretación de los derechos, a la forma entender la nación y en el límite a la comprensión de la naturaleza y a lo que se entienda por desarrollo.

6. REFERENCIAS

- AUAT, Alejandro (2011). *Hacia una filosofía política situada*. Waldhuter. Buenos Aires.
- Beuchot, Mauricio. *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- CASALLA, Mario C. (2003 1ed.) *América Latina en perspectiva. Dramas del pasado, huellas del presente*. CICCUS. Buenos Aires. 2011.
- Chatterjee, Partha (2008). *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*. Siglo XXI-CLACSO. Buenos Aires.
- CLAVERO, Bartolomé (2007). *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Trotta. Madrid.
- COELHO, Luiz Fernando (2006). *Direito constitucional e filosofia da constituição*. Juruá. Curitiba.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2011). *Iusnaturalismo histórico analógico*. Porrúa. México D.F.

- DUSSEL, Enrique (1997). *Ética de la liberación en la era de la globalización y de la exclusión*. Trotta. Madrid.
- DUSSEL, Enrique (2006). *Veinte tesis de política*. Siglo XXI. México D.F.
- DUSSEL, Enrique (2007). *Política de liberación. T.1.Historia mundial y crítica*. Trotta. Madrid.
- DUSSEL, Enrique (2009). *Política de liberación. T. 2. Arquitectónica*. Trotta. Madrid.
- ELLACURIA, Ignacio (1990). Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. En: *Revista de Estudios Centroamericanos* nro. 502. San Salvador.
- FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid.
- HÄBERLE, Peter (2001). *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- HERRERA FLORES, Joaquín (2005). *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla.
- QUIJANO, Anibal (2000). La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina. En: LANDER, Edgardo (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. CLACSO-UNESCO. Buenos Aires.201-242.
- MEDICI, Alejandro (2012a). Los poderes inmmominados en el constitucionalismo latinoamericano. La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico-situado. *II Congreso Internacional de Pensamiento Político Latinoamericano*. Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 3 octubre 2012.
- MEDICI, Alejandro (2012b). *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Míspat. San Luis Potosí.
- NEVES, Marcelo (1994). *A constitucionalização simbólica*. Editora Acadêmica. Sao Paulo.
- OST, François (2005). *Contar a lei. As fontes do imaginario jurídico*. Editora Unisinos. Sao Leopoldo.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2011). *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Míspat. San Luis Potosí.
- SALAMANCA, Antonio (2006). *El derecho a la revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí.
- SAMPAY, Arturo (1974). *Constitución y pueblo*. Cuenca ediciones. Buenos Aires.
- SAMPAY, Arturo (1978). La legitimidad de la constitución. En: *Revista Realidad Económica* nro. 30. Buenos Aires.
- SÁNCHEZ RUBIO, David (2007). *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*. MAD. Sevilla.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2010). *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*. CLACSO-Prometeo Libros. Buenos Aires.

Capítulo 12

PLURALISMO JURÍDICO E NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA. REFLEXÕES SOBRE OS PROCESSOS CONSTITUINTES BOLIVIANO E EQUATORIANO.

E. Emiliano Maldonado¹³

*“Americana soy, y en esta tierra yo crecí.
Vibran en mí milenios indios y centurias de español.
Mestizo corazón que late en su extensión,
hambriento de justicia, paz y libertad.
Yo derramo mis palabras
y la Cruz del Sur bendice el canto que yo canto
como un largo crucifijo popular.
No canta usted, ni canto yo es Sudamérica mi voz.
Es mi país fundamental de norte a sur, de mar a mar.
Es mi nación abierta en cruz, doliente América de Sur
y este solar que nuestro fue me duele aquí, bajo la piel.
Otra emancipación, le digo yo,
les digo que hay que conquistar
y entonces sí mi continente acunará
una felicidad, con esa gente chica como usted y yo
que al llamar a un hombre hermano sabe que es verdad
y que no es cosa de salvarse cuando hay otros
que jamás se han de salvar.”*

Es Sudamérica mi voz
(Ariel Ramírez-Félix Luna)

Neste trabalho pretendemos aprofundar o debate sobre o advento de um Novo Constitucionalismo na América Latina a partir da incorporação do Pluralismo Jurídico nos textos constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009) e, assim,

13 Mestrando em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio do Sino (UNISINOS-RS). Advogado Popular no Rio Grande do Sul. Membro da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP) e do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE). Conselheiro da Região Sul do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). E-mail: eemilianomb@gmail.com

verificar se esses processos promoveram uma ruptura com o paradigma jurídico-político moderno.

Para isso, nos limites deste artigo, pretende-se realizar o esboço de uma análise histórico-crítica desses processos constituintes, investigando de que forma as pautas, demandas e necessidades jurídico-políticas dos movimentos sociais contra hegemônicos, especialmente, aquelas vinculadas à perspectiva decolonial dos movimentos indígenas foram incorporadas às novas Constituições e resultaram no reconhecimento das juridicidades comunitárias, isto é, no reconhecimento da existência e legitimidade um “outro” Direito para além do Direito Estatal.

Assim, o presente texto marca o início da nossa pesquisa que estudará a influência das lutas das organizações indígenas andino-amazônicas, sobretudo, no que se refere às mudanças paradigmáticas incorporadas às novas Constituições desses países latino-americanos e abordará, também, as particularidades desses processos constituintes sob o prisma das Teorias Críticas, abrangendo, principalmente, as possíveis rupturas e continuidades com a tradição jurídica da modernidade e os resultados e a incidência provocada por esses novos marcos constitucionais na construção de uma Epistemologia do Sul.¹⁴

Após, esses apontamentos iniciais, nos parece interessante recordar que os processos Constituintes ocorridos nos últimos anos na *Abya Yala*,¹⁵ em especial, na Bolívia e no Equador estão marcados pela intensificação das lutas e pautas anti-sistêmicas e/ou contra-hegemônicas dos movimentos sociais indígenas e camponeses desses países.

Brevemente poderíamos afirmar que tal aspecto decorre, principalmente, da excessiva e violenta acumulação primitiva dos bens naturais e, por conseguinte, do capital, por parte de setores da burguesia nacional e dos conglomerados transnacio-

14“Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimientos, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo. El Sur global no es entonces un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones vive en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 43.

15 Nome utilizado por parte do movimento indígena latino-americano para definir o continente atualmente conhecido como América, cuja origem remonta ao povo indígena Kuna e que significava terra plena ou terra de sangue vital.

nais, que nos últimos anos aprimoraram a implementação do projeto econômico-político expropriatório neoliberal.

Nesse sentido, os processos constituintes levados a cabo nos últimos anos nesses países são fruto de um elevado número de necessidades sociais insatisfeitas ao longo dos anos, decorrentes da ampliação das desigualdades sociais e de mecanismos de exclusão que propiciaram um ambiente de profunda instabilidade sociopolítica nesses países.

El nuevo constitucionalismo há planteado la idea de *necesidad* desde su inicio. Las últimas propuestas constituyentes latinoamericanas surgen de movimientos cívicos combinados con proyectos políticos adoptados por los pueblos, em escenario de alta conflictividad social y política. Las condiciones políticas y sociales que experimentaba Colombia a finales de la década de los ochenta, el *caracazo* venezolano o la caída de sucesivos gobiernos em Ecuador y Bolivia a finales del siglo XX y durante los primeros años del siglo XXI, señalan claramente el origen esencialmente social de las reivindicaciones constituyentes.¹⁶

No entanto, importa frisar que esses fatores materializam uma tradição política autoritária centenária típica do colonialismo, marcada pelo genocídio, aculturação e pela expropriação territorial. Essa opinião pode ser comprovada, por exemplo, pelos relatos da experiência do Frei Bartolomé de las Casas, que durante o processo de conquista, retratou o massacre dos habitantes indígenas, nos primeiros anos do século XVI, nas ilhas do caribe. Em suas diversas obras, Las Casas além de buscar mostrar ao leitor a humanidade dos índios e a sua capacidade de se autogovernar resalta, principalmente, a gravidade e a extensão dos massacres em face dos habitantes das “Índias”, pois segundo o Frei:

Podemos dar conta boa e certa que em quarenta anos, pela tirania e diabólicas ações dos espanhóis, morreram injustamente mais de doze milhões de pessoas, homens, mulheres e crianças; e verdadeiramente eu creio, e penso não ser absolutamente exagerado, que morreram mais de quinze milhões.¹⁷

16 DALMAU, Rubén Martínez. Los Nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia. *La Tendencia* – Revista de análisis político -, Quito, nº 9, p. 38, , março/abril de 2009.

17 LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O Paraíso Destruido*: Brevíssima relação da destruição das Índias. Trad. Heraldo Barbuy. 6ª Ed. Porto Alegre, 1996, p. 27.

Portanto, diante desse relato da barbárie da conquista, resta explícito a gravidade do massacre perpetrado pelos colonizadores na América, em especial, pela descrição da real finalidade da conquista, isto é, a exploração do ouro e das riquezas naturais da região.¹⁸

Talvez, isso pareça óbvio, mas na época havia uma forte corrente que afirmava que o objetivo da conquista era “civilizar” a região, ou melhor, tirar da barbárie os “pobres” índios, que por muitos eram visto como verdadeiros animais, sem dúvida, um verdadeiro argumento retórico para legitimar a conquista. A equiparação dos índios aos animais, também, teve o objetivo de legitimar a escravidão, pois a exploração de minérios dependia da exploração da mão-de-obra indígena. Nesse ponto, cumpre destacar a utilização da tese Aristotélica sobre a escravidão natural. Essa tese é extraída da Política de Aristóteles, senão vejamos:

A arte de adquirir escravos é diferente de ambas as ciências, e é como uma forma da arte da guerra ou da caça.[...] Por isso, também a arte da guerra será, por natureza, e num certo sentido, arte de aquisição (e, com efeito, a arte da caça constitui uma sua parte) e ela deve ser praticada contra as feras selvagens (terá) e contra aqueles homens que, nascidos para obedecer, se recusarem a isso, e esta guerra é, por natureza, justa (os *phúsei díkaion touton onta tón polemón*).¹⁹

Portanto, podemos observar que havia uma justificativa teórico “filosófica” à escravidão e à guerra contra os índios. Tal justificativa vai ser utilizada por diversos defensores do processo de conquista. Por outro lado, mesmo reconhecendo a importância da defesa dos povos indígenas realizadas por setores da igreja católica, também, é necessário reconhecer o limite da crítica dos religiosos, pois para eles o problema estava na forma que se dava a conquista, isto é, pela violência, pela força. No entanto, os religiosos reconhecem, por exemplo, a necessidade de civilizar esses povos, ou melhor, convertê-los à religião cristã, que é a “verdadeira espiritualidade”. Tal aspecto resta evidente principalmente nos teóricos de Salamanca (bem menos

18 Nesse sentido, Las Casas aduz que: “A causa pela qual os espanhóis destruíram tal infinidade de almas foi unicamente não terem outra finalidade última senão o ouro, para enriquecer em pouco tempo, subindo de um salto a posições que absolutamente não convinham a suas pessoas; enfim, não foi senão sua avareza que causou a perda desses povos (...)”.Ibid., p. 27.

19 ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury, Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 23-30.

radicais que Las Casas), que não negam a doutrina da escravidão natural, mas tentam “humanizá-la”.²⁰

Portanto, as rupturas dos atuais processos constituintes latino-americanos devem ser observadas como um marco de superação de toda uma tradição jurídico-política colonial historicamente marcada pela violência, exclusão e dominação de grupos populacionais, em especial, os povos originários dessas regiões.

Obsérvese bien desde un inicio. No se reconocía a los nativos un derecho propio y así independiente a la consideración del colonizador, un derecho que hubiera comenzado por permitirles a ellos, a los aborígenes, plantearse según sus propios supuestos, conforme a su propia cultura, la forma de aceptación o incluso de rechazo de esta presencia de otros, de los foráneos. No se concebía la posibilidad de que el colonizado, estando en su tierra, mantuviese un derecho suyo y tuviera que ser entonces el colonizador, recién llegado, el que se atuviese a él. Esto ni se planteaba. Conforme el concepto mismo de civilización, conforme su presunción, no cabe derecho fuera del planteamiento propio.²¹

Essa lógica colonial excludente, no âmbito jurídico, nega a existência de outros ordenamentos e mecanismos de soluções conflitos, pois parte do pressuposto de que há apenas um Direito, oriundo da metrópole e restrito a apenas uma autoridade legítima, a Coroa. Cumpre frisar que a origem dessa autoridade, parte da ideia reducionista de direito apenas como ordem social oriunda, sobretudo, de uma tradição mais teológica do que jurídica.

La colonización debía someterse a un ordenamiento cuyas bases se definían, antes que por un derecho, por una teología, por la teología de su propia religión, la de los colonizadores siempre. Aquí radicaba, ahí hundía raíces siempre, el principio privativo, la exclusiva cultural, la presunción civilizatoria, este imperialismo de

20 Desse modo: “A doutrina da escravidão natural não é colocada em dúvida – devido à autoridade de Aristóteles – mas interpretada num sentido mais favorável ao escravo: aqueles que são *a natura domini* podem dominar os que são *a natura servi*, mas não em benefício próprio, mas em benefício dos servos. Desta maneira, De Soto afirma que a relação entre espanhóis e índios deve ser exercida não em analogia com o governo despótico do senhor sobre o escravo, mas com o governo que o pai exerce sobre o filho ou o marido sobre a mulher”. TOSI, Giuseppe. *Domingo de Soto: o conceito de dominium no debate sobre a conquista da América*, p. 6, São Leopoldo, 2009. Paper apresentado, na Unisinos, no Seminário Memória de uma barbárie: Dignidade humana e direito dos Indígenas na obra de Bartolomé de Las Casas. São Leopoldo, 2009.

21 CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, D.F: Siglo XXI editores, 1994, p. 5-6.

fondo. Religi3n solo cabía una, que así había de hacerse universal, ser católica. Fuera de ella podía haber costumbres jurídicas, pero no derecho propio, derecho que pudiera tener legitimidad y autoridad por sí mismo.²²

Contudo, mesmo após o período colonial, com os processos de independência e a influência do liberalismo político, a ideologia colonial permaneceu intacta, já que dentre as suas bases teóricas (nos diversos âmbitos do conhecimento, seja jurídico, econômico, social, político e filosófico), isto é, na “essência” de suas perspectivas epistemológicas os povos indígenas permaneciam sendo *bárbaros*, que deveriam ser tutelados.

Tal aspecto pode ser observado claramente na influência da filosofia política de John Locke²³ na Constituição dos Estados Unidos, já que além de elaborar um dos principais tratados políticos liberais do ocidente – Segundo Tratado sobre o Governo Civil - este pensador elaborou um esboço da *Constituições Fundamentais do Estado da Carolina*, texto normativo que será uma das bases da Declaração da Virgínia que, por conseguinte, terá forte influência na Convenção da Filadélfia,²⁴ que resultará na Constituição dos E.U.A.

22 Ibidem, p.6.

23 A relação entre a filosofia política de Locke e sua vida econômico política, pode ser vista na obra de Bartolomé Ruiz, quem aduz que: “Para comprender la influencia histórica de Locke sobre el discurso de los derechos humanos, es conveniente recordar que Locke fue asesor directo de Lord Ashley, que llegó a ser el III Conde de Shaftesbury cuando Inglaterra era la potencia hegemónica de Europa. Durante el reinado de Carlos II de Inglaterra, Shaftesbury se transformó en el Presidente del *Consejo de Colonización y Comercio* y posteriormente en *Chanceler* del Reino. Shaftesbury tenía derechos de propiedad sobre grandes latifundios en la colonia inglesa de Carolina del Norte. Por petición de Shaftesbury, Locke participó de la elaboración de una constitución para aquel territorio, que después se convertiría en un Estado norteamericano. De esta forma Locke se consagró como un teórico de la primera constitución de un territorio inglés. Posteriormente, con la independencia de las trece colonias, la influencia del pensamiento de Locke, especialmente en su obra II Tratado del Gobierno Civil, será decisiva en la Constitución de Virginia de 1776, de tal forma que las principales tesis que Locke defiende en esta obra serán incorporadas a la que fue una de las primeras constituciones modernas”. BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. El movimiento de los sin tierra en Brasil: propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 16.

24 Quem realiza um brilhante crítica da imagem revolucionária da Convenção da Filadélfia é Bercovici, quem aduz: “O movimento que deu origem à Convenção da Filadélfia de 1787 foi, portanto, eminentemente conservador. Não se queria criar o novo, fazer uma revolução, mas preservar o equilíbrio econômico-social ameaçado (...) o que se buscava era a revisão dos Artigos da Confederação, especialmente no que dizia respeito à regulação uniforme do comércio, interno e externo, e para impedir uma abertura democrática do poder político. O governo central forte

Nesse aspecto, Locke, no tratado supramencionado, desenvolve uma das teses mais aceitas até hoje sobre o direito de propriedade, o qual teria a sua origem nos frutos do trabalho e uso da terra e que, assim, serviu amplamente para legitimar expropriação das terras coletivas dos povos indígenas, que na América do Norte era formada por diversas tribos nômades que não praticavam uma agricultura regular (cumprir mencionar, contudo, que as terras das nações indígenas que praticavam a agricultura também foram expropriadas), bem como fornece argumentos para justificar o direito de conquista e, portanto, a escravidão.²⁵ Ou seja, com essa perspectiva nasce o constitucionalismo norte-americano, sendo que nos anos seguintes à independência, diversos conflitos judiciais entre os recém-formados Estados da Federação e as nações dos povos originários da região passaram a estar sob a tutela do Direito estatal e, portanto, sob a Jurisdição da Suprema Corte Norte-Americana, a qual sempre manteve uma lógica tutelar no tocante às nações indígenas naquele país.²⁶

Como se pode observar, desse breve recorrido histórico, tanto o “pai” do liberalismo político (Locke) como o país berço do federalismo mantiveram uma relação colonial com as nações indígenas e legitimaram a escravidão das populações africanas, um verdadeiro contrassenso ao próprio federalismo e aos ideais de liber-

não visava tanto os perigos externos, mas sim as ameaças internas, buscando frear ou anular as tendências democráticas e democratizantes. A Convenção da Filadélfia não foi, assim, uma assembléia constituinte. Os seus integrantes eram delegados escolhidos pelos Estados, cujos legislativos também eram eleitos com base no voto censitário, não foram eleitos pelo povo”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 126.

25 Nesse sentido, ver: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994 – (Coleção clássicos do pensamento político), em especial, os capítulos nº IV,V e XVI.

26 Nesse sentido, Clavero aduz que: “Será decisivo el caso *cherokee*, sus casos judiciales. Esta tribu, una nación india que tempranamente adoptó la escritura alfabética y que pronto se dotaría de constitución y leyes escritas, mantenía serios conflictos territoriales y jurisdiccionales con el Estado de Georgia que, en parte por su propia iniciativa, se sustanciaron ante la justicia federal de Estados Unidos (...) Es la regla *conforme a la cual las comunidades indias constituyen domestic dependent nation*, naciones domesticas dependientes *in a state the pupilage* (...) Lo importante al respecto es este poder federal que, con su carácter tutelar, será cualificado como orden de *policy*, de política, y no de *law*, de derecho, potestad así siempre discrecional o arbitraria de las instituciones federales sobre las comunidades indígenas con sus territorios y sus jurisdicciones. Es un poder que, sin apoyo posible en la constitución, ha podido ser justamente tildado, por su implicación, de *doctrine rooted in prejudice*, doctrina sin otras raíces que el prejuicio racial, y, por su aplicación, de *genocide at law*, genocidio por el medio del derecho”. CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, D.F: Siglo XXI editores, 1994, pp. 30-31.

dade, igualdade e fraternidade tão aclamadas por essas correntes políticas, as quais acabaram permitindo um verdadeiro extermínio étnico-cultural, pois ao não reconhecer o direito indígena, suas formas de organização sociopolítica e, em especial, a sua autonomia restaram “subjugadas” ao direito estatal e ao modelo de sociedade capitalista em implementação.

Com essa mesma lógica colonial, excludente e discriminatória, boa parte da América Latina se forma, ao longo dos processos de independência, negando, ignorando ou discriminando as *nações bárbaras*, razão pela qual se constituem ordenamentos jurídicos estatais desvinculados da realidade social, pois negam a existência de costumes, cultura, língua e, sobretudo, direito e juridicidades próprias e peculiares a essas comunidades, tribos, povos e nações.²⁷

Desse modo, esse período histórico, no âmbito da teoria constitucional pode ser definido pela forte ideologia liberal burguesa, baseada numa perspectiva individualista etnocêntrica, que centraliza na figura do Estado-Nação a produção do Direito e que restringe a definição do que é “justo” ao crivo de um modelo de dominação burocrática exercido através do aparelho estatal pelas elites locais, que não admitem qualquer vínculo com as tradições, costumes e cultura das nações aborígenes, já que mimetizam os pressupostos de uma sociedade capitalista em ascensão. Sobre os diversos mecanismos de sujeição indígena durante o período do constitucionalismo liberal, a Prof^a Yrigoyen Fajardo, em brilhante síntese, aduz que:

“En el siglo XIX, el proyecto criollo de sujeción indígena del *horizonte del constitucionalismo liberal* se expresó bajo tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a los *indios* en ciudadanos intitulado de derechos individuales mediante la disolución de los *pueblos indios*, tierras colectivas, autoridades propias y fuesu indígena, para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar

27 Nessa linha, Clavero assevera que: “Es todo un bloque de cultura, toda una nueva cultura realmente, la cultura constitucional al cabo, la cultura que durante el mismo siglo XVIII ya comenzaba a identificarse con tal dominativo de constitución. Es una cultura que desborda ampliamente al derecho, pero afectándolo neurálgicamente. Está formándose y cobra fuerzas especialmente la *economía*, una economía como espacio siempre primario, pero ya no de religión, sino precisamente de derecho, de derecho de individuos, de una libertad individual identificada con propiedad privada. Esta economía desplaza de su campo la presencia tradicional de religión propia o de prácticas religiosas ajenas, introduciendo un nuevo sentido también religioso y no menos impositivo de la apropiación individual y de su comercio social. Estamos ante la cultura de un individualismo posesivo que quiere hacerse constitutivo de toda la sociedad humana, ante un constitucionalismo radicalmente comprometido con un determinado modelo de antropología social cerrada y generador así e exclusión absoluta de otras antropologías. CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, D.F: Siglo XXI editores, 1994, p. 25.

indígenas todavía no colonizados, a quienes las constituciones llamaron “salvajes”, para expandir la frontera agrícola, y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva a las naciones indias con quienes las coronas habían firmado tratados, y a quienes las constituciones llamaban “bárbaros”, para anexar sus territorios al Estado”.²⁸

Como se pôde perceber o *horizonte do constitucionalismo liberal*²⁹ negou aos povos indígenas boa parte dos seus fundamentos político filosóficos, já que a estas nações não lhes foram reconhecidos os direitos civis básicos, quem dirá o direito à sua autonomia jurídico-política e os tão aclamados preceitos de liberdade e igualdade. Nesse sentido, uma das imposições mais graves se deu no núcleo do novo modelo econômico - político em ascensão, isto é, pela imposição da propriedade privada³⁰ da terra, a fim de torná-la objeto de circulação mercantil, o direito estatal liberal negou a possibilidade de outras formas de relação com a terra, sobretudo, a ideia de terras comunais, nas quais prevalecia uma ideologia comunitária e solidária típica daquelas nações.³¹

28 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper apresentado no VII Congresso de RELAJU, Lima, Peru, Ago.2010, p. 2.

29 Ibidem, p. 2.

30 Nesse sentido, é plenamente válido recordar a crítica de Marx, já que: “A propriedade privada tornou-nos tão estúpidos e unilaterais que um objeto só é nosso quando o temos, quando existe para nós como capital ou quando é imediatamente possuído, comido, bebido, vestido, habitado, em resumo, utilizado por nós. Se bem que a propriedade privada concebe, por sua vez, todas essas efetivações imediatas da posse apenas como meios de subsistência, e a vida, à qual eles servem de meios, é a vida da propriedade privada, o trabalho e a capitalização. Em lugar de todos os sentidos físicos e espirituais apareceu assim a simples alienação de todos esses sentidos, o sentido do ter”. MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*; Seleção de textos de José Arthur Gianotti; traduções de José Carlos Bruni. 4ªed. São Paulo: Nova Cultura, 1987. Coleção: Os Pensadores. p. 177.

31 Nesse sentido: “Locke asocia los conceptos-símbolos de propiedad común y propiedad privada a los conceptos-símbolos de barbarie y civilización. La propiedad común es algo inherente al estado de barbarie. Durante todo su discurso asocia la propiedad común a los *salvajes de América*, en cuanto la propiedad privada es un fruto de la civilización de los europeos”. BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. *El movimiento de los sin tierra en Brasil: propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 19. Para uma análise aprofundada sobre esse processo na América Latina, em especial, no México, ver: LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio de. *El derecho a tener derechos*. Ensayos sobre los derechos humanos em México. México: CIEMA, 1998.

Igualmente, nos parece importante referir que será nesse período histórico que ocorre o processo de consolidação do Monismo Jurídico como teoria hegemônica, pois é somente com o iluminismo, especialmente, a partir dos séculos XVII e XVIII, ou seja, inicialmente com o absolutismo monárquico e, por conseguinte, com as revoluções burguesas que a racionalização do poder e a centralização burocrática adquirem o patamar dominante, ou seja, que a pluralidade de fontes normativas e de organizações políticas autônomas tende a ser eliminada.

A teoria do Monismo Jurídico é um dos principais resultados do desenvolvimento do pensamento cientificista da modernidade, amparada pela ideologia liberal-positivista, essa corrente teórica buscou legitimar a ideia de centralização do poder jurídico-político na esfera estatal, reduzindo a teoria do direito à atuação do aparato de regulação estatal.³²

Tendo como base as teses iluministas do pensamento contratualista, parte da ideia de uma ruptura paradigmática entre estado de natureza (que segundo a visão eurocêntrica seria a situação que os povos indígenas se encontravam na América) e estado civil, essa ruptura consolida-se na elaboração de um “acordo de vontades”, isto é, de um contrato entre as classes hegemônicas. Diante disso, cria determinados limites por meio de uma forma contratual, isto é, estabelece critérios de inclusão e, portanto, também de exclusão. Nesse sentido, os três critérios principais³³ são: a) a inclusão apenas de indivíduos e suas associações mercantis; excluindo, assim, a natureza, a qual é vista apenas como recurso ou ameaça, pois a natureza humana é a única que conta; b) O estabelecimento da uma cidadania territorialmente fundada e, inicialmente, limitada aos nacionais do gênero masculino; excluindo todos os outros que partilhavam o mesmo espaço geopolítico, isto é, mulheres, estrangeiros, imigrantes, e, sobretudo, as minorias (que na nossa realidade de sociedade periférica eram majorias) étnicas, ou seja, as nações indígenas não são incluídas no “contrato” e; c) a separação entre espaço público regulado pelo contrato, cujos interesses são expressíveis na sociedade civil, e o espaço privado, cujos interesses pessoais e particulares restam excluído do contrato.³⁴

32 Sobre isso ver: WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

33 Utilizamos aqui os critérios expostos por Boaventura em seu: SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Gramática do Tempo*: para uma nova cultura política [Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. IV]. Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento, 2006, pp. 296-301.

34 Nesse sentido, Boaventura define o Contrato Social como: “(...) a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. Os critérios de inclusão/exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da legitimidade da contratualização das interações econômicas,

No campo jurídico, a distinção/cisão entre Estado e sociedade civil, permite diferenciar os campos de produção normativa legítima, pois o pensamento jurídico restringe a sua atuação à esfera estatal, ou seja, o Estado torna-se a fonte única e exclusiva de todo o Direito. Para isso, essa corrente teórica nega a existência de produção de normas ou até mesmo produção de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais, quem dirá as diversas formas de juridicidade e cultura jurídica pré-existentes à colônia.

Assim, essa concepção outorga ao Estado o monopólio da criação de normas jurídicas, isto é, consolida ideia de uma onipotência estatal, por meio do centralismo burocrático de produção normativa.³⁵ Portanto, o único Direito, com grau de obrigatoriedade e reconhecimento geral, é aquele emanado do poder do Estado, expresso sob a forma escrita e publicizada da lei oficial, em sua grande parte mimetizado de uma tradição romana e, por conseguinte, francesa, desvinculada da realidade histórico social da região.³⁶

Somente na segunda década do século XX, com a intensificação da luta de classes que se originará o que hoje é denominado Constitucionalismo Social, especialmente, com o surgimento da Constituição de Weimar (1919) e a quase esquecida

políticas, sociais e culturais. A abrangência das possibilidades de contratualização tem como contrapartida uma separação radical entre incluídos e excluídos. Embora a contratualização assente numa lógica de inclusão/exclusão, ela só se legitima pela possibilidade de os excluídos virem a ser incluídos. Por isso os excluídos são declarados vivos em regime de morte civil. A lógica operativa do contrato social está, assim, em permanente tensão com a sua lógica de legitimação. As possibilidades imensas do contrato coexistem com uma inerente fragilidade. Em cada momento ou corte sincrônico, a contratualização é simultaneamente abrangente e rígida. Diacronicamente, é um campo de lutas sobre os critérios e os termos da exclusão e da inclusão que pelos seus resultados vão refazendo os termos do contrato. Os excluídos de um momento emergem no momento seguinte como candidatos à inclusão e, quiçá, podem ser incluídos num momento posterior. Mas, em obediência à lógica operativa do contrato, a inclusão de novos incluídos pode envolver a exclusão de sectores até agora incluídos. O progresso da contratualização tem assim o seu quê de sísifo. Nesta perspectiva a flecha do tempo é, quando muito, uma espiral. SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política* [Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. IV]. Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento, 2006, p. 296.

35 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 183

36 “De La Torre Rangel adverte que esse Direito Moderno, ‘pretendendo ser um Direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal. Ao estabelecer uma norma igual e um igual tratamento para uns e outros, o Direito Positivo Capitalista, em nome da igualdade abstrata de todos os homens, consagra na realidade as desigualdades concretas’”. Idem, p. 49.

Constituição Mexicana (1917). Esse período será fecundo para os debates da teoria constitucional, já que o modelo constitucional liberal havia chegado ao limite, existindo uma verdadeira necessidade de incorporação dessas demandas sociais aos textos constitucionais da época.³⁷

Portanto, será nesse período que os direitos sociais e a ideia de sujeitos coletivos passa a ter reconhecimento no mundo jurídico, haja vista a necessidade de superação da perspectiva jurídica individualista liberal e o receio de uma radicalização das reivindicações sociais dos trabalhadores. Assim, sindicatos, associações, comunidades indígenas, etc., passam a ser reconhecidos e o seu leque de direitos ampliado. No entanto, tal perspectiva restringe-se à superação do *assimilacionismo* pelo *integracionismo*, pois tem o intuito de apenas de estabilizar e neutralizar os focos de conflito no interior do sistema, bem como viabilizar a “integração” desses setores da população ao modelo de “cidadania” e “civilização” ocidental e injetar grupos populacionais no mercado consumidor.³⁸

37 Sobre isso, Bercovici refere que: “Neste contexto de ebulição social, a manifestação do poder constituinte não vai poder ser bloqueada e o resultado será uma alteração profunda nas estruturas constitucionais e estatais. As constituições do século XX não representam mais a composição pacífica do que já existe, mas lidam com conteúdos políticos e com a legitimidade, em um processo contínuo de busca de realização de seus conteúdos, de compromisso aberto de renovação democrática. Não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas síntese de conteúdos concorrentes dentro do quadro de um compromisso deliberadamente pluralista, como em Weimar. A Constituição é vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais. O conflito é incorporado aos textos constitucionais, que não representam mais apenas as concepções da classe dominante: pelo contrário, tornaram-se um espaço onde ocorre a disputa político - jurídica. A discussão sobre a soberania e sobre o poder constituinte retornam com força”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 294-295.

38 Nesse sentido, a Prof^a Yrigoyen sintetiza que: “(...) El *horizonte del constitucionalismo social*, inaugurado por la Constitución de México de 1917, permitió cuestionar el constitucionalismo asimilacionista e individualista del s. XIX mediante reconocimiento de sujetos colectivos, derechos sociales y la ampliación de las bases de la ciudadanía. Ello permitió el reconocimiento de comunidades indígenas y derechos colectivos a la tierra, así como de otras especificidades culturales dentro del marco de un indigenismo integracionista. El objetivo del constitucionalismo social integracionista era integrar a los indígenas al Estado y el mercado, pero sin romper la identidad Estado-nación ni el monismo jurídico. Tampoco se cuestionó la potestad del Estado de definir el modelo de desarrollo indígena dentro de un marco tutelar. Monoculturalidad, monismo jurídico y modelo tutelar indígena recién son puestos en cuestión, por los tres ciclos del *horizonte del constitucionalismo pluralista*, desde finales del s. XX a la fecha”. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper apresentada no VII Congresso de RELAJU, Lima, Perú, Ago.2010, p. 2.

Assim, ocorre uma ampliação de direitos, mas ainda a partir de uma perspectiva de superioridade étnico-cultural, bem como, no campo jurídico, a partir do paradigma positivista monista, isto é, sem qualquer reconhecimento do Pluralismo Jurídico indígena e, portanto, da autonomia das suas juridicidades. No âmbito do direito internacional, a perspectiva *integracionista* pode ser encontrada, por exemplo, na Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho de 1957 que trata dos Povos Indígenas e na Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948. Cumpre referir, contudo, que esses processos históricos não são lineares e/ou iguais em todos os países da região, existindo processos jurídicos de continuidade e descontinuidade, fortemente marcados pelas conjunturas sociopolíticas e peculiaridades culturais de cada um dos países.

No entanto, pode-se afirmar que será somente no final do século XX, com as contínuas e profundas crises do sistema capitalista e o fortalecimento dos movimentos indígenas, camponeses e de afrodescentes que as estruturas tradicionais do monismo jurídico e do Estado Social passam a ser radicalmente questionadas.³⁹ Soma-se a isso todo um leque de debates teóricos no campo acadêmico demonstrando a necessidade de (re)pensar a tradição jurídica moderna, bem como construir novas metodologias e, sobretudo, novas epistemologias capazes de acompanhar a transição paradigmática em que nos encontramos e que valorizam os saberes dos povos originários e as suas realidades socioculturais.⁴⁰ Sobre esse novo período, no âmbito do constitucionalismo, a Prof^a Yrigoyen, afirma que poderiam ser divididos em três momentos, nesse sentido, vejamos:

39 “Además, luego de las crisis del modelo de ajuste estructural y de ellas políticas neoliberales, la población en general le reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales, lo cual se traduce en nuevos derechos sociales, que incorporan la visión indígena, como el derecho al agua, al “buen vivir”, la seguridad alimentaria, entre otros. Igualmente, estas cartas constitucionales incorporan nuevos derechos, como los derechos de la naturaleza, por fuera de la sistemática homocéntrica occidental. Y, además, reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena”. YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper presentado no VII Congreso de RELAJU, Lima, Peru, Ago.2010, p. 15.

40 Nesse sentido, as obras do professor Boaventura de Souza Santos tem sido referência, em especial, ver: SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política* [Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. IV]. Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento, 2006; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

Los tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista, esto es, el constitucionalismo multicultural (1982-1988), el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar progresivamente elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latinoamericanos dibujados en el s. XIX, e incluso van más allá, hasta lograr cuestionar elementos heredados de la era colonial⁴¹.

Diante disso, além da perspectiva anticapitalista, as lutas dos movimentos sociais indígenas e campesinos se constituem de um componente étnico-cultural profundamente transformador, que traz à tona um verdadeiro debate civilizacional, que pode ser observado, por exemplo, na incorporação da concepção ecologicamente sustentável e solidaria de *Sumak Kawsay (buen vivir)* dos povos indígenas andinos, em oposição à perspectiva econômica exploratória e mercantilista do capitalismo, isto é, trilhando os rumos do Pluralismo Jurídico na *Abya Yala*.

“El fundamento del pluralismo jurídico de las Constituciones de Bolivia y Ecuador ya no radica solamente en la diversidad cultural, que también es recuperada en forma de principio de interculturalidad, sino sobre todo en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas u originarios a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos⁴²”.

Assim, os processos constituintes desses países retratam possíveis rupturas ou metamorfoses da tradição jurídico-política moderna, já que esta foi imposta durante o processo colonial de forma unilateral e violenta, sempre privilegiando a centralização do poder político e partindo de uma concepção jurídica monista, marcada pela necessidade de manter a “Ordem Política” em Segurança.⁴³

41 YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper apresentado no VII Congresso de RELAJU, Lima, Peru, Ago.2010, p. 2.

42 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 16.

43 Sobre a necessidade de manter a ordem política em segurança e a tradição autoritária do Estado-Nação, Gisele Cittadino afirma que: “O resultado da pretensão de controle total do indivíduo e da integração harmônica da vida social – que responde a uma necessidade de ordem – traduz-se na incapacidade de pensar política como espaço público e prática de comunicação normativa (H. Arendt, 1979; Lefort, 1983). Ou seja, a política aqui não pode ser vista como reflexão e prática mediante a qual os indivíduos podem invocar significados diferentes acerca dos

Nesse sentido, a ruptura com a lógica monolítica homogeneizadora típica ao Estado-Nação pode ser observada principalmente pela necessidade de refundar o Estado moderno e, assim, reconhecer a existência de plurinacionalidades entre os povos e nações de um mesmo país. Sobre isso, Boaventura de Sousa Santos afirma que “(...) es necesario tener en cuenta que el reconocimiento de la plurinacionalidad significa otro proyecto de país, otros fines de la acción estatal e y otros tipos de relación entre el Estado y la Sociedad”.⁴⁴

Além do importante reconhecimento da Plurinacionalidade, pretendemos pesquisar os diversos aspectos transformadores observados nesses processos constituintes, dando maior atenção às mudanças epistemológicas – que reconhecem uma *ecologia de saberes*⁴⁵, buscando a construção de uma(s) *epistemologia(s) do sul*⁴⁶ - e às transformações ontológicas desses processos na relação entre ser humano/natureza,⁴⁷

princípios de organização da vida em comum. Se cabe ao Estado, como resultado da manutenção da dimensão-ordem, decidir ‘desde cima’, apolítica torna-se a propriedade sua, na medida em que ocorre em despolitização da ordem social e uma dessocialização da ordem política (J. J. Brunner, 1980; N. Lechner, 1978). Defrontamo-nos, portanto, com a impossibilidade da existência indiferenciada, no seio da ordem social, de atividade e expressões que se contestem reciprocamente. A manutenção da ordem impede a expressão dos conflitos e reprime a elaboração intersubjetiva de sentidos no interior da vida social, como decorrência da necessidade do exercício do Um.” CIT-TADINO, Gisele. *‘A irresistível Atração pelo Um’ no Pensamento de Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Hume e Burke*. In: *Desordem e processo*. Estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho na ocasião de seu 60º aniversário. CHAUI, Marilena; LYRA, Doreodo Araújo. (Org.) Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 182.

44 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 82.

45 Boaventura afirma que: “El fundamento dela ecología de saberes es que no hay ignorancia o conocimiento em general; toda la ignorancia es ignorante de un cierto conocimiento y todo el conocimiento es el triunfo de una ignorancia en particular”. Idem, p. 44.

46 Boaventura utiliza esse conceito, pois: “Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimientos, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo. El Sur global no es entonces un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones vive en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista”. Idem, p. 43.

47 Para uma análise filosófica aprofundada sobre o viés ontológico da relação ser humano/natureza, ver a dissertação de Mestrado: MEDAGLIA, Vicente Rahn. *Filosofia do Meio Ambiente e Gestão Compartilhada da Biodiversidade da Mata Atlântica: debates públicos sobre a coleta de*

com, por exemplo, a proteção dos direitos da natureza pela incorporação da cosmovisão indígena expressa na mítica *Pachamama*.⁴⁸

Por isso, buscaremos mapear o histórico dessas lutas sociais, em especial, aquelas marcadas pela identidade étnico-cultural e a (re)definição do “controle” e “uso” dos bens naturais, agora vistos como parte da *Madre Tierra* e, por conseguinte, analisar as incidências dessas perspectivas na cultura jurídico-política latino-americana, sob o prisma do Pluralismo Jurídico.

Nesse sentido, para o aprofundamento de nossas investigações daremos continuidade à pesquisa bibliográfica e documental qualitativa, dando preferência a marcos teóricos que fortaleçam uma perspectiva constitucional latino-americana, isto é, que busquem aprofundar as peculiaridades históricas e culturais do continente através de uma perspectiva jurídico-política crítica que possibilite avançar na construção de Epistemologias do Sul.

Assim, dessas investigações, intentaremos verificar a incidência das lutas populares na construção de uma nova cultura jurídico-política de caráter pluralista, democrática e participativa na América Latina.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Política*. Brasília, Universidade de Brasília, 1985.
- BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. *El movimiento de los sin tierra en Brasil: propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A ideia de direito social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.
- CITTADINO, Gisele. ‘A irresistível Atração pelo Um’ no Pensamento de Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Hume e Burke. In.: *Desordem e processo*. Estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho na ocasião de seu 60 aniversário. CHAUÍ, Marilena; LYRA, Doreodo Araújo. (Org.) Porto Alegre: Fabris, 1986.
- CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, D.F: Siglo XXI editores, 1994.
- DALMAU, Rubén Martínez. Los Nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia. *La Tendencia – Revista de análisis político* -, Quito, nº 9, p. 38, , março/abril de 2009.
- ECO, Umberto. Como se faz uma tese. 20. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

frutos da palmeira-juçara no Rio Grande do Sul. Orientadora: Gabriela Coelho-de-Souza. Coorientador: Jalcione Pereira de Almeida. Porto Alegre, 2010.

48 Nesse sentido, a Constituição Equatoriana afirma: “Art. 71. La Naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

- HABERLE, Peter. *Heremênica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O Paraíso Destruido*: Brevíssima relação da destruição das Índias. Trad. Heraldo Barbuy. 6ª ed. Porto Alegre, 1996, p. 27.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*; Seleção de textos de José Arthur Gianotti; traduções de José Carlos Bruni. 4ªed. São Paulo: Nova Cultura, 1987. Coleção: Os Pensadores.
- MEDAGLIA, Vicente Rahn. *Filosofia do Meio Ambiente e Gestão Compartilhada da Biodiversidade da Mata Atlântica*: debates públicos sobre a coleta de frutos da palmeira-juçara no Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Gabriela Coelho-de-Souza. PGDR. UFRGS. Porto Alegre, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- _____. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- _____. *Pela Mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.
- _____; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. In SANTOS, Boaventura de Souza (org). *Democratizar a Democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- _____. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política* [Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. IV]. Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento, 2006.
- _____.TORRE RANGEL, Jesús Antonio de. *El derecho a tener derechos*. Ensayos sobre los derechos humanos en México. México: CIEMA, 1998.
- _____. TOSI, Giuseppe. *Domingo de Soto*: o conceito de dominium no debate sobre a conquista da América, p. 6, São Leopoldo, 2009. Paper apresentado, na Unisinos, no Seminário Memória de uma barbárie: Dignidade humana e direito dos Indígenas na obra de Bartolomé de Las Casas. São Leopoldo, 2009.
- _____. VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *Monografia jurídica*: uma visão prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madri: Dykinson, 1998.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

- _____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper apresentado no VII Congresso de RELAJU, Lima, Perú, Ago.2010.
- _____. Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino”. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p.537-567.

Capítulo 13

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

Ivone Fernandes Morcilo Lixa¹

1. 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 assentado na lógica da monocultura universal que absorve e nega as diversidades, constituindo-se padrão mundial de poder, racionalidade e modelo civilizatório hegemônico.

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”.² 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.

Neste paradigma, positivismo jurídico e normativismo tornaram-se inseparáveis, e, por via de conseqüência, 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.

1 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).

2 SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3ª Ed., São Paulo: Cortez, 2001, p. 120.

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.³

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 verbum Dei* deixa de ser suficiente, e progressivamente a autoridade legislativa assume esta função política, agora vazia.⁴

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.

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.⁵

3 SAAVEDRA, Modesto. *Interpretación del derecho e ideología – elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*. Granada: Universidad de Granada, 1978, p.4

4 GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tcnos, 1994, p. 39

5 *Ibidem*. p. 39-40

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 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.⁶ 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 a aplicação da norma, reafirmando o 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.⁷

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 exe-

6 *Ibidem.* p. 91

7 *Idem.*

gético possível. Esta é a hermenêutica jurídica definida por Castanheira Neves como “pura idealidade prescritivo-proposicional manifestada e subsistente numa intencionalidade lingüístico-sistematicamente significante perante um mundo a relevar só no modo como esta significante idealidade o pensa”;⁸ 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.

2. 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. A

8 CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica* – problemas fundamentais. Coimbra Editora, 1993, p. 129.

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.⁹ 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”¹⁰ moderno mantinha centralização ideológica nas áreas tradicionalmente definidoras da geocultura. A América Latina, em particular, desde sua colonização via-se como herdeira européia 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 antiimperialista e anticolonial, que até então encontravam 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

9 WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o liberalismo – em busca da reconstrução do mundo*. Tradução de Ricardo Aníbal Rosenbush. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2002, p. 143.

10 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 européia 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 a 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 homogeneizadas culturalmente para servir aos interesses dos grupos-chaves.

de Berlin 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 seqüência, tanques russos ocupam Praga em 1969 colocando fim ao que poderia ser uma experiência socialista democrática. Sem esquecer a revolta vitoriosa dos trabalhadores poloneses do Solidarnosc em 1976 e finalmente, a caída do muro de Berlin em 1989.

Apesar desta seqüência 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”.¹¹

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, à 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

11QUIJANO, Aníbal. *El regreso del futuro y las cuestiones del conocimiento*. Revista Hueso Húmero, nº 38, Peru: Francisco Campodónico Ed., abril de 2001, p.7

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 apossariam depois ideólogos centristas.¹²

Os eventos sociais e políticos dos anos finais do século XX acabaram por frustrar as esperanças e ilusões tanto nas áreas centrais da modernidade 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. 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.¹³

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

12WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o liberalismo – em busca da reconstrução do mundo*. op. cit., p. 145.

13 IDEM. Op. cit., p. 149

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 a questão da pós-modernidade: Primeiro o fim da Era Européia (1492-1945) que dizimou a auto-confiança da Europa e provocou a autocrítica. Para West, *esse descentramento monumental da Europa produziu reflexões intelectuais exemplares, como a desmistificação da hegemonia européia, a destruição das tradições metafísicas ocidentais e a desconstrução dos sistemas filosóficos norte-atlânticos.*¹⁴ 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 idéia 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

14 WEST, Cornel. *The American Evasion of Philosophy: A Genealogy of Pragmatism*. Madison: University of Wisconsin Press, p. 9-11, citado por MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 143-144.

“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 se retorna aos anos 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,¹⁵ 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.*¹⁶ 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 feitor – embora paralelos e marginais em relação à medicina – ou do delinqüente etc) que envolvem o que eu agora chamaria de saber popular (lê savoir dès 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 espereza 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.¹⁷

15 MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*.op.cit.,p 44

16 Citado por MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*.op.cit.,p 44 .

17 Citado por MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*.op.cit.,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*.¹⁸ 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 européia, que considerava os povos coloniais racialmente inferiores*¹⁹, mesmo as elites que serviam os interesses centrais viam-se como destinados a subalternos políticos e intelectuais por ser naturalmente sua posição inferior à européia.

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 populares,²⁰ 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-coloniais²¹, em rápida síntese e tomando por empréstimo a análise de Walter Mignolo²² o início dos estudos pós-coloniais dá-se

18MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*.op.cit.,p. 45

19RIBEIRO, Darcy.*Las Américas y la civilización – proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1968, p. 63

20 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 anti-colonial 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”.

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

22 MIGNOLO, Walter G. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. Bogotá: Revista Tabula Rasa, nº 3: 47-72, Janeiro-Dezembro de 2005, p. 61 e seguintes.

entre as décadas 50 e 60, quando a atenção está centrada na Guerra Fria. No Sul, o economista argentino Raul Prebisch em 1949 lançava, à convite da CEPAL (Comissão Econômica para América Latina), a introdução do primeiro Estudo Econômico da América Latina, (“*O desenvolvimento econômico da América 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 idéias 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.²³ 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 literária²⁴ surge o Pensamento da Libertação.

Para David Sánchez Rubio²⁵ 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 contrapartida 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

23MIGNOLO, Walter G. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. Bogotá: Revista Tabula Rasa, n° 3: 47-72, Janeiro-Dezembro de 2005, p. 61

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

25RUBIO, David Sánchez. *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*. Bilbao: Ed. Desclée de Brouer, Coleção Palimpsesto, 1999.

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 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 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.²⁶

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.²⁷ 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

26 MIGNOLO, Walter G. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. op.cit., p. 62

27 Trata-se especificamente do projeto desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos que culmina com a publicação em abril de 2007 um livro-manifesto neste sentido que mais adiante será explorado.

é possível produzir conhecimento de uma nova forma. *Não necessitamos de alternativas, necessitamos é de pensamento alternativo às alternativas.*²⁸ 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 a 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 *é um conjunto de práticas (predominantemente performativas) e de discursos que desconstruem a narrativa colonial, escrita pelo colonizador, e procuram substituí-las por narrativas escritas do ponto de vista do colonizado.*²⁹ A diferença colonial cria uma condição única de, sob o ponto de vista do subalterno, oferece 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.³⁰

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.

3. 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

28 SOUSA SANTOS, Boaventura. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 20

29 SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 233.

30 MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. op.cit., p. 11

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”³¹, 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 autorem 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 humana.³²

31 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).

32 Esta é a proposta defendida, entre outros, por Hélio Gallardo em *Derechos Humanos como Movimiento Social*. Edicioness 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 n° 2 do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

É indo nesta direção que é possível falar-se em reconhecer o mundo social como mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de na maioria das vezes, como lembra Antonio Carlos Wolkmer³³ é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Antonio Carlos Wolkmer

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.³⁴

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

33WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994, p. 155.

34WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. op.cit., p. 158

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.

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 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.³⁵

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 é mais retórica e argumentativa 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 torna 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.*³⁶ 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*

35 SOUSA SANTOS, Boaventura. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.*, op. cit., p.130

36 SOUSA SANTOS, Boaventura. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.*, op. cit., p. 133

*do intelectual ou sage cosmopolita.*³⁷ 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 fala de uma hermenêutica pluritópica³⁸ 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.³⁹ 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 limiáres que descreve.⁴⁰

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 é elaborada com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado.

4. REFERÊNCIAS

- 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.

37 SOUSA SANTOS, Boaventura. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.*, op. cit., p. 133.

38 MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais*. op.cit., p. 37

39 _____. *Op.cit.*, p. 40

40 _____. *Op.cit.*, p. 42

- QUIJANO, Aníbal. *El regreso del futuro y las cuestiones del conocimiento*. Revista Hueso Húmero, nº 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, Coleção Palimpsesto, 1999.
- 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*. 3ª 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: Alfa Omega, 1994.

Capítulo 14

O PLURALISMO JURÍDICO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO FRENTE À INCAPACIDADE INSTITUCIONAL E DO MODERNO ESTADO DE DIREITO

Gladstone Leonel da Silva Júnior¹

1. INTRODUÇÃO

A concepção hegemônica do direito, na atualidade, é constituída a partir de um determinado Estado de Direito, amparado por teorias institucionais construídas ao longo da modernidade. O direito vigente foi articulado em um horizonte político liberal, onde suas instituições foram forjadas e desenvolvidas, ousando universalizar valores que sustentam este direito e suas instituições.

Assim, difundiram-se elementos e teorias que suportam estas concepções, como a tripartição de poderes propalada por Montesquieu (entre Executivo, Legislativo e Judiciário), o mecanismo de freios e contrapesos entre eles, o respeito à hierarquização normativa, a formalização dos direitos fundamentais, a representatividade democrática, o monismo estatal, etc. Talvez estes sejam as características mais contudentes de um Estado de Direito. Mesmo que modificado, devido aos percalços históricos, reconstruído sobre características de Estado Social, e, posteriormente, de Estado Democrático de Direito, a estrutura liberal permanece.

Independente da região específica, sobretudo ao tratar da América Latina, as instituições foram constituídas em uma tentativa de adaptar a realidade às construções e concepções jurídicas provenientes da Europa e dos Estados Unidos. O movimento inverso não ocorria, da reflexão jurídica a partir da realidade vivenciada, para a construção de um direito próprio e afim às características dos povos latino-americanos.

¹ Doutorando e professor de Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Advogado Popular, membro da RENAP e do IPDMS.

Atualmente, uma análise ontológica do direito a partir dos povos latino-americanos, além de algumas experiências institucionais diferenciadas e construções de novas tópicas jurídicas nos fazem refletir sobre os rumos do Estado de Direito e da sua fundamentação liberal na América Latina.

Algumas Constituições, como a Venezuelana, Boliviana e Equatoriana, juntamente com o próprio *modus operandi* da política nesses países, questionam até certo ponto, as teorias clássicas eurocêntricas e os caminhos tortuosos que o direito percorre. Apesar de apresentarem um quadro constitucional e institucional, em parte, inovador, ainda caminham lentamente para uma construção de um novo paradigma político para o direito.

Cabe avaliar as insuficiências das instituições desenvolvidas e da manutenção do Estado de Direito para inferir a atual dinâmica e possibilidades de desenvolver teorias próprias, amplamente garantidoras de direitos, e conformadas ao contexto jurídico e político da América Latina.

2. O CONTEXTO INSTITUCIONAL E O DIREITO MODERNO: A CRÍTICA ONTOLÓGICA DESDE O OUTRO

As instituições desenvolveram-se na modernidade com a clara lógica de garantir as independências individuais frente ao contexto social e político vivenciado. As idéias de respeito aos contratos, da manutenção do núcleo familiar e da propriedade, fortalecidas com a Revolução Francesa, compõem a tríade basilar do direito moderno. As liberdades civis são prevalentes nesse cenário frente a qualquer outra.

Benjamin Constant sintetiza a diferenciação do que era entendido como liberdade na antiguidade do que vige na modernidade, ressaltando a importância, segundo ele, desta evolução histórica.

O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios².

O pensador liberal escancara a função das instituições desde uma perspectiva hegemônica do Liberalismo nos países centrais. A característica ressaltada no indivíduo, não seria de sua perspectiva cooperadora, mas sua capacidade de influenciar. Diante destes elementos o direito recebe uma roupagem própria, justificando a criação do Estado de Direito. Este seria necessário para assegurar a liberdade política

2 CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Filosofia Política**. n.º 2. Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 15-16.

aos liberais, mesmo que esses se dediquem prioritariamente ao exercício de suas liberdades civis e interesses próprios.

A partir deste cenário, observa-se uma ontologia do direito difusora de teorias institucionais advindas com a modernidade. Assim, o direito moderno atua como mediador das relações sociais, dando um ar de normalidade ao sistema político vigente, o qual deverá remeter-se às normas nos momentos desta mediação.

Certamente, uma crítica ontológica do direito deve emergir para desmistificar esta construção social. “Aquilo que se apresenta cotidianamente não é ‘evidente’ por corresponder a alguma verdade objetiva, mas por adequar-se às formas de ser oriundas das relações sociais que mediam a formação de determinado tipo de sociabilidade.”³ A forma jurídica, do mesmo jeito que a mercadoria no sistema capitalista, é passível de fetichização, prevê Pasukanis. Como se sua inerência estivesse na rigidez normativa possibilitadora da calculabilidade e da segurança jurídica. Observa-se que a forma histórica do direito é materialmente determinada⁴.

Ademais, o direito moderno é concebido como algo já constituído, parte da totalidade do ser social e suas mediações coisificadas, aptas a reproduzirem o sistema. Negando assim, a exterioridade, o Outro.

“O Outro, que não é diferente (como afirma a totalidade) mas distinto (sempre outro), que tem sua história, sua cultura, sua exterioridade, não foi respeitado; não se lhe permitiu ser outro. Foi incorporado ao estranho, à totalidade alheia.”⁵ É uma necessidade de pensar o direito, de acordo com Dussel, que parte da exterioridade excluída da construção do direito moderno, dando lugar a uma novidade ôntica e jurídica. Um Outro, que configuraria o sujeito que está na periferia do sistema mundo, seguindo a visão dominante, e que deveria assumir o protagonismo de sua história, da construção de suas instituições e do seu direito.

O direito é só uma consequência do advento do que foi concebido como Modernidade, em que a Europa é elevada ao status de centro da história mundial.

3 SARTORI, Vitor B. **Lukács e a crítica ontológica ao Direito**. São Paulo: Cortez Editora, 2010, p. 14.

4 Marx “(...) descobre, assim, o profundo vínculo interno existente entre a forma jurídica e a forma mercantil. Uma sociedade que é constringida, pelo estado de suas forças produtivas, a manter uma relação de equivalência entre o dispêndio de trabalho e a remuneração, sob uma forma que lembra, mesmo de longe, a troca de valores-mercadorias, será constringida igualmente a manter a forma jurídica. Somente partindo deste momento fundamental é que se pode compreender por que toda uma série de outras relações sociais reveste a forma jurídica”. PASUKANIS, E. B. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 28.

5 DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1986, p. 58.

Hegel sustentava que “a história universal vai do leste para o oeste, pois a Europa é o fim da história universal (...),”⁶ de acordo com o pensador, como se a Europa moderna nada tivesse que assimilar das outras culturas, omitidas desta história mundial, a exemplo da América Latina. Sequer o “descobrimento” do continente é relevante para a constituição da modernidade.

Semanticamente a palavra “Modernidade” tem ambigüamente dois conteúdos: 1) Por seu conteúdo primário e positivo conceitual, a “modernidade” é emancipação racional. A emancipação como “saída” da imaturidade através de um esforço da razão como processo crítico, que abre a Humanidade a um novo desenvolvimento histórico do ser humano. 2) Mas, ao mesmo tempo, por seu conteúdo secundário e negativo mítico, a “modernidade” é justificação de uma práxis irracional de violência⁷.

Isto desemboca na geração um mito, segundo Dussel, em que esta sociedade moderna julga-se superior desde o loco onde está estabelecida, na Europa. Insiste-se em “vitimar o inocente (o Outro) declarando-o causa culpável de sua própria vitimação e atribuindo-se ao sujeito moderno plena inocência (...). O sofrimento do (...) (colonizado, subdesenvolvido) será o sacrifício ou o custo necessário da modernização⁸”.

Logo, este mito sacrificial de um racionalismo universalista deve ser superado, defendendo Dussel uma mundialidade transmoderna⁹. Necessário aproveitar o caráter emancipatório advindo com a racionalidade moderna e articulando-o à alteridade do Outro, latino-americano negado, em sua construção racional de instituições próprias.

Mesmo trazendo uma análise jurídica mais avançada, por meio dos pós-positivistas, como Dworkin, observa-se uma insuficiência no avanço de uma raciona-

6 HEGEL, G. W. F. **Filosofia da História**. Trad. Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: UnB, 1999, p. 93.

7 DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt**. Trad. Jaime A. Classen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 185.

8 Ibid. p. 75-76.

9 Contra o racionalismo universalista, não negaremos seu núcleo racional e sim seu momento irracional do mito sacrificial. Não negaremos então a razão, mas a irracionalidade da violência do mito moderno; não negamos a razão, mas a irracionalidade pós-moderna; afirmamos a “razão do Outro” rumo a uma mundialidade transmoderna. DUSSEL, 1993, op. cit., p. 24.

lidade jurídica desde o Outro. Em determinado momento ele apostará na racionalidade do sistema a partir do próprio juiz, do Judiciário ou outras premissas normativas e decisões judiciais. Mesmo a defesa constitucional que o pensador faz da “leitura moral”, não representa toda a prática constitucional, nem supre as limitações apontadas¹⁰, além de não abandonar a perspectiva liberal.

O direito tão só como uma prática social interpretativa ainda é insuficiente para as respostas transformadoras almejadas. Dworkin chega a propor a analogia entre a dinâmica interpretativa e o que concebe como romance em cadeia¹¹. Assim, ele analisa a prática jurídica como um dado e busca uma interpretação a partir disto. Contudo, o problema não é meramente interpretativo, mas ontológico.

Insiste-se em determinada ordem institucional, mantenedora de uma *potestas*¹² fetichizada, como “moldura comum de interpretação compartilhada entre pessoas de um mesmo contexto social”.¹³ Uma interpretação eivada de valores e interesses individuais ou de grupos, como explicita MacCormick em trechos de sua obra *Retórica e o Estado de Direito*¹⁴. Logo, ao tratar de uma sociedade, não é possível homogeneizar o contexto para aplicar o direito. Trata-se de sociedade heterogênea e dividida em classes, hegemônica por instituições concebidas sob a égide liberal. Logo, os *topoi* e os princípios aceitáveis também são geridos em cenários de prevalência de um projeto político liberal no Estado de direito, inviabilizando a emersão do Outro, mantido na exterioridade do sistema econômico e jurídico.

Desde a década de 50, Orlando Gomes faz críticas contundentes ao direito e suas instituições. Condena as perspectivas pretensamente universais e insuficientes para a compreensão e funcionamento de uma sociedade complexa e diversa.

10 Cf. DWORKIN, Ronald. Introdução: a leitura moral e a premissa majoritária. In: **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo B. Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1-59.

11 “Um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

12 “A necessária institucionalização do poder da comunidade, do povo (...)”. DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 32.

13 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8.

14 “Tal interpretação envolve interesses e valores de grande importância para os indivíduos e grupos. Por isso, especialmente no contexto de um julgamento, ela é acompanhada por uma prática argumentativa, e por um processo de tomada de decisão entre argumentos rivais envolvendo questões de interpretação e de tomada prática de decisão. Ibid., loc. cit.

A monótona imagem de uma história universal em linha reta não satisfaz aos espíritos mais geométricos. Assim, para os que compreendem o processo histórico como o fluxo contínuo de fases sucessivas perfeitamente distintas e precisamente configuradas, tais desajustamentos entre as peças da máquina social só desapontam quando a folga é demasiado grande, tal como ocorre nestes dias tumultuosos. O Direito está tão envelhecido que parece exclusivamente feito de resíduos¹.

Buscam-se contínuas saídas e inovações jurídicas, ainda sem a inclusão do Outro, e sem o questionamento da estruturação do que se entende por Estado de Direito. A crítica ontológica é necessária ao buscar a reformulação do que é entendido por direito e por seu paradigma vigente.

Joaquín Herrera Flores propõe uma ontologia do direito com carga materialista forte, não se atendo aos valores em si para sua concepção, “(...) mas de acordo com modos de existência que tendam a criar e generalizar novos marcos de composição e interação “rizomáticos”². Além disso, pensar novas instituições e um novo direito, requer aceitar a modernidade não como modelo único eurocêntrico, mas “há muitas formações sociais que também situam em algum ponto de sua história um renascimento cultural que inaugura uma modernidade (...) sempre inaugurando algo novo.”³ A ontologia do direito deverá partir deste Outro, da *hiperpotentia*⁴ latino-americana situado na base da sociedade de classes, vitimado pela conformação liberal do Estado e do direito, e com isso forjada as instituições vindouras e até mesmo um novo paradigma.

3. A DINÂMICA DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO E A CRÍTICA À MANUTENÇÃO DO PARADIGMA POLÍTICO LIBERAL PARA A GARANTIA DE DIREITOS

A ideia de Estado de Direito remete à perspectiva de um poder político constituído e também limitado por amarras jurídicas previamente estabelecidas, entre

1 GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 18.

2 FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**. Os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 186.

3 Ibid., p. 22.

4 “(...) é o poder do povo, a soberania e autoridade do povo (...). DUSSEL, 2007, op. cit., p. 100.

elas e a Constituição. Assegurando, assim, garantias à indivíduos frente ao poder do Estado. “As pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações.”⁵”

Norberto Bobbio faz a distinção entre o Estado de direito e a doutrina Liberal do Estado. “O Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente.”⁶ Inclusive, em um Estado Social de Direito ou Democrático de Direito, as características ínsitas à lógica liberal são mantidas, mesmo que de forma atenuada, conforme já disposto. Não é por acaso que as relações jurídicas estabelecem-se majoritariamente em uma dinâmica individualista, e na qual os direitos fundamentais, entre eles a liberdade, se mantêm na seara do formalismo, não garantindo direitos materiais à maioria dos povos.

A moldura liberal do pensamento jurídico dominante admite apenas os aspectos políticos da questão e repele seus termos sociais, apresentando a liberdade sob uma forma puramente abstrata, vazia de conteúdo social, aristocratizada num sistema de franquias, que interessa a uma minoria privilegiada⁷.

Diante de uma análise deste paradigma político do direito, compreende-se a própria lógica de construção jurídica inserida em um percurso histórico, em que determinados grupos sociais prevaleceram sobre outros e utilizaram-se do direito como instrumento de poder. “Os paradigmas definem o campo do saber científico, modelando o objeto da investigação, bem como os procedimentos metodológicos⁸”, assim, a concepção liberal tenderá atrelar toda a construção jurídica. Esta apreciação só tem sentido se o estudo considerar, principalmente, as novas etapas do desenvolvimento capitalista, preponderante para o delineamento da Ciência Jurídica.

Após o início do desenvolvimento capitalista, sobretudo, depois da Revolução Industrial, vigorou a concepção clássica de liberalismo. Dessa forma, o Estado

5 MACCORMICK, Neil. op. cit., 2008, p. 22.

6 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 18.

7 GOMES, Orlando. op. cit., 1955, p. 6-7.

8 MACHADO, Antônio Aberto. O direito e suas teorias. **Blog do Machado**. Franca, fev. 2011. Disponível em: <<http://blogs.lemos.net/machado/page/2/>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

Liberal se fez presente com maior força na Europa, devido ao grande desenvolvimento econômico. Após o advento das lutas socialistas, ocorre um enfraquecimento do Estado Liberal e propõe-se um Estado Social, período em que emergem os direitos de 2ª geração, pautados na igualdade.

Os grandes responsáveis, de acordo com Paulo Bonavides, pela base ideológica do Estado Social foram Rousseau e Marx. O primeiro com a teoria pura da democracia moderna e o segundo dando uma base científica ao socialismo, numa qualificada refutação as teorias capitalistas.⁹

Contudo, “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.¹⁰” Dessa forma vislumbrou-se a necessidade de criação do Estado Social de Direito, o qual estaria pautado em elementos democráticos e constitucionais. Neste tipo de Estado busca-se superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social. No entanto, os percalços do Estado Social de Direito são evidentes, a partir do momento que ele busca compatibilizar o capitalismo ao bem estar social. Na prática, de acordo com Paulo Bonavides;

Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este – representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos – essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial, visando a evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista.¹¹

Assim, na prática, prevalece o próprio espectro liberal no paradigma político do direito. Após o início da década de 90, com o Consenso de Washington utilizou-se uma nova roupagem, conhecida como neoliberal, e agora, em um momento recente de crise, buscam reerguer os pilares do capitalismo com medidas intervencionistas praticadas pelo Estado.

Neste panorama é inviável a garantia de direitos para todo o povo. Prova disso é o relatório da FAO,¹² o qual aponta que um total de 1.020 bilhões de pessoas

9 Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1996.

10 Ibid., p. 205-206.

11 Ibid. p. 122-123.

12 Food and Agriculture Organization – Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação.

passaram fome em 2009, o que representa um número recorde. Na Ásia e no Pacífico calcula-se que cerca de 642 milhões de pessoas sofrem com fome crônica, 265 milhões na África Subsaariana, 53 milhões na América Latina e no Caribe, 42 milhões na África do norte e Oriente Médio e 15 milhões nos países desenvolvidos.¹³

Toda esta crise demonstra a insuficiência de um Estado de Direito, o qual tende a contribuir para um colapso social. Atualmente, na visão de alguns pós-positivistas é aceito, inclusive, propostas restritivas de eficácia contida de direitos fundamentais¹⁴, algo crítico em um cenário apresentado de perspectivas crescentes de fome e miséria. A partir do momento que as normas fundamentais são classificadas como programáticas, abre-se o precedente para a restrição das demais normas e não realização de seus preceitos.

Conforme destacado, no aspecto econômico deste paradigma liberal do direito, o que prevalece é a liberdade da empresa, a desregulamentação do setor produtivo, o valor da propriedade privada, a livre circulação de mercadorias, a “força” do mercado, etc. Para resguardar a segurança, calculabilidade e previsibilidade destas benesses econômicas devidamente concentradas, utiliza-se o direito, inclusive em sua forma coercitiva, ao usarem a força do Estado quando julgam necessário. No liberalismo, a igualdade é concebida como igualdade perante a lei, e a liberdade, como a possibilidade de todos em desenvolver e expressar sua existência individual. Não por acaso, que manifestações trabalhistas, grevistas, camponesas são criminalizadas ao invés de serem tratadas como políticas sociais. Ou seja, cerceiam a inovação trazida na perspectiva de constituírem a *hiperpotentia*.

Outro aspecto do paradigma político do direito é o quadro apresentado pela democracia representativa, onde “mudam-se as peças, mas mantêm-se o tabuleiro.” Os representantes políticos são modificados a cada eleição, porém, mesmo com a renovação dos sujeitos, a transformação advinda das ações do Estado em prol da sociedade não ocorrem, ou acontecem simplesmente para manter a lógica, tida como democrática, estabelecida.

Ademais, é importante salientar que o modelo eleitoral representativo, pautado na atualidade pelas instituições preponderantes, contribui para assegurar a atual concepção do Estado de Direito. Certamente, ao propor um modelo que utiliza um método de votação individualizado frente a outro modelo, por exemplo, que venha a

13 Cf. 1020 millones de personas pasan hambre. **FAO**, Roma, 2009. Disponível em: <https://www.fao.org.br/vernicias.asp?id_noticia=814>. Acesso em: 19 jun. 2009.

14 Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

prezar por Assembléias coletivas com exposição de razões, poderia demonstrar que métodos diferenciados tem o potencial de gerar resultados diferenciados.

Os liberais viam a representação política como uma necessidade. Não poderiam abrir mão do poder político, justamente para garantirem as liberdades individuais e seus interesses. “O sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo que deseja ter seus interesses defendidos e não tem, no entanto, tempo para defendê-los sozinho.¹⁵” Ou seja, o tempo para os liberais deve ser priorizado para a garantia dos interesses particulares e o poder político deverá preservar isso.

Benjamim Constant ainda adverte os liberais que ignoram a relevância das instituições focando somente os negócios, sob o risco de não sustentarem seus privilégios. “O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político.¹⁶”

A liberdade política, evidenciada hoje no ato do direito ao voto e ser votado, é um dos elementos do que conhecemos por democracia. Este sufrágio universal tão custoso em épocas de ditaduras militares atua hodiernamente, de forma preponderante como legitimador de um processo estanque em sua estrutura, mesmo diante de Constituições avançadas no aspecto social. Stephen Holmes trata dos pré-compromissos constitucionais, e os paradoxos existentes diante da democracia, salientando a dificuldade de conjugar estes elementos. Em trecho da obra ele anuncia que “Éste es un ejemplo notable de la paradoja de la democracia: los ciudadanos pueden aumentar su poder atándose sus propias manos.¹⁷” Cabe retomar que a palavra paradoxo, diferente de contraditório, admite a convivência dos institutos. Assim, os próprios pré-compromissos constitucionais resguardam, muitas vezes, uma situação de injustiça e manutenção de instituições já desgastadas.

A questão não é tão só modificar ou não modificar as normas sociais de uma geração para outra, mas questionar quem fará isso e para que. Dussel propõe a emergência de um Poder Cidadão. Este seria “a última instância fiscalizadora (que devesse ser a culminação de todo um procedimento permanente de participação dos

15 CONSTANT, Benjamin. op. cit., 1985, p. 23.

16 Ibid. loc. cit.

17 “Este é um exemplo notável do paradoxo da democracia: os cidadãos podem aumentar seu poder atando suas próprias mãos.” (*Tradução Livre*). HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 253.

membros da comunidade desde sua base) de todos outros Poderes e instituições¹⁸”. Talvez, esta ação potencializaria a legitimidade de pré-compromissos menos destoantes das demandas populares.

Na Constituição da República Bolivariana da Venezuela surge importante elemento novo, que poderá semear formas próprias de estabelecer pré-compromissos institucionais. O artigo 136¹⁹ chega a estipular como parte do poder público nacional, o Poder Cidadão. A própria Constituição ainda estabelece as formas viabilizadoras do protagonismo popular com poder vinculante, o qual poderá mudar até a própria Constituição²⁰. Mesmo que a simples mudança constitucional, ainda não seja suficiente para uma mudança social.

O referendo, a consulta popular, a revogação do mandato, o poder cidadão e o eleitoral (...), a maneira de escolher o juízes do Tribunal Supremo de Justiça do Poder do cidadão e organizações da sociedade civil, que um simples cidadão possa iniciar o processo para ditar uma lei, tudo isso nos indica um espírito político novo: o da participação cidadã em uma democracia em que é o povo que tem a soberania e pode exercê-la permanentemente, não só nessas erupções vulcânicas que são as eleições sexenais. A democracia representativa (que tende a ser um movimento de cima para baixo) deve ser articulada com a democracia participativa (como movimento fiscalizador de baixo para cima)²¹.

18 DUSSEL, op. cit., 2007, p. 70.

19 Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Artigo 136. O Poder Público se distribui entre o Poder Municipal, o Poder Estadual e o Poder Nacional. O Poder Público se divide em Legislativo, Executivo, Judicial, cidadão e Eleitoral. (*Tradução Livre*)

20 Artículo 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(...).

Artigo 70. São meios de participação e protagonismo do povo no exercício de sua soberania, no político: a eleição de cargos públicos, o referendo, a consulta popular, a revogação do mandato, a iniciativa legislativa, constitucional e constituinte, o conselho aberto e a assembléia de cidadãos e cidadãs cujas decisões serão de caráter vinculante, entre outras(...). (*Tradução Livre*)

21 DUSSEL, op. cit., 2007, p. 153.

O Direito como qualquer coisa na atual sociedade, migra do campo político para o mercado. Os juristas, por vezes, deixam de lutar por Justiça e tornam-se colaboracionistas do sistema, não buscando modificar o que está estabelecido. Assim, os direitos passam a possuir mero efeito encantatório, prevalecendo tão só uma retórica esvaziada. Os meios são diversos na busca de uma construção jurídica diferenciada, caberá, a partir de concepções políticas e projetos de sociedade, optar por alguns, mesmo que custe a própria existência do que se concebe atualmente como Estado de Direito.

4. CONCLUSÃO

Está posto um enorme desafio para os juristas latino-americanos. Pensar e construir um direito, não para o seu povo, mas com e a partir dele. Tendo em vista toda uma história de submissão e importação de modelos exóticos à dinâmica cultural própria. Certamente, não é o caso de conceber instituições desde o que eram os povos originários destes continentes, mas a partir da lógica peculiar de reprodução social e com caráter emancipatório, em uma perspectiva de contraposição aos métodos e modelos dominadores.

Mesmo que seja possível construções jurídicas garantidoras com as instituições vigentes, observa-se uma insuficiência na garantia de direitos e um desgaste funcional. Em épocas anteriores, Orlando Gomes antevia esta inércia jurídica quanto às possibilidades de reflexão institucional.

A teimosa persistência no atual ciclo histórico de valores jurídicos que não sucumbiram com o nascimento da nova estrutura social possibilita a existência de instituições caducas, que só conseguem adaptar-se às novas condições mediante processos artificiais, quase todos de compulsão²².

O liberalismo permeador das concepções institucionais, sobretudo na América Latina, demonstra sua patente incapacidade de realizar as promessas da Modernidade ocidental capitalista. Logo, mesmo o que se concebe como Estado de Direito não poderá sustentar-se. Provável que será o momento de romper com as certezas jurídicas, seguranças de expectativas, e garantias meramente individualizadas. Apesar da dificuldade desta ocorrência partir dos próprios juristas.

(...) uma revisão ruptural dos paradigmas tradicionais (positivistas), que pudesse significar verdadeira “revolução científica” no sentido em que a entendeu

22 GOMES. Orlando. op. cit., 1955, p. 19.

Thomas Khun, é algo pouco provável, até porque os juristas não têm a tradição nem o ímpeto de afrontar os paradigmas da ordem vigente, mesmo que essa ordem seja injusta e, portanto, ilegítima²³.

Por isso, a crítica ontológica se faz necessária partindo da exterioridade, ou seja, do povo trabalhador vitimado e excluído capaz de forjar um novo projeto de sociedade e conseqüentemente de direito, exercendo a *hiperpotentia* e reconstruindo a história da América Latina.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1020 millones de personas pasan hambre. *FAO*, Roma, 2009. Disponível em: <https://www.fao.org.br/vernoticias.asp?id_noticia=814>. Acesso em: 19 jun. 2009;
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997;
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1996;
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: *Filosofia Política*. nº 2. Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985;
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt*. Trad. Jaime A. Classen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993;
- _____. *20 Teses de política*. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007;
- _____. *Filosofia da Libertação na América Latina*. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1986;
- DWORKIN, Ronald. Introdução: a leitura moral e a premissa majoritária. In: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo B. Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- _____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003;
- FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos*. Os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009;
- GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955;
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia da História*. Trad. Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: UnB, 1999;
- HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999;
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008;

23 MACHADO, Antônio Aberto. op. cit., 2011.

- MACHADO, Antônio Aberto. O direito e suas teorias. *Blog do Machado*. Franca, fev. 2011. Disponível em: <<http://blogs.lemos.net/machado/page/2/>>. Acesso em: 05 mar. 2011;
- PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989;
- SARTORI, Vitor B. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. São Paulo: Cortez Editora, 2010;
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004;
- VENEZUELA. Constituição (1999). Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela: promulgada em 15 de dezembro de 1999. Caracas: Talleres gráficos de la Asamblea Nacional, 2005.

PARTE 2
CRÍTICA JURÍDICA NA AMÉRICA LATINA

Capítulo 15

DIREITO E DESENVOLVIMENTO: DO MITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO AO AUMENTO DAS LIBERDADES REAIS

**João Guilherme Villanova¹
Ademar Pozzatti Junior²**

1. INTRODUÇÃO

O que é desenvolvimento? Expressão por vezes nebulosa, dotada de definições diversas. Conotações por vezes contraditórias e opostas, que remetem a uma rica história desenvolvimentista e econômica, objeto de incontáveis trabalhos de Adam Smith, Karl Marx, John Maynard Keynes e outros tantos estudiosos. Definir um conceito de desenvolvimento já é tarefa complicada, mais difícil ainda é inter-relacionar uma palavra de sentido tão vago, na qual se apontam tantas ideias ao estudo e aplicação do Direito. A disciplina denominada Direito e Desenvolvimento surgiu aproximadamente entre os séculos XIX e XX, e passou por muitas turbulências, crises e revigoramentos até se tornar o objeto deste artigo. Este artigo pretende explorar exatamente a relação entre Direito, Desenvolvimento e Constituição, apontando referências para uma ideia desenvolvimentista inspirada nos trabalhos de Celso Furtado e Amartya Sen.

As escolhas de Celso Furtado e Amartya Sen foram de certo modo arbitrárias, existem muitos autores que exploram uma noção própria e alternativa de desenvolvimento. No entanto, ambos partem de ideais construídos a partir de países assolados por desigualdades econômicas e sociais (Brasil e Índia) e apresentam noções que merecem ser destacadas para uma visão própria de países de industrialização tardia, cuja importante causa de subdesenvolvimento e a insistência em projetos desenvolvimentistas. Celso Furtado denuncia o mito do desenvolvimento econômico proposto a países como o Brasil por países de centro, e propõe um estudo dialético de desenvolvimento (que busca identificar necessidades reais de uma determinada

1 Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). E-mail: guilherme_villanova@live.com.

2 Mestre e Doutorando em Direito pela UFSC. Professor do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). E-mail: juniorpozzatti@gmail.com

coletividade). Ao passo que Amartya Sen, ao longo de suas obras explora a ideia de desenvolvimento como expansão de liberdades reais de uma população. Portanto, mesmo reconhecendo as dificuldades teóricas de utilização do Direito como ferramenta do Desenvolvimento, parte-se em busca de uma concepção própria de Direito e Desenvolvimento.

Antes de apontar referências formuladoras de uma ideia de Direito e Desenvolvimento, pensada a partir da nações com tardio processo de industrialização, far-se-á necessária a apresentação das origens da disciplina estudada. E porquê deve-se buscar um novo modelo, distinto do proposto pelos estudiosos estadunidenses do tema. Não se pretende no referente trabalho recapitular a longa trajetória teórica desenvolvimentista, o que é extremamente importante para se chegar a um conceito próprio de desenvolvimento, mas não é alvo deste trabalho. O que se pretende aqui é apresentar novas concepções de desenvolvimento, sinceras e comprometida com a redução de desigualdades materiais entre grupos, e que representem necessidades reais de uma nação. Pretende-se com este artigo o apontamento de nortes para um Direito e Desenvolvimento, comprometido também com a superação da crise Hermenêutica, que denuncia Lênio Streck.

2. ORIGENS E EVOLUÇÕES DA DISCIPLINA DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Como aponta Osvaldo Agripino,³ o movimento Direito e Desenvolvimento tem sido um ramo da disciplina Direito e Sociedade, cuja origem está no século XX, e ressurgiu com mais força no Estados Unidos na década de 1960. A disciplina ganhou força como aponta Agripino, dentro de um contexto que demandava progresso,⁴ partindo de uma noção de que a sociedade movia-se no sentido de uma situação melhor, em outras palavras com a proposta de que era possível melhorar as condições sociais se os agentes do movimento atuassem racionalmente. O Direito e Desenvolvimento então passou a ter como principal foco o estudo a relação entre lei e mudança social.

3 AGRIPINO, 2002, p.63-64.

4 Osvaldo Agripino Castro Júnior discorre: O desenvolvimento, dentro do contexto Direito e Desenvolvimento é um eufemismo para o progresso. Mas qual progresso? O progresso social, onde em função do desenvolvimento possa haver melhorias nos índices de saúde, educação, habitação e trabalho [...] (CASTRO JÚNIO, 2002, p.63).

No entanto, aponta Agripino⁵ que a disciplina Direito e Desenvolvimento estadunidense desde a o seu revigoramento na década de 1960, sofre fortes críticas ideológicas. Críticas nacionais e internacionais, em relação a abordagem da disciplina citada como imperialista, pois acreditava-se que se trata de uma transposição de valores estadunidenses através do direito para países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, por meio de uma visão etnocêntrica da política dos Estados Unidos. Buscando romper com estas críticas, e postulando uma nova concepção de Direito e Desenvolvimento, o autor cria sua própria definição da disciplina:

Desta forma, conceitua-se Direito e Desenvolvimento como o ramo do conhecimento que objetiva, através da pesquisa transdisciplinar teórica e empírica, e da análise quantitativa e qualitativa, estudar a relação entre o direito e o desenvolvimento social, a fim de chegar a este pela via da reforma do direito. Por sua vez, o desenvolvimento que se pleiteia é aquele que proporciona uma efetiva mudança social, ou seja, a transformação para um grau determinado de atitudes, normas, instituições e comportamentos que estruturam a vida jurídica cotidiana, e que abrange não somente os novos modelos culturais, arranjos institucionais e disposição psicológicas, mas enfim que priorize uma revolução ética nas prioridades e melhorias materiais nas condições de existência e dignidade dos seres humanos.⁶

Weber Barral⁷, afirma que a percepção quanto ao papel relevante do direito como fator relevante no processo de desenvolvimento, não é recente, e se deu intensamente após a Segunda Guerra Mundial, incentivado pela reconstrução do pós-guerra e pela independência da ex-colônias europeias. Fundada inicialmente no ideal de transplantar as instituições jurídicas ocidentais como meio legítimo de promover a democracia e o desenvolvimento econômico. Esse “transplante” foi duramente criticado pelos autores dependentistas, pois se tratariam na verdade entraves ao desenvolvimento e não meio para tal, como ressalta Barral. Afirmando o autor, que em consequência disto o movimento foi declarado instinto por seus próprio proponentes no final de década de 1970, ressurgindo mais tarde na década seguinte para analisar

5 AGRIPINO, 2002, p.64.

6 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: Fundação Boitex, Unigranrio, Ibradd, 2002.

7 BARRAL, Weber. As relações entre direito e desenvolvimento. *Direito e Democracia*: revista do Centro de Ciências Jurídicas/ Universidade Luterana do Brasil. Canoas, v.8, n.2, p.214-238, jul./dez. 2007. p. 228.

a correlação entre direito e desenvolvimento na América Latina e seu tardio processo de industrialização.

Partindo de todas estas controvérsias, Barral,⁸ afirma que os autores de hoje estão mais atentos às limitações da utilização da ordem jurídica para promover mudanças econômicas e sociais tendentes a atender as necessidades de uma determinada sociedade. Limitações estas advindas tanto da crescente influências das normas de Direito Internacional no Direito Interno, dentro de um mundo cada vez mais globalizado e interligado internacionalmente, também de conceitos simplórios de democracia e desenvolvimento que não devem permear estes estudos, fatores culturais e sociais que tornam cada país realidades próprias, um enfrentamento maior do conceito de democracia que reconheça esta apenas como primeiro passo para o desenvolvimento e por fim instituições jurídicas mais sérias, com maior credibilidade, como juristas mais bem preparados e com melhor estrutura que facilite a obediência das decisões judiciais.

3. “NOVOS” MODELOS DE DESENVOLVIMENTO: EIXO SEN-FURTADO

E é justamente partindo das dificuldades e limitações de definir desenvolvimento, que este artigo apresenta as contribuições dos trabalhos de Celso Furtado e Amartya Sen, buscando delimitar uma noção de desenvolvimento mais ampla, humanista, que reconheça o papel da dialética no estudo do desenvolvimento, que refute mitos desenvolvimentistas exportado de países de centro da economia internacional para países de periferia do mundo globalizado. Por fim, que o estudo da inter-relação direito e desenvolvimento seja permeado por uma noção de desenvolvimento como expansão de liberdades reais.

3.1 Celso Furtado:⁹ Do mito do desenvolvimento econômico a dialética do desenvolvimento.

8 BARRAL, Op. Cit., p.229.

9 Celso Monteiro Furtado era graduado em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mas pós-graduou em economia, vindo a se tornar um dos maiores economistas do Brasil. Influenciado intelectualmente por nomes como Karl Marx, Karl Mannheim, Gilberto Freyre e Raul Prebisch. Laborou durante anos oito anos (1949-1957) Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), órgão das Nações Unidas. Na década de 1950 Furtado presidiu o Grupo Misto CEPAL-BNDES, que elaborou um estudo sobre a economia brasileira que serviria de base para o Plano de Metas do governo de Juscelino Kubitschek. Suas idéias sobre o desenvolvimento e o subdesenvolvimento divergiram das doutrinas econômicas dominantes em sua época e estimularam a adoção de políticas intervencionistas no cenário econômico.

Celso Furtado aponta em uma obra que denominou Mito do Desenvolvimento Econômico, que ideia de desenvolvimento proposto por países que lideraram a Revolução Industrial pode não ser tão universalizável quanto se propõe, traduzindo-se em mero incremento do cálculo econométrico. Sugerindo modelos de interpretação da realidade que desprezam contextos sociais diversos e mesmo consequências desastrosas em diversos planos de um modelo econômico voltado a atender demandas de uma minoria, que exaurem o meio ambiente e destroem culturas. É neste sentido que afirma Celso Furtado a seguir, sobre a ideia diretriz de desenvolvimento universalizável:

Com o campo de visão da realidade delimitado por essa idéia diretora, os economistas passaram a dedicar o melhor de sua imaginação a conceber complexos esquemas do processo de acumulação de capital no qual o impulso dinâmico é dado pelo progresso tecnológico, entelêquia concebida fora de qualquer contexto social. Pouca ou nenhuma atenção foi dada às consequências, no plano cultural, de um crescimento exponencial do estoque de capital. As grandes metrópoles modernas, com seu ar irrespirável, crescente criminalidade, deterioração dos serviços públicos, fuga da juventude na anticultura, surgiram como um pesadelo ao sonho de progresso linear em que embalavam os teóricos do crescimento. Menos atenção ainda se havia dado ao impacto no meio físico de um sistema de decisões cujos os objetivos últimos são satisfazer interesses provados.¹⁰

Celso Furtado começa a discorrer sobre aquilo que seria “o mito do Desenvolvimento Econômico”.¹¹ O referido autor questiona sobre a possibilidade dos

10 FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.p.8-9.

11 Celso Furtado discorrendo sobre mitos afirma: Os mitos têm exercido uma inegável influência sobre a mente dos homens que se empenham em compreender a realidade social. Do *bom savage*, com que sonhou Rousseau, a idéia milenar do desaparecimento do Estado, em Marx, do “princípio populacional” de Malthus à concepção walrasiana do equilíbrio geral, os cientistas sociais têm sempre buscado apoio em algum postulado enraizado num sistema de valores que raramente chegam a explicitar. O mito congrega um conjunto de hipóteses que não pode ser testadas. Contudo essa não é uma dificuldade maior, pois o trabalho analítico se realiza em um nível muito mais próximo da realidade. A função principal do mito é orientar, num plano intuitivo, a construção daquilo que Schumpeter chamou de *visão* do processo social, sem a qual o trabalho analítico não teria qualquer sentido. Assim, os mitos operam como faróis que iluminam o campo de percepção do cientista social, permitindo-lhe ter uma visão clara de certos problemas e nada a ver de outros, ao mesmo tempo em que lhe proporciona conforto intelectual, pois as discri-

padrões de consumo da minoria da humanidade, que atualmente vive em países altamente industrializados serem acessíveis às grandes massas populacionais do resto do globo.¹² Segundo Furtado este ideal seria inatingível em decorrência do próprio processo de acumulação do capital, o que inevitavelmente aumentaria a distância entre países desenvolvidos e os demais.

Furtado ainda sustenta que estes países da periferia nunca serão desenvolvidos no sentido de similaridade com aqueles formadores do centro do sistema capitalista. Por simples razão de estruturação da própria lógica econômica dominante, a qual exige cada vez maior quantidade de recursos das economias periféricas para os países de centro.¹³ No entanto a ideia oposta tem sido difundida para os povos da periferia de modo a mobilizar políticas legitimadoras tanto de destruição do meio físico, de aspectos culturais destes povos, justificar dependências que forcem o caráter predatório do capitalismo em prol dos países ricos. E ainda prossegue o autor:

Cabe, portanto afirmar que a idéia de desenvolvimento econômico é um simples mito. Graças a ela, tem sido possível desviar as atenções da tarefa básica de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abrem ao homem o avanço da ciência, para concentrá-las em objetivos abstratos, como são os *investimentos*, as *exportações* e o crescimento.¹⁴

Deste modo ao propor um pensamento desenvolvimentista ao direito latino-americano ou mesmo próprio de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, se teria que levar em conta uma análise criteriosa das propostas aparentemente universalizáveis a todo o globo, para distinguir possíveis retóricas oriundas das economias de centro. Estas, advindas da busca por recursos não renováveis, manifestadas pela necessidade de legitimação de premissas desconexas de aspectos culturais e históricos próprios, garantidores do sistema econômico predominante. A este respeito afirma Celso Furtado que a própria economia teria papel predominante para definir causas do subdesenvolvimento e sugerir políticas desenvolvimentistas comprometidas com a necessidade de conquistas sociais.¹⁵

minações valorativas que realiza surgem no seu espírito como um reflexo da realidade objetiva. (FURTADO, *Op. Cit.*, p.7-8)

12 FURTADO, *Op. Cit.*, p.8.

13 *Ibidem*, p.89.

14 *Ibidem*, p.89.

15 *Ibidem*, p.79.

Contudo Celso Furtado afirma que tais estudos deveriam ser utilizados para formular inicialmente o problema e não como delimitação final deste. Por isso para dar projeções sobre subdesenvolvimento referidas pelo autor como irá afirmar no trecho a seguir, a economia deveria estar conjugada com outros campos do conhecimento o que reitera a importância da interdisciplinaridade. A este respeito afirma:

Seria, entretanto, equívoco total esperar que os economistas, usando instrumentos de análise que lhes são próprios, viessem a esgotar essa matéria, que possui importantes aspectos a serem abordados do ângulo da sociologia e da ciência política históricos.¹⁶

O autor propõe então um resgate daquilo que chamou de esforços hegelianos para formular princípios configuradores da lógica de um processo histórico como ponto de partida.¹⁷ Entendendo as relações sociais como uma sobreposição de processos em determinados momentos históricos que por sua vez buscavam atingir suas necessidades próprias. A partir daí todas as instituições deste lapso temporal estariam voltadas para um caráter particular único. O sistema filosófico denominado dialético descreve a realidade estruturada na compreensão da história como oposição de forças em equilíbrio móvel. Sobre este pensamento define o mesmo autor a seguir:

A essência do pensamento dialético está na idéia simples de que o todo não pode ser explicado pela análise isolada de suas distintas partes. O todo é inicialmente captado através de uma síntese, em grande parte intuitiva, que realiza o espírito humano, e é a partir dessa síntese que a análise das partes adquire sentido. Daí não resulta, entretanto, que, inexistindo a imagem do todo, estejamos impossibilitados de estudar as partes. A ciência experimental é exatamente o esforço sistemático que realiza o homem para compreender o mundo que o circunda prescindindo de uma concepção do todo. Não existe uma antinomia entre dialética e o método convencional aplicado na ciência experimental. [...] A ciência procura conhecer o comportamento dos fenômenos, relacionando uns com os outros, com vistas a inferir esse comportamento no futuro. Muitas vezes se formulam hipóteses sobre o comportamento de um conjunto de fenômenos interdependentes, os quais são apresentados como um *sistema*. A idéia de sistema somente pode

16 FURTADO, 1964, p.79.

17 FURTADO, *Op. Cit.* p.13.

ser indentificado através de uma exata definição de um conjunto de relações que fazem com que suas partes sejam interdependentes.¹⁸

Deste modo, a dialética se sobrepõe como uma boa ferramenta para compreender não só a inter-relação entre Direito e Desenvolvimento, mas sim buscando a participação ativa de outros campos do conhecimento, de modo a entender as relações sociais como sistema complexo e rico e forças em constante luta e contraposição. Relações estas, que devem ser mais bem compreendidas com a conjugação de outros campos do saber. Portanto, a visão simplória da ideia de desenvolvimento e democracia aplicado a interpretação das normas jurídicas deve ser substituída por uma mais complexa e próxima da realidade – oferecidas pela dialética.

Manuel Castells¹⁹ também destaca que qualquer processo histórico deve ser estudado sob o prisma dialético, entendendo a realidade a como resultado de forças em tensão em determinado momento histórico. Utilizando deste ponto de vista para decifrar em sua obra as crises econômicas e transformações do capitalismo. A este respeito afirma:

deve-se considerar a realidade como o resultado de forças contraditórias, não somente porque a realidade está moldada pela luta de classes, mas também porque é a síntese real das tendências estruturais que produzem efeitos sistêmicos opostos. O resultado desta série de forças contraditórias não está predeterminado. Depende da ação humana. Sabemos que a humanidade faz a sua própria história, mas faz sob condições específicas determinadas pelas condições sociais.²⁰

Especificamente neste estudo pode-se aderir a este ponto de vista ressaltando que um corpo teórico fundado numa finalidade desenvolvimentista às normas e instituições jurídico-políticas, deve ser permeado por cautela de não apelar para conceitos simplórios de desenvolvimento e causas do subdesenvolvimento, entendido assim como primeira forma de desbravar o campo de aferição de efetividade da norma de modo a buscar necessidades básicas de um país condizentes com o período histórico atual. Evitando assim cairmos em mitos desenvolvimentistas, ou

18 FURTADO, *Op. Cit.*, p.14-15.

19 Manuel Castells é um sociólogo espanhol que dedicou seus estudos a desenvolver a sociologia marxista urbana, recorrendo a dialética como principal método para enfatizar o papel dos movimentos sociais na transformação conflitiva da paisagem urbana (CASTELLS, 1979, p.125).

20 CASTELLS, Manuel. *A Teoria marxista das crises econômicas e as transformações do capitalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p.124.

em premissas que não levam a fins realmente desejáveis pelas economias periféricas, ideias legitimadoras do sistema predatório em prol das economias de centro.

3.2 *Amartya Sen: Desenvolvimento como aumento das liberdades reais*

No entanto se o padrão desenvolvimentista dos países de centro não são estendíveis aos periféricos como ressalta Celso Furtado, outros modelos paralelos aos da economia tradicional são propostos. Amartya Sen²¹ ganhador do nobel em economia, desnuda a necessidade de compreensão da ideia de desenvolvimento como expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Contrastando com o pensamento restrito e mais comum entre os economistas, que ao avaliar desenvolvimento escolhem como medidores dentre eles: O Produto Nacional Bruto, o aumento de rendas pessoais, a industrialização, avanços em tecnologia e a modernização social.

O economista indiano reconhece que os padrões mais utilizados para determinar o quanto desenvolve um país são importantes para expandir as liberdades individuais a serem desfrutadas pelas pessoas. No entanto estas liberdades também dependem de muitos outros determinantes, como disposições sociais e econômicas (dentre elas serviços de saúde e educação), a concretização de direitos civis (participação efetiva na vida pública do país). Em outras palavras afirma Amartya Sen²² que o desenvolvimento deve ser visto como processo de expansão de liberdades substantivas que dão finalidade social. Assim afirma o autor:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de

21 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.16.

22 Idem.

assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.²³

Por isso um agir estatal desenvolvimentista deve estar direcionado a ampliar estas liberdades materiais e não ser apenas garantidos de transações de mercadorias e acumulação de riquezas. Ainda afirma Amartya Sen que a liberdade é central para o processo de desenvolvimento tanto na avaliação do progresso pelo aumento das liberdades das pessoas –o que chamou de razão avaliatória, quanto na observação da realização efetiva do desenvolvimento como livre condição do agir das pessoas– chamada de razão da eficácia.²⁴ Esta segunda ideia pode ser sintetizada com o que as pessoas conseguem efetivamente realizar dentre seus objetivos individuais, que são totalmente influenciáveis por disposições institucionais oferecidas pelo Estado.

Ao utilizar-se da renda e das mercadorias como base material do bem-estar, defende o autor que circunstâncias sociais e pessoais influenciam diretamente a utilização destes recursos. A alternativa a esta visão tradicionalista de bem-estar estaria em avaliar como as pessoas vivem de fato, como afirma a seguir Amartya Sen:

Uma alternativa ao enfoque sobre os meios para o bem viver é a concentração sobre *como as pessoas conseguem viver de fato* (ou avançando além disso, sobre a *liberdade* para realmente viver de um modo que se tem razão para valorizar). Na economia contemporânea tem havido muitas tentativas de estudar os “níveis de vida” e seus elementos constituintes e a satisfação de necessidades básicas, pelo menos a partir de A. C. Pigou. Desde 1990, sob a liderança pioneira de Mahbub ul Gaq (o grande economista paquistanês, que morreu subitamente em 1998), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (United Nations Development Programme – UNDP) publica relatórios anuais sobre “desenvolvimento humano” que sistematicamente vêm lançando luz sobre a vida que realmente as pessoas levam, especialmente as relativamente destituídas.²⁵

Amartya²⁶ afirma que esta abordagem centrada em questões fáticas e não conceitos comparativos abstratos, não é inovadora na economia. E que este tipo

²³ *Ibidem*, p.16-17.

²⁴ *Ibidem*, p.17.

²⁵ *Ibidem*, p.102.

²⁶ *Ibidem*, p.103.

de preocupação já se fazia presente nos estudos de analistas econômicos pioneiros, como William Petty, Gregory King, François Quesnay, Antoine-Laurent Lavoisier e Joseph-Louis Lagrange. Mas é propriamente em Adam Smith que a abordagem lhe tomou importância considerável segundo o autor. O que se considerava necessidade em uma sociedade na análise de Smith, seria que requisito da satisfação gere liberdades minimamente requeridas, como por exemplo aparecer em público sem se envergonhar ou participar da vida da comunidade. Sen conclui a partir daí que o enfoque da análise de bem-estar deve incidir sobre estas liberdades geradas pelos bens, e não sobre os bens como fim em si mesmo.²⁷

Antes mesmo de estudar os principais teoremas econômicos que sistematizam esses mecanismos, o autor afirma que o desenvolvimento dos mercados livres em geral não deve estar sozinho na análise de liberdade, mas também a liberdade de escolha e procura de empregos, aliás esta deve ser amplamente reconhecida como progresso fundamental repudiando todo tipo de sujeição a trabalho forçado por critérios econômicos ou por falta de opções de escolha.²⁸ Mais ainda a garantia de oportunidades alternativas de emprego deve ser compreendida como requisito fundamental para propiciar transações entre os indivíduos. Modelo que se opõe a visão tradicional que remete desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico, Amartya Sen demonstra em sua teoria que o desenvolvimento econômico é muito mais complexo do que se imagina.

Esta importância estaria vinculada a constatação destes autores que dadas algumas condições, não seria possível melhorar os mecanismos de mercado de modo a aumentar utilidade de todas as pessoas. Ou seja, aumentar o bem-estar de alguns indivíduos sem reduzir o de outros. Entretanto indaga o autor sobre a possibilidade da eficiência tão desejada pela Economia poder ser reconfigurada com a substituição do critério de utilidades para os das liberdades individuais. Conforme afirma:

É possível, porém, indagar se a eficiência desejada não poderia ser computada em função de *liberdades individuais*, e não de *utilidades*. Essa é uma questão especialmente pertinente neste contexto, pois o enfoque informacional deste livro tem sido sobre as liberdades individuais (e não sobre utilidade). De fato, demonstrei em outro trabalho que, no que se refere a algumas caracterizações plausíveis de liberdades individuais substantivas, uma parte resultante de eficiência de Arrow-Debreu traduz facilmente do

27 *Ibidem*, p.104.

28 *Ibidem*, p.152.

“espaço” das utilidades para o das liberdades individuais, seja pela liberdade para escolher *certas mercadorias*, seja pelas *capacidades para realizar* funcionamentos. Na demonstração da viabilidade dessa extensão, empregam-se suposições semelhantes as necessárias para os resultados originais de Arrow-Debreu (como ausência de não negociabilidade em mercado). Acontece que, com essas suposições, para uma caracterização convincente de liberdades individuais, um equilíbrio de mercado competitivo garante que ninguém pode ter um aumento de liberdade enquanto é mantida a liberdade de todos os demais.²⁹

O autor ressalta que a escolha do indivíduo de modo a negociar e transacionar é em grande medida dependente da oferta ao mesmo de oportunidades adequadas dentre as quais podem escolher, e sobre quais opções úteis estes possuem para decidir.³⁰ Sendo que intervenções estatais nesse sentido podem ser importantes para garantir reduções de desigualdades materiais e formais entre grupos. Nesse sentido responde o autor:

O problema da desigualdade realmente se magnifica quando a atenção é devida da desigualdade de renda para desigualdade na *distribuição de liberdades substantivas e capacidades*. Isso ocorre principalmente devido à possibilidade de algum “acoplamento” de desigualdade de renda, de um lado, e vantagens desiguais na conversão de rendas em capacidades, de outro. Este último aspecto tende a intensificar o problema da desigualdade já refletido na desigualdade de renda. Por exemplo, uma pessoa incapacitada, doente, idosa, ou que apresenta alguma outra desvantagem pode, por um outro lado, ter dificuldade para *auferir* uma renda apropriada e, por outro, também enfrentar dificuldades ainda maiores para *converter* renda em capacidades e em uma vida satisfatória.[...] É preciso lidar com os problemas de equidade, especialmente ao se tratar de graves privações e pobreza; nesse contexto, a intervenção social, incluindo o custeio governamental, pode ter uma papel importante.³¹

Em suma Amartya Sen constrói uma raciocínio desenvolvimentista altamente humanista, em que a prioridade será sempre o ser humano, sendo que o desenvolvimento deve ser permeado pelas ampliação da capacidade de escolha deste

29 *Ibidem*, p. 158.

30 *Ibidem*, p.158.

31 *Ibidem*, p.160.

sujeito de acordo com os incentivos e condições oferecidas por todos os agentes sociais, dentre eles o Estado. Assim sendo, por exemplo, um judiciário moroso, lento, com vícios sistêmicos que favorecessem grupos em detrimento de outros, deveria ser corrigido e direcionado para um atuação que ampliasse liberdades reais, em outras palavras que garantissem uma livre escolha nas mais diversas searas da vida de um indivíduo sem este sofrer qualquer tipo de coação devido a falhas na prestação jurisdicional.

4. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO: CRISE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Viu-se anteriormente que delimitar o que seja desenvolvimento de maneira fechada é algo extremamente difícil, e mesmo chegar em conceituações simplórias de democracia e desenvolvimento é algo que deve ser refutado em qualquer estudo sobre o tema. As contribuições de Celso Furtado e Amartya Sen, abrem vias para uma outra concepção de desenvolvimento, pluralizada, dialética, que procura reconhecer as reais necessidades de uma determinada coletividade e aferir como padrões desenvolvimentistas, com por exemplo, disposições sociais e econômicas (dentre elas serviços de saúde e educação), a concretização de direitos civis (participação efetiva na vida pública do país). No entanto, ainda há que se reconhecer a forma como se dá o encontro entre o Direito e Desenvolvimento. O ponto mais delicado da disciplina e também o foco principal do presente artigo.

Nos tópicos anteriores foram sugeridos estudos que em comum foram além dos conceitos e ideias tradicionais da economia e desenvolvimento, determinado por economistas europeus ou estadunidenses. O que se buscou com estes autores, foi justamente a construção de uma disciplina Direito e Desenvolvimento, guiada por noções mais contextualizadas com realidades de países com tardio processo de industrialização. Pretende-se neste tópico abordar uma das facetas da abordagem Direito e Desenvolvimento, no que diz respeito a redução de desigualdade entre grupos, e o gerenciamento de conflitos entre esses. Mais que uma abordagem crítica ao judiciário, este estudo aponta para a necessidade de construção de um novo plano hermenêutico. Um novo “pensar” o direito a partir da complexidade das relações sociais e de modo a concretizar o próprio Estado Democrático de Direito – E porque não, ampliar liberdades reais nos moldes que propôs Amartya Sen?

O ponto de partida desse novo “pensar o direito” está no próprio conceito de Estado Democrático de Direito e o suas tarefas básicas. Lênio Luiz Streck³² afirma que sem dúvidas no Brasil sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social. Streck parte da mesma lógica que José Afonso da Silva, conceituando Estado Democrático de Direito, como termo que só se constitui de fato com uma nova concepção de Estado, a de promotor de Justiça Social. Conforme exposto abaixo.

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista, para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob influxo do socialismo real não foram capazes de construir.³³

Isto se daria principalmente através de realizações sociais concretizadas pelo exercício dos direitos fundamentais, os quais a Constituição de 1988 tem arcabouço vasto. Por isso a limitação estatal imposta por um Estado o qual seria mero garantidor de trocas de mercadorias, seria insuficiente a atingir objetivos fundamentais como erradicação de pobreza (art. 3º, III da CRFB/88), por exemplo. Defendendo uma posição ativa do judiciário a defesa de interesses coletivos e concretização de direitos fundamentais. Sendo Assim, ainda afirma José Afonso da Silva, que a lei no estado constitucional brasileiro deve ser concretizada de modo a garantir transformações sociais. Diferentemente da posição defendida pelos economistas liberais de que inserções estatais no privado serão sempre anômalas. Conforme verificado no trecho a seguir:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em

32 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3.^a ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.33.

33 SILVA, 2000, p.124.

que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce a função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.³⁴

No entanto essa perspectiva de modo de produção do Direito, não é unanimidade na doutrina nacional, ao contrário se dá justamente por conta de uma crise paradigmática na qual não se compatibiliza o modelo estatal proposto na Constituição da República de 1988 com a dogmática jurídica tradicional ainda em necessidade de reconstrução. Assim considera Streck³⁵, que mesmo o próprio ordenamento constitucional direcionando o Estado como instrumento de transformação social, a tradição jurídica ainda é focada em uma desfuncionalidade do direito com objetivos do Estado Democrático de Direito,³⁶ e paradoxalmente uma funcionalidade de ideologia “liberal-individual-normativista”.

Ideologia esta em que a interpretação e aplicação da norma forma-se em procedimentos abstraídos da realidade social desigual imperante. Sendo necessário então, a construção de um novo plano hermenêutico. Um novo “pensar” o direito a partir da complexidade das relações sociais e de modo a concretizar o próprio Estado Democrático de Direito. Assim propõe Streck, sobre a necessidade de construção de um novo paradigma hermenêutico que represente verdadeiramente os objetivos constitucionais do Estado.³⁷

34 SILVA, 2000, p.125-126

35 STRECK, 2001, p.33.

36 Na palavras de Streck sobre o Estado Democrático de Direito: “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz um síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico.” (STRECK, 2001, p. 41)

37 Lenio Luiz Streck (2001, p.34-35), afirma que o modo de produção do Direito deve ser entendido como a necessidade de uma abordagem plural, centradas na política econômica de re-

A outra crítica feita por Streck³⁸ sobre o velho paradigma hermenêutico é como o modo de operação do direito, no Brasil, é instituído a partir dos conflitos interindividuais, toda sistemática de resolução de conflitos estaria firmada em sede de indivíduo versus indivíduos, o que se verificaria segundo o autor em simples verificação aos manuais de Direito. O que facilitaria a propagação de uma lógica positivista, de soluções rápidas e prontas a conflitos entre “Caos e Tícius”. No entanto com a diversidade de relações sociais existentes numa sociedade capitalista, os conflitos aderiram cunho transindividual. A velha lógica hermenêutica liberal-individualista não poderia ser aplicada, sob risco de consequências gravíssimas à efetivação do modelo estatal proposto na Constituição. Conforme expõe Streck sobre esta crise hermenêutica:

A crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, pena, processual penal e processual civil, etc.) *Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina.* No âmbito da magistratura – e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da justiça-, Faria aponta dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática: o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas

gulamentação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, sobre a produção do Direito. Visando desconstituir o velho paradigma individualista de operação das normas jurídicas. Nas palavras de Streck “filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito” representado pelo Estado Democrático de Direito Um debate que incluía: a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços, b) a localização de papéis entre várias posições no campo jurídico (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos, etc.), c) o modo com que o campo produz o *habitus*, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo, d) as modalidades para articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições, e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transacionais, representam num dado campo jurídico, f) a relação entre regulamentação e proteção e, g) o modo de legitimação.

38 STRECK, *Op. Cit.*, p.35-36.

são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: *a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas*. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da “segurança do processo”. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.³⁹

Sendo assim, o próprio Judiciário assume função de protagonismo, como coparticipante do processo de criação do direito no Estado Democrático de Direito, conforme observa Barroso⁴⁰. Em decorrência do reconhecimento da supremacia da Constituição por parte do intérprete (aqui juiz), surge o fenômeno conhecido com constitucionalização do Direito.⁴¹ Fenômeno o qual nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴² infere que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Repercutindo este arcabouço jurídico constitucional sobre as ações do Executivo, Legislativo e Judiciário. E mais, incidindo diretamente sobre os particulares e em toda a legislação infraconstitucional.

Portanto o intérprete ao decidir no caso concreto, exerceria sua função de modo a prover eficácia normativa à Constituição em qualquer seara do Direito (Civil, Penal, Trabalhista, Administrativo dentre outros). O judiciário deve atender como qualquer outro poder princípios e a tarefa do Estado Democrático de Direito.⁴³ Por-

39 *Ibidem* p.36-37.

40 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n .58, ano 15, p.129-173, jan/mar. 2007. p.138.

41 Luis Roberto Barroso (2007, p.141) associa a constitucionalização do Direito a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico.

42 BARROSO, *Op. Cit.*, p.141-142.

43 José Afonso da Silva (2000, p.126), indica como princípios do Estado Democrático de Direito: princípio da constitucionalidade, princípio democrático (art.1º), sistema de direitos fundamentais (títulos II, VII e VIII), princípio da justiça social(art. 170, caput e art.93), princípio da igualdade (art. 5º, caput, e I), princípio da divisão de poderes (art.2º) e da independência do juiz (art.95), princípio da legalidade (art.5º, II), princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI e LXXIII).

tanto superar desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social – aqui compreendida como princípio de ordem econômica e social, o qual se faz através de democracia ampla⁴⁴ (cultural e social).

Uma vez tendo o juiz a tarefa de manter a relevância da lei, não no sentido de texto normativo posto, sem produção de sentido, e sim de influir na realidade social, em sede Constitucional. Leis são de acordo com Afonso da Silva, meios efetivos de intervir diretamente em alterações na situação da comunidade de modo da reduzir desigualdades materiais e não apenas ampliadoras da riqueza da comunidade (a qual será questionada mais a frente). É neste ponto que Alexandre Morais da Rosa⁴⁵ afirma que as regras do jogo democrático, àquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, não podem ter como único critério, por exemplo visões simplórias e descontextualizadas de desenvolvimento.

5. CONCLUSÃO

Assim sendo, viu-se neste artigo que conceituar desenvolvimento é tarefa difícil devido a imensidão de abordagens desenvolvimentistas. Portanto, se chegar a um conceito fechado ou definitivo de desenvolvimento já parece ideia a ser superada mais difícil ainda é estabelecer um consenso de como o direito pode servir como instrumento do desenvolvimento. No entanto conjugando a proposta dialética de Celso Furtado e suas denúncias sobre o mito desenvolvimentista com a ideia de expansão de liberdades reais de Amartya Sen, pode-se enfim ser traçadas diretrizes para um novo Direito e Desenvolvimento. Não um modelo fechado e sim genérico que sirva de inspiração para o estudo das relações direito, desenvolvimento e constituição.

Buscando superar as velhas críticas da disciplina Direito e Desenvolvimento em sua origem estadunidense, por supostamente representar um etnocentrismo norte-americano, calcado no incremento do cálculo econométrico, sobre as demais nações, este estudo permeou-se num primeiro momento na denúncia dos mitos desenvolvimentistas difundidos para os povos da periferia que visam garantir o caráter predatório do capitalismo em prol dos países ricos. Num segundo momento, este trabalho lança elementos para um estudo dialético das causas do subdesenvolvimento e desenvolvimento, dando complexidade ao tema. Por isso, se fez importante ao

44 José Afonso da Silva (2000, p.126), refere-se a justiça social, como realização de democracia social e cultural, sem avançar significativamente a democracia econômica. Todavia tendo como tarefa principal do Estado Democrático de Direito e a redução das desigualdades.

45 ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & Economics*. 2ª ed. ver. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.122.

construir uma ideia genérica de direito e desenvolvimento buscar bases em Celso Furtado, para denunciar falácias desenvolvimentistas e trazer meios mais complexos de se estudar desenvolvimento. Meios estes que procurem atender reais necessidades de uma determinada coletividade, sendo aí que se destaca a ideia de desenvolvimento como expansão de liberdades reais do outro economista selecionado neste estudo, Amartya Sen.

No entanto ao conjugar duas visões complexas de desenvolvimento (Furtado-Sen) e determinar uma ideia dialética de desenvolvimento, própria de nações assoladas por desigualdades e diversos problemas, conclui-se num primeiro momento neste artigo que além da necessidade de reconstrução das ideias de desenvolvimento e subdesenvolvimento a partir da conjugação de diversos campos do conhecimento (sociologia, história, economia, dentro outros) existe paralelamente a necessidade de reconstrução um novo plano hermenêutico. Um novo “pensar” o direito a partir da complexidade das relações sociais e de modo a concretizar o próprio Estado Democrático de Direito. Estado Democrático de Direito este que segundo Afonso da Silva tem a necessidade de promover intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. É aí que se inicia a formação de uma proposta crítica de inter-relação Direito e Desenvolvimento.

Partindo da ideia de que determinar desenvolvimento deve-se buscar a participação ativa de outros campos do conhecimento, de modo a entender as relações sociais como sistema complexo e rico e forças em constante luta e contraposição, e que desenvolvimento deve ser num primeiro momento compreendido na ideia de como as pessoas vivem, e usufruem de direitos fundamentais e possuem liberdade para fazer suas escolhas com espontaneidade. Um movimento Direito e Desenvolvimento deve preocupar-se buscar soluções que intervenham diretamente na redução de desigualdades materiais entre grupos, inferindo valores constitucionais, utilizando princípios constitucionais para a estruturação de um novo paradigma hermenêutico que rompa com a velha lógica individualista e simplória de resolução de conflitos.

Sendo assim pode-se concluir que mais que um novo pensar o Direito, dentro de uma lógica constitucional e democrática, devemos exigir um novo pensar o desenvolvimento. O Judiciário deve assumir função de protagonismo, como co-participante do processo de criação do direito no Estado Democrático de Direito, buscando vias democráticas e transindividuais de resolução de conflitos, preocupado em gerir o conflito entre grupos de modo a reduzir estas desigualdades e ao mesmo garantir pacificação social para a ampliação de liberdades reais dos indivíduos.

O Judiciário com um atuar desenvolvimentista democrático deve-se então pautar-se na superação do velho paradigma hermenêutico positivista e de soluções

rápidas e simplórias para resolver conflitos, de cunho individual e ao mesmo tempo promover um desenvolvimento onde ser humano seja a prioridade e não somente mercado, buscando provimentos judiciais embasados na ampliação da capacidade de escolha dos indivíduos, garantindo que estes tenham acesso efetivo a direitos fundamentais e que estes sejam incentivados na defesa destes.

Um desenvolvimento que surja dentro do jogo democrático, que efetive a Constituição, que tenha um olhar dialético sobre a sociedade e suas fases, e que enfim supere-se conceitos simplórios de direito, desenvolvimento e democracia, para que sejam lançadas bases de um Judiciário comprometido com a luta de classes e com o atendimento das necessidades reais de um coletividade, com a intervenção direta na situação da comunidade, reduzindo desigualdades entre grupos e servindo de incentivo ao sujeito pensante dentro de suas individualidades escolher como viver, e como usufruir da melhor maneira de seu tempo sem qualquer tipo de privações.

6. REFERÊNCIAS

- AFONSA DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARRAL, Weber. As relações entre direito e desenvolvimento. *Direito e Democracia*: revista do Centro de Ciências Jurídicas/ Universidade Luterana do Brasil. Canoas, v.8, n.2, p.214-238, jul./dez. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n .58, ano 15, p.129-173, jan/mar. 2007.
- CASTELLS, Manuel. *A Teoria marxista das crises econômicas e as transformações do capitalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: Fundação Boitex, Unigranrio, Ibradd, 2002.
- FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.
- _____. *O Mito do desenvolvimento econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law and Economics*. 2ª ed. ver. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- _____. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3.ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Capítulo 16

DINÁMICAS DE LA GLOBALIZACIÓN HEGEMÓNICA

Jorge Carvajal¹

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas del siglo XX, concurren importantes acontecimientos, en particular el fin de la guerra fría y el advenimiento de nuevas dinámicas políticas, sociales, culturales y económicas, revelaron al mundo la existencia de un nuevo periodo llamado la “globalización”. Este periodo ha sido objeto de estudio desde diversas disciplinas sociales, en nuestro caso interesa hacer una aproximación que resalte la presencia de nuevas lógicas hegemónicas. La hegemonía se entenderá como la construcción de un modelo ideológico que busca persuadir todos los ordenamientos sociales, así los acercamientos a la hegemonía desde el análisis de los cambios que ha introducido la globalización se observaran estudiando los discursos que ejercen la dominación tanto económica, como cultural y política a nivel mundial. La hegemonía es “la capacidad que tiene una clase dominante de articular a sus intereses los de otros grupos, convirtiéndose así, en el elemento director de una voluntad colectiva, y también el aspecto de la dirección intelectual y moral, que indica las condiciones ideológicas que deben ser cumplidas para que sea posible una semejante voluntad colectiva, la manera en que ésta será cimentada” (MOUFFE, 1998: 130)

Ahora bien, frente a la mirada hegemónica existen otras miradas que desarrollan procesos contrahegemónicos los cuales se proponen otras opciones frente al orden social.

Una de las características hegemónicas en lo social se orienta a la construcción de nuevos discursos que buscan construir nuevas lógicas control y cohesión social en este caso nos referimos a las políticas de seguridad, como construcción lo político. La seguridad no es un discurso aislado, es construida por las élites políticas y económicas que canalizan esta demanda de miedo colectivo para fortalecer sus

1 Profesor de la Universidad Libre. Doctor en sociología jurídica e instituciones políticas, Magister en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI-UN, Abogado de la Universidad Nacional y Licenciado en Ciencias Sociales, Universidad Distrital. Correo Eletronico: jorgeilsa@hotmail.com o jecarvajalma@gmail.com

propios intereses. Lo paradójico de esta situación, es que fueron ellas mismas, los sectores del poder, los generadoras de la crisis social de inseguridad y pobreza y ahora han logrado movilizar a la sociedad en torno al miedo para conservar su dominio, a esto llamamos las nuevas lógicas hegemónicas.

Las lógicas hegemónicas logran aglutinar a amplios sectores sociales que sin reconocer el origen de su miseria se adhieren a aquellos que son a su vez los promotores de su explotación. “Los mismos sectores devastados por el neoliberalismo reclaman ‘seguridad’ a las mismas instituciones que repudian. *El núcleo de sus reclamos es el terror* que reconoce diversas fuentes: el genocidio, la desocupación, la precarización laboral, la oferta de objetos de consumo y de un mundo de completud al que no se tiene acceso, la inseguridad construida por empresas que lucran con la venta de inseguridad, la flexibilidad constante de una vida que no ofrece espacio donde apoyarse, la sensación creciente de ser prescindible en lo laboral, en lo político, en lo afectivo, debida a la desactivación de redes sociales. Todo ello genera una profunda incertidumbre antropológica que genera angustia, la que a su vez produce fuertes sentimientos de violencia” (MURRILLO: 2004; 268).

Como respuesta al reclamo por seguridad, la política pública construye diversas medidas con el fin de otorgar la anhelada protección. Se impone un nuevo paradigma de seguridad en la política y en el derecho penal. Aparecen discursos que propenden por una transformación del sistema penal, se promueve la idea de combatir el riesgo o la amenaza, se pone en duda las funciones de la resocialización y la rehabilitación de la pena, por último, se comienzan a cuestionar las garantías legales, las cuales tenían como sustento el respeto a la persona humana, a la vida, a la unión entre legalidad y libertad y al acatamiento de los derechos humanos. Este cambio, que inició en 1960 y se va a intensificar en la década de 1990, tanto en Europa como en los Estados Unidos, con las nuevas propuestas de la política criminal, propenderán por castigos más severos, involucrarán análisis económicos, una agresiva política carcelaria para encerrar a los que delinquen, la excepcionalidad penal y la tolerancia cero. Esta situación es presentada por un nuevo pacto social que implica nuevas relaciones entre el Estado vocero hegemónico y la ciudadanía que le otorga mayor fuerza al poder público. (MURRILLO: 2004; 262). El poder económico y las lógicas de seguridad se imponen como nuevos escenarios de colonización social, política y económica. “El poder económico ha ‘colonizado’ el poder político y puede transmutarse en poder normativo sin pasar por los filtros y controles democráticos”. (ESTÉVEZ: 2006; 105).

El objetivo de la presente ponencia que se enmarca dentro del seminario internacional “De-Colonización del Estado en América Latina”, y quiere evidenciar

las lógicas de poder hegemónico un poder avasallador, en donde el Estado Leviatán se fortalece, situación que puede ser utilizado para acallar procesos sociales contra hegemónicos o que se enmarcan dentro de lógicas de De-Colonización. Reconocer esta realidad puede servir a los movimientos sociales para construir estrategias que les permita contra argumentar y construir nuevas miradas.

2. LA HEGEMONÍA Y EL ESTADO DE SEGURIDAD

La década de 1990, representó para Occidente significativos cambios en lo político. El hecho más importante fue el fin de la Guerra Fría, este periodo post-socialista de occidente, impulsó la promesa de que la democracia liberal, junto con la revitalización del discurso de la libertad y de los derechos humanos, como único escenario posible en el mundo. Sobre estos “ideales” se forjaría un nuevo modelo hegemónico.

Este discurso ha sido liderado por la que, desde entonces, sería la única potencia militar, económica y política a escala global, Estados Unidos. Los nuevos estados de Europa del Este asumieron, por lo menos en teoría, el modelo político liberal y, a nivel económico, el neoliberalismo. En ese mismo período, en América Latina se presentaron innumerables reformas políticas tendientes a la profundización de la democracia constitucional en la región. Sin embargo, a finales del siglo XX, en gran parte de Asia, África y Europa del Este, acaecieron innumerables conflictos armados de orden interno, en los cuales se evidenciaba una violación profunda de los derechos humanos y una ausencia de participación democrática, pilares ideológicos de la globalización hegemónica. Concomitantemente, adquirió fuerza un terrorismo de corte transnacional, con importantes acciones y efectos sobre la sociedad. Emergió entonces con profunda fuerza el concepto de *seguridad* como un discurso desde el cual debía enfrentarse la lucha contra el terrorismo. A nivel mundial, los atentados ocurridos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 convirtieron el tema de la seguridad en una preocupación permanente de la sociedad y de diversos gobiernos de América y de Europa, que la asumieron como política de Estado, disminuyendo el protagonismo de los primeros componentes ideológicos, como fueron los derechos humanos y la democracia.

La estrategia de seguridad se puso en marcha contra las redes transnacionales de terroristas, el crimen organizado y la delincuencia común. Sin embargo, con el tiempo también afectó a las minorías nacionales, a los extranjeros, a las comunidades subalternas y a los grupos de oposición. Al respecto, la preocupación fundamental de las instituciones internacionales, particularmente de Naciones Unidas, radica en

el hecho de que las medidas adoptadas en este contexto por parte de los gobiernos pueden desconocer las garantías establecidas en el marco internacional de los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico interno de los países. En efecto, no tener en cuenta las normas internacionales y el marco constitucional puede conducir a escenarios de arbitrariedad del Estado con respecto a la sociedad. Sin embargo, los gobiernos afirman la necesidad de establecer excepciones o políticas que procuren solucionar la demanda social de seguridad. Hoy día, diferentes Estados han asumido el discurso de la seguridad para manejar conflictos de orden interno y mantener estados de excepción permanente.

Los estados de excepción y algunas reformas normativas son presentados como un medio o instrumento para la realización plena de las libertades públicas y para garantizar la democracia de los países frente a enemigos internos o externos. Paradójicamente, la reglamentación construida alrededor de la imagen de seguridad es criticada por obstruir considerablemente la realización de los derechos fundamentales y de las libertades reconocidas en los pactos internacionales de derechos humanos y en las constituciones de los países. Pero también sirvió como un nuevo componente de cohesión social y política, esto ocurrió particularmente en los Estados Unidos. Bien como componente de la *pax americana* (BARBER: 2004: 35), o bien como herramienta para generar un miedo colectivo desde el cual se fundamenta parte de la política moderna de los Estados Unidos para mantener a la sociedad bajo control. (ROBIN: 2004:15)

El control social se forja a partir de nuevas acciones inspiradas en la perspectiva de la seguridad, estas limitan las garantías individuales, los movimientos contestatarios y otorgan importantes prerrogativas a las autoridades de policía en el momento de proceder a la privación de libertad de los individuos, así como a las detenciones, allanamientos e interceptación de comunicaciones. En algunos casos se llega a transgredir la institucionalidad democrática al limitar el ejercicio del poder judicial o del legislativo, en favor de creciente poder por parte del ejecutivo. Esta situación es acompañada por un proceso de reglamentación por medio de leyes penales donde aparece una especie de nuevas lógicas de excepcionalidad, más penas, más cárceles, más vigilancia privada, implementación de sistemas de monitoreo. (ANITUA: 2007: 35).

El modelo actual de seguridad debilita el paradigma del Estado constitucional, caracterizado por el reconocimiento de los derechos humanos como paradigma que guía la existencia humana y el accionar político y de un régimen de control jurídico que otorga importancia a las garantías individuales y a los principios de libertad,

igualdad y seguridad jurídica, establecidos en las cartas políticas, en pactos y tratados internacionales.

La seguridad va en contravía del Estado constitucional y puede repercutir en un cierre de la democracia, en la medida en que los Estados vienen desarrollando sistemas represivos o de prevención que limitan o desconocen el sistema de garantías. Lo paradójico de esta política es el enorme consenso social con la que cuenta, por ello se convierte en un proceso hegemónico. Los cambios mencionados terminan por afectar el sistema político generando una reconfiguración del modelo de Estado de garantías por un Estado de seguridad.

Las lógicas de seguridad personal, son acompañadas de la inseguridad en lo económico y de la ideología del consumo y de un individualismo hedonista en lo social. El modelo económico se encuentra en una sola lógica con lo político y lo social. “...es un mundo donde las fuerzas del mercado que transformaron las fuerzas de producción y consumo, han desafiado implacablemente nuestras nociones de seguridad material y valores no cuestionados. Tanto unos como otros han sido remplazados por un mundo de riesgo e incertidumbre de opciones individuales y pluralismo; de una precariedad profundamente arraigada, tanto económica como ontológicamente” (YOUNG: 2003; 9).

La implementación del modelo neoliberal se dejó atrás el modelo de Estado Benefactor intervencionista que propendía por el pleno empleo, la redistribución de la riqueza y la mayor inclusión política. Esta situación ha generado el incremento de la desigualdad y de la pobreza, en lo social la inseguridad ha sido creciente, esto gracias a la precariedad en los contratos laborales, la inestabilidad en los ingresos y el crecimiento constante del desempleo. Situación que genera un alto grado de vulnerabilidad en la sociedad denominada fascismo social, (SANTOS: 2009; 489), sin embargo, existe un alto grado de aceptación social frente a esta política, en otras palabras hay consenso entendiendo la capacidad de la clase dirigente para persuadir a los dirigidos sobre la viabilidad de su proyecto histórico, el neoliberal.

En la realidad nos encontramos con la presencia permanente de una sensación de inseguridad material, unida a la inseguridad personal que vino acompañada del incremento de la delincuencia urbana que afecta los bienes y la vida de las personas, concomitante con esto se presentó la aparición del terrorismo como eje del discurso político. Esta situación ha sido hábilmente manipulada por políticos, la élite del poder, los empresarios de seguridad privada y los medios de comunicación, quienes se aprovechan de este estado de incertidumbre para promover políticas de prevención y/o represión que van en contravía de los derechos humanos, de las libertades de los pueblos y de las personas.

Muchas medidas sobre seguridad, han sido lideradas por los Estados Unidos, debilitando el sistema multilateral desarrollado después del segunda guerra mundial y representado en la Organización de Naciones Unidas ONU. En lugar de un multilateralismo aparece el término de “guerra preventiva” y “pax americana” se han constituido como medio para atacar militarmente a cualquier país a partir de unos criterios imprecisos relacionados con la peligrosidad de un país o grupo, la democracia o la libertad. (BARBER: 2004: 40). El concepto de peligrosidad ha sido asumido a su vez por otros países de occidente, situación que pone en tensión otros principios y valores que se habían construido al terminar la segunda guerra mundial liderados por la Organización de Naciones Unidas.

3. LA SEGURIDAD, CONCEPTO HEGEMÓNICO DESDE LOS ESTADOS UNIDOS -11 DE SEPTIEMBRE 2001

Luego de la desaparición de la Unión del Republicas Socialista Soviéticas U.R.S.S., los Estados Unidos E.E.U.U. se han constituido como un hiperpoder en materia militar, política, tecnológico, jurídico y económico. Desde esta situación ha pretendido imponer a todo el planeta, su agenda moral y política, situación que promueve a partir de una estructura compleja de promoción de ideología a través de los medios de comunicación, la cooptación de cerebros –brain brain-, los tink tanks, su cooperación internacional o a través de la fuerza. (WACQUANT: 2005;8), (BOURDIEU: 2005;13). El país del norte se ubica como fuente de hegemonía bajo las banderas del Neoliberalismo, su liderazgo es incuestionado y su eficacia es evidente. De todos los medio utilizados, la política impositiva de Norte América se incrementó a partir del acontecimiento del 11 de septiembre de 2001. Situación que ya se presentaba, de tal manera que la guerra, no es más que una especie de catalizador que da continuidad al modelo económico, la exclusión social, la represión, la dificultad para acceder al trabajo, a la seguridad social y la estigmatización a algunos grupos sociales, en particular los inmigrantes, los negros y los pobres. (WACQUANT: 2005; 232).

Ahora bien, hasta el 11 de septiembre de 2001, las medidas que se habían desarrollado para combatir el terrorismo a nivel internacional, por lo menos en el discurso, se encaminaban principalmente a la cooperación judicial y policial, por lo que generalmente se proponía fortalecer los sistemas de intercambio de información y de inteligencia y atacar puntos centrales de las organizaciones criminales y particularmente, sus fuentes de financiación. En este esquema no se ponían en cuestión los límites que el sistema de Naciones Unidas había establecido para los países, ni el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos.

Después de los atentados ocurridos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, se dio un giro estratégico: Estados Unidos comenzó a promover un discurso orientado hacia la seguridad pública y nacional, y una respuesta de corte militar para enfrentar el terrorismo que denominó guerra preventiva. Así mismo, se establecieron medidas como la *Patriot Act*, que restringen los derechos fundamentales, contrariando los tratados internacionales de derechos humanos. Medidas similares han sido adoptadas por varios Estados de Europa y América Latina, pero el uso indiscriminado de las mismas ha llevado al abuso del poder y a prácticas contrarias a los principios del Estado constitucional.

Muchas veces las medidas adoptadas para combatir el terrorismo, también son aplicadas para restringir las libertades públicas, para enfrentar a la oposición política o social y, en algunos casos, para promover situaciones de discriminación, particularmente contra los inmigrantes, en un contexto donde el incremento de la xenofobia se ampara en la defensa de la identidad cultural. En Estados Unidos la estigmatización de la población negra y en Europa la xenofobia contra los inmigrantes han contribuido a señalar a estos grupos como los causantes de la inseguridad social, y como consecuencia, sobre ellos ha recaído el sistema punitivo; lo que se pone de manifiesto con el incremento considerable de estos sectores de la sociedad en el sistema carcelario.

Este proceso de estigmatización de los grupos sociales de negros, inmigrantes y opositores se agudizó con los atentados a las Torres Gemelas en septiembre del 2001. Después del 11 de septiembre —señala Andreu-Guzmán— en numerosos países, las condiciones de algunos grupos humanos se debilitaron y con frecuencia, se han enfrentado con diversas dificultades o se han visto afectados por medidas tomadas en la lucha antiterrorista. Los defensores de derechos humanos, los inmigrantes, los solicitantes de asilo, y los refugiados, los miembros de minorías religiosas y étnicas, los militantes políticos y los periodistas, pertenecen a estas categorías de grupos. (ANDREU-GUZMÁN: 2003; 17). La emergencia del “terrorismo” (con lo difuso de su definición) como la nueva amenaza global ha abierto la puerta a una nueva lógica de seguridad que ha puesto el énfasis en medidas de índole represiva. Como lo expresa Vivanco “los actos de terrorismo del 11 de septiembre han dejado a una abrumadora mayoría de norteamericanos clamando mano dura contra los autores de estos salvajes crímenes; léase carta blanca para el uso de la fuerza militar”. (VIVANCO: 2003; 93)

A nivel mundial, muchos países terminan por emular a los Estados Unidos, el modelo de la seguridad y de la prevención por encima del modelo garantista. La nueva política de seguridad tiene las siguientes características: En primer lugar, inten-

sifica el control social por parte del Estado al aumentar las normas represivas y las funciones de vigilancia. En segundo lugar, profundiza la injerencia de los organismos de seguridad del Estado en la sociedad por medio de medidas *preventivas* para controlar situaciones de riesgo. En tercer lugar, limita la acción de la administración de justicia y en algunos lugares promueve la creación de cortes especiales o tribunales militares de justicia, medida que afecta la separación de los poderes. En cuarto lugar, restringe el Estado de derecho, particularmente con el debilitamiento del sistema garantista y del derecho de defensa, al señalar excepciones al hábeas corpus o impedir la defensa técnica. Finalmente, en él prevalece la acción militar y represiva sobre la investigativa.

Al interior del país los Estados Unidos han creado un sistema de seguridad que tiene que ver con la puesta en marcha de medidas preventivas, que adquieren con el paso del tiempo mayor importancia en el ejercicio del control social, por encima de los sistemas de sanción desarrollados por el derecho penal tradicional. En el modelo anterior, para llegar a ser castigado, el presunto infractor era sometido a un proceso caracterizado por la existencia de principios que garantizaban su transparencia. El modelo de seguridad desarrolla nuevas medidas que se van a unir a las formas tradicionales de intervención arbitraria; se aumenta la vigilancia y el control en aspectos como el tratamiento de datos con carácter personal, las medidas de injerencia en la vida privada, la detención preventiva, el monitoreo por medio de cámaras y la tolerancia cero, con el aumento de penas por delitos leves a partir de situaciones que el Estado considera de riesgo para la sociedad. Bajo este modelo, se da mayor autonomía a los cuerpos de policía o a los organismos de investigación judicial y de seguridad. Lo anterior sucede de manera impune, porque las medidas de prevención no llegan a la judicialización, con lo cual se evita el control del juez, quien es el encargado de aplicar las medidas garantistas. Al limitar o suprimir el papel del juez y la independencia judicial, se limita el Estado de derecho, ya que principios como el derecho de defensa, legalidad de los delitos y las penas, la doble instancia, la no retroactividad de la ley y la prohibición de analogía no son tenidos en consideración.

A pesar de este escenario existen procesos sociales que cuestionan estas lógicas hegemónicas desde las cuales se construyen discursos que ponen en duda las lógicas del poder.

4. LAS LÓGICAS CONTRA HEGEMÓNICAS

La globalización es un proceso tanto con lógicas hegemónicas y contra hegemónicas, en una suerte de “globalización paralela” (ROJAS, 2004: 24) que ha

permeado las resistencias sociales y que algunos han impulsado desde los llamados procesos de decolonialidad. Se construyen discursos que ponen de relieve la distancia entre quienes toman las decisiones y quienes padecen sus efectos o quienes construyen otros relatos por fuera de los hegemónicos. Y aunque si bien esta globalización paralela se asume como correlato de procesos de globalización de los circuitos criminales, de drogas, mafias, terrorismo, etc. Debe mencionarse entre ellas los efectos que se han producido por la interrelación de las economías, esto es, que en virtud de la misma conectividad por la que se propende, las crisis estructurales del sistema se hacen realidad no sólo para quienes participan en él directamente, sino para todos los incluidos en su circuito, esta situación es aún más traumática cuando se hacen evidentes las distancias entre el sector financiero y el sector real de la economía, brecha que es más profunda en los países del tercer mundo, allí donde han surgido con más fuerza los movimientos sociales en reacción a este tipo de dominación capitalista, como lo afirmaba Boaventura de Sousa en particular el caso del Foro Social Mundial.

Este punto ha sido fundamental para el análisis de las instituciones globales, en especial, lo que tiene que ver con las resistencias que han generado. Así pues, tras el reconocimiento que se hace de la globalización no es un proceso simétrico, todo lo contrario está plagado de asimetrías que reflejan las diferencias existentes entre el Centro y los países periféricos, de esta manera se puede comprender porque los países industrializados capitalistas reciben los beneficios de la globalización mientras que los países periféricos son quienes reciben el efecto de lo que llamamos globalización negativa. A grandes rasgos, tomamos el aporte de Boaventura de Sousa cuando se refiere a los “modos de producción de la globalización”, entre ellos, distingue el Globalismo Localizado, consistente en:

El impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales sobre las condiciones locales que por tanto son desestructuradas y reestructuradas para responder a los imperativos transnacionales. Estos globalismos localizados incluyen: enclaves de libre comercio; la deforestación y la destrucción masiva de recursos naturales para pagar la deuda externa...etc.

Aquí es donde los movimientos sociales y la propuesta de la Estados desde una perspectiva de izquierda (Bolivia, Venezuela, Ecuador), surgen como respuesta frente a la exclusión generada por la dinámica de la globalización, en especial, responden a los efectos negativos que esta ha traído para los países tercermundistas. La globalización en su faceta de mundialización de la economía, ha comprendido la formación y la división de nodos económicos que han perpetuado las diferencias entre

primer y tercer mundo o, entre norte y sur. Dentro de este esquema, las desigualdades existentes o, se han profundizado o, simplemente se han ampliado a la sociedad. En este marco, los movimientos sociales y gobiernos de izquierda representan el inconformismo social y como tal sus demandas y exigencias versan sobre el cambio de las condiciones del sistema.

Debe tenerse en cuenta que este cambio no puede ser entendido a la luz del concepto de revolución total, sino más bien como pequeños cambios incrementales que por medio de acciones colectivas pero impactantes, generen resistencia y debate frente al sistema. Como sistema, debe entenderse el sistema social (que incluye al subsistema político, jurídico, económico y cultural) que por efecto de la globalización ya no se halla localizado en un ámbito nacional sino contempla “lo global” y “lo regional” como escenario. (O’NEILL, 2004).

Con relación al papel de los espacios políticos de derecho internacional como la Organización de Naciones Unidas ONU y los el tratamiento de los conflictos y movimientos sociales, se plantea que existe un cambio, en la medida en que la ONU deja de ser un lugar de debate propio de la diplomacia internacional para convertirse en un espacio político en el cual se discuten conflictos sociales relacionados con problemas de reconocimiento como los relacionados con problemas de género, etnia o migraciones, temas de redistribución como los atinentes a los estándares laborales y temas de causa como el medio ambiente, en este escenario de la ONU, el papel de los Movimientos Sociales y de las ONG ha sido fundamental. (Rajagopal: 2005).

Si como hemos señalado en la introducción del artículo existe un cambio en las funciones del Estado el cual ha rediseñado sus funciones en lógicas del capital transnacional y además se presenta un direccionamiento de los espacios políticos hegemónicos en torno a los intereses del neoliberalismo económico. Entonces, los espacios políticos de la globalización contra hegemónicos se han convertido son un lugar importante en las reivindicaciones sociales, bien como lugar para develar desigualdades sociales, bien como escenarios de exigibilidad de derechos.

Las instancias de derecho internacional público se expresan como un medio para exponer otras agendas políticas que difieren a las hegemónicas. Para el caso de la ONU, desde su comienzo, se han develado diversos intereses y tensiones. Los espacios en los cuales se discuten son la Asamblea General de Naciones Unidas AGNU, desde la cual se emiten resoluciones y las conferencias internacionales. En los años sesenta y setenta los países del tercer mundo incidieron en el desarrollo de instituciones al interior de la ONU, con relación a los temas comerciales se destaca la creación y control por parte de los países del tercer mundo de la Conferencia de Naciones Unidas para el Desarrollo, – U NCTAD –. (Rajagopal: 2005; 117).

El espacio político que se presenta desde las Naciones Unidas, ha sido el desarrollo de diverso tipo de conferencias. La conferencia de naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente realizada en Estocolmo en 1972, llamó la atención al mundo sobre los límites del desarrollo, a partir de esta conferencia, se desarrollaron reflexiones por parte de académicos sobre el modelo de economía y acciones desde ONG que buscaban incidir en otros espacios, en este caso las instituciones de Bretton Woods, presenciaron un giro discursivo en sus políticas sobre el medio ambiente. (Rajagopal: 2005; 145). Este ejemplo se ha transmitido a nuevos escenarios y temas de discusión.

Las decisiones o recomendaciones que se logran en estos espacios, son monitoreadas tanto por las instituciones del sistema de naciones unidas, como por los mismos Movimientos Sociales y las Organizaciones No Gubernamentales ONG y sons llenadad de nuevos contenidos políticos.

5. CONCLUSIÓN

Los temas de la seguridad y el terrorismo relacionados con las dinámicas internacionales, guerra preventiva y del hiper poder de los Estados Unidos, son elementos constitutivos del actual discurso hegemónico que permea el accionar político. Desde este discurso se afirma por Norte América que el terrorismo es el nuevo actor que debe ser combatido y para ello, se asume como herramienta una política militar más represiva y de guerra preventiva. Esto ha motivado, de una parte, que el discurso internacional reciente promueva la utilización de cualquier medio para combatir al enemigo y, de otra, que la idea de seguridad comience a prevalecer sobre el sentido de libertad, enfrentando directrices de organizaciones de derecho internacional. El debate de fondo es la continuidad del modelo garantista, pluraslita y diverso quietiene como marco los acuerdos multilaterales o la implementación permanente del modelo de seguridad, liderado por los Estado Unidos.

Las agendas están supeditadas a las lógicas de los estados del centro. Bajo estos nuevos marcos espaciales y de actores presentes en la globalización, la parte más fuerte pretende persuade a la sociedad, bajo nuevos marcos conceptuales donde prima el individualismo, las lógicas de seguridad, el consumo, bajo el consenso modelo neoliberal. Un modelo excluyente dondelo jurídico se lee a partir de las nuevas necesidades de las empresas transnacionales y nuevas lógicas del estado abriendo el camino a un estado de execpción con nuevos dispositivos de control.

Paralelo a esta lógica emergen discursos contrahegemónicos, que cuestionan o develan las contradicciones del consenso neoliberal. Tal antagonismo, hace

posible tanto la construcción de discursos antagónicos como la valoración negativa de aquellos discursos dominantes; y, puede ser canalizado democráticamente en el sistema a través de una lógica de diferencia, impulsado por movimientos sociales anti-sistema o desde el tema que nos ha convocado movimientos de De-colonización.

6. REFERENCIAS

- AGAMBEN, Giorgio (2004), *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, Argentina.
- AGUIRE, Mariano, (2003), “*La estrategia de seguridad en la nueva época Bush: La guerra preventiva y la ideología del imperio*”, Icaria, Barcelona.
- ANDREU-Guzmán, Federico, (2003), “*Terrorismo y derechos humanos: nuevos retos y viejos peligros*”, Germany, Internacional Commission of Jurists.
- ANITUA, Gabriel, (2007), “La legislación penal en la dinámica de la guerra contra el “mal” o el “enemigo””, en Políticas de seguridad, editores del puerto, Buenos Aires, Argentina.
- ARISTIZÁBAL, D. Cubides, J., y Jiménez, C. (2005). “Discursos y narrativas de las reformas estructurales en la élite intelectual colombiana”. En: Estrada Álvarez, J. *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Convenio Andrés Bello – Colciencias.
- BAUMAN, Bauman, (2002), “La Sociedad Sitiada”, Fondo de Cultura Económica, México D.C.
- BARBER, Benjamín, (2004), “*El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia*”, Paidós estado y sociedad 120, Barcelona, España.
- BOURDIEU, Pierre, (2005), “Dos imperialismos de lo Universal”, en Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiper poder, Antrhopos, Barcelona.
- CARO, Octavio, (2006), “La doctrina Bush de la guerra preventiva: ¿Evolución del “ius ad bellum” o vuelta al Medioevo?”, en revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, No105/ p 399-429, Medellín, Colombia.
- CALVEIRO, Pilar, (2007), “La centralidad de la guerra y lo concentraionario en la reorganización global del poder”, en Políticas de terror. Las formas del terrorismo de Estado en la globalización. Ad-Hoc. CIAJ, Buenos Aires, Argentina.
- FANTASIA, Rick, (2005), “Una dictadura sobre el proletariado: Represión sindical y explotación obrera”, en Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiper poder, Antrhopos, Barcelona.
- GRAY, John. (2004) *Al Qaeda y lo que significa ser moderno*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- HEINE, Jorge, (2001), ¿Choque, fin u otro Chernobyl? En: Revista de estudios internacionales. Octdic 2001 N° 136.
- MANTILLA, Silvia y NUÑEZ Fernando, (2005), “La nueva doctrina de seguridad de Bush y sus implicaciones en la región andina”, en *Las políticas de seguridad y sus implicaciones para la región andina*, Bogotá, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.

- MURILLO, Susana. (2004), *El Nuevo Pacto Social, la criminalización de los movimientos sociales y la 'ideología de la seguridad'*. Revista Debates osal, clacso, año v, (No 14), mayo-agosto. Buenos Aires.
- MOUFFE, Chantal (1998), "Hegemonía, política e ideología" En, Bastida Martín del Campo, Julio (coord) *Hegemonía y alternativas políticas en América Latina*. Madrid: Siglo XXI.
- PFUFF, William, (2002) "El resurgimiento del destino manifiesto". En *Política Exterior*. Vol XVI Marzo/Abril N° 86
- RODRIGUEZ, Esteban, (2007), "Estado del Miedo. El terrorismo como nuevo rudimento legitimador del Estado de malestar", en *Políticas de terror. Las formas del terrorismo del Estado en la globalización*. Ad-Hoc. CIAJ, Buenos Aires, Argentina.
- ROBIN, Corey, (2004), "*El Miedo*", Fondo de cultura económica. México D.C., México.
- ROJAS, F. (2004), "Proyección de escenarios de seguridad y defensa en América Latina", en *Enfoques sub-regionales de la seguridad hemisférica*. Quito: FLACSO.
- SANTOS, Boaventura, (2009), "Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho", ILSA, Bogotá. Colombia.
- SANTOS De Sousa, B, (1997), Hacia un concepción multicultural de los Derechos Humanos. *Análisis Político*, 31, pp. 3-17.
- SALDIVIA, Laura, (2010), "*El derecho y la soberanía en la globalización*", en *Estado, soberanía y globalización*, Universidad de los Andes y Siglo del hombre editores, colección nuevo pensamiento jurídico, Bogotá, Colombia.
- YOUNG, Jock, (2003), "La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía", Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona.
- WACQUANT, Loïc, (2005), "América como profecía del autocumplimiento", en *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiper poder*, Antrhops, Barcelona.
- WACQUANT, Loïc, (2005), "Un acontecimiento catalizador: Post scriptum a propósito del 11 de septiembre", en *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiper poder*, Antrhops, Barcelona.
- VALLESPÍN, Fernando. (2000), "El futuro de la política". Editorial Taurus. Madrid.
- VIVANCO, José. (2003). "El éxito de la operación libertad duradera (ex-justicia infinita) dependerá de la capacidad de Estados Unidos de no repetir los errores del pasado", en: Francisco Rojas Aravena (editor). *Terrorismo de Alcance Global: Impacto y mecanismos de prevención en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Capítulo 17

FILOSOFIA DO SUJEITO E O PENSAR DA ALTERIDADE NA AMÉRICA LATINA: O OUTRO E A BARBÁRIE NA MODERNIDADE

Antonio Guimarães Brito¹

Com o pressentimento da catástrofe ascendente, Lévinas conclui o seu estudo de 1935 com estas palavras: “Toda a civilização que aceita o ser, o desespero trágico que ele comporta e os crimes que justifica, merece o nome de bárbara”²

1. TOTALIZAÇÃO ONTOLÓGICA: BARBÁRIE DO SUJEITO

A Modernidade está marcada em seu interior por uma construção teórica fundamentada na totalização do sujeito. A ontologia, graças à tradição do pensamento ocidental, torna-se por excelência a base da Filosofia. O “Eu” centraliza a percepção do sujeito como pensante, como dominador, como fonte inesgotável do desejo. Como aponta Zimmermann³, “Os modernos, como Descartes, Kant e outros fundamentaram seu filosofar sobre a razão (daí racionalismo); os contemporâneos, sobre o sujeito (o eu) [...]”. E acrescenta, “[...] resultando dele todo o subjetivismo (o sujeito, o eu mesmo tornou-se a medida de todas as coisas; por isso, cabe-lhe colocar a objetividade dos objetos)”.

Trata-se do resultado antropocêntrico fundante da racionalidade ocidental, traduzido na essência na teologia judaica-cristã e no racionalismo greco-romano, o sujeito como medida de todas as coisas e a imagem e semelhança de Deus. A ontologia moderna do sujeito coloca o “Eu” como absoluto e isolado do mundo, pois,

1 Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, Faculdade de Direito e Relações Internacionais – FADIR, Programa de Pós-graduação em Antropologia – PPGAnt. Correio Eletrônico: tombrito@yahoo.com ou antoniobrito@ufgd.edu.br.

2 CHALIER, Catherine. *Lévinas - a utopia do humano*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 54

3 ZIMMERMANN, Roque. *América Latina – O Não-Ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 179.

como indica Dussel⁴, “O eu é absolutamente autônomo, parte de si para si mesmo.” São formulações claras do “sujeito moderno”.

Como negação do Outro, a ontologia fecha-se em um processo narcísico no “ser-para-si”, excluindo o mundo diferente de “si”. Assevera Zimmermann⁵ que a “Totalidade, como âmbito fechado, ontológico, eterna repetição do mesmo, princípio originante e justificador da dominação, da conquista, da afirmação do ser como absoluto e, conseqüentemente, como princípio da negação da alteridade”. A Modernidade, além de período histórico eurocêntrico, é um projeto egótico, narcísico, fechado “em si” e “para si”. A filosofia confunde-se com a própria ontologia. Nesse sentido, Mattéi observa que “O homem antigo fundava a grandeza de sua alma no mundo ou, em Platão, nesse além do mundo que é o bem; o homem cristão fundava a dignidade da pessoa em Deus; o homem moderno funda unicamente seu eu sobre si mesmo”.⁶ O pensar e o viver reduziram-se ao ser como sujeito absoluto, fora do sujeito como “ser-egótico” não há outra realidade. É a negação do mundo e o fechamento do ser. A base da conquista e da violência colonialista que se instaura com a Modernidade está na interiorização radical do ser como sujeito absoluto, sem alteridade e sem exterioridade com o mundo. Entende Mattéi⁷ que “Esse olhar subtraído ao mundo e voltado para si, num processo de interiorização radical, priva claramente o homem de toda substância [...]”. E pondera “(no Homem a substância é nula) ao mesmo tempo que priva o mundo de toda razão (o mundo, cheio de coisas, é vazio de razões)”.

E nesse sentido, trata-se do olhar do colonizador, branco, europeu, cristão, e radicalmente interiorizado na totalização de uma ontologia egótica. Esse processo, como menciona Dussel, é “[...] a totalidade totalizada da mesmidade sem real exterioridade, sem alteridade”, ou seja, o vazio, a interiorização sem saída do ser em “si-mesmo”.⁸

O pensamento filosófico a partir da Modernidade isola-se na totalização do sujeito, seja em Hegel, Kant, Husserl ou Nietzsche. “Desde então, a alma do homem se encontrará definitivamente marcada, no que se refere a toda tradição ocidental, de Agostinho a Rousseau e de Descartes a Nietzsche, por uma insondável subjetividade

4 DUSSEL, E. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 521.

5 ZIMMERMANN, R. *Op. Cit.* p. 61.

6 MATTÉI, Jean-François. *A Barbárie interior: ensaio sobre o i-mundo moderno*. São Paulo: Unesp, 2002., p. 169.

7 MATTÉI, *Op. Cit.*, p. 151.

8 DUSSEL, E. *Para uma ética da libertação latino-americana*. Acesso ao ponto de partida da ética. São Paulo: Loyola, 1977a. v. 1. p. 105.

na qual se manifesta a espiral dos abismos interiores”⁹, ou seja, a matriz egótica interiorizada no ser absolutizado pela ontologia totalizadora dos modernos. “Para Kant, o Outro desapareceu do horizonte do saber [...]”¹⁰ e “Se houve na modernidade um caso paradigmático dessa inclusão de “o Outro” em “o mesmo” absoluto foi Hegel. O absoluto sem alteridade é o absoluto, o único, o solitário, o que não tem outro fora de si mesmo”.¹¹ Ainda nessa direção, indica Zimmermann que “Estariamos na absoluta lógica da totalidade. Seria a lógica dialética hegeliana, a lógica perfeita da totalidade. Mais, seria a constituição de um novo fundamento, de uma nova arche, ou seja, da subjetividade moderna dos idealistas (como Eu Absoluto constituinte do ser) [...]”.¹²

Seja o racionalismo de Descartes, o idealismo de Kant, o niilismo de Nietzsche ou a fenomenologia de Husserl, o fundamento radical da ontologia do sujeito está presente no pensar eurocêntrico moderno, pois “O fundamento da moral fenomenológica de tipo husserliano é a subjetividade como sujeito”¹³, e, fora da realidade do sujeito, não há exterioridade do Outro. O mundo fica submisso, sujeito, ao sujeito radicalizado. O mundo e o Outro são objetivados pela subjetividade do sujeito. Mesmo o existencialismo de Heidegger, crítico da história do sujeito, não supera a ontologia totalizadora, radicada agora no ser-no-mundo. Como observa Chalier, “[...] nem Husserl nem Heidegger consente a idéia de uma alteridade que orientasse o pensamento, nem um nem outro renunciam ao ideal da supremacia do sujeito”.¹⁴ Entenda-se que a Modernidade exaltou o caráter essencialmente ontológico da filosofia tradicionalmente ocidental. Ressalta-se, que levou às últimas consequências a idéia de uma racionalidade unicamente centrada na realidade do sujeito como ser-egótico. Essa percepção foi institucionalizada pelo discurso colonialista, moderno e iluminista. Adverte Costa¹⁵ que “falando teoricamente, a ontologia caracterizou a filosofia ocidental e tem sido decantada na sociedade e na política como totalidade institucionalizada e carente de justiça”. Por um processo cognitivo radical, o homem moderno “se diviniza a si mesmo”¹⁶, desconhece a alteridade e domina o Outro. A filosofia ontológica é centrada no sujeito, sujeito esse fundamentado no ser como redução do Outro. O outro, ao relacionar-se com o ser, é objetivado, diminuído,

9 MATTEI, Op. Cit., 143.

10 DUSSEL, Op. Cit, p. 104.

11 Ibidem., p. 103.

12 ZIMMERMANN, Op. Cit., p. 181.

13 DUSSEL, 1977, p. 38.

14 CHALIER, Op. Cit., p. 37.

15 COSTA, Márcio Luis. *Lévinas – uma introdução*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 142.

16 DUSSEL, Op. Cit., p. 47.

negado. Trata-se, como pensa Mattei¹⁷, de “[...] um sujeito procedimental separado de toda realidade substancial”. Uma profunda dicotomia se instala, pois, ao mesmo tempo que os modernos querem um projeto civilizatório de caráter universalista, estão afundados em um individualismo ontológico subjetivamente egótico. Conforme Mattei¹⁸, “[...] de um lado, um homem destinado ao universal, tal com pensara o humanismo da renascença, e, do outro, um sujeito fechado no particular, tal como sonhará o individualismo dos modernos”. A ontologia totalizadora da Modernidade, ao negar o Outro, fundamentou um projeto civilizatório baseado na barbárie, pois a radicalização do “ser-para-si”, tem em si um fim trágico, não apenas para o Outro, mas também para o ser. Isso significa a solidão suicidógena do ser egótico.

2. A SOLIDÃO SUICIDÓGENA DA ABSOLUTIZAÇÃO DO SUJEITO

A ideia da totalidade do sujeito desconsidera a certeza da finitude e da incompletude do ser como humano. O ser-para-si esbarra na carência de sentido que a própria existência se faz crer, ou seja, o vazio da inexistência, ou da existência sem sentido. Como observa Compartato, “neste sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não tem substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna”.¹⁹ O sujeito radicalizado no ser-em-si e no ser-para-si torna-se um viajante perdido no nada, sufocado pela solidão suicidógena da totalização do ser egótico. E para Mattei, “esse movimento de retração da alma, separada do mundo e de Deus, pode ser interpretado com justa razão como um processo de interiorização da barbárie”.²⁰ Barbárie essa fundada essencialmente na filosofia moderna da ontologia do sujeito, pois, como ensina Dussel, “o mundo é um âmbito de transcendência ao meramente ente-dado, porque o homem não só é um ser factualmente dado, mas é também, e essencialmente, um ser intotalizado; é um poder-ser, é finitude”.²¹

O ser egótico, expresso no individualismo moderno e na filosofia radical da ontologia do sujeito, trouxe o mal-estar da perda do sentido, pois o sujeito como ser humano é intotalizado, incompleto, finito. A Modernidade fundou uma “consciência

17 MATTEI, *Op. Cit.*, p. 147.

18 *Ibidem.* p. 174.

19 COMPARTATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30.

20 MATTEI, *Op. Cit.*, p. 146.

21 DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 49.

de si totalmente vazia”.²² A ontologia moderna definiu o fundamento último da moral no sujeito, e com isso abriu um abismo entre o ser com o nada, com o absurdo (DUSSEL, 1977), e não se quer com isso identificar o ser com o nada, mas sim destacar as fissuras de sua finitude e incompletude. Como declara Chaliier, “o “ser” não constitui a verdadeira salvação. Trata-se de procurar uma ‘saída’ para fora da sua influencia tenaz [...]”²³, ou seja, a busca da alteridade, do “estar-com”. Torna-se falsa a ideia plantada na Modernidade de que a “[...] subjetividade daria ao homem a sua própria essência. Tudo reside nela e tudo surge e é colocado a partir dela: a partir do sujeito”.²⁴ Verifica-se com a totalidade ontológica uma fetichização do sujeito e uma dessacralização do mundo e do Outro. O Homem moderno assemelha-se ao ser triunfante, porém solitário e com inerente vocação suicida. Nessa direção, observa Mattei, “[...] o recolhimento confortável em nosso gueto íntimo [...] o narcisismo caminhando junto com as relações humanas cada vez mais bárbaras e conflituosas [...]”.²⁵ E conforme finaliza o autor, “[...] o sentimento do vazio interior, [...] a cultura radicalmente individualista e que vai até o fim, suicida, no fundo [...] era narcisista ainda mais suicidógena [...]”.

É a contradição que se instala, pois, apesar do projeto moderno europeu da filosofia totalizante do sujeito – fundamento civilizatório de negação do Outro –, o ser continua vagando incompleto, procurando uma saída, como “[...] que rasgado em seu próprio ser”.²⁶ Esse vazio e solidão do ser são resultados da negação da alteridade. Como escreve Fromm²⁷, “a mente do homem moderno surgiu uma nova questão: se a vida merece ser vivida”. Por isso, que, apesar do Ocidente moderno ser a sociedade de maior riqueza da história da humanidade, os sanatórios estão lotados de enfermos mentais²⁸.

A totalização do “ser-para-si” que nega a exterioridade e defende a toda prova a subjetivação do sujeito – na arte, na estética, na cultura e na política –, trata-se da corrupção do pensamento e da guerra entre os seres, pois “A totalidade é constituída pela violência e pela corrupção”.²⁹ Violência contra o Outro, contra o mundo, contra o “ser-em-si”. A opressão colonialista está fundada na concepção da totalida-

22 MATTEI, *Op. Cit.*, p. 169.

23 CHALIER, *Op. Cit.*, p. 58.

24 DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 40.

25 MATTEI, *Op. Cit.*, p. 163.

26 DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 51.

27 FROMM, Erich. *Psicoanálisis de La sociedad contemporánea*. Fondo de cultura econômica: México, 1964. p. 128.

28 FROMM, 1964

29 LÉVINAS, Emmanuel. *Entre Nós* – ensaio sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 63.

de. As guerras impostas pela “civilização” contra a chamada “barbárie”, representa a radicalização do sujeito como ser absoluto e como negação do Outro. Muito bem resume Costa, “a violência ontológica é a guerra da qual nada nem ninguém fica fora. A guerra destrói a identidade e a possibilidade da alteridade de todos os que nela estiverem envolvidos”.³⁰ E o autor pondera, “Na guerra se mostra a ‘violenta face ontológica do ser’ e é esta face que é desencantada como totalidade na filosofia ocidental”.

As guerras colonialista e imperialistas contra o Terceiro Mundo, a etique- tagem de bárbaro, as ideologias promovidas de supremacia intelectual eurocêntrica, significam a “[...] ideologia totalitária querendo impor – pela lei da guerra, do mais forte – a sua forma de ver e viver aos outros, sem lhes perguntar se isto lhes convêm ou não”.³¹ Por trás das filosofias do sujeito, esconde-se a vontade de domínio e de negação do Outro, conforme destacado por Dussel, “[...] a linguagem filosófica mo- derna e tradicional na filosofia acadêmica termina por ser uma ideologia que oculta a realidade”.³² Qual realidade? A da opressão e do colonialismo, do esquecimento e da indiferença à grande maioria da humanidade explorada, sofrida e abandonada. Consta-se, que a filosofia ontológica do sujeito totalizado encobre dissimulada a terrível realidade da negação do Outro. A filosofia “civilizada” da tradição moderna, destrói o Outro, o chamado “bárbaro”, o índio, negro, mestiço ou sem-teto latino- americano, ou de qualquer outra periferia do Mundo. Além de cruel, degenerada e omissa, a ontologia do sujeito como ser egótico oculta seus propósitos, e, nesse sentido, corretas são as palavras de Mattei: “[...] ninguém ignora que o bárbaro é mais autêntico que o civilizado, que se aproxima mascarado [...]”.³³

Superar a ontologia moderna do “ser-para-si” não significa pôr fim à histó- ria da ciência do ser, mas abrir portas para um novo inteligir do sujeito como “ser-no- mundo”, como “estar-com”, dentro da perspectiva da finitude, da incompletude, e da razão do “Nós” como sentido para o “Eu” existir. Nesse sentido, observa Costa que “separar-se da ontologia e de seu modo próprio de inteligir e de constituir o mundo não é destruí-la, é preservá-la como porta de entrada para a possibilidade do reconhe- cimento de seus limites e dos limites às pretensões de fundamentação [...]”.³⁴

A radicalização ontológica moderna do sujeito levou o ser a um lento e silencioso vazio suicidógeno. Finalmente, pode-se concordar com Walter Benjamin,

30 COSTA, *Op. Cit.*, p. 97.

31 ZIMMERMANN, *Op. Cit.*, p. 180.

32 DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 10.

33 MATTEI, *Op. Cit.*, p. 270.

34 COSTA, *Op. Cit.*, p. 50.

ao afirmar que a modernidade “[...] nasceu sob o signo do suicídio” e para Freud, a Modernidade “foi dirigida por Tãatos – instinto de Morte”.³⁵

Nesse sentido, Modernidade, Iluminismo, civilização, ontologia do sujeito são categorias que expressam a falência do humano como ser-feliz. Como denuncia Horkheimer³⁶, “Desde sempre o iluminismo, no sentido mais abrangente de um pensar que faz progressos, perseguiu o objetivo de livrar os homens do medo e de fazer deles senhores. Mas, completamente iluminada, a terra resplandece sob o signo do infortúnio triunfal”. A promessa da Modernidade de libertação do humano das prisões do inferno conduziu o ser ao abismo de si mesmo, solitário e vazio. Bem observou Touraine ao afirmar que “a força libertadora da modernidade enfraquece à medida em que ela mesma triunfa. O apelo à luz é perturbador quando o mundo está mergulhado nas trevas e na ignorância, no isolamento e na servidão”.³⁷ O projeto civilizatório, fundamentado na Modernidade, mostrou ao mundo os limites, antes desconhecidos, da força trágica da barbárie.

3. ALTERIDADE, SUBJETIVIDADE E RESPONSABILIDADE: O “FACE-A-FACE”

Antes de tratar da ética da alteridade e sua posição no mundo do pensar, é preciso salientar que a “Ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”.³⁸ A preocupação ética é uma reflexão do pensamento que parte do comportamento concreto e histórico da moral. Como distingue Vázquez, “[...] agir numa situação concreta é um problema prático-moral; mas investigar o modo pelo qual a responsabilidade moral se relaciona com a liberdade e com o determinismo ao qual nossos atos estão sujeitos é um problema teórico, cujo estudo é da competência da ética”.³⁹

Na modernidade, o sujeito abstrato, dotado de uma natureza universal e imutável, é o fundamento de uma ética antropocêntrica, que se perde radicalmente na ontologia totalitária. O mundo se coisifica, e o sujeito se torna autônomo da própria natureza. A ética moderna se rende ao poder da ontologia do sujeito. Como indica Kesselring, “em sua auto-compreensão, o homem moderno emancipa-se da natureza

35 Apud BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 21.

36 HORKHEIMER, Max. Conceito de Iluminismo. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos Escolhidos*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 3.

37 TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 99.

38 VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2004. p. 23.

39 *Ibidem*. p. 18-19.

e esta perde seu caráter de bem superior a todos os valores convencionais”.⁴⁰ E conclui: “Ela decai para uma múltipla ‘coisa natural’ a qual é atribuído um valor variável, dependendo de sua utilidade no contexto das necessidades e dos interesses humanos. A crise ecológica tem aqui uma parte de suas raízes histórico-espirituais”.

A ética, como ciência da moral, depende, na Modernidade, da vontade do sujeito, este agora determinante, autônomo, centralizado em seus desejos e consciência. Trata-se da vontade subjetiva absoluta do sujeito moderno, diante de si e para si. Nesse sentido, Kant é a manifestação mais verdadeira desse pensar ético formal moderno. Um pensar abstrato de caráter universalizante. Assim define Vazquez, “no terreno do conhecimento – sustenta Kant – não é o sujeito que gira ao redor do objeto, mas ao contrário. O que o sujeito conhece é o produto de sua consciência. E a mesma coisa se verifica na moral: o sujeito – a consciência moral – dá a si mesmo a sua própria lei”.⁴¹

Na Modernidade, a filosofia é fundamentalmente ontológica. O sujeito é a razão anterior e última do pensamento. Com isso, a ética se distancia na importância do discurso racional. Como aponta Lévinas, “não se deve ficar impressionado pela falsa maturidade dos modernos que não encontram para a ética, denunciada sob o nome de moralismo, um lugar no discurso racional”.⁴² Para o autor, a ética é o fundamento primeiro, anterior a qualquer outra reflexão do pensamento. Como entende Costa, “o primado da ética em relação à ontologia aparece explicitamente quando Lévinas identifica a ontologia como o dogmatismo e a ética com a crítica. Argumentando que a crítica antecede o dogmatismo, pretende sustentar que a ética é anterior a ontologia”.⁴³ É que a ontologia não permite a compreensão do ser como humano. “A relação com outrem, portanto, não é ontologia”⁴⁴, mas uma realidade ética. Como pondera Chaliier, “Lévinas visa, sobretudo, dizer o sentido do humano num mundo que proscree essa idéia. Ora, a sua reflexão, atenta a inspiração profética, permanece constantemente rebelde à ontologia, porque, segundo ele, o ser não permite pensar o humano”.⁴⁵ A superação da Modernidade passa por uma superação da reflexão ontológica para uma metafísica ética, crítica e fundamentada na alteridade. O ser-ôntico é substituído pelo Outro-ético, cuja anterioridade e exterioridade são fundamentos

40 KESSELRING, Thomas. O ser humano no campo de tensão entre tradição e universalização. In: BRITO, Adriano Naves de. (Org.). *Ética: questões de fundamentação*. Brasília: UNB, 2007. p. 133.

41 VAZQUEZ, *Ibidem*, p. 282.

42 LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 268.

43 COSTA, *Op. Cit.*, p. 143.

44 LEVINAS, *Op. Cit.*, p. 29.

45 CHALIER, *Op. Cit.*, p. 11.

do pensar crítico. Alteridade trata-se da ética fundamentada no outro, pois, como observa Pivatto, “a ética que se funda no ser, mesmo na civilidade, prolonga esse jogo, perpetua, de formas variadas, o império do egoísmo, às custas do outro”.⁴⁶ A ética com base no Outro significa pensar a “Exterioridade, como abertura possível ao outro, não absolutização do ser, princípio metafísico da alteridade”.⁴⁷ A ontologia obcecada no sujeito abre-se à exterioridade do Outro, entendida como alteridade. Significa a da busca intensa do rosto humano, revelado pela ética da alteridade. Nesse sentido, é extraordinária a contribuição de Lévinas para pensar o Outro. Como aborda Chalier, “por detrás do Eu, orgulhoso do seu ser, da sua identidade e das suas conquistas, Lévinas procura o humano. Ora, diz ele, este não começa antes deste Eu se deixar consumir na certeza do seu direito a ser e da sua boa consciência para temer por outrem”.⁴⁸ Transcender o sujeito é encontrar o Outro, além da percepção subjetiva do ser egotizado. Para a ética da alteridade, não há a oposição civilizado-bárbaro, pois a subjetividade ontológica deu lugar ao encontro do “Nós”. Esse é o esforço de Lévinas. Como acrescenta Costa:

Percebe-se claramente a busca de Lévinas por superar a subjetividade, a objetividade e a moralidade constituídas ontologicamente e seu esforço de apontar para o infinito, para a transcendência, para a exterioridade e para a alteridade como um novo “a partir de onde” se poderá recolocar o tema da reconstituição da objetividade como “realidade originária meta-ontológica”, o tema da reconstituição da subjetividade e intersubjetividade humanas como “realidade originária meta-antropológica” e o tema da reconstituição da moral como “realidade originária meta-ética”, introduzindo no debate filosófico ocidental o conteúdo “meta-ontológico”, “meta-antropológico” e “meta-ético” do “ser-para-o-outro” como ideal de vida boa.⁴⁹

A América Latina foi palco exemplar de vitimação das consequências ontológicas da Modernidade. Isso significa a força que vem da libertação como proposta filosófica latino-americana, filosofia essa impregnada da terra, do gemido dos sobreviventes e da resistência dos perseguidos. A Filosofia da libertação é fundada na ética da alteridade e na inclusão do Outro. Como observa Zimmermann, “para a filosofia

46 PIVATTO, Pergetino S. Ética da Alteridade. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de. (Org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2001.p. 95.

47 ZIMMERMANN, 1987, p. 61.

48 CHALIER, *Op Cit.*, p. 107.

49 COSTA, *Op. Cit.*, p. 106.

da Libertação o ser é o Outro, o simplesmente Outro, o absolutamente Outro em contraposição com o eu egótico da subjetividade moderna européia”.⁵⁰

Se a ontologia do sujeito como ser-para-si tem vocação para o domínio e a conquista, a ética da alteridade é voltada para o cuidado e o respeito. São posições diferentes de pensamento. “A meta-física da alteridade funda uma ‘vontade de serviço’; a ontologia da Totalidade, ao contrário, uma ‘vontade de domínio’”.⁵¹ O ser-para-Outro é essencial para a celebração da comunhão da vida apenas possível como vivência na alteridade. A ética da alteridade é a razão primeira, anterior à filosofia, fundante do pensamento. A vocação suicidógena da totalização ontológica é rompida diante da preocupação amorosa com o Outro. Nesse sentido, anota Costa, “a saída de si está na responsabilidade pelo “outro”; em ocupar-se com o “outro”; está em pensar no “outro”, em sua vida e em sua morte, antes de preocupar-se consigo mesmo”.⁵²

A exterioridade é revelada pela percepção do Outro, Outro anterior ao ser como sujeito solitário da ontologia moderna egotizada. “O horizonte ontológico do nosso mundo foi aberto a partir da alteridade, desde a meta-física, desde a ética (encontro homem-homem é ética; a relação homem-coisa é ôntica ou ontológica, econômica, mundana)”.⁵³ Dessa forma, há um rompimento com o filosofar baseado na totalidade originária eurocêntrica. O Outro, sem história e sem rosto, fora de qualquer comunidade-comunicativa, sem razão e sentido, torna-se a raiz fundante do pensar. Como descreve Zimmermann, “com a afirmação categórica da alteridade, da exterioridade do outro homem, de outro povo, de outro continente, a totalidade originária, como medida de todas as coisas, é colocada em crise, em cheque”.⁵⁴

O “Eu” supera o ostracismo da ontologia egotizada e abre-se à realidade da alteridade. Nesse momento, percebe o sentido exterior à sua volta, tem consciência da existência do Outro e do sofrimento do Outro. Isso se chama exterioridade, fora do ser-fechado-em-si, para o ser-além-de-si. A partir daí, surge o pensar renovado da ética da alteridade. Como entende Dussel, “não se trata então de uma razão ontológica ou razão crítica teórica, mas da razão ontológica transcendida, prática e internamente por uma razão ético-crítica [...]”.⁵⁵ E conclui, “[...] que se lança sempre de novo a outros momentos futuros de realização, a partir dos seus próprios conteúdos,

50 ZIMMERMANN, *Op. Cit.*, p. 44.

51 DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 140.

52 COSTA, *Op. Cit.*, p. 44.

53 DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 116.

54 ZIMMERMANN, *Op. Cit.*, p. 181.

55 DUSSEL, E. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 416.

mas, ao mesmo tempo, inovada por aspectos novos provenientes da exterioridade das vítimas [...]”.

Isso significa a ruptura com a ética da Modernidade, fundamentada no sujeito. Como observa Vazquez, “a reação ética contra o formalismo Kantiano e o racionalismo absoluto de Hegel é uma tentativa de salvar o concreto em face do formal, ou também o homem real em face de sua transformação numa abstração [...]”⁵⁶, nesse caso, a exterioridade do oprimido, da vítima, do mestiço e do abandonado. Ressalta-se que a exterioridade do Outro, como vítima ou simplesmente como ser, faz-se presente no encontro ético da alteridade. É na vivência do horizonte ético da alteridade, que se manifesta o Outro. Trata-se, como afirma Lévinas, do acontecimento ético, pois “é na relação pessoal, do eu ao outro, que o ‘acontecimento’ ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima do ser”.⁵⁷ E ainda nessa direção, acrescenta Dussel, “pois bem, o ‘encontro’ com a vítima como o outro, como sujeito ético no ‘re-conhecimento’ originário, é o a priori de toda ética, aquilo que Lévinas chama de ‘proximité’, ‘face-a-face’”.⁵⁸

É no “face-a-face”, na revelação do Outro como ser, que ocorre o acontecimento ético da alteridade. Diante do rosto do Outro, a proximidade, como afirma Lévinas, que a exterioridade é reconhecida e o Outro libertado das prisões do sujeito egótico, da tradição ontológica moderna. Costa pondera que “o sujeito, que sempre é desafiado por um novo instante descontínuo com relação a seu presente, não é um sujeito isolado; ele se move na intersubjetividade frente a outros, distintos dele”.⁵⁹ É o rompimento da lógica da dominação e da conquista, por uma intersubjetividade, fundamentada no “Eu” com o Outro. Trata-se da ideia da libertação e da paz, pois, como observa Dussel, “o ontólogo da Totalidade e de “o Mesmo” pensa a partir da dominação na guerra; o meta-físico da Alteridade e de “o Outro” pensa desde a libertação na paz”,⁶⁰ ressalta-se, além do ontológico, para a revelação da face do Outro, no acontecimento ético do encontro da alteridade e na vivência do ser-para-o-Outro. De acordo com Costa, é necessário “[...] fundar uma nova teoria (metafísica da alteridade, antropologia da alteridade, ética da alteridade) e uma nova ação (política da alteridade: justiça)”.⁶¹

56 VAZQUEZ, 2004, p. 285.

57 LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 269.

58 DUSSEL, *Op. Cit.*, p. 424.

59 COSTA, *Op. Cit.*, p. 92.

60 DUSSEL, 1977, p. 144.

61 COSTA, 2000, p. 110.

É uma descolonização da concepção ética moderna, ética diminuída ante a soberania da vontade do sujeito ontológico. Como assinala Vazquez, “finalmente, a ética contemporânea, na sua fase mais recente, não só conhece um novo sistema social – o socialismo – mas também um processo de descolonização [...]”.⁶²

É a ética da alteridade, que vindo da periferia, da América Latina, trás consigo a força dos que sofrem e sobrevivem sua negação histórica. É o momento solene de revisão do sentido do humano, como ser para o Outro, descolonizado, autêntico e responsável. Significa a abertura do Eu para a bondade. Pivatto adverte que “descortina-se a relação como ética pelo transcender do eu, abrindo a ordem da bondade. [...] como transcender para o outro numa relação responsável que Lévinas chama de alteridade”.⁶³ É a transcendência do sujeito, face-a-face com o Outro, no acolhimento do encontro ético da alteridade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O “SER-PARA-O-OUTRO COMO TRANSCENDÊNCIA DO SUJEITO

Toda ética da alteridade, como pressuposto da filosofia, fundamenta-se no encontro com o Outro, mas não mero encontro, e sim a transcendência do sujeito. Pela incompletude do sujeito, esse encontro como acontecimento ético é marcado pela realização do ser-para-o-Outro, dando sentido e completude ao humano, pois “A grandeza do homem é que não é um fim e sim uma ponte [...]”.⁶⁴ Uma ponte que alcança o Outro, em sua beleza ou em sua aflição. É nessa relação de significação do humano e do mundo, que o rosto do Outro e sua voz, no face-a-face, faz acordar o ser livre do peso do sujeito egótico, e uma nova ordem de justiça para com o mundo surge. Como escreve Lévinas:

Para ouvir gritar justiça no lamento que grita miséria, ou, dito de outra forma, para ouvir a voz da consciência – não basta, não se trata de estar em relação com uma liberdade e de percebê-la em outrem, visto que já a reconhecemos na própria transação. Esta liberdade já me é apresentada quando compro ou exploro. Para que eu conheça minha injustiça – para que eu entreveja a possibilidade da justiça – é preciso uma situação nova: é preciso que alguém me peça prestação de contas.⁶⁵

62 VAZQUEZ, *Op. Cit.*, p. 284.

63 PIVATTO, *Op. Cit.*, p. 88.

64 DUSSEL, 1977, p. 51.

65 LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 56.

A justiça aproxima-se do amoroso, a medida que o clamor do Outro torna-se um chamado de transcendência do sujeito. É a responsabilidade pelo Outro como concepção de justiça, e essa transcendência ocorre antes da análise reflexa, mas a partir do sentir frente ao Outro. Como escreve Dussel, “A ‘responsabilidade’ ou o ‘assumir-o-outro’ é anterior a qualquer consciência reflexa. Só respondemos com ‘responsabilidade’ a presença do infeliz quando este já nos comoveu”.⁶⁶

O encontro com o Outro se revela no rosto, mais propriamente no face-a-face, em que a exterioridade do Outro e a anterioridade da ética da alteridade se manifesta sobre o pensar ontológico totalizante. E no encontro ético da alteridade, esse rosto não apenas é visto, mas acolhido na prática da responsabilidade pelo Outro. Como aponta Pivatto, “nesta ordem, o rosto não é mais visto teoricamente, mas acolhido, isto é, o mesmo, abrindo-se na ordem do ser expansivo-identificador, se transcende e responde para além de sua medida e liberdade, isto é, com infinita responsabilidade”.⁶⁷ O autor, ainda, conclui, “Esta nova relação com o rosto em que o mesmo, relativizando a ordem do ser expansivo, se transcende é a ética da alteridade e inaugura o humanismo do outro homem”.

Refere-se à metafísica da alteridade, pois como indica Costa, o rosto “ele é a expressão viva que fala por sua presença. O rosto explode a formalidade da representação inteligida. Ter uma idéia do Outro é diferente de estar diante do rosto do Outro, para qual a sua idéia é inadequada”.⁶⁸ É no encontro ético da alteridade, manifestada pelo face-a-face indicado por Lévinas, que o Outro e o mundo exigem justiça, e da justiça e do amor encontra-se a paz. Para Dussel, “o face-a-face é a experiência primeira, radical do nosso ser [...]”.⁶⁹

No face-a-face, “[...] não posso mais negar o Outro”⁷⁰, pois a impossibilidade da negação faz parte do encontro ético da alteridade. Diante do face-a-face, ocorre o amor alterativo, na intimidade, mais próximo do humano em sua busca de sentido no Outro. Esse encontro é “O rosto de um homem diante do rosto de outro na intimidade, na justiça [...]”.⁷¹

O encontro da ética da alteridade, entre o ser e o Outro, na experiência metafísica do rosto frente ao rosto, realiza-se com o sujeito e o Outro concreto, em

66 DUSSEL, E. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 19.

67 PIVATTO, *Op. Cit.*, p. 90.

68 COSTA, *Op. Cit.*, p. 129.

69 DUSSEL, 1977, p. 117.

70 LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 61.

71 DUSSEL, 1977, p.114.

seu sofrimento e em sua opressão. Na América Latina, o acontecimento ético ocorre pelos movimentos sociais populares, pela voz ouvida do índio, do favelado, do sem-teto. Como escreve Zimmermann, o Outro é “[...] o não respeitado, massacrado, oprimido, assassinado brutalmente, foi o índio (na conquista), o colonizado (nos séculos subseqüentes), o mestiço, o crioulo (após a emancipação), é o marginalizado, seja ele camponês ou favelado [...]”.⁷²

O face-a-face é um pensar incômodo, pois aponta para o sujeito infeliz e totalizado na ontologia sua responsabilidade para com o Outro, seja o pobre, a natureza, a vida. A liberdade do sujeito egótico transforma-se em compromisso, consciência de solidariedade. A liberdade do ser-para-si é suicidógena, pois encontra-se afastada do sentido da necessidade de completude no Outro. Carece de justiça a liberdade sem responsabilidade com o humano. Destaca Chaliier que “o humano no ser começa quando o homem renuncia a essa liberdade violenta, própria daquele que identifica a lei do ser com um absoluto, quando o ‘eu’ se interrompe no seu projecto de ser [...] porque ouve a voz do estrangeiro, da viúva e do órfão”.⁷³

O mundo dos miseráveis, famintos e abandonados do sistema aparece diante do ser-para-si, e essa aparição lhe recorda sua culpa. Como explica Costa “o rosto do Outro recorda as obrigações do ‘eu’”. Nos olhos do Outro o “eu” vê refletido o juízo autocondenatório de sua arbitrária e ingênua liberdade, de seu mover-se no mundo, de seu apropriar-se dos entes para explorá-los, etc”.⁷⁴ E, o autor conclui, “O rosto põe em questão a liberdade e desperta para a vergonha e para a culpabilidade”.

A perspectiva do Outro como responsabilidade do ser, em sua dor, em seu silêncio, é destacada por Lévinas com surpreendente força utópica. Para Lévinas, “o encontro com o Outrem é imediatamente minha responsabilidade por ele”.⁷⁵ Falar em responsabilidade com o Outro, e principalmente com o Outro mais esquecido e mais humilhado, desagrada o ser egótico, construído historicamente e exaltado na Modernidade e na ontologia totalizadora. Entende Lévinas que é uma responsabilidade que transcende o imediato da ponderação racionalizada do sujeito egótico. É experiência ética da alteridade em seu encontro com o rosto do Outro da forma mais amorosa e responsável. Como descreve Chaliier:

Como pensar que eu seja responsável por sofrimentos
que não causei, pelas infelicidades recorrentes que abismam os sé-

72 ZIMMERMANN, *Op. Cit.*, p. 180.

73 CHALIER, *Op. Cit.*, p. 66.

74 COSTA, *Op. Cit.*, p. 140.

75 LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 143.

culos e pelas inúmeras mortes inocentes? Não bastará que responda pelo mal preciso que fiz, aqui e agora, pelo sofrimento que as minhas palavras ou os meus gestos provocaram neste ou naquele próximo? Não será extravagante tornar-me responsável por todo o abandono que coloca a sua marca numa terra tão freqüentemente obscurecida pelo ódio? Não nos comprometemos assim, na via de uma culpabilidade verdadeiramente doentia e, afinal de contas, insuportável? Não será isto condenar o homem a uma insônia destrutiva? Todavia, Lévinas não escuta este apelo à moderação e à medida, ele não consente em ser “mais razoável” e em depor aí o peso de um mundo que, tão freqüentemente, parte à deriva, e não deixa de ensinar que a responsabilidade não se limita.⁷⁶

A concepção de justiça, para Lévinas (2009), vem da responsabilidade pelo Outro, do encontro crucial e amoroso da alteridade, pois entende Lévinas que o amor vive da desigualdade. Como acrescenta Chaliier, “[...] segundo Lévinas, não deve procurar o humano num movimento reflexivo de si sobre si próprio, na consciência de si, mas somente no movimento de uma resposta, desde já consentida, ao apelo da alteridade”.⁷⁷ Ocorre uma ruptura radical em relação ao pensamento, do sujeito ontológico totalitário à ética da alteridade, do “ser-em-si” e “para-si” ao “ser-para-o-Outro”, da liberdade do sujeito egótico à responsabilidade pelo Outro, mesmo o distante e diferente, desfigurado pelo sofrimento histórico da opressão colonialista e da exclusão capitalista atual. A liberdade é responsável por aqueles que o sistema trata humilhanamente como lixo humano, e que reivindicam a cada esquina, cada casebre, cada gueto a condição respeitável de humano. Anota Lévinas que “esta inversão humana do em-si e do para-si, do ‘cada um por si’, em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica [...] esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto de outrem”.⁷⁸

A experiência da justiça com fundamento na alteridade fundamenta-se na metafísica do encontro face-a-face. Trata-se da primeira forma, o “começo da inteligibilidade”⁷⁹, condição anterior de qualquer reflexão sobre o humano. Como entende Costa, significa e de reconhecer o “face-a-face como o ético por excelência e como originariamente humano”.⁸⁰ Esse é o sentido do encontro ético da alteridade, a promoção da justiça e do amor, por intermédio do rosto revelado pelo Outro.

76 CHALIER, *Op. Cit.*, p. 84.

77 *Idem.* p. 104.

78 LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 269.

79 *Ibidem* p. 143.

80 COSTA, *Op. Cit.*, p. 93.

Primeiramente, a filosofia da libertação entende que, na América Latina, “É a hora da justiça. O amor do próximo e seu direito original e único e incomparável pelos quais tenho que responder [...]”.⁸¹ Como assinala Dussel, “face-a-face significa a proximidade, o imediato, o que não tem mediação, o rosto frente ao rosto na abertura ou exposição (expor-se) de uma pessoa diante de outra”.⁸² O autor acrescenta, “O “face-a-face” como experiência originária seria o ponto a partir de onde a ordem ontológica (o mundo como horizonte transcendental de “sentido”) fica aberto: é o além da totalidade mundana, prévia a ela mesma e originária”.

Enquanto a totalização ontológica isola o sujeito na negação do Outro, a alteridade aproxima, reconhece, responsabiliza-se e abraça. A liberdade se torna responsável, passa a ser um problema de justiça e, com isso, a liberdade se torna verdadeiramente livre, na vocação amorosa de reconhecimento da dignidade humano do Outro. Assevera César que “[...] ao negar o outro, ao recusar reconhecê-lo como distinto e amável, reconheço meu mundo como o único possível [...]”⁸³, e, de acordo com o autor, é necessário, por esse motivo, “[...] pensar a questão do outro como problema metafísico, fazer a metafísica do oprimido, a metafísica do amor e do serviço: o serviço da libertação.”

Trata-se de libertar, por intermédio da justiça do reconhecimento do Outro, a América Latina da condição imposta pelo eurocentrismo, condição essa de barbárie, em oposição à falsa civilidade Norte-Atlântica.

5. REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.
- _____. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.
- BOFF, Leonardo. *Ecologia: grito da terra, grito dos pobres*. São Paulo: Ática, 1995.
- CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. Campinas: Unicamp, 1994.
- CASTRO, Josué de. *Geopolítica da fome*. São Paulo: Brasiliense, 1951.
- CHALIER, Catherine. *Lévinas - a utopia do humano*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA, Márcio Luis. *Lévinas – uma introdução*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- COURTOIS, Stéphane [et al.] *O livro negro do comunismo: crimes, terror e repressão*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

81 LEVINAS, 2009, p. 248.

82 DUSSEL, 1977, p. 114.

83 CÉSAR, 1984, p. 58.

- DUSSEL, Enrique. *El Episcopado latinoamericano y La liberación de los pobres 1504-1620*. México: CRT, 1979.
- _____. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- _____. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 2005.
- _____. *1492: O encobrimento do outro: a origem e mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- _____. *Método para uma filosofia da libertação: superação analética da dialética hegeliana*. São Paulo: Loyola, 1986.
- _____. *Para uma ética da libertação latino-americana*. Acesso ao ponto de partida da ética. São Paulo: Loyola, 1977a. v. 1.
- _____. *Para uma ética da libertação latino-americana*. Erótica e Pedagógica. São Paulo: Loyola, 1977b. v. 3.
- FLORES, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FROMM, Erich. *Psicoanálisis de La sociedad contemporánea*. Fondo de cultura econômica: México, 1964.
- GEORGE, Susan. *O relatório Lugano: sobre a manutenção do capitalismo no século XXI*. São Paulo: BoiTempo, 2002.
- HORKHEIMER, Max. Conceito de Iluminismo. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos Escolhidos*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- KESSELRING, Thomas. O ser humano no campo de tensão entre tradição e universalização. In: BRITO, Adriano Naves de. (Org.). *Ética: questões de fundamentação*. Brasília: UNB, 2007.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Entre Nós – ensaio sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MATTÉI, Jean-François. *A Barbárie interior: ensaio sobre o i-mundo moderno*. São Paulo: Unesp, 2002.
- PIVATTO, Pergetino S. Ética da Alteridade. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de. (Org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2004.
- ZIMMERMANN, Roque. *América Latina – O Não-Ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel*. Petrópolis: Vozes, 1987.

Capítulo 18

A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS: INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO E A MÚSICA

Leilane Serratine Grubba¹
Horácio Wanderlei Rodrigues²

1. INTRODUÇÃO

A relação entre o direito e a música não é recente. O que é recente e pouco explorado é a busca de uma relação teórica entre os campos cognitivos do Direito e da Música. Até porque, não existe uma teoria que vincule ambas as dimensões do conhecimento, mas permanecem apenas pontos de encontro e de convergência.

Se, como afirmamos, a relação do direito e da música não é recente, isso se deve, em grande medida, a duas posições. Em primeiro lugar, as normativas jurídicas regulam a exploração da atividade musical, a exemplo do direito autoral, embora não dialoguem com a Teoria Musical. Em segundo lugar, a música, expressão da arte e do ser humano, dialoga com o direito, principalmente com o direito percebido como um *ente* social, além de promover críticas ao mundo jurídico. Ou não é verdade que o brasileiro Raul Seixas³ cantou: “Todo homem tem direito de pensar o que quiser [...] todo homem tem direito de pensar, de dizer e de escrever”?

A música, muito mais do que qualquer obra de arte, essencialmente quando popular, detém a capacidade crítica e emancipatória de influenciar uma imensa quantidade de pessoas, tocando nas rádios de norte a sul do país, pode promover mudanças de grande porte nos valores sociais, práticas, etc., e, enfim, no próprio

1 Doutoranda em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direito (UFSC/PPGD). Professora de direito (UFSC/DIR). Bolsista de doutorado CNPq. É pesquisadora dos projetos NECODI (Núcleo de Estudos Conhecer Direito), e Direito e Literatura, ambos vinculados à UFSC. E-mail para contato: lsgrubba@hotmail.com

2 Doutor e Mestre em Direito pela UFSC, com estágio de Pós-doutorado em Filosofia na UNISINOS. Professor Titular do Departamento de Direito da UFSC, lecionando no Curso de Graduação e no Curso de Pós-graduação, nos Programas de Mestrado e Doutorado. Pesquisador do CNPq. E-mail para contato: horaciowr@ccj.ufsc.br

3 Trecho extraído da música *A lei*, de Raul Seixas.

direito. Nesse sentido é que as críticas sociais e do ordenamento jurídico, provindas da musicalidade, por vezes se escondem por detrás de cifras de signos linguísticos ambíguos. Ou não foi dessa forma que Roberto Carlos⁴ conseguiu promover uma crítica ao regime militar brasileiro, nos anos 70 do século XX, principalmente ao exílio de Caetano Veloso? Diz a letra:

Debaixo dos caracóis dos seus cabelos;
 Uma história pra contar de um mundo tão distante;
 Debaixo dos caracóis dos seus cabelos;
 Um soluço e a vontade de ficar mais um instante;
 As luzes e o colorido;
 Que você vê agora;
 Nas ruas por onde anda;
 Na casa onde mora;
 Você olha tudo e nada;
 Lhe faz ficar contente;
 Você só deseja agora;
 Voltar pra sua gente;

Dependendo da época e do contexto, as críticas sociais, ademais, são explícitas nos significados das letras musicais. Nesse sentido, cantou o grupo musical brasileiro Legião Urbana:⁵

Nas favelas, no senado;
 Sujeira pra todo lado;
 Ninguém respeita a constituição;
 Mas todos acreditam no futuro da nação;
 Que país é esse?

Ainda assim, continua pouco explorado esse campo de estudo. Até porque, não existe uma única teoria que tenha aventado um espaço intersticial entre o direito e a música, mas existem somente análises que, partindo de pesquisadores jurídicos, principalmente dedicam-se à compreensão do direito *na* música. Quer dizer, intentam estudar as manifestações do direito ou da Teoria Jurídica nas representações musicais. Se tanto o Direito quanto a Música se desenvolvem no mesmo campo, o campo das relações humanas, podemos dizer que, da mesma forma com que o Direito influencia o contexto social e, conseqüentemente, as manifestações artísticas; a música, de seu

4 Trecho extraído da música *Debaixo dos caracóis dos seus cabelos*, de Roberto Carlos.

5 Trecho extraído da música *Que país é esse?*, do grupo Legião Urbana.

turno, enquanto expressão do corpo individual e social, pode oferecer informações para a compreensão do direito ao exprimir uma visão da sociedade, donde o direito emerge e onde atua.

A relação entre o Direito e a Música é dialógica, ou seja, possui duas lógicas. A música não somente perpetua os valores culturais e as práticas sociais de uma dada sociedade, como também, por outro lado, critica-os, assim como exerce influência na formação de novos valores e práticas humanas. E o direito, enquanto regulador estatal das relações humanas, cria práticas sociais e valores, mas também é por eles modificado com o passar do tempo. Quer dizer, tanto o direito quanto a música estão sempre em constante transformação.

Nesse marco situa-se o objetivo deste trabalho: vislumbrar a possibilidade de uma intersecção entre os campos cognitivos do Direito e Música para compreender a luta cidadã por dignidade humana à luz do direito vivo, ou seja, das práticas sociais.

2. O QUE É DIREITO? A FILOSOFIA JURÍDICA DE LYRA FILHO

O artigo tem por objeto a relação entre o Direito e a Música, para a compreensão da luta por dignidade e por direitos humanos. Diante disso, devemos compreender, em primeiro lugar, o que é o *direito*. Isso porque, existem distintas maneiras de perceber o direito. Quer dizer, se o direito fosse reduzido ao código normativo, por certo que não poderíamos falar do direito *na* música. No máximo, poderíamos aventar uma investigação de como o direito – código normativo – regula as atividades musicais, ou de como as letras musicais tratam do direito estabelecido. Daí importa estabelecermos o que entendemos por direito.

Ademais, a necessidade de refletirmos sobre o que o direito é recai sobre a possibilidade de acabarmos preconizando visões sobre o jurídico que só apreendem o direito positivado pelo Estado, como se este fosse todo o direito. Para nós, muito embora exista o direito como um código normativo ou, em outras palavras, o direito legislativamente estabelecido, este não é a única faceta do direito.

Dessa maneira, afirmou Lyra Filho: existe um equívoco generalizado e estrutural na própria concepção de direito. É daí que partem os problemas. Quando se analisa o fenômeno jurídico é preciso chegar à fonte e não às consequências. E assim, em primeiro lugar, não podemos reduzir o direito ao

ordenamento jurídico.⁶ Nesse sentido, as questões jurídicas ou as investigações sobre o direito não podem ser colocadas, nem resolvidas, sem a consciência de que estão ligadas à percepção da correta visão do direito. Considerando que o direito admite variadas abordagens, recaímos numa falácia quanto percebemos num discurso jurídico a abrangência do fenômeno em sua totalidade.⁷

O direito se configura como um fenômeno social, e justamente por isso, engloba a faceta normativa. A possibilidade de uma abordagem do direito que esquematize os pontos de integração do fenômeno jurídico na vida social e que verifique como transparecem os ângulos de entrosamento dos diferentes aspectos, se dá através da aplicação de um modelo dialético. Esse modelo deve ser aberto e conter a constante preocupação “de encarar os fatos, dentro duma perspectiva que enfatiza o devir (a transformação constante) e a totalidade (a ligação de todos os segmentos da realidade, em função de conjunto)”. Somente dessa forma é que podemos apreender o pluralismo no direito.⁸

A análise dialética não é conclusiva, mas de cunho social, uma vez que, ao refletir o real, não visa à superação ou anulação das suas contradições intrínsecas, mas antes, quer absorvê-las e reorganizá-las, pois que as considera tanto parte integrante quanto elementos fundidos e transfigurados.⁹ Daí que nas observações que faz a respeito do direito, Lyra Filho deseja salientar que, não somente o direito é um fenômeno complexo, mas também que as análises que se procedem sobre o direito, quando tradicionalmente vinculadas ao direito como norma, acabam por desfigura-lo, uma vez que apreendem-no apenas em cada um dos seus aspectos insolados e de maneira a torna-los não comunicáveis.¹⁰

É na dialética social e no processo histórico que surge o direito. A essência do jurídico é o conjunto do social. Assim, não se trata de um *ente* engessado, mas de um processo de modificação e de libertação. Diante desse fato é que podemos abordar a música enquanto luta por dignidade e por direito (direitos humanos). A música é manifestação individual do corpo social, detendo o condão de traduzir as aspirações populares, as críticas à sociedade, à ausência da eficácia dos direitos ou à ausência da vida digna. A música, então, enquanto manifestação humana, não é considerada um fim em si quando utilizada como um meio para a luta por vida

6 LYRA FILHO, 1980, p. 6.

7 LYRA FILHO, 1980, p. 8.

8 LYRA FILHO, 1980, p. 14.

9 LYRA FILHO, 1981, p. 29.

10 LYRA FILHO, 1980, p. 14; 1982, p. 115.

digna e por direitos, entendidos como o resultado provisório das próprias lutas por dignidade (ou por bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna).

Assim, é todo o processo, a luta social constante, que define o direito, em cada etapa, na busca das direções de superação dos conflitos da sociedade e entre essa e o direito. Diante disso é que a grande “inversão que se produz no pensamento jurídico tradicional é tomar as normas como Direito e, depois, definir o Direito pelas normas, limitando estas às normas do Estado e da classe e grupos que o dominam”.¹¹ O Direito não se reduz às normas. Ele é o próprio movimento social.

Por isso é que na visão de Lyra Filho, o direito e a justiça caminham juntos. Sendo o direito parte do social, é lei e o direito que se divorciam frequentemente. E a justiça real está no processo histórico, de que é resultante, pois é nele que se realiza progressivamente. Isto é, para Lyra Filho¹², justiça é justiça social, antes de tudo. Já o direito é a expressão dos princípios supremos da justiça social, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Numa visão dialética do social, então, a justiça mostra-se como uma substância atualizada do direito e tem seu valor na libertação alcançada, quer dizer, a justiça é valorada em concreto, no seio da libertação social, e não abstratamente.

No âmbito da música como luta por direitos, por conseguinte, a justiça reside justamente nas conquistas sociais, medidas pelo grau de empoderamento social. Ou seja, a difusão de uma melodia de luta por dignidade pode gerar uma conscientização popular e novas práticas sociais para a vida digna, as quais, conseqüentemente, também podem se transformar em direito normativo.

Por isso que o grave problema que apresentam, regra geral, as teorias jurídicas contemporâneas é que elas normalmente reduzem na organização de sua argumentação, o direito ao direito positivado pelo Estado, silenciado o direito surgido do próprio seio da sociedade. Trata-se de uma visão positivista que confunde o *dever ser* das normativas jurídicas com o próprio *ser* do Direito (o social). Assim, existe uma um duplo corte mutilador. Num primeiro aspecto, reside na “confusão entre as normas que enunciam o Direito e o Direito mesmo, que nelas é enunciado. O segundo aspecto do mesmo erro é o que, a pretexto de melhor assinalar o que é, afinal, jurídico, nega vários aspectos e setores do Direito”.¹³

11 LYRA FILHO, 1982, p. 118-109.

12 LYRA FILHO, 1982, p. 121.

13 LYRA FILHO, 1980, p. 20.

A tentativa de captar o Direito em bloco, para Lyra Filho¹⁴, aponta um caminho em três etapas:

- a) a abordagem do fenômeno jurídico em uma perspectiva sociológica, abrangendo todos os aspectos da sua manifestação;
- b) a procura de um preliminar síntese do direito (social) ao empírico, assim como da formação e da aplicação das normas jurídicas; e,
- c) a busca de um reenquadramento global, como tarefa da filosofia jurídica. Ou seja, a reelaboração dos dados empíricos em busca das categorias, “como formas do ser e determinações da existência”¹⁵, através de uma ontologia dialética do Direito.

Em suma, o direito é visto em globo, tanto como teoria, quanto como *práxis* social, visto que envolve as possibilidades da concretização da justiça como justiça social. Ele “assume o aspecto geral de setor da *práxis* social de maior força vinculante, que visa à Justiça através de normas, indicando procedimentos e órgãos mais nitidamente demarcados do que em outros tipos de regulamentação da conduta”.¹⁶

O direito, nesta proposta, é a síntese a cada momento, é o guia da *práxis* humana progressista. *Práxis* esta que envolve: “a) o aproveitamento das contradições dos sistemas normativos estabelecidos [...]; b) a criação de novos instrumentos jurídicos de intervenção, dentro da pluralidade de ordenamentos”.¹⁷

Teorias em que tal visão seja omitida ou negada, segundo Lyra Filho¹⁸, mutilam o direito, paralisando-o na descrição do direito positivado pelo Estado, para que não se dedique a repensar o direito da independência econômica e da liberdade político-social. Entende ele e nós que necessitamos buscar a criação de uma nova sociedade, não fundada em discriminações, privilégios ou minorias favorecidas e/ou oprimidas, etc., mas fundada na justiça social.

O pensar o direito está ligado a um objetivo único, a nível histórico presente, para todas as nações, que é a participação progressista do corpo social, visando a um modelo sócio-político e jurídico de ampliação da democracia e de

14 LYRA FILHO, 1980, p. 26.

15 LYRA FILHO; 1980, p. 26.

16 LYRA FILHO, 1980, p. 26.

17 LYRA FILHO, 1980, p. 27.

18 LYRA FILHO, 1982, p. 27-28.

cidadania participativa e ativa (controle do poder). Justamente nesse aspecto é que importa o entendimento da relação entre o direito e a música, ou seja, a música como direito, quando visa ao empoderamento e à luta por bens materiais e imateriais a uma vida digna (direitos humanos).

Por conseguinte, o direito só pode ser apreendido na sua dinâmica social, por meio da dialética. Apenas uma visão sociológico-dialética, que enfatize o devir e a totalidade, será capaz de apreender a síntese jurídica – a positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais, expressão da justiça social atualizada.

Assim, emerge a proposição da dialética como método de apreensão do fenômeno jurídico em sua totalidade e *devir*, e na enunciação de uma nova visão do que é Direito – como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formulador dos princípios maiores da justiça social que nelas emergem – a partir disto.

Para Chauí, existem três aspectos importantes na abordagem dialética do Direito feita por Lyra Filho.¹⁹ Em primeiro lugar, o Direito é temporalizado. É estabelecida a distinção entre a lei e o Direito, por meio da emersão do direito em sua dimensão social e política. Em segundo lugar, o Direito é apreendido em sua totalidade, ou seja, na própria história.²⁰ Finalmente, em terceiro lugar, proporciona a percepção das contradições entre a ideia de justiça e as leis, visando à sua superação, para se inserir o Direito para a história e para a política transformadora.

A proposta teórica deste autor busca desvincular o direito da lei²¹ e colocá-lo a serviço da justiça social, recuperando a sua dignidade política. Aproveitamo-nos dessa reflexão teórica para falar que a desvinculação do direito à lei permite-nos falar da música como uma manifestação do direito, quando luta pela dignidade, fato esse que seria impossível se o direito fosse percebido

19 CHAUÍ, 1982, p. 29.

20 Segundo Chauí (1982, p. 29), “[...] a apreensão do Direito na totalidade histórica (nacional e internacional) permite rever a idéia, clássica no marxismo, segundo a qual o Direito é parte da mera superestrutura, quando se considera, como o faz Roberto Lyra Filho, que a exploração, a desigualdade, a dominação, a violência e a injustiça se efetuam no nível da infra-estrutura, graças ao próprio Direito”.

21 Neste sentido, para Faoro (1982, p. 34), pelo menos duas vertentes no pensamento de Lyra Filho evitam que este caia na armadilha positivista dominante: a) “[...] o alargamento do Direito para abranger as ‘normas não estatais de classes e grupos espoliados e oprimidos’”; e b) “[...] de outro lado, [...] franqueia-se o bloqueio, com a descaracterização do Direito da qualidade de ideologia”.

apenas como um código normativo (lei). É necessário mudar a teoria do direito tradicional para poder colocá-lo a serviço da democracia.

Assim como Lyra Filho, percebemos o Direito como a expressão dos princípios supremos da justiça social de um dado momento histórico. É ele entendido, por conseguinte, como a positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formulador dos princípios maiores da justiça social que nelas emergem. Sob essa ótica é que, nesse momento, podemos preliminarmente falar da relação do direito e da música quando se trata da música como luta por dignidade (direitos humanos) e para o empoderamento.

3. OS DIREITOS HUMANOS: A LUTA POR VIDA DIGNA

No intuito de traçarmos uma relação entre o Direito e a Música, para a compreensão da música na luta por dignidade e por direitos humanos, devemos, ademais, delimitarmos nosso campo de atuação, isto é, o que entendemos por direitos humanos. No decorrer da história, movimentos culturais diversos modificaram visões de mundo e filosofias, acarretando em mudanças no padrão de comportamento das sociedades. Em face desse fato é que Heller e Fehér apontam que foi nos próprios “movimentos que se mudaram padrões de vida e que se começou lentamente a criar um novo grupo de culturas no cotidiano”.²²

Vivemos em um mundo aberto e plural, que está sempre em constante modificação. Justamente nessa ordem contemporânea do século XXI em movimento, na qual nada é ontologicamente, mas pode vir-a-ser um algo diverso, que Joaquín Herrera Flores (2009a) percebeu os direitos humanos como o principal desafio teórico e prático. Para entender *o que são os direitos humanos*, sua necessidade e sua finalidade, Herrera Flores propôs uma teoria crítica e realista que os compreendesse em sua complexidade e em sua natureza impura e híbrida. Assim, nessa visão, com a qual concordamos, os direitos humanos passaram a ser vistos como processos que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana. Isso, em virtude de que o humano não tem necessidade de direitos em si, mas de dignidade, ou seja, de uma vida digna na qual possa satisfazer e lutar pela satisfação de seus desejos e necessidades, sejam elas materiais ou imateriais.

Nesse sentido é que, de maneira preliminar, afirmamos a relação do direito e da música, quando ela visa à luta por dignidade (direitos humanos). Quer dizer,

22 HELLER e FEHÉR, 2002, p. 195.

enquanto um processo específico que possibilita a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade, a música pode ser considerada como processo de direitos humanos.

Quer dizer, é justamente nesse sentido que falamos da melodia dos direitos humanos, quer dizer, a utilização da música na luta por dignidade e vida digna. Isso porque, num sentido social, os *direitos humanos* são o resultado das lutas sociais e coletivas que tendem à construção “de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam o empoderamento de todas e todos para poder lutar plural e diferenciadamente por uma vida digna de ser vivida”.²³

A igualdade perante a lei é acrescida de potencialidades emancipatórias, visando à construção de um espaço de igualdade material (imanente), o qual somente pode ser construído com o cimento de condições materiais e imateriais libertária, ou seja, condições sociais, econômicas e culturais que nos permitam situar na realidade contextual na qual estamos inseridos, bem como a abertura de processos de luta por alternativas. Daí que, apesar da importância das normas legais, os direitos não se reduzem às normas, tal como já havíamos afirmado. Se a noção de direitos humanos fosse sinônima de lei, pressuporíamos uma falsa concepção da natureza do jurídico. Por conseguinte, torna-se urgente a reformulação dos limites de direitos humanos impostos ao longo da história pelas propostas do liberalismo político e econômico (individualismo, competitividade e exploração, com legitimação jurídica formalista e abstrata), para que se atenda aos desejos e necessidades humanas, através de uma pauta jurídica, ética e social. Ou seja, distinguindo-se o sistema de garantias daquilo que deve ser garantido, o direito deve ser visto como um meio, dentre outros, a garantir o resultado das lutas de interesses sociais.

Pois bem, tradicionalmente, basta saber o que *são* os direitos humanos: são as normas legais supranacionais que universalmente dotam todos os humanos de direitos. Contudo, as normativas de direitos humanos não são exigíveis perante o poder judiciário, por exemplo. Principalmente em se tratando de direitos sociais, econômicos e culturais, os quais são reduzidos a meros princípios orientadores de políticas públicas, permeados por interesses ideológicos. Reconhecendo a importância das normas legais de garantias, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a percepção da vida cotidiana, seja nas grandes metrópoles ou pequenas cidades brasileiras, permite uma suposição de que o impasse da dignidade humana tende apenas a se agravar. Se, por um lado, se têm normas legais, por outro, ou elas não são exigíveis, ou não satisfazem a carências materiais das pessoas.

23 HERRERA FLORES, 2009b, p. 193.

Dentro de uma ética de direito humanos, Herrera Flores busca a subversão do instituído.²⁴ Ao considera desiguais os processos de divisão do *façer humano* (divisão social, sexual, étnica, territorial), que fazem com que uns tenham mais facilidade em obtê-los e outros tenham mais dificuldade, a ponto de impossibilidade, se luta por direitos porque todos e todas necessitam ter acesso aos meios para lutar e aos bens materiais e imateriais a uma vida digna de ser vivida.

Por isso, Herrera Flores²⁵ nos pergunta: quais os objetivos das lutas por direitos humanos? A luta ocorre somente pela obtenção de bens a garantir a sobrevivência ou pela satisfação da dignidade? Afirmar que se busca empoderar todos e todas que sofrem com as violações cotidianas, dotando-os de meios necessários a lutar, plural e diferenciadamente, pelo acesso aos bens materiais e imateriais, de forma igualitária e não hierarquizada *a priori*, implica falar de dignidade humana não a partir de um conceito ideal ou abstrato, mas perceber a dignidade como fim material, ou seja, concretiza-se o objetivo na obtenção dos bens necessários a garantir uma vida digna de ser vivida.

Nesse ponto, rechaçam-se todas as teorias e pretensões intelectuais que se situam na neutralidade, por não pautarem-se pelas condições reais e concretas na qual as pessoas vivem e habitam o mundo enquanto seres fronteiriços. Entende Herrera Flores que o conteúdo básico dos direitos humanos será “o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.²⁶ E assim, “como qualquer produção cultural, os direitos humanos devem ser entendidos e colocados em prática em seus contextos históricos concretos”.²⁷

Para que se possa construir uma alternativa a favor do ser humano e da dignidade de vida, é necessário que se busque uma concepção histórica e contextualizada da realidade dos direitos humanos. Nesse ponto, fazemos um parêntese para afirmar que a música, tal como outras formas de expressão humana, se configura como uma expressão individual e social. Quando se presta à crítica de instituições sociais, políticas, econômicas, etc., quando visa ao empoderamento ou mesmo quando luta por dignidade, por certo que parte de uma análise imanente para proceder à abstração da melodia. Quer dizer, trata-se de uma concepção histórica e contextualizada da realidade, tal como a música de Roberto Carlos salientada neste texto.

24 HERRERA FLORES, 2009a, p. 36.

25 HERRERA FLORES, 2009a, p. 36.

26 HERRERA FLORES, 2009a, p. 39.

27 HERRERA FLORES, 2009a, p. 40.

Por conseguinte, para caminhar rumo à vida imanentemente digna ou, em outras palavras, a uma ideia contextualizada de direitos humanos, é necessário que recuperemos o político e a luta política e democrática pelo dissenso, o que acarreta em romper “[...] definitivamente com as posições naturalistas que concebem os direitos como uma esfera separada e prévia à ação política democrática”.²⁸

Considerar os direitos humanos em sua falsa naturalidade, enquanto esfera separada e prévia à ação política, supõe uma dicotomia insolúvel entre o ideal dos direitos, platonicamente essências, e os fatos concretos da vida prática e contextual de existência humana. Por isso, desejamos uma teoria dos direitos humanos contaminada de contextos e materialista da realidade.

Ao propor a reinvenção dos direitos humanos, Herrera Flores percebeu-os em sua constante mobilidade, em sua sempre transformação.²⁹ Direitos, nessa perspectiva, não se reduzem aos direitos juridicamente postos. Os direitos humanos estão no mundo da prática cotidiana, tal como a expressão musical. São os anseios das pessoas por uma vida digna e pela dignidade humana. São processos de lutas pelo acesso igualitário aos bens materiais e imateriais a uma vida digna de ser vivida, sejam eles de expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, lazer, formação, patrimônio histórico, cultural, etc.³⁰

E nesse sentido, são sempre o resultado transitório pela vida digna. Portanto, direitos positivados não criam direitos. Mas direitos humanos podem ser positivados, em que pese nunca definitivamente, com o fim de obtenção de garantias jurídicas para facilitar sua eficácia, efetividade e validade. Por isso, para Herrera Flores, antes de se falar em direitos, há que se referir aos bens materiais e imateriais que garantem a dignidade da vida humana, pois aqueles somente serão provisoriamente o resultado das lutas sociais, políticas, econômicas, comunitárias, etc., pelo acesso aos bens aptos a garantir uma vida digna.³¹

Essa luta, por conseguinte, enquanto prática social, política, etc., pode ocorrer por meio da arte – música. Isso porque, em grande medida, as belas obras de arte nos permitem uma modificação do olhar, rumo a uma abertura de consciência ao novo. Ao invés de nos determos na mera mimetização temporal e espacial do passado, podemos vislumbrar criticamente a história e as necessárias transformações sociais.

28 HERRERA FLORES, 2009, p. 78.

29 HERRERA FLORES, 2009a, p. 34.

30 HERRERA FLORES, 2009a, p. 34.

31 HERRERA FLORES, 2009a, p. 34.

No campo da música para a dignidade, a grande obra de arte não encontra fundamento na erudição do artista ou na harmonia, mas antes, na desestabilização do instituído para a luta por vida digna. Quando grande obra de arte, a música é uma descrição crítica da realidade social. Ela luta por dignidade, por igualdade e pela eficácia dos direitos humanos. Assim como a vida concreta em sociedade gera reflexo nas criações das melodias, as próprias melodias geram consequências na vida social quando, criticando a realidade, geram uma conscientização cidadã. São, por conseguinte, formas de luta pela dignidade.

4. PARA UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MÚSICA: A TEORIA DA MUSICALIDADE DO DIREITO

Não existe uma Teoria da Musicalidade do Direito. Contudo, o direito se aproxima da música, enquanto arte, de variadas maneiras. Em primeiro lugar, ambos, o direito e a música, se desenvolvem no mesmo campo, o campo das relações humanas.

Em segundo lugar, as consequências sociais da aplicação do direito geram influência nas músicas e letras, que tanto podem elogiar os resultados sociais, quanto criticar as políticas públicas, legislações e as suas consequências no âmbito da sociedade. E assim, a música pode, por sua vez, influenciar a própria sociedade na busca de empoderamento, de liberdade, de igualdade, etc., enfim, a música grita dignidade. Daí que a música pode servir de termômetro para os pesquisadores do direito. Enfim, o que podemos afirmar é que a relação entre ambos é dialética.

A música, não somente por meio de suas letras, significantes e significados, pode nos transformar por meio de sua melodia, aguçando nossa sensibilidade. Importa a Teoria Musical para a estética e a harmonia. Em conjunto, nos leva a uma compreensão nova e intersubjetiva. Leva a uma luta por dignidade humana:

[...] um Branco e um Preto unido,
Respostas que cala o ridículo,
Vejo assim confisco,
mundo submisso,
eu adquiero alívio,
paz para os meu filhos,
na decente, atenciosamente eu sigo em frente tipo as
sim,
regenerado delinquent lá do Brooklyn [...]
mais vale uma família e um qualquer no bolso,

medo, talvez desemprego, sofrimento, lamento,
 vai ser demais, vou viver sem Paz,
 pagar veneno, nas ruas falcatrua zé povinho,
 um isqueiro, o itinerário de um puteiro é o Brasil [...]³².

Quando grande obra de arte, a música é uma descrição crítica da realidade social. Ela luta por dignidade, por igualdade e pela eficácia dos direitos humanos. Quer dizer, uma grande obra de arte é fruto do seu tempo, do modo de vida à época, das narrativas, das teorias, da sociedade, da política, ou seja, da conjuntura social que inspira o artista no momento da criação. Isso quer dizer que o mundo das ideias humanas, mundo das criações, é influenciado pelo mundo material (mundo concreto), bem como pela consciência humana. Daí que dizemos que todo o texto tem seu contexto.

Que melhor descrição de uma grande obra de arte, no que tange à análise social e a luta por bens materiais e imateriais para uma vida digna, assim como a luta por democracia e cidadania ativa e participativa do que a música *Só Deus pode me julgar*, do brasileiro MV Bill? Assim a música diz:

Vai ser preciso muito mais pra me fazer recuar;
 Minha auto-estima não é fácil de abaixar, olhos abertos
 fixados no céu,
 Perguntando a Deus qual será o meu papel.
 Fechar a boca e não expor meus pensamentos,
 Com receio que eles possam causar constrangimentos.
 Será que é isso?
 Não cumprir compromisso, abaixar a cabeça e se manter
 omissos.

A hipocrisia, a demagogia se entregue à orgia. Sem ideologia, a maioria fala de amor, no singular. Se eu falo de amor é de uma forma impopular;

Quem não tem amor pelo povo brasileiro;
 Não me representa aqui nem no estrangeiro;
 Uma das piores distribuições de renda;
 Antes de morrer, talvez você entenda. Confesso para ti
 que é difícil de entender, no país do carnaval o povo nem tem o que
 comer;

Ser artista, Pop Star, pra mim é pouco; Não sou nada
 disso, sou apenas mais um louco, clamando por justiça, igualdade
 racial, preto, pobre é parecido, mas não é igual;

32 Trecho extraído da música *Mun-Rá*, de Sabotage.

É natural o que fazem no senado; Quem engana o povo simplesmente renúncia o cargo. Não é caçado, abre mão do seu mandato; Nas próximas eleições bota a cara como candidato; Povo sem memória, caso esquecido; Não foi assim comigo, fiquei como bandido;

Se quiser reclamar de mim, que reclame; Mas fale das novelas e dos filmes do Van Daime; Quem vive no Brasil, no programa do Gugu; Rebolo, vacilou, agachou e mostrou; Volta pra América e avisa pra Madonna; Que aqui não tem censura, meu país é uma zona; Não tem dono, não tem dona, nosso povo tá em coma erga sua cabeça que a verdade vem à tona.

É! Mantenho minha cabeça em pé! Fale o que quiser, pode vir que já é! Junto com a ralé Sem dar marcha ré! Só Deus pode me julgar, por isso eu vou na fé!

Soldado da guerra a favor da justiça. Igualdade por aqui é coisa fictícia; Você ri da minha roupa, ri do meu cabelo; Mas tenta me imitar se olhando no espelho Preconceito sem conceito que apodrece a nação; Filhos do descaso mesmo pós-abolição; Mais de 500 anos de angústia e sofrimentos; Me acorrentaram, mas não meus pensamentos; Me fale quem... Quem!? Tem o poder... Quem!? Pra condenar... Quem!? Pra censurar... Alguém!? Então me diga o que causa mais estragos 100 gramas de maconha ou um maço de cigarros? O povo rebelado ou polícia na favela? A música do Bill ou a próxima novela?

Na tela, sequela, no poder, corrupção; Entramos pela porta de serviço Nossa grana não Tapão [...] só pra quem manda bater; Pisando nos humildes e fazendo nosso ódio crescer (CV) MST, CUT, UNE, CUFA (PCC); O mundo se organiza, cada um a sua maneira; Continuam ironizando; Vendo como brincadeira, besteira; Coisa de moleque revoltado; Ninguém mais quer ser boneco; Ninguém mais quer ser controlado; Vigiado, programado, calado, ameaçado; Se for filho de bacana o caso é abafado;

A gente é que é caçado, tratados como Réu; As armas que eu uso é microfone, caneta e papel; A socialite assiste a tudo calada; Salve! Salve! Salve! Oh!Pátriaamada,mãegentil.PoderososdoBrasil;quedistribuemparaascriançascoacinaefuzil;Mecalar,me censurarporquenãopodefalanada; É como se fosse o rabo sujo falando da bunda mal lavada;

Sem investimento, no esquecimento, explode o pensamento;

Mais um homem violento; Que pega no canhão e age inconsequente; Eu pego o microfone com discurso contundente;

Que te assusta uma atitude brusca; Dignificando e brigando por uma vida justa;

Fui transformado no bandido do milênio; O sensacionalismo por aqui merece um prêmio; Eu tava armado, mas não sou da sua laia; Quem é mais bandido? Beira mar ou Sérgio Naya?

Quem será que irá responder: Governador, Senador, Prefeito, Ministro ou você? Que é caçado e sempre paga o pato; Erga sua cabeça pra não ser decepada; É! Mantenho minha cabeça em pé! Fale o que quiser pode vir que já é! Junto com a ralé. Sem dar marcha ré! Só Deus pode me julgar por isso eu vou na fé!

Como pode ser tragédia a morte de um artista; E a morte de milhões, apenas uma estatística?

Fato realista de dentro do Brasil; Você que chorava lá no gueto ninguém te viu Sem fantasiar realidade dói; Segregação, menosprezo é o que destrói; A maioria é esquecida no barraco; Que ainda é algemado, extorquido e assassinado; Não é moda, quem pensa, incomoda; não morre pela droga, não vira massa de manobra; Não idolatro a mauricinho da Tv, não deixa se envolver; Porque tem proceder Pra que? Porque? Só tem paqueta loira, aqui não tem preta como apresentadora; Novela de escravo a emissora gosta mostra os pretos; Chibatadas pelas costas; Faz confusão na cabeça de um moleque que não gosta de escola;

E admira uma intra-tek, Clik-cklek; Mão na cabeça; Quando for roubar dinheiro público; Vê se não esqueça que na sua conta tem a honra de um homem envergonhado; Ao ter que ver sua família passando fome; Ordem e progresso e perdão; Na terra onde quem rouba muito não tem punição; É! Mantenho minha cabeça em pé! Fale o que quiser pode vir que já é! Junto com a ralé Sem dar marcha ré! Só Deus pode me julgar por isso eu vou na fé!³³

Nesse sentido, por meio dessa letra, MV Bill analisa os valores que regem a sociedade brasileira do século XXI. Dentre outras críticas, como ele mesmo disse, como a morte de um artista vira assunto importante enquanto a morte de milhares de excluídos sociais vira apenas estatística? Por isso, briga por dignidade. Além disso, propõe uma suposição do futuro e a possibilidade da fissura com vistas a um novo modelo de sociedade, baseada na emancipação, na dignidade, na liberdade, na igualdade, na democracia e na cidadania participativa.

33 Letra da música *Só Deus pode me julgar*, de MV Bill.

Trata-se de uma letra que induz ao empoderamento cidadão e que critica não somente valores sociais, mas também políticas públicas, legislações, essencialmente a criminal, o próprio direito, etc. Quer dizer, trata-se de uma luta popular em prol da dignidade humana.

Assim, no que tange aos direitos humanos e à emancipação da cidadania, a diferença entre as grandes obras de arte e as obras de arte menores vincula-se à luta por dignidade. No campo da música para a dignidade, a grande obra de arte não encontra fundamento na erudição do artista ou na harmonia, mas antes, na desestabilização do instituído para a luta por vida digna.

Quer dizer, independentemente de estarmos falando de gêneros musicais, o que importa é a luta pela dignidade. A música, nesse sentido, grita imanência. E sendo essa luta travada por diferentes gêneros musicais, desde a MPB até o RAP, atinge-se pessoas de diferentes estratos sociais, de diferentes valores, etc., ocasionando um fenômeno de conscientização. Isto é, a música não serve apenas para ser ouvida, mas para ser refletida.

Conforme Herrera Flores, as pequenas obras de arte nos levam apenas a uma fuga temporal da realidade e que apenas reproduzem esquemas conceituais de maneira ortodoxa, o que equivaleria dizer uma música para ser ouvida.³⁴ Diferentemente, as grandes obras de arte contém em seu seio uma semente de ruptura: são propostas de movimento criador.

As grandes obras de arte não nos permitem uma fuga da realidade, mas pelo contrário, levam-nos a nos situarmos na própria realidade para procedermos à sua análise crítica. Trata-se, portanto, no âmbito musical, de uma melodia que, baseada nas relações e fatos concretos da sociedade, da política, do direito, etc., nos leva a refletir e a questionar a realidade. Quer melhor exemplo disso que a letra da música *Rodo Cotidiano*, do Rappa? Assim ela diz:

A ideia lá corria solta;
Subia a manga amarrotada social;
No calor alumínio nem caneta nem papel;
E uma ideia fugia;
Era o rodo cotidiano;
O espaço é curto quase um curral;
Na mochila amassada uma quentinha abafada;
Meu troco é pouco, é quase nada [...];
Não se anda por onde gosta;
Mas por aqui não tem jeito, todo mundo se encosta;

34 HERRERA FLORES, 2007, p. 19.

Ela some, ela no ralo, de gente;
 Ela é linda, mas não tem nome, é comum e é normal;
 Sou mais um no Brasil da Central;
 Da minhoca de metal que corta as ruas;
 Da minhoca de metal;
 Como um Concorde apressado cheio de força;
 Voa, voa mais pesado que o ar;
 O avião do trabalhador [...].

Uma letra que fala do dia-a-dia de um trabalhador brasileiro, anônimo, um *mais um no Brasil da Central*, que utiliza o metrô como meio de transporte, tão quente e curto como um curral. E assim, o trabalhador vive sempre o mesmo, sem saber se anda por onde gosta, mas pela necessidade de manutenção da vida. Isso porque, se o *troco é pouco, quase nada*, o que percebe pelo trabalho efetuado garante-lhe somente o mínimo dos bens materiais e imateriais para a vida. Que falar então em vida digna? Em direitos humanos?

Por conseguinte, começa a existir um critério de seleção estética: a grande obra ou, em outras palavras, a obra de arte bela, é aquela que nos permite uma modificação do olhar, rumo a uma abertura de consciência ao novo. Ao invés de nos determos na mera mimetização temporal e espacial do passado, podemos vislumbrar criticamente a história e as necessárias transformações sociais.

Daí que, do mesmo modo com que a letra de *Rodo Cotidiano* grita por dignidade, a letra de *Hino da Repressão*, de Chico Buarque, também promove uma crítica à ausência de dignidade, promovendo uma luta por direitos, assim:

Se atiras mendigos
 No imundo xadrez
 Com teus inimigos
 E amigos, talvez
 A lei tem motivos
 Pra te confinar
 Nas grades do teu próprio lar
 Se no teu distrito
 Tem farta sessão
 De afogamento, chicote
 Garrote e punção
 A lei tem caprichos
 O que hoje é banal
 Um dia vai dar no jornal

Se manchas as praças
 Com teus esquadrões
 Sangrando ativistas
 Cambistas, turistas, peões
 A lei abre os olhos
 A lei tem pudor
 E espeta o seu próprio inspetor
 E se definitivamente a sociedade só te tem desprezo e horror
 E mesmo nas galeras és nocivo, és um estorvo, és um tumor
 Que Deus te proteja
 És preso comum
 Na cela faltava esse um!

A partir de uma relação entre a melodia e quem a escuta, é possível a compreensão da dignidade humana. A vinculação essencial entre o Direito e a Arte, nesse ponto, leva a Arte a ser vista como uma consciência (*est*)ética e o Direito se constitui em um código regulamentador da conduta humana para a *convivência* da vida em sociedade, não somente um sistema pretensamente coerente e completo. O próprio Direito que precede esse sistema de Direito pode ser entendido, de maneira mais abrangente, como uma manifestação da Arte, também subordinado à *est-ética* das relações entre os seres humanos.

Daí que tanto o Direito quanto a Arte e, neste gênero, englobamos a música como espécie, são produções ficcionais dos seres humanos, porém também podem ser abstrações fundadas na imanência do mundo. São, portanto, um e outro, ficções culturais. São produtos culturais que emergem dos contextos práticos de produção do conhecimento e, além disso, dialeticamente, influem nas constantes novas manifestações conjunturais da sociedade.

Com essa tomada de posição, colocamos em evidência o fronteiroço: o periférico intersubjetivo. E assim, podemos entender o Direito por meio da Arte, o que implica em situar o texto em seu devido contexto, mas também fazer conviver o lógico com o ilógico, em um sistema híbrido de mesclas, que pode culminar na emancipação do pensamento criativo.

Nesse sentido, a luta por dignidade humana também é uma luta pela explosão do riso (a descarga do reprimido, a liberdade), pela vinculação do direito – instituído – à arte – instituinte –, como maneira de mirar uma alternativa ao que se apresenta como imutável, de exercitar a capacidade humana de fazer e desfazer o *real*, ao invés de nos situarmos como tristes espectadores de uma realidade transcendental que se apresenta *a priori* como tal em sua universalidade dogmático-formal.

A música e o Direito são manifestações linguísticas: ambos são polissêmicos e comportam múltiplas interpretações. Não há nada fechado e imutável a fazer fechar as portas de uma imaginação poética. Tal relativização, todavia, não significa que tudo valha igual, outra face do pensamento absolutista, mas que todas as situações devem ser compreendidas em um marco de relação, despojando-nos da visão narcísica e deformada do real.

Que nem tudo (toda a arte) vale igual, portanto, como nos disse Herrera Flores, significa a possibilidade de nos colocarmos em relação com o mundo contextual do qual emergimos e no qual nos situamos, para podermos lutar por nossa capacidade de *ser* e de *fazer valer* nossas formas plurais de luta pela dignidade do ser humano.³⁵

A criatividade, então, cumpre seu papel emancipador de luta pela dignidade quando percebida como a *arte de criar-vida*, ou seja, quando sentida como a abertura ao novo que, por si só, sempre será subversão da ordem hegemônica. Um novo utópico³⁶ que não pode mais ser visto como um lugar em nenhum lugar: um não-lugar ou lugar que inexistente, tampouco que nunca existirá; mas como uma mirada de horizonte, um utópico a que se quer chegar.

O importante é delimitarmos um lugar utópico que funcione como um dever ser de dignidade, para pautar as ações concretas dos indivíduos em sociedade. Aí reside a maior importância da arte: recuperar a criatividade – criar vida – humana enjaulada, para a mirada de um novo mundo possível, que seja lúdico, porém comprometido com a vida, em um sempre constante deslocamento de criação e recriação do que nunca é, nem poderá ser, estático.

Herrera Flores disse que nem toda a arte vale igual: existe um critério de seleção estética.³⁷ Diferenciamos as grandes obras artísticas das obras de menor porte. A diferença reside justamente nas lutas pela dignidade humana. As pequenas obras são apenas repetições de esquemas conceituais prévios, aceitação e reprodução de dogmas assumidos acriticamente. Já as grandes obras, levam consigo a potência humana, a capacidade de criatividade. São movimentos criadores do que pode *vir-*

35 HERRERA FLORES, 2007, p. 14.

36 *Utopia* é o termo cunhado por Thomas More para designar uma *ilha* – lugar – que não está em local nenhum real, somente existindo no plano do ideal, como um projeto de antecipação. As utopias modernas se inserem na dimensão do futuro, projetando uma antecipação dele como forma de criticar os valores que predominam no presente. E assim, a utopia existe modernamente em suas mais variadas vertentes, utopia socialista, capitalista, dos direitos humanos, etc. SÁNCHEZ VÁZQUEZ; 2001, p. 361-363.

37 HERRERA FLORES, 2007, p. 19-20.

a-ser ante a pluralidade do mundo, buscando caminhos possíveis de igualdade e de dignidade.

A arte não pode ficar na simples repetição, mas deve posicionar-se, libertar a possibilidade de constante recriação do mundo e das relações humanas. Ao gritar imanência, a arte pertence ao mundo humano, alheia às transcendências que impedem os seres humanos de se conscientizarem do contexto societário e do mundo no qual habitam e, assim, de humanizarem-se.

Isso é o que Herrera Flores chama de *lógica do vulcão*, ou seja, uma metáfora, no âmbito dos direitos humanos e da dignidade humana, para a aposta na erupção do novo, que muitas vezes se encontra esmagado debaixo da pétrea laje do convencional.³⁸ Ou seja, o que já está normatizado e a luta por novos direitos ou, antes, por bens materiais e imateriais que perfazem uma vida digna.

A arte é filha de *Taumas* e, assim, descendente da admiração e da surpresa diante da pluralidade e do movimento do real. “[...] toda produção cultural – seja um romance, uma teoria ou uma norma jurídica – muda e se transforma ao largo das histórias pelas quais atravessa o ser humano, nesse contínuo processo de reação cultural em meio aos sistemas de relações em que vivemos”.³⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objeto vislumbrar a possibilidade de uma intersecção entre os campos cognitivos do Direito e Música para compreender a luta dignidade humana à luz do direito vivo, ou seja, das práticas sociais.

Embora seja recente e pouco explorada a busca de uma relação teórica entre os campos cognitivos do Direito e da Música, a relação entre ambos não é recente, visto que, em primeiro lugar, as normativas jurídicas regulam a exploração da atividade musical, a exemplo do direito autoral, embora não dialoguem com a Teoria Musical. Ademais, em segundo lugar, a música, expressão da arte e do ser humano, dialoga com o direito, principalmente com o direito percebido como um *ente* social, além de promover críticas ao mundo jurídico.

Ainda assim, para a luta por direitos humanos (dignidade), a música, muito mais do que qualquer obra de arte, essencialmente quando popular, detém a capacidade de influenciar uma imensa quantidade de pessoas, tocando nas rádios de norte a sul do país, pode promover mudanças de grande porte nos valores sociais, práticas, etc., enfim, no próprio direito.

38 HERRERA FLORES, 2007, p. 31.

39 HERRERA FLORES, 2007, p. 33.

Quer dizer, se tanto o Direito quanto a Música se desenvolvem no mesmo campo, o campo das relações humanas, podemos dizer que, da mesma forma com que o Direito influencia o contexto social e, conseqüentemente, as manifestações artísticas; a música, de seu turno, enquanto expressão do corpo individual e social, pode oferecer informações para a compreensão do direito ao exprimir uma visão da sociedade, donde o direito emerge e onde atua.

E assim, a música pode influenciar a própria sociedade na busca de empoderamento, de liberdade, de igualdade, etc., enfim, a música grita dignidade. Daí que no campo da música para a dignidade, a grande obra de arte não encontra fundamento na erudição do artista ou na harmonia, mas antes, na desestabilização do instituído para a luta por vida digna.

Ainda assim, para falarmos de uma relação entre o Direito e a Música, no sentido da busca por dignidade e por direitos humanos, importa sabermos o que é Direito. Em primeiro lugar, não podemos reduzir o Direito ao ordenamento jurídico. Conforme Lyra Filho, é na dialética social e no processo histórico que surge o Direito, ou seja, a essência do jurídico é o conjunto do social. E assim, não se trata de um *ente* engessado, mas de um processo de modificação e de libertação permanente. O Direito é o próprio movimento social.

Nesse sentido é que salientamos o direito *na* Música, quando crítica da ausência de dignidade humana e quando reflexo do social que busca empoderamento, vida digna (bens materiais e imateriais), como Direito.

Quer dizer, os direitos humanos, passam a ser percebidos a partir de uma teoria crítica e realista que os compreende em sua complexidade e em sua natureza impura e híbrida. Assim, os direitos humanos são vistos como processos que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana. Isso porque o humano não tem necessidade de direitos em si, mas de dignidade, ou seja, de uma vida digna na qual possa satisfazer e lutar pela satisfação de seus desejos e necessidades, sejam elas materiais ou imateriais.

Para essa finalidade, a música pode cumprir a luta por dignidade e vida digna. Sendo os direitos humanos o resultado sempre provisório das lutas sociais por vida digna (bens materiais e imateriais), a dignidade é tida como um fim material, ou seja, concretiza-se o objetivo na obtenção dos bens necessários a garantir uma vida digna de ser vivida.

Essa luta, por conseguinte, enquanto prática social, política, etc., pode ocorrer por meio da arte – música. Isso porque, em grande medida, as belas obras de arte nos permitem uma modificação do olhar, rumo a uma abertura de consciência

ao novo. Ao invés de nos determos na mera mimetização temporal e espacial do passado, podemos vislumbrar criticamente a história e as necessárias transformações sociais.

6. REFERÊNCIAS

- CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do Direito. *Direito e Avesso*, Brasília, Nair, I (2):21-30, jul./dez. 1982.
- HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a.
- _____. *O nome do riso*: breve tratado sobre arte e dignidade. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: Cesus; Florianópolis: Bernúncia, 2007.
- _____. *Teoria crítica dos direitos humanos*: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília, Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.
- _____. *O que é Direito?*. 2ª ed. São Paulo, Brasiliense, 1982.
- _____. *Pesquisa em que Direito?* Brasília, Nair, 1984a.
- _____. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília, Obreira, 1981.
- _____. *Por que estudar Direito, hoje?* Brasília, Nair, 1984b.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *O ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo*: análise e perspectivas a partir da proposta alternativa de Roberto Lyra Filho. Florianópolis, CPGD/UFSC, 1987. (Dissertação de mestrado).

Capítulo 19

DIREITO, MARXISMO E CRÍTICA JURÍDICA

Enoque Feitosa¹

1. INTRODUÇÃO

Este artigo – escrito com base em nossas notas para exposição durante a “VII conferência latino-americana de crítica jurídica”, realizada na Universidade Federal de Santa Catarina, em 2012 – procura examinar por quais motivos a visão liberal da vida social, expressão política do normativismo abstrato, tenta limitar as reivindicações sociais acerca de justiça, cidadania e direitos, ao terreno de meras garantias formais, desdenhando qualquer discussão sobre sua concretização, apologizando os direitos individuais e excluindo de sua concepção qualquer elemento da chamada “questão social”?

Com isso, objetiva refletir e enfrentar o desafio de repor os termos da relação entre modelos formalistas do direito e o reconhecimento das singularidades que apontam para sua concretização de tentará o fazer assumidamente sob o referencial da chamada crítica jurídica latino-americana, pelos motivos que, adiante, se fundamentarão.

E, para tanto, discute a tese específica pela qual conceber o direito enquanto dotado do caráter unicamente de garantias formais leva, quase que necessariamente, à subestimação de sua concretização e nubla que sua aplicação não pode relevar as especificidades de cada sociedade e de cada cultura, deixando, assim, de perceber que o fenômeno jurídico é, centralmente, uma construção social a qual os legisladores, os doutrinadores e juristas *ex professo* dotam de uma estrutura formal que é, em algum nível, necessária a sua aplicabilidade.

Esse erro resultante do apego absoluto ao formalismo e do desprezo aos problemas de conteúdo sucede, entre vários motivos, por um ponto que é objeto de nossas pesquisas: por seu lugar social, os juristas, em sua maioria, são – de certa forma – reféns de ilusões referenciais, que se expressam na crença acerca do suposto

1 Doutor em Direito e Doutor em Filosofia; Pós-doutor em Filosofia do direito; Professor nos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia da UFPB, onde é docente adjunto.

caráter neutro do fenômeno jurídico e relevam que a forma jurídica – como toda forma – é forma de um determinado conteúdo.

Que conteúdo é este é o que se abordará ao longo do presente artigo, mas diga-se desde logo, para se falar claramente de nossa tese específica, que ele se constitui numa estrutura de justificação de decisões que visam neutralizar expectativas nem sempre prontas a serem atendidas. O problema é que uma concepção historicamente situada, acerca do direito, só adquire potencial heurístico se e na medida em que reconhecer indivíduos reais, em suas condições materiais de vida.

Assim, compreender o fenômeno jurídico numa perspectiva que dê conta da premência de materialização dos direitos, demanda perceber que o seu ponto de partida não se limita ao sujeito imaginado pela concepção liberal das revoluções do século XIX, porque o direito contemporâneo não pode prescindir desses novos contextos. Ver o sujeito de direito como átomo, mônada individualmente isolada – e é assim na concepção liberal – e não como resultado histórico, constitui-se num erro metodológico de imaginar uma suposta produção desse indivíduo fora da coletividade.

Enfim, não constitui uma sólida compreensão crítica do direito, ignorar como as diversas formas de relações sociais criam suas próprias formas de relações jurídicas.

Para dar conta dessa abordagem, o trabalho, num primeiro momento, examina a forma jurídica como campo social de permanente tensão entre sua percepção como promessa formal, inserida em textos sem eficácia e as demandas por sua concretização.

2. A CRÍTICA COMO CONTRAPOSIÇÃO AO FORMALISTA REDUCIONISTA ACERCA DO DIREITO

O projeto de formalização do saber jurídico - que foi sintetizado na consigna de depuração da teoria do direito, visando “garantir um conhecimento apenas dirigido ao âmbito jurídico, excluindo tudo quanto não pertença ao seu objeto e libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhes seriam estranhos”,² para

2 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Acerca da relação tensa entre juristas críticos que, além de se reivindicam como marxistas, pretendem construir uma “teoria do direito” para competir com a do positivismo e a da filosofia analítica (aliás, muito aparentadas), o eminente professor Oscar Correias chama atenção para uma questão seminal: “a intenção de construir tal teoria vem se dissipando à medida que os marxistas, alunos de importantes autores analíticos, foram obrigados as leituras clássicas (Kelsen, Hart, Ross, Bobbio). Pode-se dizer que onde a tradição analítica é menos forte, como no Brasil e México, os marxistas aceitam menos essa teoria, ao duro preço de ingenuidade teórica acerca do direito”.

poder, com tal ‘deapuração’, ser ciência e não, conforme seu formulador, “política do direito” - ainda hoje tem um peso imenso na consciência e no senso comum teórico dos juristas, para aqui usar o neologismo proposto por Warat, no sentido de que uma teoria do direito que se pretenda apta a examinar seus pressupostos, possa contar com um conceito operacional que dê conta da dimensão ideológica das chamadas “verdades jurídicas”.³

Para um saber formal, portanto, avesso a crítica de seus pressupostos, a crítica ao direito (mesmo uma crítica interna) não teria a dignidade de uma ciência, sendo tão só ideologia, na medida em que se recusa em lidar com os institutos dogmáticos enquanto dados prévios, isto é, pressupostos indiscutíveis, mas tão só enquanto recurso meramente operacional para lidar com a chamada tecnologia jurídica.

Estudiosos vários (aqui por todos vale a menção a Bobbio, o qual, ainda que se situasse enquanto normativista, sempre buscou se diferenciar dessa divisão hierárquica simplória entre teoria do direito *versus* teoria sobre o direito) sempre enfatizaram a necessidade de construção de um campo autônomo para exame do direito, não podendo a necessidade de tal campo ser tratada enquanto uma objeção para não refletir sobre as contribuições de outros campos ao universo de compreensão do jurídico, visto que muitas das observações dos críticos da forma jurídica, ou seja, das chamadas teorias críticas sobre o direito (Marx é um exemplo) implicassem num suposto alheamento sobre problemas imanentes da forma jurídica, visto que uma teoria sociológica do direito não pode ser dada como menos legítima que qualquer teoria formal.

Por isso, tratar o direito, que é, claramente, uma relação social, só se concebe encarando-o como fenômeno histórico e, conseqüentemente, vendo a sua aplicação e reprodução (social, acadêmica) enquanto uma prática crítica, historicamente situada e em constante diálogo com outros saberes, sem a qual perde qualquer inteligibilidade.

Para tanto, a primeira tarefa é a de por entre parêntesis os modelos que idealizam o direito, o afastam da vida social e tentam caracterizá-lo como uma esfera acima das classes, neutra e supostamente desinteressada quanto aos conflitos humanos

CORREAS, Óscar. *El derecho y los marxistas*. México, s/d. O destaque é nosso e desde já agradecemos ao Professor Correias, que nos concedeu a primazia de traduzir e publicar tão importante texto, já em fase de publicação. No mesmo sentido, e explicitando a via de entrada para o estudo do direito, na qual Kelsen é inevitável, ver entrevista concedida pelo mencionado professor. CORREAS, Óscar. Entrevista. In: *Direito & Realidade*. Monte Carmelo: FUCAMP, ano 1, volume, 2001, p. 31-38, especialmente p. 33. E, para um balanço qualificado da crítica jurídica - na cultura jurídica ocidental, na América Latina e no Brasil, ver: WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

3 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Vol. 1. Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 13.

com os quais lida, evidenciando-as ou enquanto perspectiva ingênua ou como mera abordagem / discurso ideológico claramente interessado em difundir uma imagem invertida do que de fato é a forma jurídica.

A objeção, geralmente levantada, que o direito é neutro em razão do princípio da imparcialidade do juiz é uma falácia visto que não se confunde uma circunstância com a outra. O exame racional de qualquer problema pede ponderação e não neutralidade visto que ninguém, para julgar, abdica de suas crenças, de sua formação e outros valores como quem muda de roupa. É tola, vã e absurda a pretensão de que o juiz seja imparcial, quando o legislador não o é, visto que a imparcialidade é só a forma, nunca o conteúdo do direito e nunca será ocioso lembrar que toda forma é sempre forma de um conteúdo. Nesse tocante, Marx se vale da dialética hegeliana, em cujo mentor – como assinala Wolkmer – nunca deixou de reconhecer os méritos.⁴

Por outro lado, com a crescente afirmação do que se chama cultura dos direitos ganhou relevância a inserção de tal problemática num conjunto de políticas públicas que visem promovê-los bem como as demandas dos mais diversos setores da sociedade por sua concretização visto que, como antes mencionado, não basta a existência formal de direitos para que eles possam gozar de eficácia.

Mesmo que alegue que já há um consenso razoável entre os que defendem uma concepção de concretização do direito no sentido de que se leve em conta, na construção de uma teoria do direito para o século XXI, dos estudos que criticam a concepção liberal oitocentista, de matriz totalmente individualista, o consenso supra-mencionado se esvai por razões que se examinarão no próximo ponto, a principal delas é que tais direitos, como o direito em geral, são construções historicamente e socialmente dependentes.

Por isso mesmo é que se propõe, a partir daqui, abordar a crítica à concepção do direito oriunda do século XIX, a qual, em razão da correlação política então existente, erigiu sua concepção restrita enquanto garantias do indivíduo egoísta e em contradição permanente com os interesses da sociedade.

Essa discussão, igualmente, avulta em importância pelo fato - nem sempre percebido pelos que formulam modelos para uma teoria sobre fundamentação / justificação do direito - de que a única forma de negar o caráter contextual, temporal, relativo do mesmo, obrigaria, teoricamente, a afirmá-lo como dotados de um fundamento prévio, independente da história e acima dos humanos.

Ademais, essa visão essencialista, independentemente das boas intenções de seus formuladores, imobiliza a luta pela transformação das relações sociais, das quais

4 MARX, Carlos. La ley sobre los robos de leña. In: *Escritos de juventud*. México: FCE, 1987, p. 281-282; WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 2000, p. 70-71.

a forma jurídica é uma das expressões, na medida em que tem em comum o fato de defender um fundamento anterior e superior para o direito existente, com o que se desobrigaria da tarefa de sua necessária justificação.

3. DA INEXISTÊNCIA DE UMA FUNDAMENTAÇÃO A-HISTÓRICA DO DIREITO

A crença no direito e na razão enquanto fatores desvinculados da vontade política concreta (nem sempre representativa da “vontade geral”, mesmo que na maioria dos casos esta se limite a contagem circunstancial de cabeças) sempre marcaram fortemente a herança liberal nesse campo. Veio do marxismo a principal crítica de princípio a essa forma de ver o direito.

Mas, o que essa crítica significaria? Uma renúncia ou recusa a qualquer reivindicação acerca do direito? A resposta a esta questão é pela negativa. Sempre foi um viés que perpassou a crítica de Marx a sua consciência acerca da importância das reivindicações democráticas, portanto no campo onde existem e atuam relações de Estado e de direito.

Sua crítica ao direito burguês, direito moderno por excelência, do qual a reivindicação ao direito de propriedade privada é expressão, se situa no terreno na qual o jurídico se concretiza, as relações sociais.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão, aprovada pela Convenção Nacional, em 1793 e afixada no lugar de suas reuniões, o documento mais radical para àquela época e que prescrevia em seus dois primeiros artigos que os homens [era essa a fórmula de então] tinham direito - naturais e imprescritíveis - a igualdade, liberdade, segurança e propriedade, é atingida, na medida em que subsumida pela crítica de Marx não apenas ao direito, mas a uma determinada forma de sociabilidade.

Ora, o ponto de vista aqui defendido, no sentido da concretização dos direitos, é o de apontar a limitação destes quando eles se restringem a exaltação ao egoísmo liberal (o qual, inclusive, nega e sufoca o indivíduo), ao invés de apontar para a superação desses limites através da afirmação social plena do humano.

A visão liberal-individualista tenta, insistentemente, limitar as reivindicações jurídicas ao terreno das garantias individuais, excluindo delas qualquer elemento da chamada “questão social”,⁵ no que resulta numa visão do direito enquanto limitado as garantias formais, sem efetividade, e a serem imoladas eternamente no altar da vida real.

5 A questão social, embora contemporaneamente tratada na condição de categoria analítica (mas que, no Brasil, já foi considerada “caso de polícia”), tornou-se nome “politicamente correto” e aparentemente neutro, para se falar, na academia e na literatura dita “cult”, da velha luta de

Se olhada pelo contexto da negativa de fundamentos anteriores e superiores para o direito, essa crítica ao direito de matriz individualista proporciona consistência a uma reflexão acerca dos mesmos, no sentido de possibilitar sua concretização para as amplas maiorias excluídas.

Isto pelo fato muitas vezes ocultado de que a forma jurídica, em regra, atua numa dupla direção: a) universalizando apenas no âmbito formal os direitos para as maiorias e, b) consagrando direitos individuais que, na maioria dos casos, só uma minoria, dotada de poder econômico, desfruta, notadamente no que concerne a apropriação privada.

Ora, a ideia (tipicamente jusnaturalista) - de que haveria certos direitos superiores e anteriores a qualquer ordem jurídica - pode, aparentemente, fornecer um fundamento ao direito. Mas ela deixa de fora uma questão: quem define esse “fundamento”?

Por outro lado esse modelo não nos livra, ao contrário, pode nos conduzir, a intolerância visto que estabelece um critério claramente eurocêntrico pelo qual as sociedades diferentes do padrão teórico hegemônico - indígena, islâmica, africana, afegã, iraquiana, iraniana, palestina etc. - ao não respeitarem essa *mainstream* conceitual seriam passíveis de punições e enquadramento, gerando o paradoxo (nos próprios termos da formulação liberal) pelo qual a violência seria via de implantação de direitos!

4. CRÍTICA JURÍDICA COMO PRESSUPOSTO NO EXAME DA ORDEM JURÍDICA

Mesmo para quem tenha uma atitude cética em relação ao direito e, por causa dela, defenda até, como objetivo político tardio, a eliminação da forma jurídica enquanto manifestação de uma realidade alienada, não há porque se negar sua operacionalidade e inevitabilidade histórica nas sociedades marcadas por conflitos distributivos.

classes. Em sua origem, como assinala NETTO, “essa polarização social se expressa enquanto fenômeno necessário do arranque da industrialização capitalista”. Hoje, com o desmonte das políticas públicas e com a apologia do “estado mínimo”, tenta-se transferir a responsabilidade do Estado liberal com essa “questão social” para a caridade dos cidadãos, através das sobras de seu tempo, renda e de apelos a (mal) chamada “responsabilidade social”. Para tanto ver: NETTO, José Paulo. *Marxismo impenitente*: contribuição à história das ideias marxistas. São Paulo: Cortez, 2004, p. 34-36. Outra análise bastante qualificada sobre “a compreensão e enfrentamento das manifestações da questão social, em especial quando revestida de forma jurídica” é encetada em: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. Manifesto, modernidade e direito. In: *Direito & Realidade*. Ano 1, nº 1. Monte Carmelo: FUCAMP, 2012, p. 81-90.

Por isso, no âmbito do direito, por “coerção externa” não se deve entender apenas a coerção estatal, mas também, e fundamentalmente, as condições de vida material. As primeiras, longe de constituírem o fundamento da sociedade, são apenas exteriorizações da sua própria divisão⁶.

Perceber esses elementos que permeiam o âmbito jurídico (e que visam justificar, em última instância, a manutenção do *status quo*) não significa necessariamente adesão a uma atitude de negação imediata do direito.

Assim, pode-se começar a antever que o fundamento da concepção crítica acerca do âmbito jurídico que aqui se defende apóia-se num marco teórico que privilegia a ação humana enquanto práxis social e nela inclui o direito como categoria inserida na história.

Nesse foco, é de se ressaltar – como já se chamou atenção na introdução – para o papel que o chamado “Movimento da Crítica jurídica”, o qual tem cumprido no Brasil e na América latina, nesse tocante e notadamente através de alguns teóricos mais destacados e que têm dado contribuições significativas, por suas virtualidades de elaboração intelectual e intervenção concreta na prática e teoria jurídicas, a exemplo de WOLKMER, CORREAS, TORRE RANGEL, SANCHEZ RUBIO, CARVALHO, ARRUDA JUNIOR, para mencionar alguns.

Para boa parte desses estudiosos, notadamente os de viés marxista, a admissão do direito de propriedade como inerente ao ser humano, e não como resultado de um movimento histórico que, ao tempo em que abolia as relações feudais, criou outra forma de relação, nubla uma apreciação adequada da forma jurídica enquanto parte do movimento de um dos “complexos da totalidade social”, no sentido que lhes conceitua LUKÁCS.⁷

O que se evidencia, então, é uma espécie de antinomia quando da inserção do direito de acumulação de propriedade privada como um dos principais direitos (inserida inclusive como direito humano fundamental), oponível *erga omnes*, para aqui se usar uma expressão cara aos juristas, e se ignora o fato – jurídico e social, com rebatimento na concepção que se defende de direito - de que:

Se se entende que toda transgressão contra a propriedade é um roubo, não seria um roubo toda apropriação privada? Acaso minha propriedade privada não exclui a todo terceiro desta propriedade? Com isso, não lesiono, por sua consequência, o direito

6 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 462.

7 LUKÁCS, 2007 [1976]: 152, 172, 177-182 e, especialmente, 197-199.

de propriedade dele?⁸

E é este o aspecto fundamental de nossa análise, que aqui toma um aspecto concreto do âmbito jurídico, com enormes repercussões sociais e econômicas numa região de tão grandes disparidades como nossa América latina.

Óbvio que essa crítica à concepção oitocentista do direito enquanto algo limitado às garantias formais (que nem por isso são menos importantes, mas que devem ser, necessariamente, complementadas com meios para a concretização dos demais direitos) visa inviabilizar o discurso liberal, notadamente na justificação do direito de propriedade, cujo centro é a apropriação privada dos grandes meios de produção (grandes conglomerados industriais, imensas porções de terras e sistema financeiro) que é fonte fundamental das desigualdades sociais.

Com isso, o sustentáculo de boa parte das idéias que fazem parte do senso comum jurídico e do compêndio de ilusões que ele constitui estaria solapado pela base.

No entanto, os que cindem, de um lado, a crítica à forma injusta de organização da sociedade, e a separam da concepção idealista que têm sobre o jurídico, acabam por se tornarem presa dessa visão parcial e acrítica do direito não conseguindo superar esse compêndio de ilusões que constituem o chamado senso comum teórico dos juristas.

E não conseguem pelo motivo de que ou porque se está preso a essas ilusões referenciais, aderindo às crenças acerca do suposto caráter neutro do fenômeno jurídico ou porque se espera do direito uma racionalidade essencialista e previamente constituída, que a forma jurídica, como estrutura de justificação de decisões⁹ que visam neutralizar expectativas nem sempre prontas a serem atendidas, não pode oferecer.

Em outros termos:

8 MARX, Carlos. Los debates de la 6ª Dieta Renana sobre la ley castigando los robos de leña. *In: Escritos de juventud*. México: FCE, 1987, p. 248. É de assinalar que a crítica à propriedade privada, em Marx, sequer o aproxima – nem de longe – dos jusnaturalistas. Como temos assinalado, na construção do chamado “socialismo em sua primeira fase”, como categorizado na “Crítica ao Programa de Gotha”, a teoria marxista do direito é claramente normativista. Um exame interessante da crítica ao direito natural, encetada por Kelsen no célebre ensaio “A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência”, é efetuado em: SOLÓRZANO ALFARO, Norman. Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno. *In: TORRE ANGEL, Jesús Antonio. Derecho alternativo e crítica jurídica*. México, Porrúa, 2002, p. 109-158

9 FEITOSA, 2009, *passim*

Essas teorias da racionalidade “intrínseca” do direito permanecem, ao mesmo tempo, sujeitas a dois ataques simultâneos: para quem está “de fora” do discurso jurídico, isto é, a maioria dos cidadãos, a autoridade legal tem de ser justificada (...) e essas justificações recorrem de imediato à razão ou à vontade para avaliar os produtos desse discurso. (...) Não é surpreendente que a academia reproduza a tensão entre os valores fundamentais da ordem jurídica. (...) Suas debilidades são apenas um reflexo da incoerência que está no centro do Estado de direito.¹⁰

Essas “ilusões de referência” também se sustentam em termos vagos e genéricos, truismos pouco discutidos e em favor dos quais há pouca simpatia de vê-los questionados, a exemplo da expressão “direito legítimo”.

Assim, em relação ao direito enquanto fato social, o jurista nada mais faz que uma forma de justificação política dos mesmos, quando também importa entendê-lo em suas condicionantes sociais. Só que, para realizar tal intento, a pré-condição deve ser, em relação ao âmbito jurídico, a de uma única atitude científica possível (embora os juristas reivindiquem para o seu saber um status de ciência, eles quase que não adotam a atitude que aqui se propõe): um ceticismo metódico, o qual consiste em duvidar das obviedades e verdades “estabelecidas” e sagradas quanto ao direito, notadamente aquelas ditas eternas e imutáveis e que, não por coincidência, têm um papel regressivo, como, por exemplo, a justificação do direito de propriedade privada como parte fundamental do elenco de direitos, sem se dar conta, ou ocultando que, esse direito “*erga omnes*”, que opõe o direito de seu titular contra todos os demais, isto é, contra toda sociedade, acaba por negar o direito da maioria em favor de uma minoria.

5. CONCLUSÃO: COMPROMISSO COM A VIDA SOCIAL – O ELEMENTO CENTRAL DA CRÍTICA JURÍDICA

Nas análises críticas do direito, qualquer que seja a perspectiva (cultural, política, sociológica, filosófica etc.) o que chama atenção é que, diferentemente das formas tradicionais de compreensão do jurídico - umas afirmando o direito como resultante de valores “intrínsecos”, pré-estabelecidos, a-históricos, acima e além de qualquer direito, situado antes mesmo e independente das necessidades concretas desse mundo – o que tem caracterizado, em suas vertentes principais, a crítica jurídica latino-americana é ver o fenômeno jurídico como parte do movimento real da histó-

10 KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*. p. 38

ria humana e não enquanto dogmas elaborados de forma cerebrina, ou seja, afastada da vida social.¹¹

Uma concepção historicamente situada do direito só adquire potencial heurístico se e na medida em que “reconhecer os indivíduos reais, sua ação e suas condições materiais de vida, tanto as já existentes como as resultantes de sua ação, pressupostos só constatáveis por via empírica, o que não quer dizer que não possam ser abstraídos por necessidades metódicas”.¹²

Assim, compreender o fenômeno jurídico demanda perceber que o ponto de partida não pode se limitar ao indivíduo isolado, ou seja, o sujeito imaginado pela concepção liberal das revoluções burguesas do século XIX, a realidade latino-americana está a exigir muito mais quer isso.

Ver o sujeito de direito como indivíduo isolado e egoísta – é assim na concepção liberal – e não como resultado histórico, constitui-se num erro metodológico de imaginar uma suposta produção desse indivíduo fora da coletividade. Não se constitui numa sólida compreensão do âmbito jurídico àquelas que ignoram (ou ocultam) como as diversas formas de relações de produção criam suas próprias formas de relações jurídicas e que, por via reflexa, também ignoram a possibilidade de o direito se expressar como direito da força e mais: que tal forma não apenas se coaduna com um Estado de Direito como não lhe é conflitiva.¹³

O fato de, no âmbito da produção acadêmica sobre teoria geral, sociologia e filosofia do direito não se ter utilizado todas as possibilidades do pensamento crítico, aponta para a necessidade de que, também no nosso campo de estudos e de prática tais derivações sejam exploradas ao máximo, sem posições preconcebidas, mas também sem preconceitos que busquem legitimar o banimento nas faculdades de direito das vertentes mais expressivas de nossa cultura.

Trata-se de um erro se, em função de dogmas prévios, deixar-se de aproveitar, como o faz a economia, a sociologia e outros campos do saber - as contribuições

11 A célebre afirmação de Marx, pela qual “não há história do direito”, poderia ser - equivocada ou interessadamente - esgrimida para negar o caráter histórico do fenômeno jurídico. Mas ela, para quem fundou o materialismo histórico, ou: a) é tomada como uma simples anotação para idéias a serem posteriormente desenvolvidas visto que, na mesma obra, Marx e Engels esboçam uma ... história do direito, ou, b) seria inteligível, na obra que funda o método histórico de Marx, no sentido de afirmar que não há história própria (autonomizada e apartada da vida social) do direito, por que ele está subsumido à história da luta de classes. Para essa questão, ver: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. São Paulo: Boitempo, p. 77, 330-331.

12 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 86-87.

13 _____. *Para a crítica da economia política*. São Paulo: Abril, 1978, p. 107

de autores fora do âmbito jurídico (sociólogos, filósofos, historiadores) para a formulação de outros olhares sobre o direito.

Em qualquer ocasião que o jurista tenha de se defrontar com problemas que envolvam interesses materiais e em situações que demandavam o uso do raciocínio judicial, não há como não se ter de combinar a desmistificação da forma jurídica com o desvelar de seus mecanismos (refinados) de justificação interna, isto é, fazer teoria do direito e teoria sobre o direito, para não cair na cilada teórica (e ideológica) pela qual o direito se justifica por si mesmo e independente da sociedade que o constitui e a qual regula.

Isso nos conduz a um problema adicional e que é um ponto essencial: O que o direito busca justificar?

Se a resposta consistisse em afirmar que o direito visa justificar suas próprias decisões, ela levaria a um paradoxo pelo qual ao direito incumbiria justificar o que já está decidido! E ainda que parcialmente o direito faça isso - justifique o já determinado (o que não constitui exatamente uma visão otimista do direito) - é preciso que se diga que ele justifica o poder, que assim busca se legitimar e, portanto, justifica a dominação, algo que em sede de conclusão da presente exposição, a ideologia jurídica não admite, disfarçando o direito com ideais vagos e genéricos como justiça, bem comum e paz social, valores a-históricos e cujo papel é apenas viabilizar politicamente a forma jurídica.

A luta pelo direito é a luta por sua concretização, é a luta para garantir os instrumentos de promoção da sociabilidade e não do isolamento e do egoísmo. Ser livre é ser plenamente senhor de si e isso só é possível em sociedade que promova a vida em plenitude. A liberdade é uma palavra muito nobre para, em seu nome, se sancionar as misérias deste mundo.

Como já se mostrou com agudeza, ninguém luta contra a liberdade em geral, no máximo se luta contra a liberdade dos outros a fim de se garantir um modelo egoístico de sociedade. E é em razão disso que a experiência humana vivenciou os mais diversos tipos de liberdade, só que algumas como prerrogativas particulares.¹⁴ Trata-se, portanto, de ampliá-las ao máximo, tornando-as não meras declarações formais e sim parte da vida concreta da sociabilidade humana.

Essa tem sido - no fundamental - a matriz unificadora da crítica jurídica.

6. REFERÊNCIAS

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. Manifesto, modernidade e direito. In: *Direito & Realidade*.

14 MARX, 2001, p. 10.

- Ano 1, nº 1. Monte Carmelo: Fucamp, 2012.
- CORREAS, Óscar. *El derecho y los marxistas*. México, s/d.
- _____. Entrevista. In: *Direito & Realidade*. Monte Carmelo: FUCAMP, ano 1, volume, 2001.
- FEITOSA, Enoque. *O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito à partir das relações entre verdade e interpretação* (tese de doutorado). RECIFE: UFPE, 2008.
- KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Madrid: Gedisa, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LUKÁCS, György. *Ontología del ser social*. Madrid: Akal, 2007.
- MARX, Carlos. *Escritos de juventud*. México: FCE, 1987
- MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*. São Paulo: ES, 1977
- _____. *Para a crítica da economia política*. São Paulo: Abril, 1978
- _____. *Grundrisse: Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*. México: siglo XXI, 1989.
- _____. *O capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1989.
- _____. O debate da Dieta prussiana sobre a censura (Gazeta Renana, 12/05/1842). In: *Liberdade de imprensa*. Porto Alegre: L&PM, 2001.
- _____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005
- _____. *Para a questão Judaica*. São Paulo: Expressão Popular, 2009
- _____; ENGELS, F. *A sagrada família*. São Paulo: Boitempo, 2003
- _____; _____. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2008
- TORRE ANGEL, Jesús Antonio. *Derecho alternativo e crítica jurídica*. México, Porrúa, 2002.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito* (1º volume). Porto Alegre: SAFE, 1994.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PARTE 3

PEDAGOGIA CRÍTICA DO DIREITO

Capítulo 20

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

João Pedro Lima De Guimarães Vargas¹

1. INTRODUÇÃO

A educação, mais do que nunca, precisa trabalhar a história e a diversidade de saberes que há no mundo para ser possível a construção de autonomias que sejam prudentes e éticas no seu agir cidadão. Os direitos humanos são um grande resumo e ilustração destes desafios. Não por acaso, inúmeros instrumentos normativos e planos de políticas públicas destacam a Educação em Direitos Humanos como uma exigência de nosso tempo. Grande exemplo é o Plano Nacional de Direitos Humanos 3 - Decreto 7.177/10 que atualizou o Decreto 7.037/09 – que trata da Educação em Direitos Humanos no eixo orientador V – Educação e cultura em Direitos Humanos.

Nesta perspectiva, o objeto do presente estudo é compreender a importância da Educação em Direitos Humanos a partir de um ponto de vista crítico e amplo acerca do humano e sua história.

Conforme será exposto, a *educação* é percebida aqui como um desafio permanente da liberdade, da autonomia, da subjetividade de cada um para que, em suas ações, vá se tornando cada vez mais ético e responsável. Os *direitos humanos*, por sua vez, é o reconhecimento da individualidade de cada ser humano, de seus direitos fundamentais, de sua faculdade política, cidadã e ecológica, além de, recentemente, serem também uma proposta ética de reconhecimento e respeito da enorme diversidade de visões de mundo. Por conseguinte, os direitos humanos aqui entendidos são os direitos individuais e coletivos que têm como proposta e fundamento, a compatibilidade entre vida livre e vida cidadã, a partir da diversidade cultural e ecológica.

Neste sentido, a *Educação em Direitos Humanos* como aqui será apresentada, é uma importante “disciplina” pedagógica que visa, sobretudo, a liberdade de cada pessoa. Seu exercício se faz desafiando a cada um de nós explorarmos nossa autonomia a relacionar de forma prudente e ética nos ambientes em que passamos. Assim sendo, não há outra forma de realizar esta proposta, senão com a apresentação

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos e em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Endereço eletrônico: beavisjp@gmail.com

dos direitos humanos historicamente conquistados, destacando neles os aspectos da subjetividade, da cidadania, da diversidade cultural e enfatizando, necessariamente, a interdependência entre eles.

Sendo a Educação em Direitos Humanos um admirável recurso para efetivar criticamente um conviver sustentável e livre, a questão que se coloca, portanto, é o que é, afinal, Educação em Direitos Humanos?

Diante desse questionamento, objetiva-se apresentar que os direitos humanos devem ser assumidos como substancial na educação de hoje para possibilitar a autonomia das pessoas e para orientar o exercício prudente e ético da cidadania. A partir desse objetivo geral, seis são os objetivos específicos que demandaram o esforço do diversificado recorte conceitual que aqui se apresenta.

Num primeiro momento identificaremos, a partir de um ponto de vista filosófico, a natureza humana como inconclusa. Desta última, retira-se que as noções de *liberdade* e *ética* necessariamente fazem parte do que se entende por *educação*. Para esse primeiro objetivo, seremos guiados pelos conceitos de *inconclusão humana* de Paulo Freire e o de *autopoiese* de Humberto Maturana e Francisco Varela (I).

Visto isso, passa-se a analisar, de uma perspectiva jurídico-política, o aparecimento dos direitos humanos e suas dimensões a partir daqueles conceitos de liberdade e de ética; deles destaca-se o nascimento dos *direitos individuais* e da ideia de *cidadania* (II). Da indivisibilidade das dimensões dos direitos humanos, trataremos da *educação como um direito humano*. Para tal, será substancial tratar da orientação metodológica, por isso, dos aspectos *informativo* e *formativo* da educação formal. Aflorará, neste momento, o primeiro destaque à importância da Educação em Direitos Humanos para a compatibilização de liberdade e ética, de direitos individuais e cidadania. Nestas duas etapas do estudo, seremos orientados, sobretudo, por Flávia Piovesan (III). A necessidade do esforço ético global para promoção e efetivação dos direitos humanos torna-se evidente nos tópicos precedentes. Desta perspectiva desafiadora dos direitos humanos, abordaremos os mesmos de um ponto de vista sociológico. Nesta esteira, trataremos dos *direitos humanos como uma experiência multicultural* que exige um esforço sociológico de resgate e destaque das muitas visões de mundo. Aqui, seremos orientados pelos conceitos de *razão indolente*, de *sociologia das ausências e das emergências* e pelo de *monoculturas* de Boaventura de Sousa Santos (IV).

Desta diversidade, veremos a importância dos educadores e educadoras respeitarem os ambientes em que se inserem os processos pedagógicos, respeitando, sobretudo, a autonomia dos estudantes e dando ênfase à prática cidadã em que todos estão inseridos. Neste sentido, a partir de Miracy Gustin, identificaremos os conceitos de *subjetividade*, de *cidadania* e de *emancipação* para aproximá-los daquelas noções iniciais

de liberdade, de direitos individuais, de ética e de educação. Neste ambiente de nossa caminhada, tornará um pouco mais claro o que entendemos por *Educação em Direitos Humanos* (V) e que será definido no tópico conclusivo (VI).

Na perspectiva apresentada, inicia-se assim o caminho teórico propriamente dito.

2. EDUCAÇÃO, LIBERDADE E ÉTICA

Neste primeiro momento do trabalho, nossa perspectiva será mais filosófica. Temos aqui o objetivo de apresentar a *educação* como uma especificidade humana que tem por fim aliar a *liberdade* e a *ética*. Este escopo nos será possível ao compreender a natureza inconclusa de todo ser vivo, sobretudo, do ser humano.

Chegaremos a este entendimento por meio dos conceitos de *autopoiese* e de *inconclusão humana*. Destas ideias, será possível compreender a educação como um exercício pedagógico que desafia conscientemente a liberdade das pessoas a tornar-se cada vez mais ética, num agir responsável e coerente com o respeito à autonomia e à inconclusão sua e dos outros, destacando que o aprender é diário e eterno. Diante dessas questões, fundamenta-se este tópico em uma concepção filosófica que alia ensinamentos do educador brasileiro Paulo Freire e dos biólogos e neurocientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Neste sentido, passamos às considerações em torno desse objetivo inicial.

Para compreender os fundamentos deste estudo, sobretudo, acerca da *inconclusão humana*, cabe mencionar o que podemos entender hoje por *ser vivo*.

Maturana e Varela, de forma inovadora, propõem que a característica mais peculiar de um sistema vivo é sua *autopoiese*. Nesta perspectiva, o que caracteriza o ser vivo não é simplesmente os seus componentes, mesmo porque estes são diferentes em cada unidade, mas sim a sua organização de *sempre buscar autonomamente com as contínuas interações, tanto internas como com o meio, a manutenção e a conservação de sua vida, de sua autopoiese*.

Exatamente nesse elo de sempre buscar de forma autônoma a manutenção e conservação da vida que se sustenta a *inconclusão e o inacabamento próprio da experiência vital*. Esse inacabamento está intimamente ligado à noção de que o *suporte* é o *espaço* ao qual o ser vivo se prende, necessário ao seu crescimento e que delimita seu domínio.

De forma semelhante e ao mesmo tempo distinta, passa a se dar a especificidade humana. Compartilhando essas características vitais, mas também se envolvendo na linguagem, na cultura e na comunicação em níveis mais profundos e complexos do

que até então existiam,² o ser humano inventa *o mundo e a existência*. Noutras palavras, com a linguagem e a cultura mais complexas, paulatinamente o humano torna-se consciente de sua condição, conforme salienta sabiamente Paulo Freire:

A vida no *suporte* não implica a linguagem nem a postura erecta que permitiu a liberação das mãos. Mãos que, em grande medida, nos fizeram. Quanto maior se foi tornando a solidariedade entre mente e mãos, tanto mais o *suporte* foi virando *mundo* e a *vida, existência*. O *suporte* veio fazendo-se *mundo* e a *vida, existência*, na proporção que o corpo humano vira corpo consciente, captador, apreendedor, transformador, criador de beleza e não espaço vazio a ser enchido por conteúdos.³

Na medida em que se fez possível aos seres humanos, intervindo no suporte, ir criando o mundo, concebendo ainda mais a linguagem e por isso nomeando tudo o que se percebia e fazia, tornou-se mais evidente a complexidade e responsabilidade inerentes à comunicabilidade do inteligido. A consciência da inconclusão veio ainda mais à tona.

Na capacidade e possibilidade de dizer e comunicar o conhecido, tornou-se difícil ao ser humano existir sem a intrigante tensão radical e profunda entre o certo e o errado, entre bem e mal, entre decência e indecência, entre dignidade e indignidade. Tornou arriscado à mulher e ao homem viverem sem *assumir* o direito e o dever de decidir, de escolher, de optar, de debater, de fazer política.

A busca permanente à qual o ser humano está inserido e se sabe inserido, diz respeito ao fazer-se presente, ao construir autonomamente o seu presente, já que apesar de condicionado, não é determinado. O ser humano é livre e neste sentido que se observa a *inconclusão humana*. Agir contrário a esta última seria desresponsabilizar-se do reconhecimento da impossibilidade de sua ausência na construção da sua própria existência, que inevitavelmente tem reflexos na existência de outros. Agir de tal forma seria transgredir a *ética humana* que se faz inconclusa e *em permanente construção* pelo *sujeito histórico autônomo* que faz escolhas e deve se perceber responsável pelo comunicar e agir no mundo.

Consciente de sua presença no mundo, o ser humano percebe que a construção de sua presença no mundo não se faz no isolamento, nem mesmo

2 Para compreender com detalhes as análises dos seres vivos e as especificidades dos seres humanos e também dos demais seres sociais, ver: MATURANA E VARELA, 2007 e MATURANA, 2009.

3 FREIRE, 2009, p. 51.

fora das influências que sofre das forças sociais. Além disso, não se compreende fora do conflito, da tensão que há entre o que se herda genética, social, cultural e historicamente e o permanente fazer e refazer na construção da própria presença. Toda essa *responsabilização* gerada fez com que fosse imprescindível uma *prática formadora* de natureza eminentemente *ética*: a educação.

As intensas e permanentes transformações mundanas, junto à *insuficiência* do que se diz, reforçam o inacabamento ao qual estamos inseridos, alimentando ainda mais a condição ética que compartilhamos.

É nesse sentido que o imperativo ético da inconclusão dos seres torna essencial o respeito à *autonomia* e à *dignidade* de cada um. Desrespeitar esse imperativo é transgredir a natureza humana que se faz inacabada e em permanente construção. Este é o princípio da responsabilidade que conduz mulheres e homens a se verem como *co-educadores* contínuos em seu fazer-se presente, impelindo-os a se perceberem como seres históricos, contextualizados e que realizam autônoma e responsabilmente o seu presente; são eles e elas que fazem e realizam o agora.

Na comunicação e na diversidade das interações se conquista e refaz a todo o tempo a autoconsciência humana individual e coletiva. Está é a condição inconclusa do ser humano. É no conhecer e no comunicar a diferença com que vivenciamos toda e qualquer relação socioambiental que nos tornamos autoconscientes e cada vez mais conscientes de nossa responsabilidade em sermos humanos.

É no sentir satisfeito ou não com o que já foi feito ou que está sendo feito que podemos criticamente ser rebeldes e podemos optar, transformar. Na noção de que somente há história quando há tempo problematizado e que a “inexorabilidade do futuro é a negação da história”⁴ que o ser humano existe e assume eticamente este existir.

Justamente por tudo isto que homens e mulheres devem se ver como sujeitos e objetos do aprender e do ensinar, por isso, do educar.

Diante desse panorama, a ação pedagógico-educativa mostra-se como uma especificidade humana que deve ser orientada pela ética da consciência do inacabamento, por isso, do respeito aos sujeitos autônomos que se constroem a todo o tempo. É a ação pedagógica, desse modo, desafiadora da *liberdade* do sujeito que aprende e também do que ensina, já que conscientes de sua inconclusão buscam e incentivam a busca permanente.

4 FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 72.

Acerca da ética humana, por isso, também da educação, ensina-nos o Professor Paulo Freire que “no fundo, o essencial nas relações entre educadores e educandos, entre autoridades e liberdades, entre pais, mães, filhos e filhas é a *reinvenção do ser humano no aprendizado de sua autonomia*”.⁵ É para isso que serve a educação.

Portanto, conforme exposto, buscou-se aqui, a partir de um ponto de vista que destaca a liberdade e a autonomia, apresentar a educação como um exercício específico da humanidade que deve trabalhar a inconclusão como algo próprio de sua natureza, devendo essa educação exigir que as pessoas se reconheçam como eternos aprendizes. Por conseguinte, a educação é aqui entendida como um permanente desafiar das pessoas a tornarem-se livres e responsáveis em suas ações, por isso, mais éticas e prudentes, se balizadas pela noção de inconclusão humana.

3. LIBERDADE, ÉTICA E DIREITOS HUMANOS

A partir do conceito de inconclusão humana, tivemos acesso às noções filosóficas de liberdade, autonomia, educação e ética, todas elas muito abordadas por Paulo Freire. Visto isso, passamos ao nosso segundo tópico.

Neste momento, passamos de uma visão filosófica para uma visão jurídico-política. Aqui, objetivamos traduzir os conceitos de liberdade e de autonomia como direitos subjetivos positivados, os *direitos individuais*. Já a noção de ética antes abordada, agora será trabalhada em sua forma positivada, o *direito à cidadania*. Os *direitos humanos*, em suas dimensões, contribuirão para ilustrar este exercício.

Para esclarecer os objetivos gerais do estudo, é interessante ressaltar que aquela ideia de liberdade teve boa parte de sua formulação no que trivialmente chamamos modernidade. Esta noção é hoje muito conhecida como subjetividade. Naquela época ela foi erguida e conquistada contra o arbítrio de poderes políticos.⁶

Uma das melhores referências jurídico-política que temos para ilustrar esta conquista são os direitos individuais, que vieram a ser positivados com as

5 Ibidem. p. 94.

6 Para melhor entendimento do conceito de subjetividade e da origem desta noção em relação com a política e a cidadania, ver: SANTOS, 1991, HAARSCHER, 1997 – pg. 29 a 122 e BERTASSO, 2008.

primeiras constituições do século XVIII. Para exemplificar aqueles direitos, tivemos a liberdade de consciência, de expressão, de religião, do devido processo legal, da legalidade, dentre outros. Além destes direitos e princípios, foram constitucionalizados também os direitos políticos – os direitos do cidadão - que sofrem reformulação até os dias de hoje. Não por acaso, as constituições dos primeiros Estados Nacionais tiveram por referência a Declaração dos Direitos do Homem e de Cidadão de 1789. Sem entrar em detalhes, resumidamente, estes foram os direitos humanos de primeira dimensão – os direitos individuais e políticos.

Ao observar o aspecto político desta última, já é possível reconhecer o destaque ao exercício da ética e da cidadania por meio da politicidade dentro do Estado. Contudo, com a hipertrofia do direito individual sobre a responsabilidade social e política - muito reforçado pela visão patrimonialista, sexista, racista, antropocentrista, pelo crescimento da industrialização, da técnica, do capitalismo e dos conflitos internacionais -, ofuscou-se esta última.

Neste tenso panorama, vieram a ser reconhecidos, por muitas lutas, os direitos sociais, econômicos, culturais, ambientais e ecológicos. São estes conhecidos como direitos humanos de segunda, terceira e quarta dimensão.⁷ Eles reforçam sobremaneira os desafios entorno do direito à cidadania. Neste âmbito, destacaram-se outros aspectos que existem e que complementam as liberdades e os direitos individuais e políticos.

Hoje permanece forte a noção de que as dimensões dos direitos humanos são indivisíveis, que se complementam e que a complexidade é extrema para implementá-los. Neste sentido, destaca-se, como o faz Flávia Piovesan, que a efetivação e promoção dos mesmos é uma problemática mundial – além e aquém dos Estados Nacionais -, que só será possível com o esforço e desafio ético local e global, que envolve a todos e todas exigindo respeito à diversidade cultural de visões de mundo.⁸

7 Para aprofundar na problemática das dimensões dos direitos humanos, que não é aqui abordada diretamente, já que se opta pelo viés mais ético, ver: PIOVESAN, Flávia; Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos; *Revista Internacional Sur*; Ano 1, n°1, São Paulo, 2004.; HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos Direitos Humanos*. Lisboa: Piaget, 1997; SARLET, Ingo Wolfgang; *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

8 Ver PIOVESAN, Flávia; Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos; *Revista Internacional Sur*; Ano 1, n°1, São Paulo, 2004.

Perante este último destaque - o esforço ético local e global -, conclui-se que a positivação dos direitos humanos em suas dimensões e a concepção indivisível deles, tem no horizonte a natureza humana livre, autônoma e ética, sendo a compatibilização dos mesmos um desafio vivo e permanente.

4. DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Nesta complexa trama que estamos analisando, não podemos esquecer de destacar o *direito à educação como um direito humano*. Este também é fruto dessas dimensões sinteticamente apresentadas.

Dando continuidade aos direitos humanos, objetiva-se agora destacar a *educação como um direito humano* e ao mesmo tempo identifica-la como uma importante ferramenta de mediação para aproximar e compatibilizar a prática da liberdade – espelhada nos direitos individuais – e da ética – espelhada na cidadania. Para tal, valer-nos-emos da educação formal vigente a partir dos aspectos *formativo* e *informativo* da pedagogia. Destacaremos que ambos os aspectos são complementares e que os direitos humanos são interessantes para realizar essa aproximação e ser possível uma educação que desafie e reconheça a liberdade e a ética como integrantes. Neste caminho, passamos ao desenvolvimento do tópico.

Sendo a educação uma maximização da liberdade em consonância com o exercício ético, a positivação dos direitos humanos em seus aspectos individuais e cidadãos – resumindo todas as dimensões – vieram para tentar confirmar juridicamente as provocações da própria noção de natureza humana defendida por Freire. É exatamente neste sentido que a educação e o direito à educação se destacam como uma grande ferramenta de efetivação e continuação da elaboração dos direitos humanos no âmbito subjetivo e cidadão. *A educação e os direitos humanos são uma espécie de resumo da humanidade*.

A educação, em seu aspecto jurídico-político, toma dois contornos que serão aqui analisados. Um, o direito à educação propriamente dito e outro, a orientação metodológica formal da prática pedagógica.

Sem abordar o contexto internacional, por um lado, a *educação como direito humano* foi reconhecida na Constituição brasileira de 1988 como direito de todos e dever do Estado garanti-lo. Isso se deu muito pelas reivindicações de Florestan Fernandes, Anísio Teixeira, Paulo Freire e outros. Todavia, apesar do avanço com a

consagração do direito de acesso ao ensino obrigatório e gratuito, cabe debater os grandes problemas ainda existentes no Brasil em relação ao *acesso*, à *permanência* e à *qualidade*, no intuito de que esses devem realizar-se de forma conjunta, contínua e permanente. Ter um direito é bem diferente de desfrutá-lo.

Dificuldades perante muitos problemas e uma legislação federal mais descentralizada, contribuíram para o aparecimento de alguns projetos e programas nas esferas federais, estaduais e municipais com o fim de equilibrar tais dificuldades de acesso e permanência.

No entanto, pouco se trabalha no intuito da integralidade dos direitos humanos ecológicos, ambientais, sociais, culturais, econômicos, políticos e civis, essenciais para a permanência dos jovens nas escolas. Sem acesso à saúde, com pouca ou mesmo sem alimentação não se estuda bem; junto a isso, alguém em condições físicas ou psíquicas especiais tem extremas dificuldades de permanência; o mesmo se dá com os transportes públicos pagos ou de altos preços que dificultam o acesso ou mesmo a permanência dos jovens na escola.⁹

O respeito à integralidade e à indivisibilidade dos direitos humanos é essencial para uma prática pedagógica saudável e para efetivação do direito humano à educação.

Por outro lado, também buscando a efetivação deste último, temos a orientação metodológico da educação formal. Esta tem como referência dois aspectos: um *informativo* e o outro *formativo*.

Sinteticamente, podemos dizer que o âmbito informativo estaria mais ligado às transmissão das conquistas cognitivas e históricas da humanidade. Já o formativo relacionado à formação subjetiva e ética – sendo ao mesmo tempo motor, sensível, intelectual e artístico. Ambos os aspectos são considerados em torno da educação como um direito humano.

Contudo, reforçando o grande problema da permanência e da qualidade, a separação extrema entre os aspectos informativo e formativo da educação, em grande parte praticada, remete para um ensino de conteúdo isolado da realidade em que se vive, reforçando a desesperança, a descontextualização e a desvirtuação da educação como especificidade humana e sua inconclusão. A educação vigente tem se preocupado mais com a transferência de conhecimentos e de conteúdos do que com o desafiar e respeitar as liberdades dos educandos. Há ainda pouca preocupação com o incentivar os educandos a irem se tornando pouco a pouco,

⁹ Lembramos e destacamos aqui os baixos salários de professores e funcionários públicos da educação e as gestões nada democráticas das mesmas, além de muitos outros problemas.

em seus processos de formação, *peças responsáveis, éticas, conscientemente históricas, participantes do permanente reinventar do humano.*¹⁰

Por conseqüência, *diante de tantas omissões, negligências e imprudências, fica mais evidente a essencialidade de efetivar-se o direito humano à educação e os direitos humanos de forma integral. Contudo, estes não serão realizados de forma eficaz se não se levar em conta a historicidade. Esta deve ser levada a cabo ao se aproximar o aspecto formativo do informativo por meio do compromisso com a realidade histórica em que se vive. Neste sentido, os direitos já conquistados deverão ser abordados e questionados contextualmente.*

A *Educação em Direitos Humanos* não mereceu e ainda recebe pouca preocupação¹¹ na ação didática concreta, o que demonstra efetivamente a radicalidade e a distância entre educadores e educandos.

Portanto, percebemos aqui que a educação é um direito humano, deve ser respeitada e só o será se os outros direitos humanos também o forem. Além disso, alcançamos a noção de que devem os direitos humanos ser abordados nos aspectos formativos e informativos dos currículos.

Conforme foi abordado, a educação como direito e metodologia veio para possibilitar a formação integral de toda pessoa. Ambas servem como mediação entre os direitos individuais e de cidadania, pertencentes à ideia contemporânea de indivisibilidade dos direitos humanos e referentes à própria natureza humana.

É neste sentido de natureza humana e da tentativa de positivação da mesma pelos direitos humanos, que a *Educação em Direitos Humanos* é aqui entendida como um importante veículo de possibilidade. Possibilidade de transformação que poderá contribuir para aproximar o aspecto formativo do informativo. Para tal devem os dois ser trabalhados de forma interdependente e complementar, sendo que no segundo devem ser apresentados a historicidade das dimensões dos direitos humanos e no primeiro, o questionar desses direitos, sobretudo, para compatibilizar prudentemente a interrelação entre os direitos individuais, culturais,

10 Exemplifica tal constatação as avaliações sistêmicas que são mais direcionadas aos aspectos informativos da educação. Isto acaba por determinar os conteúdos de trabalho pedagógicos nos estabelecimentos de ensino, que, também por isso, ignoram aspectos importantes acerca de direitos humanos e da ética.

11 Em Minas Gerais, por exemplo, a Lei 15.476/2005 determinou a inclusão de conteúdos referentes à cidadania nos currículos de ensino fundamental e médio. De forma interdisciplinar integraria o conteúdo disciplinar o tema dos direitos humanos. Infelizmente essa lei não tem eficácia ainda nos dias de hoje. Aproveitamos a oportunidade para também perguntarmos-nos *como* realiza-la.

ecológicos e de cidadania. Por isso, a educação é um importante instrumento que pode trabalhar tanto a subjetividade de cada pessoa em sua formação, como desafiar a mesma a se perceber historicamente inserida e responsável por suas ações.

Visto tudo isso, após perceber a educação de uma perspectiva mais filosófica, objetivou-se aqui analisa-la de um ponto de vista positivo - jurídico-político. Por um lado, jurídico-político por ser um direito positivado conquistado e que deve ser assegurado conjuntamente com outros direitos. Por outro, por observá-la a partir da orientação metodológica formal em seus aspectos formativo e informativo. Neste momento, identificamos o ensino dos direitos humanos, por isso, da Educação em Direitos Humanos, como um importante elo entre aqueles dois aspectos que se complementam.

5. OS DIREITOS HUMANOS COMO UMA EXPERIÊNCIA MULTICULTURAL

Nesse contexto de consciência da inconclusão do humano, de positivação da educação e dos direitos humanos e da necessidade do esforço ético local e global, tende ser necessário repensar criticamente o discurso e o conceito dominante do que sejam os *direitos humanos*, a partir de um ponto de vista mais sociológico. O objetivo que aqui temos é de apresentar *os direitos humanos como uma experiência multicultural*, que exige atenção e respeito por parte dos educadores. Seremos neste momento guiados pelos conceitos de *razão indolente*, de *sociologia das ausências e das emergências* e o de *monoculturas* de Boaventura de Sousa Santos para perceber a experiência multicultural dos direitos humanos. Posta a proposta, passamos à fundamentação do tópico.

Para compreender o multiculturalismo inerente aos direitos humanos, é indispensável lembrar que este conceito teve e tem um longo percurso de construção desde sempre, ganhando maior relevância histórica *conceitual* a partir das pretensões racionais da modernidade.¹²

Apesar de inúmeros avanços, conquistas e compromissos – como vimos nos tópicos precedentes -, é possível ainda observar e perceber inúmeros problemas no âmbito da articulação, promoção, defesa, publicização e efetivação dos direitos humanos. Diante da dificuldade de se lidar com a amplitude deste

12 Ver HAARSCHER, Op. Cit.

conceito, são gerados drásticos reflexos tanto em relação à diversidade humana como à não humana.

A grande questão que se debate e que se mostra cada vez mais palpável é que por muito tempo diversas relações humanas se deram sob uma “*razão indolente, preguiçosa*, que se considera única, exclusiva, e que não se exercita o suficiente para poder ver a riqueza inesgotável do mundo”.¹³ Exemplo disso são os correntes usos do conceito de direitos humanos até mesmo para legitimar guerras. De forma prática, foi e é esta razão indolente que permeou e ainda permeia a noção de direitos humanos. Perante a miséria humana, a intolerância cultural tem destaque.

Como sugere o sociólogo português, essa razão simplista e ingênua – indolente - é uma racionalidade que de forma simples e fácil toma a parte pelo todo, diante de um entendimento de totalidade composto por partes homogêneas, impossibilitando haver uma visão ampla do nosso presente. Esta razão julga já conhecer no presente a história futura, chamando-a de progresso, de desenvolvimento.

Neste raciocínio vicioso de subtração do presente e de já conhecer o futuro, ocorrem as produções da não-existência. Para o sociólogo, estas ausências – ou não-existências - não se produzem de apenas uma forma, mas sim de cinco. Citamos estes cinco modos de produção da não-existência, que o autor também chama de *Monoculturas* do presente.

A primeira seria a *Monocultura do saber e do rigor*, em que o único saber rigoroso e que tem validade é o saber científico, sendo este visto como o mais competente. Nessa perspectiva, conhecimentos populares, camponeses, indígenas ou mesmo marginais urbanos seriam eliminados e descredibilizados: sendo o que ele chama de *epistemicídio*. A segunda seria a *Monocultura do tempo linear*, ou seja, que a história tem apenas uma direção e os que estão na dianteira dela são os países desenvolvidos. A terceira é a *Monocultura da naturalização das diferenças* que, segundo o autor seria o ocultamento das hierarquias inferiorizantes das quais classificações raciais, étnicas, sexuais, dentre outras são mais persistentes. Já a quarta *Monocultura* seria a da *escala dominante que é* a que tem historicamente dois nomes: o *universalismo* que é a simples ideia ou entidade válida independente do contexto no qual ocorre e a outra a *globalização* que é “uma identidade que ao se

13 SANTOS, Boaventura de Souza. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 25.

expandir pelo mundo, adquire a prerrogativa de nomear como locais as entidades ou realidades rivais” considerando-as invisíveis, descartáveis. A quinta e última *Monocultura* seria a do *produtivismo capitalista* em que predomina “a ideia de que o crescimento econômico e a produtividade mensurada em um ciclo de produção determinam a produtividade do trabalho humano ou da natureza, e tudo o mais não conta”.¹⁴

É exatamente neste ambiente indolente de subtração do presente e de já conhecer o futuro ao qual estamos inseridos que contraditoriamente surge com grande importância e urgência uma racionalidade mais ampla a que Santos chama de *razão cosmopolita*. Esta se assenta num exemplar instrumento para a prática pedagógica que aqui se apresenta: a *Sociologia das Ausências e das Emergências*.

Segundo Boaventura, a Sociologia das Ausências seria a tentativa de se mostrar que o que é invisível ou não-crível aos olhos daquela razão indolente existe e é produzido ativamente. Nas palavras do autor essa sociologia seria:

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 hegemônica do mundo. E é isso o que produz a contradição do presente, o que diminui a riqueza do presente.¹⁵

Neste termos, as observações do sociólogo português são extremamente relevantes e desafiadoras. Elas exigem *um permanente processo de reinvenção do próprio ser humano, por isso, dos próprios direitos humanos*. Essa visão chama a atenção de que tenhamos muito cuidado e sejamos vigilantes quanto a essas cinco formas de monoculturas presentes historicamente nas práticas sociais, ambientais e ecológicas, sejam locais ou globais. *A própria noção de direitos humanos varia de cultura a cultura e temos que assumir o desafio de permanente debate*. Os direitos humanos, por conseguinte, *são uma experiência multicultural, apesar de não crível pela realidade hegemônica da razão indolente*. As monoculturas tornam isto mais claro mostrando, sobretudo, a exigência de uma racionalidade mais ampla, baseada naquela sociologia insurgente citada.

Sem perder de vista a importância, a interdependência e a integralidade entre os direitos políticos, civis, sociais, culturais, econômicos, ambientais e

14 *Ibidem*. p. 31.

15 *Ibidem*. p.28 e 29.

ecológicos conquistados historicamente, esse tópico reforça a complexidade dos direitos humanos – como bem evenciou Flávia Piovesan. É diante desta conjuntura que deve-se elevar como base orientadora urgente os princípios da igualdade e o de reconhecimento da diferença e da diversidade para ser possível evitar o alastramento dos desequilíbrios socioambientais.

Entender os direitos humanos como experiência multicultural exige ainda mais uma educação permanentemente ligada à inconclusão humana, portanto, à ética. Nesta perspectiva, fica mais evidente que não há porque se furtar a uma educação que revele e desafie as liberdades de cada sujeito. Esta realização deve ser pautada pelos *princípios da igualdade e do reconhecimento das diferenças e da diversidade*. Só assim será possível o esforço ético global de efetivação dos direitos humanos e aproximação de liberdade e ética.

Este é, inevitavelmente, um percurso vital no caminho da realização e incentivo de consciências críticas que sejam prudentes e eticamente responsáveis na participação da construção e efetivação de direitos, sem se esquecerem de deveres.

Nestes termos, a partir da razão indolente que assola grande parte de nosso tempo, evidente nas monoculturas, buscou-se neste momento do estudo trazer à tona a diversidade inesgotável do mundo. Dela nos foi possível ver os direitos humanos como uma experiência multicultural que demanda aquela sociologia insurgente. Na perspectiva deste estudo, ela deve ser iniciada nos ambientes pedagógicos, exigindo-se dos educadores um esforço sociológico de resgate e destaque das muitas visões de mundo, sobretudo das dos alunos e alunas, dos contextos em que a educação acontece.

6. SUBJETIVIDADE, CIDADANIA, EMANCIPAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Diante de uma realidade socioambiental global extremamente diversificada e complexa, em que as desigualdades socioeconômicas e desequilíbrios ecológicos são evidentes e recorrentes em graus alarmantes, temos que exigir uma realidade educacional compromissada e rigorosa metodologicamente, que tem como orientação a perspectiva da inconclusão humana. Neste sentido, deve esta prática educacional ser coerente com a natureza humana livre e ética, em que os direitos humanos sejam respeitados como direitos e como visão de mundo diversificada. Este foi nosso percurso até agora.

A partir do que já foi analisado, objetivamos agora identificar aquelas noções de liberdade e de direito individual com a de subjetividade. Além disso, busca-se esclarecer melhor o conceito de cidadania como é aqui entendido.

Diante deste ponto de vista, observaremos a importância da educação como possibilidade de emancipação e para tal trataremos deste último conceito. Portanto, nesta fase do percurso, temos como objetivo identificar as liberdades individuais como subjetividade, a ética como cidadania e a educação como emancipação.

Conforme vem sendo apresentado, a educação como é aqui compreendida deve trabalhar melhor conhecimentos e experiências distintos sobre um mesmo objeto, caminhando no percurso e prática de uma educação “que se baseia nesta ideia central: não há justiça global sem justiça cognitiva global, ou seja, sem justiça entre os conhecimentos”.¹⁶

É nesse sentido que os processos pedagógicos não podem estar isolados da realidade da rua e da diversidade das experiências diárias, principalmente a dos alunos e alunas. Como vem sendo abordado e agora se esclarece, uma educação como a aqui fundamentada, exige ser pautada pelos pilares da *subjetividade*, da *cidadania* e da *emancipação* no caminho de compor “um fundamento que possa atribuir maior efetividade à revisita crítica e ao conhecimento/reconhecimento dos direitos humanos”¹⁷, por isso, da *liberdade* e da *ética humana*.

Conforme nos ensina a Professora filósofa e jurista Miracy Gustin, é importante que se pense a *subjetividade* como:

a capacidade de autocompreensão, de apoderamento e de responsabilidade do indivíduo com relação a si mesmo e à sua coletividade. Ao mesmo tempo, este indivíduo deverá demonstrar competência criativa que lhe permita a expressão de uma personalidade autônoma e crítica.¹⁸

Esta é uma outra possibilidade de se falar daquelas liberdades individuais já citadas. Neste sentido, e dando continuidade aos direitos humanos como experiência multicultural, é da mesma forma importante que se entenda a *cidadania* “como a democratização de relações para a sustentação da diversidade”. Como bem salienta Gustin, cidadania como é aqui entendida:

16 *Ibidem* p. 40.

17 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes (Orgs). *Pedagogia da Emancipação – Desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 64.

18 *Ibidem*. p. 63.

deve ser construída e realizada em espaços domésticos, produtivos e político-comunitários. Essas relações de democratização devem se voltar para a desocultação das variadas formas de violências; o resgate do ‘princípio de comunidade’; às posturas horizontalizadas e coextensivas com relação à alteridade; ao estímulo em favor do desenvolvimento de competências individuais, interpessoais e coletivas.¹⁹

Entender dessa forma é compreender e trabalhar como complementares a noção de subjetividade, autonomia e cidadania. A partir dessa complementaridade será possível a realização da sociologia das ausências e das emergências e o desocultamento da razão indolente e das monoculturas abordadas no tópico anterior. Caminhar nesse sentido faz com que seja possível emergir a aproximação da educação com uma concepção de *emancipação*, aqui entendida como:

a capacidade de indivíduos e de grupos de permanente reavaliação das estruturas sociais, políticas, culturais e econômicas do entorno, com o propósito de ampliação das condições jurídico-democráticas de sua comunidade e de aprofundamento da organização e do associativismo com o objetivo de efetivação das lutas políticas pelas mudanças essenciais na vida de determinada sociedade ou grupamento para a sua inclusão efetiva no contexto social mais abrangente, quer nacional ou internacional.²⁰

É neste sentido que identificamos mais uma vez a importância da educação trabalhar com e pelos direitos humanos. Ela deve trabalhar pela conquista da autonomia e do agir cidadão. Nesta perspectiva, alguém que se assume como autoridade educadora em algum momento, seja em espaços formais ou informais, deve assumir que, por ser histórico, o ensino:

deve considerar os dados contextuais e conjunturais das comunidades onde ela se realiza, em especial naquelas coletividades periféricas, por suas grandes defasagens e perdas sociais, econômicas e de acesso à políticas públicas.²¹

Vista desse modo, não há como o educador e educadora, que assumem suas responsabilidades e compromissos, furtarem-se a uma Educação em e pelos

19 *Idem.*

20 *Idem.*

21 *Ibidem.* p. 64.

Direitos Humanos. Estes educadores e educadoras terão que apresentar os direitos já conquistados e as dificuldades de implementá-los, enfatizando a possibilidade de transformação e de participação de todo e qualquer cidadão e cidadã nos processos de construção e efetivação dos mesmos direitos.

Um ensino assim exige rigor metodológico que se realiza por meio da ação/reflexão. Noutras palavras, as ações educativas não poderão ser substitutivas da cultura local e deverão primar pelo respeito às experiências locais, sem que se manipule ou domine os demais saberes. Espera-se que sejam desafiadas as liberdades subjetivas.

Uma educação que se propõe assim orienta-se pela *Ecologia de Saberes*. Este é um esforço guia que assume que *não existe cultura e saberes completos e ahistóricos* que possam sobrepor-se a outros.

A Ecologia de Saberes também evidencia o *caráter multicultural* dos direitos humanos, exigindo uma prática pedagógica que se fundamente numa postura dialógica e comunicativa que respeite a alteridade, a diferença e a diversidade. Nesta, os *topoi*, entendidos como lugares retóricos comuns mais abrangentes de uma cultura, são tidos como incompletos; noutras palavras, têm muito que aprender com a riqueza inesgotável do mundo e dos saberes.

Assim como todo o processo vital humano, a educação é convivência com a alteridade, com a diversidade. Isso mostra o caráter permanentemente interpretativo da experiência vital, implicando, desse modo, ações e debates contínuos, que trabalhem a *tolerância, a intersubjetividade, a tradução* e a comunicabilidade numa vivência dinâmica que permita o respeito à diferença. É aqui ainda mais claro o importante papel da educação como um processo de construção permanente dos direitos humanos.

Ao pensar a educação desse ponto de vista, lembramos-nos da aproximação entre os aspectos formativo e informativo do exercício pedagógico formal. Enfatizamos que a vida é um eterno processo de emancipação e é importante que reflitamos sobre o ensino, mas não o *ensino* por si, já que o educar aqui não é entendido apenas como transferir conhecimento. É indispensável, assim, pensar a *aprendizagem*, por isso, o *ensino-aprendizagem*.

A forma de aprendizagem que melhor se enquadra nos preceitos deste trabalho é a *aprendizagem da inovação* - aprendizagem inovador -. Esta, por sua vez, conforme o Professor Juan Ramón Capella:

Consiste en aprender a afrontar problemas y situaciones distintos de los conocidos por los enseñantes, y hallarles soluciones inéditas; y, secundariamente, consiste en solventar problemas

conocidos con soluciones mejores que las dadas. El aprendizaje innovador no puede ser enseñado directamente: quienes enseñan no conocen los problemas o las situaciones que habrán de afrontar quienes aprenden. (...) Para un aprendizaje innovador son más importantes las preguntas que las respuestas.²²

É deste modo essencial tratar os direitos humanos e as realidades contextuais para a aproximação dos aspectos formativo e informativo, por isso, da realização do ensino-aprendizagem. Uma educação que se propõe assim exige uma aprendizagem que, curiosamente crítica e criativa, trabalha contexto e não dá soluções fechadas; desperta grande *sensibilidade histórica e interdisciplinar*, incitando estímulos sensoriais, sentimentais e intelectuais. Essa se realiza efetivamente na subjetividade, que se percebendo inserida na intersubjetividade, reforça a *reciprocidade* da relação do *ensinar* e do *aprender*, da *co-educação* permanente que se dá num ambiente eficientemente pedagógico e em toda vida.

Uma educação que se propõe assim é teórico-prática e não é fácil, principalmente quando o educador é pouco inovador, crítico e coerente com aquilo que ensina e desperta. Numa educação como essa que se apresenta, deve ser o educador referência, lutando, sempre que necessário, por direitos e deveres políticos, civis, sociais, culturais, econômicos, ambientais e ecológicos seus e dos alunos e alunas.

Uma educação assim entende *a esperança como uma condição de possibilidade da sociabilidade*, em que todos e todas, agentes históricos, são inseparavelmente protagonistas e espectadores do processo vital que compartilham no agora e que de forma alguma é separado da natureza como um todo. Uma educação como essa exige do educador e do educando saber escutar e ainda um entendimento dos seres humanos como *condicionados, mas não determinados*. Assim sendo, exige-se que a *curiosidade humana*, como manifestação presente à sua experiência vital, sendo histórica e socialmente construída e reconstruída, seja crítica, indócil tendo, para isso, a pedagogia que aqui se propõe um papel central.

Uma educação como essa exige o reconhecimento do valor das *emoções*, da sensibilidade, da afetividade e de todas as demais capacidades e possibilidades humanas; *não só o da racionalidade*. É exatamente nesse sentido que uma educação que não se furta à politicidade e dialogicidade humana tem em mente que a emoção tem um papel central na ética humana, nas argumentações, visões e interpretações de mundo. Por isso, as emoções não podem ser deixadas de lado no processo pedagógico-

22 CAPELLA, Juan Ramón. *El aprendizaje Del aprendizaje* – Fruta prohibida. Una introducción al estudio Del Derecho. Madrid: Trotta, 2009. p. 33/34.

gico permanente, além do mais, uma “justa raiva” às corriqueiras marginalizações e invisibilizações tem um papel importantíssimo na curiosidade crítica e indócil.²³

Portanto, como foi abordado neste tópico, a educação e todo educador devem prezar e ser orientados pelas noções de subjetividade, de cidadania e emancipação. Todas estas aqui ressignificadas a partir daqueles elementos da natureza humana positivados – liberdade, ética e direitos humanos.

Por ser inserida numa infinita diversidade de saberes e em diversas desigualdades e desequilíbrios, deve ser a educação um processo permanente e voltado para a mudança. Deve ela ser um infinito despertar de emoções, fundamento para a curiosidade crítica, autônoma e eticamente responsável, já que as pessoas têm em si inúmeras potências e elas devem ser trabalhadas a fim de desenvolvê-las, aprimorá-las, para adquirir não só um conhecimento pessoal e livre, mas também e continuamente conquistar em um trabalho de *auto-educação* a sabedoria ético-moral.

Nesse caminho, educar é estar atento ao ensino-aprendizagem e estar de acordo com a ética humana da inconclusão. Educar é emancipar e buscar contribuir para a formação de pessoas conscientes de que, históricas, estão inseridas num complexo e permanente processo vital local e globalmente compartilhado com outros humanos, outros seres vivos e não vivos e que, portanto, exige trabalhar a participação cidadã sem perder de vista a importância da autonomia, da liberdade.

7. EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Diante de todo o percurso feito neste estudo, temos que num primeiro momento buscou-se identificar a natureza humana inconclusa com base num ponto de vista filosófico. Deste último, foi possível retirar que as noções de liberdade e ética necessariamente fazem parte do que entendemos por educação. Visto isso, foi importante analisar, de uma perspectiva jurídico-política, o aparecimento dos direitos humanos a partir exatamente daqueles conceitos filosóficos de liberdade e de ética; deles destacamos o nascimento dos direitos individuais e da ideia de cidadania.

Dentro deste contexto, a educação como um direito humano foi interessante para nos apresentar a necessidade de se tratar a indivisibilidade das dimensões dos

23 Neste âmbito, duas importantes referências nos cabem: primeiro, é necessário estarmos atentos às especificidades das fases do desenvolvimento vital humano, como a infância, adolescência e maturidade – acerca desta, ver: SETZER, 1999; segundo, *despertarmo-nos para a importância das artes na formação sensorial, motora, sentimental, criativa, intelectual e sociopolítica em todo o processo vital - para tal conteúdo, ver: BOAL, 2009. Não por acaso Augusto Boal, teatrólogo e filósofo brasileiro criador da Estética e Teatro do Oprimido, afirma ser a estética um direito humano – ver: BOAL, 2009 p. 92 a 94.*

direitos humanos e a importância de se tratar destes temas nos contextos curriculares e educacionais. Nesta esteira, destacamos a importância da Educação em Direitos Humanos para a compatibilização de liberdade e ética, de direitos individuais e cidadania e dos aspectos formativo e informativo da orientação metodológica da educação formal. A necessidade de esforço ético para promoção e efetivação dos direitos humanos tornou-se aqui evidente, sobretudo, diante da experiência multicultural.

A perspectiva ética dos direitos humanos fez aflorar a necessidade de se tratar os mesmos de um ponto de vista sociológico. Assim sendo, tratamos dos direitos humanos como uma experiência multicultural que exige um esforço sociológico de resgate e destaque das muitas visões de mundo, sobretudo das dos alunos e alunas e dos contextos em que a educação acontece. Desta diversidade vimos a importância dos educadores e educadoras respeitarem os ambientes em que se inserem os processos pedagógicos, respeitando, sobretudo, a autonomia dos estudantes e dando ênfase à prática cidadã em que todos estão inseridos.

Neste sentido multicultural e contextual, identificamos que os conceitos de subjetividade, de cidadania e de emancipação abrangem aquelas noções iniciais de educação, de liberdade, de direitos individuais e de ética. Neste ambiente de nossa caminhada, tornou um pouco mais claro o que poderia se entender por Educação em Direitos Humanos.

Para reter ainda mais clara esta última na visão deste estudo, sinteticamente identificamos a educação como um desafio permanente da liberdade, da autonomia, da subjetividade de cada um para que, em suas ações, vá se tornando cada vez mais éticos e prudentes. Os direitos humanos, por sua vez, ficaram entendidos como o reconhecimento da individualidade de cada ser humano, de seus direitos fundamentais, de sua faculdade política, cidadã e ecológica, além de, recentemente, ser também estes uma proposta ética de reconhecimento e respeito da enorme diversidade de visões de mundo. Os direitos humanos aqui entendidos são, por conseguinte, os direitos individuais e coletivos que têm como proposta e fundamento, a compatibilidade entre vida livre e vida cidadã.

Neste sentido, a Educação em Direitos Humanos como aqui é compreendida, é uma importante e urgente “disciplina” pedagógica que visa, sobretudo, a liberdade de cada pessoa. Seu exercício se faz desafiando a cada um de nós explorarmos nossa autonomia a relacionar eticamente nos ambientes em que passamos. Assim sendo, não há outra forma de realizar esta proposta, senão com a apresentação dos direitos humanos historicamente conquistados, destacando neles os aspectos da subjetividade, da cidadania e da ecologia, enfatizando, necessariamente, a interdependen-

dência entre eles e os ambientes em que se realizam a prática pedagógica em relação com a diversidade infinita de visões de mundo.

Por todo o exposto, este estudo destacou que os direitos humanos devem ser assumidos como substanciais na educação de hoje para possibilitar a autonomia subjetiva das pessoas e para orientar o exercício responsável e ético da cidadania. Conseqüentemente, a Educação em Direitos Humanos é hoje essencial em todo e qualquer ambiente pedagógico. Nesse sentido, lembramos: a educação como especificidade humana exige o respeito ao princípio ético de inconclusão do humano e demanda muito trabalho entorno da consciência de que não existe uma cultura completa. É exatamente incentivando as liberdades que os sujeitos, sendo históricos, ficarão tão mais livres quanto mais eticamente vão assumindo as responsabilidades de suas ações. Os direitos humanos são e devem ser assumidos como uma ponte para a realização deste complexo e permanente exercício.

8. REFERÊNCIAS

- BERTASO, João Martins. Os direitos humanos como política de cidadania. In: *Direitos Culturais* Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, V.3, n° 5; EDIURI, Santo Ângelo/RS, 2008.
- BOAL, Augusto. *A Estética do Oprimido – Reflexões errantes sobre o pensamento do ponto de vista estético e não científico*. Rio de Janeiro: Garamond; 2009.
- BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH/3); Brasília; 2010.
- CAPELLA, Juan Ramón. *El aprendizaje Del aprendizaje – Fruta prohibida. Uma introdución al estudio Del Derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 2009;
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes (Orgs). *Pedagogia da Emancipação – Desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos Direitos Humanos*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Piaget, 1997
- MATURANA, Humberto. *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento - As bases biológicas do conhecimento humano*. São Paulo: Palas Athena, 2004.
- MORAES, Wesley Aragão. *O caminho interior (e o exterior) do médico (ou do terapeuta) – Espiritualidade Prática Contemporânea*, 1997.
- PIOVESAN, Flávia; Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos; *Revista Internacional Sur*; Ano 1, n°1, São Paulo, 2004.

- SANTOS, Boaventura de Sousa; Por uma concepção multicultural de direitos humanos; *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 48; Portugal, Coimbra, 1997.
- _____. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; Subjectividade, Cidadania e Emancipação; *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 32. Portugal, Coimbra, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang; *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SETZER, Sonia; A educação pode contribuir na prevenção do consumo de drogas? – *Revista Arte Ampliada*, 1999.

Capítulo 21

AVALIAÇÕES E APRENDIZAGENS NO DIREITO: PELA ATENÇÃO ÀS SIGNIFICAÇÕES CONSTRUÍDAS POR ESTUDANTES

Ernani Santos Schmidt¹

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas o ensino de Graduação em Direito rumou do centralismo elitista das faculdades tradicionais para o universalismo quantitativo associado à mercantilização do ensino superior no Brasil. Segundo dados do MEC (Ministério da Educação – Governo do Brasil), até o ano de 2013, o país dispõe de 1,2 mil cursos de direito, que efetivam em torno de 800 mil matrículas em todos os anos da graduação. O estudo do direito faz prosperar a indústria da preparação para concursos. Por reconhecer a marginalidade a que estão submetidas perspectivas pedagógicas críticas no cotidiano de docentes e discentes em geral, pretende-se dar vazão a uma singela intuição que sugere possibilidades de identificação de fatores determinantes quanto a este estado e que permite perceber resistências de encontro a eles.

A crise de entusiasmo perceptível nas salas de aula Brasil afora requer um olhar autocrítico de professores e estudantes de direito aos significados peculiares desta própria atividade. A formação do único profissional que pode exercer a jurisdição ao modo endereçado dos certames constitui uma redução da complexidade do direito como objeto de conhecimento e dos sujeitos em relação na sala de aula que nem o mais radical formalismo positivista poderia supor. Observa-se, para tanto: a) um esforço específico de compreensão dos temas currículo/didática em realização, o qual visa o enfrentamento das implicações entre política educacional e autonomia pedagógica e que permite organizar certo tipo de reflexão sobre a formação em direito e o trabalho por ela implicado; b) um exame peculiar do pensamento pedagógico na história pautado pela exploração das contradições internas havidas nas diferentes concepções da pedagogia; c) e uma proposta de organização do olhar que se pretenda atento às manifestações espontâneas dos estudantes.

¹ Professor do Curso de Direito. Universidade Católica de Pelotas/RS (UCPEL). e-mail: schmitts@via-rs.net

2. O DRAMA DA AUTONOMIA PEDAGÓGICA NO CENÁRIO DOS RESULTADOS

Os temas currículo e didática constituem em si elementos cuja compreensão requer incontáveis contatos com variados sistemas teóricos e temáticos, sendo vasta a literatura que os interpreta. Pretendemos, nesta exposição, observar a proposta de Hypolito (2012) no sentido de entender a associação destes temas com a política educacional. Segundo esta proposta processos de engendramento currículo/didática são determinados pela política educacional e as variadas compreensões acerca do que ensinar e como ensinar, ou do que aprender e como aprender, foram permanentemente atadas às suas variações.

Ao perceber características gerais da atualidade do desenvolvimento do modo de produção capitalista o autor menciona a captura no âmbito da educação pelo que designa neotecnicismo, o qual implica as noções didática/currículo através da composição de modelos estritamente formais de avaliação ancorados precisamente no alcance de resultados. Em nosso tempo esse processo redundando nos mitos redutores do saber, do ensino e da aprendizagem às formações voltadas exclusivamente para o desempenho técnico. Os sistemas de avaliação, nesse sentido, não tratam apenas de fiscalizar cumprimento de normas educacionais, mas sim estabelecer “um conceito específico” e regular todos os atos de ensino/aprendizagem para que seja ele, o conceito estabelecido, a própria realização desses atos. Uma lógica gerencial impõe-se homogeneamente aos sujeitos dos momentos pedagógicos e constitui ares de resignação numa “neurótica atenção aos meios” (Hypolito, 2012, p. 542).

O que torna este neotecnicismo ainda mais avassalador está exatamente na sua sutileza, assevera o autor – o conservador não se apresenta como tal. Hypolito (2012) observa em diversos momentos do desenvolvimento do capitalismo no Brasil que a estruturação do pensamento oficial e das políticas educacionais pautou e tem sido pautada pela formação de mão de obra, formação de técnicos qualificados e consumidores em potencial. E, ainda, se, por um lado, impõe-se reconhecer as epistemologias críticas, que mesmo nos períodos em que tiranicamente proibidas mantiveram vivas ideias e práticas emancipatórias; por outro lado, impõe-se reconhecer que na experiência pós Constituição de 1988, suas implicações em níveis da densidade da definição dos motivos/objetivos fundamentais da educação são notadamente caracterizadas pela pontualidade ou duração limitada.

As variações dos diversos parâmetros formais de avaliação têm contado desde a redemocratização com o discurso ideológico da perspectiva da mudança. Do IDEB², e

2 O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) foi criado em 2007 para medir a qualidade de cada escola e de cada rede de ensino. O indicador é calculado com base no desempenho do estudante em avaliações do Inep e em taxas de aprovação. Assim, para que o Ideb de uma

para os fins deste trabalho, ao ENADE³, a aferição do que é qualificado ou não resulta de fórmulas matemáticas cuja legitimidade de suas aplicações, segundo uma lógica legal-administrativa-burocrática, está assentada na perspectiva de realização de diagnósticos sem os quais não seria possível elaborar as melhores políticas públicas para os diferentes desafios. A sutileza conservadora consiste em se apresentar como índice para autocrítica devidamente instruída, quando na verdade é compromisso com certo tipo de resultados regulando prescritivamente o agir de professores, de estudantes, e das diversas instituições de ensino. A autonomia pedagógica é fulminada porque fulminada é a autonomia do trabalho pedagógico (Hypolito, 2012).

Ora, essa senda de raciocínio é bem apropriada para a compreensão da realidade do ensino do direito em nosso país, pois desde os tempos do currículo mínimo até a atualidade das diretrizes curriculares no fundo o que está determinado é *um o que e um como* se deve ensinar/aprender. Ainda que possamos reconhecer na instituição do sistema de diretrizes, sobretudo nas atuais (Res. MEC 09/2004) por contarem em sua elaboração com influências políticas e teóricas de diversos campos progressistas na ciência do direito, urge reconhecer que seu caráter crítico ou conservador não pode ser presumido. Comprovar requer não só observar o conteúdo substantivo de suas definições como espécies de normas de direito público, mas entender as condições objetivas do trabalho que lhes dá realidade.

Ainda que as atuais diretrizes curriculares constituam o projeto pedagógico fundado no desenvolvimento de competências e habilidades como a pauta fundamental para instituições de ensino do direito, é forçoso reconhecer o dia a dia tem transformado consideráveis aspectos daquele instrumento em normas “programáticas”, bem ao gosto da tradição constitucional conservadora de inspiração liberal. Professores, estudantes e gestores impotentes diante das contingências, têm visto a própria ideia ampla de conceito preliminar de curso para o qual é dirigido o resultado no ENADE, perder importância na percepção comum, sobretudo entre os estudantes e o público, para o Exame da OAB⁴.

No SINAES⁵ o momento específico do estudante é o ENADE, cuja prova supõe uma parte geral e uma parte específica, em conformidade com as ideias de eixos

escola ou rede cresça é preciso que o aluno aprenda, não repita o ano e frequente a sala de aula. (Fonte/MEC/INEP)

3 O Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) avalia o rendimento dos alunos dos cursos de graduação, ingressantes e concluintes, em relação aos conteúdos programáticos dos cursos em que estão matriculados. O Exame é obrigatório para os alunos selecionados e condição indispensável para a emissão de histórico escolar. (Fonte MEC/INEP)

4 Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB) - Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: I – capacidade civil; II – diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III – título de eleitor e quitação do serviço; **IV – aprovação em Exame de Ordem**; (grifo Nosso)

5 SINAES - Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior. Instituído pela *Lei nº 10.861/2004 (Lei do SINAES)*. Objetivo: Assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação

básico e profissional das diretrizes curriculares do ensino do direito. No exame da OAB, a prova objetiva versa sobre o conjunto dos tradicionais ramos do direito positivo e a prova discursiva teórica, bem como prático-profissional são escolhidas pelo estudante entre os tradicionais ramos do direito processual. Em comum nos dois exames a qualidade de constituírem modelos formais de avaliação por alcance de resultados.

O primeiro (ENADE) para instruir o controle estatal fiscalizador da atividade de formação superior; o segundo (OAB) para definir o ingresso em uma categoria, com função pública, mas de natureza profissional liberal. O primeiro, de natureza não classificatória em termos individuais, tem conduzido a sua problemática para o âmbito estrito da gestão acadêmica onde se manifesta cruamente a atenção voltada para meios diante da responsabilidade com o cumprimento das normas educacionais. Não raro a gestão acadêmica converge sua energia para as matemáticas decorrentes do conceito preliminar de curso com suas definições relativas à titulação docente, regimes de trabalho, estruturas físicas, etc. Nas instituições não estatais, ainda além, afirma-se o drama da sustentabilidade para aquelas com identidade não empresarial. O segundo, ainda que não constitua objetivamente avaliação institucional, fora sido alçado no imaginário geral à condição de parâmetro de qualidade e com isso permeado as atuações e expectativas de estudantes e professores ao conceberem suas atuações individuais e coletivas. E nesse sentido tem sido totalizante, pois faz o *standard* reinante nas instituições implicadas pelo exercício da advocacia determinar quem pode ingressar nos quadros dessa profissão. Acaba por constituir um filtro através do qual supostamente se define quem sabe, redundando em imposições de toda ordem sobre quem ensina e quem aprende; o problema é que essas implicações são definidas segundo um modo específico de se saber o direito.

Em qualquer das perspectivas sedutor é um comportamento pedagógico resumido ao instituído. Mas pessoas e instituições não podem esquecer que a formação jurídica é necessária para além das três profissões da jurisdição; ela é um componente da própria democracia em variadas profissões exigentes do bacharel em direito. Os índices da OAB concernem à compreensão da própria advocacia e não da qualidade do ensino, pois não recebem os mesmos tratamentos alarmantes os índices da seleção da Magistratura e do Ministério Público, por exemplo.

3. DAS SIGNIFICAÇÕES CONSTRUÍDAS PELOS ESTUDANTES E SUA CENTRALIDADE

A conjuntura acima exposta resumidamente nos leva ou pelo menos, nos convidada para uma pedagogia crítica no direito que não hesite em recuperar o drama

superior (IES), dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico dos seus estudantes, nos termos do art. 9º, VI, VIII e IX da LDB. (Fonte MEC/INEP)

tradicional de toda teoria social na discussão sobre o que é necessariamente e o que é politicamente, transitoriamente, acidentalmente. Porque hesitar diante desta conjuntura é subestimar aquilo que em realidade tem valor, na forma de aceitação passiva de falsos padrões de avaliação. Assim é que buscamos em Suchodolski (1984) e sua designação da centralidade do jovem no processo pedagógico um caminho reflexivo para melhor entender a combinação essencial entre a aceitação dogmática e a opção individualista hegemônica nos estudantes de direito. O sentido procurado é do restabelecimento da problematização segundo as necessidades dos estudantes, considerando as suas tendências fundamentais. As contribuições do que este autor designou *educação voltada para o futuro* dialogam diretamente com as exigências de enfrentamento da crise de entusiasmo revelada nas salas de aula diariamente.

O conflito fundamental do pensamento pedagógico é percebido em uma filosofia da educação na história que organiza as tensões entre a pedagogia da essência e a pedagogia da existência. Observa Suchodolski (1984, p. 24)

(...) em todos estes fatos amadurecia uma interrogação: o homem deveria obedecer aos ideais, normas, mandamentos, exemplos e concepções que então vigoravam? Ou noutros termos: será a experiência interior do homem uma matéria bruta que deve ser selecionada e formada por ideais seculares, ou poderá ser o homem considerado uma fonte animada de ideais novos?

Insiste o autor, entretanto, que o conflito entre a pedagogia da essência e da existência demonstrou insuficiências destas bases filosóficas no que se refere a uma perspectiva de totalidade. Não há uma via de acesso da pedagogia da existência ao ideal e da pedagogia da essência à vida. Conforme Suchodolski (1984, p.32), a resolução deste conflito somente poderá se operar, como superação do que chama “tentativas falhadas de conciliação”, mediante o desenvolvimento de uma aliança da atividade pedagógica com a atividade social onde não haja como pressuposto uma contradição entre a existência social do homem e a sua essência, no intuito de que a formação da juventude potencialize vida e ideal numa atividade criadora e dinâmica. Buscamos exatamente nas amálgamas deste conflito, no cotejo das condições do Brasil contemporâneo, uma noção abrangente sobre um possível conjunto de fatores que o originaram e resgatamos certa síntese que não é nova, mas está flagrantemente amortecida, qual seja a necessidade da superação da autoridade do dogma pela possibilidade da criação no lugar e no tempo. Talvez por esta razão entendimentos precisos acerca dos sujeitos estudantes necessitem superar velhas concepções plásticas (artificiais) sobre o *ser* estudante de direito, bem como colocar sob

exame crítico as impressões decorrentes do estado atual mais expressivo em suas formas de *estar* estudante. E professor, também.

Não por mera coincidência o panorama geral do pensamento jurídico da modernidade ocidental destaca dois modelos básicos de posicionamentos a partir dos quais supostamente derivam todas as tomadas de posição no campo de uma suposta ciência do direito em níveis teórico e político - jusnaturalismo e positivismo jurídico. Observa Suchodolski (1984) que a filosofia que embasou a retomada moderna do direito natural foi um dos elementos constituidores do sistema natural da cultura, concepção intelectual cujo escopo foi a retomada ofensiva da pedagogia da essência em momento no qual as suas variantes tradicionais não eram mais aceitas. E que mesmo a pedagogia da existência em sua versão mais apaixonada – Emilio, de Rousseau – buscava uma natureza humana não centrada em uma verdade da realidade essencial, mas em uma vida factual a ser liberta da autoridade.

O método de análise, portanto, é fecundo tanto para a percepção do direito, como para o entendimento de seu cultivo como objeto de estudo, pois o que pretende é evidenciar o cerne das contradições internas que permeiam as lutas de diferentes concepções. Nesse sentido a educação voltada para o futuro, como insistência na superação da dicotomia essência/existência propõe que o processo pedagógico há de reconhecer que objetivos exteriores ao aprender são inválidos, sobretudo na realidade do capitalismo, pois constituem “discursos de esperanças fáceis” (Suchodolski, 1984. p. 87). Somente a curiosidade espanta o tédio e o dogmatismo! O ensino do direito, a exemplo da pedagogia crítica precisa caminhar para o futuro. Com Suchodolski (1984, p. 120) repetimos:

(...) se queremos educar os jovens de modo a tornarem-se verdadeiros e autênticos artífices de um mundo melhor, é necessário ensinar-lhes a trabalhar para o futuro, a compreender que o futuro é condicionado pelo nosso trabalho presente, pela observação lúcida dos erros e lacunas do presente.

Em face de toda esta perspectiva assumida, assinalamos a necessidade de esforços em favor da compreensão de significações que os estudantes espontaneamente expressam para resgatar a clareza necessária a qualquer atividade pedagógica comprometida com a formação crítica. A adoção de um panorama geral tem apenas o propósito exclusivo de expor um fundamento da importância de composições mais amiúde serem efetuadas. São possíveis inúmeras categorizações neste ambiente de subjetividades vinculadas no fato de estudarem direito em alguma instituição. Quanta pluralidade e diversidade de mundos há em uma sala de aula! Contudo, propomos iniciar a atenção assumindo alguns pontos mais gerais implicados nas falas de alunos das mais variadas origens e modos de ser. Assim é que voltamos o olhar para alunos ingressantes e concluintes e refletimos

sobre reiteradas falas acerca do aprender o Direito, sob a inspiração de duas categorias fundamentais – significações instituídas e significações instituintes.

Os estudantes de direito, como de modo geral, estão angustiados pela flagrante ausência de segurança quanto ao futuro. O mercado de trabalho liberal, por conta da recessão econômica deixou de ser algo atrativo do ponto de vista financeiro e as carreiras jurídicas de vínculo estatal têm seu quadro de acesso reduzido pela competição gigantesca. De modo geral esta ideia é corrente entre os estudantes, ou seja, sabem muito bem o que lhes espera, apesar das “opções” equivocadas que lhes resultam em face da primazia da mecânica e do mercado, o que redundava em um comportamento de incessante busca no seio das tradições conservadoras de alguma segurança individual, o que redundava em distância da crítica e da formação teórica de perspectivas progressistas. No entanto, a exemplo de Suchodolski (1984, p. 11), devemos acreditar nesta juventude *“que exprime frequentemente a sua revolta confusa em face do mal, agindo mal”*.

Em um diálogo que temos mantido com estudantes de diversas etapas da graduação em direito há vários anos lecionando Direito Civil e Filosofia do Direito, e nos últimos quatro exercendo juntamente a Coordenação de Curso, tem sido possível configurar um esquema de relação teórica com uma impressão muito forte: toda a direção racional dos estudantes a atitudes problematizadoras em salas de aula costumadamente são estabelecidas segundo um esquema competitivo que opera expressões de afirmação cabal. Uma circunstância controversa qualquer reiteradamente se resolve com uma apresentação formal que captura a ânsia por correção e estabelece a autoridade. Os diversos tipos de cenários para formação de idéias, em específico abstrações efetuadas sobre conflitos, reiteram permanentemente uma constante: estudantes ingressantes apresentam noções com característica substancial e estudantes concluintes uma abordagem tipicamente processual. Em qualquer caso as falas e abordagens sempre aparecem como resultado de uma memória sobre conhecimento já dado, estabelecido.

A necessidade de juízos abertos a considerações éticas e morais é exclamante no interior da análise de norma jurídica do “direito material” dos ingressantes, pois se trata de procurar a resposta normativa ao problema da validade das pretensões das partes. É a leitura do conflito mediante o objetivo de torná-lo razoável. No “direito processual”, ao contrário, um certo bom senso teórico tem construído uma cultura de zelo ao formalismo como sendo o recurso contra a discricionariedade e, com isso, configurado um tipo de pensamento auto-referente, fundado na linguagem da ciência como possibilidade de uma linguagem independente do sujeito. O sentido esperado de eficácia para o direito processual, assim, consiste em liberar os sujeitos do processo das tensões decorrentes das experiências de responsabilidade e interesse. Juízes, partes, público, todos contam com recursos formais herdados e repetidos. Tal ato processual da parte é cabível ou não é o exemplo mais significativo. Com um enunciado normativo se define a questão e a põe “a salvo” de dúvida. Pensamos ser necessário entender melhor esta relação dos estudantes

com o saber, reconhecendo que a maior generalidade possível demonstra estar havendo um cumprimento fiel destes estudantes ao que lhes ensinou o pensamento jurídico dominante – uma espécie de não pensamento que se impõe como conhecimento único e prescritivo.

Quando se está diante de exigências pedagógicas parece haver uma impossibilidade da tradição do conhecimento jurídico fundado sob a ciência moderna – depois de insistir em aprendizagens ancoradas na autoridade de enunciados conhecidos mediante a orientação de efetuar definição e desfecho, e estabelecer ciência do direito como articulação de representações positivas, o estudante é remetido a um mar de erudição e regulamentos.

A dificuldade mais exclamante verificada para o estabelecimento de uma atmosfera livre e criadora, reside no problema de que dizer o direito supostamente requer saberes que realizem precisão. Toda postura supostamente científica passa a contar com mecanismos pelos quais o direito se encontra em um estatuto próprio, em cuja estabilidade se pode atingir a clareza, certeza e correção. O rigor da noção de normatividade quando toma conta das posturas de saber atrapalha, impede. O próprio conhecimento é articulado como reivindicação de norma jurídica sob uma lógica descritiva de enunciados sob os quais se impõe o binômio certo/errado. O sujeito passa a ser necessariamente repetitivo, amontoando “re-dizeres da doutrina”. Nesse viés, a formação jurídica ao invés de estimular a capacidade de criação impõe a cópia do que já foi escrito em livros de doutrina, leis e decisões judiciais. Aliás, neste aspecto os diversos *rankings*, como por exemplo, Selos de Qualidade (OAB, Guia do Estudante, etc), bem como prêmios dados por escolas de formação (como, por exemplo, as da magistratura, MP, etc.) aos alunos de melhores notas em seus cursos criam um ambiente de disputa e amedrontamento onde não se pode discutir determinados problemas jurídicos em descompasso com a ideia dominante, sob pena de “estar errado” e deixar de contar pontos. Trata-se, analogicamente, daquilo que Maurício Tragtemberg (1999) chama de prática de ensino reduzida à vigilância.

Ocorre que este cenário tipicamente positivista acaba pautando a atividade pedagógica segundo expectativas de sucesso. Obter sucesso passa a ser resultante da realização destas formas de lidar com a realização do conhecimento, vale dizer com a habilidade em copiar as linguagens e definições de uma cultura estabelecida e sabê-las reter de modo a poder atuar em novas discussões onde se deva apresentar domínio de conteúdos. Este é o cenário daquilo que Cava (1997, p. 101) designou como campo das significações instituídas. Enfatiza a pesquisadora:

Historicamente tem-se como necessário ao aprender na escola ‘ideias’ como ‘prestar atenção’, a ‘cópia-imitação’, a ‘memorização’ de conteúdos. Esses ‘saberes’ seriam importantes para que

educandos e educandas passassem de ano com a perspectiva de serem ‘alguém na vida’. Essa concepção de aprendizagem tão arraigada em nós, vivida na nossa experiência discente e perpassada, na maioria das vezes, para nossa experiência docente, é uma concepção que se apresenta como uma ‘tradição’ no contexto escolar. Tradição no sentido mais rigoroso.

Podemos observar que essa aboragem dialoga precisamente com a preocupação de Lyra Filho (1993) quando referiu ser uma das falácias mais repetidas no interior das escolas de direito a afirmação de que o estudante deve, primeiro, conhecer bem as leis e os costumes da classe, grupos e povos dominantes; e, depois, somente após assimilarem muito bem o desenvolvimento técnico destas normas, se quiserem, por si, busquem tratá-las em mais largas perspectivas políticas, sociológicas, filosóficas e críticas. Nesse ponto talvez resida a principal implicação de uma pedagogia crítica no ensino do direito. Superar a marginalidade a que está submetida requer o encontro de uma dimensão afirmadora de pautas de aprendizagens que propiciem aos estudantes usos incondicionais dos recursos da razão e do imaginário em suas atividades de formação.

Diante das incontáveis dificuldades perante às exigências de saberes precisos, no mais das vezes não necessariamente precisos, apenas articulados sob os domínios da cópia e da retenção, emergem o medo e a vergonha, redundando em formas de auto-aprisionamento por parte de estudantes. Isso se manifesta em diversos momentos como, por exemplo, na dificuldade diante de propostas de avaliação que não estejam sustentadas em suposta objetividade, que exijam exposição oral, leitura de clássicos, etc. Ora, neste aspecto precisamente Cava (1997, p. 119) encontra um cenário do que designa significações instituintes e que postula o caráter decisivamente transformador do medo e da vergonha quando refletidos em um sentido que os perceba como reação às significações instituídas que os originam, pois

A exposição do desagrado provocado por esses sentimentos, por si só, institue uma nova postura dos aprendizes, uma postura de indignação frente a situações instituídas a que cotidianamente são expostos. Sua indignação e expressão desse sentimento revela o ‘protesto possível’ de alunos e alunas que apontam para a exigência de novas posturas de nós educadores diante de sentimentos tão presentes nas escolas, e, na maioria das vezes, negligenciados.

Quando os estudantes dirigem esforços de aprendizagem aos institutos do direito positivo, ou mesmo em disciplinas tipicamente críticas reallizadoras do eixo de formação básica, buscando informações de autoridade que deem conta de alguma controvérsia com uma afirmação *correta* estão cumprindo o legado de uma ciência do direito

que como desejava Hobbes (2004) não olha o direito para especular, mas para obedecer. A segurança só é possível pela certeza e esta só é possível pela enunciação de um suposto melhor modelo de racionalidade. Contemporaneamente, o imaginário dos estudantes é permeado pela abstenção do sentido liberal sobre a justiça. A imparcialidade alimentada pelo formalismo da técnica jurídica doutrinária permite aos sujeitos de conhecimento em lida com o direito positivo aliviarem-se de tensões morais e éticas quando da fundamentação de suas prescrições. A facilidade com que este tipo de postura se impõe decorre supostamente do receio ao discricionário, arbitrário, etc, a partir do recurso de uma normatividade exterior aos sujeitos e definida segundo critérios formais. Mas em verdade este tipo de postura prospera no seio de uma conduta cognitiva, comportamental, acomodada na redução da complexidade dos diversos fenômenos implicados pelo saber jurídico (da lei às formas de sociabilidade) e nas facilidades de uma cultura de estudos cada vez mais empobrecida pela mediocridade da indústria de publicações de sinopses e similares. As possibilidades da crítica fenecem nesse contexto.

Ainda que as fontes do medo e da vergonha possam estar ancoradas nas dificuldades da cópia e da retenção, associadas à tradição estética do linguajar bacharelesco, não podem ser intrinsecamente a eles relacionados. Parece pouco provável haver formação profissional que não contemple em algum sentido preciso estas atividades. O essencial é reconhecer os limites de suas razões de ser como de caráter secundário no aprender. Às vezes o direito parece enfadonho e só deixa de parecer após efetivo empenho. Cava (1997) demonstra o quanto a dimensão do instituído refere à atenção – só se pode aprender com atenção lhe diziam os sujeitos com os quais construiu sua pesquisa; mas, ao voltar o olhar para a dimensão de revolta no campo do instituinte, observou a autora que a atenção só é possível onde há vontade; e ela, a vontade, só floresce onde há sentido.

4. CONCLUSÃO

A maneira de concluir momentaneamente, pretendemos enfatizar que uma exigência crucial para a pedagogia crítica no direito no Brasil é reconhecer a profunda crise de entusiasmo nas salas de aula. E que a crise é sobre o estudo e as exigências do trabalho em razão dele e não na pretensão de muitos jovens em “formarem-se” em direito e muitos profissionais insistirem na docência. Ocorre que estão todos capturados pela angústia da resposta aos meios; estudantes iludidos com as reduções doutrinárias cada vez mais disseminadas pela escola dos concursos e professores submetidos a regimes de trabalho orientados pela categoria da produção e todas as mutilações no tempo e na atividade reflexiva que ela impõe.

Tem sido observado com precisão que a origem dos diversos obstáculos a uma formação jurídica responsável com seu tempo está na base da compreensão do fenômeno jurídico. O dinamismo do direito só é compreensível nas implicações dos

sistemas ideológicos e políticos que lhe são atinentes. Por essa razão a atitude da crítica ou retomada do entusiasmo na formação dos indivíduos que operarão Direito deverá receber atenção de uma perspectiva pedagógica que os torne íntimos do esforço reflexivo de superar a característica injusta destes tempos.

Neste sentido, ao observar a formação em direito, cremos ser importante a compreensão de elementos do processo educativo na maior amplitude de perspectivas possível. É altamente fecundo perceber, mais amiúde, que as políticas educacionais acabam por configurar cenários de contenção à autonomia pedagógica em razão de uma formação voltada para o desempenho técnico e alcance de resultados. Em especial no campo do ensino do direito, remete para a exigência de tomadas de posição na compreensão do próprio trabalho docente, na função precípua das Universidades, etc. Insistimos, o exame da OAB, na dimensão específica de captura da atenção pedagógica é o cúmulo da homogeneização arbitrária que redundará nos fatores que desencadeiam ou predispoem um distanciamento cada vez maior dos debates de graduação em direito da ousadia de uma formação jurídica orientada pela observação crítica, sobretudo, após a nacionalização de sua aplicação, pois ao pautar o imaginário das relevâncias pauta o próprio trabalho pedagógico. O cenário resultante é o da afirmação de contingentes de sujeitos em relação de ensino-aprendizagem (professores e estudantes) trabalhando restritamente sob a inspiração da mecânica no que concerne à construção do saber e do projeto do mercado no que concerne aos motivos de sua construção. Em ambas as referências, o fetichismo das ilusões. Ora, a manter-se a tendência totalizante desse exame, o sentido político/teórico que superou o currículo mínimo com a lógica das diretrizes e o sentido crítico dos eixos de formação nelas estabelecido serão absolutamente contidos nos modos de realização do ensino/aprendizagem no direito.

O problema não está em suposta ilegitimidade do exame e suas implicações, mas sim no como ele estabelece contradições insuperadas no ambiente acadêmico de graduação em direito. A indústria da preparação para certames só permite prosperar o que apresenta resultados, não importando as qualidades. Lembrando Hegel (s.d. p. 18), a *urgência da época a realidade efetiva* ocupam com tanta intensidade o *espírito* que este não pode voltar-se ao seu próprio interior, sendo, portanto, condenado a *solidão*.

Acreditar, então, na juventude que busca a graduação em direito, supõe retomar o papel central do sentido em aprender não hesitando em lhe afirmar as insuficiências da mecânica e do mercado. A retomada do sentido como fundamento da aprendizagem exige estratégias não acomodadas, que elevem a responsabilidade de estudantes e professores. Estudar direito como sujeitos envolvidos na realização histórica da justiça, como atores de quem o que se espera é o uso das possibilidades do saber em favor de um fenômeno amplo - o direito e o como ele se faz realidade emancipatória na experiência sócio-histórica.

Um ensino pautado pela perspectiva de uma construção crítica supõe solidariedade estabelecida no debate entre sujeitos participantes de momentos do ensino/aprendizagem, porque todos têm tanto mais a aprender do que simplesmente reter memórias para uma aplicação acrítica no intuito de obter sucesso. Essa solidariedade passa pela relevância da centralidade do estudante e suas significações, pela retomada da rebeldia, pelo compromisso em resistir à tendência totalizante da lógica gerencial sobre a autonomia do trabalho pedagógico, enfim, pela inquietude perante a sonolência da simplificação positivista no estudo do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVA, Patrícia P. *O aprender: significações construídas por crianças de classes populares*. Porto Alegre, 1997. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- FILHO, Roberto Lyra, Por que estudar direito hoje? In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (ORG). *Introdução Crítica ao Direito*. 4.ed. Brasília: UNB, 1993 (Série o direito achado na rua; Vol. I) p. 22
- HEGEL, G. W. Friedrich. *Introdução à história da filosofia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s.d
- HIPÓLITO, Álvaro Moreira. Políticas Educativas, Currículo e Didática. In: ALVES, Nilda e LIBÂNEO, José Carlos (ORGs). *Temas de Pedagogia: diálogos entre currículo e didática*. São Paulo: Cortez, 2012
- HOBBS, Thomas. *Diálogos entre o filósofo e o jurista*. São paulo: Loyola, 2004.
- SUCHODOLSKI, Bogdan. *A pedagogia e as grandes correntes filosóficas*. Tradução de Liliana Rombert Soeiro. Lisboa: Livros Horizonte, 1984.
- TRAGTENBERG, Maurício. A educação libertária. In: GADOTTI, Moacir. *História das idéias pedagógicas*. 7.ed. São Paulo: Ática, 1999.

Sítios Consultados

- http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18533
<http://guiadoestudante.abril.com.br/vestibular-enem/brasil-tem-mais-cursos-direito-todo-mundo-603836.shtml>.

Capítulo 22

ASSESSORIA JURÍDICA E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À CIDADE: ESTUDO DE CASO EM PARAISÓPOLIS / SP.

Débora Grama Ungaretti¹
Gabriela Nunes Machado²
José Eduardo Carvalho Segatto³

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vive uma crise permanente instaurada por uma dupla problemática colocada nas sociedades complexas, a partir de traços da ideologia liberal clássica: o caráter individualista da disputa judicial; e a elevação do “acesso à justiça” como valor a ser universalizado. Essa dupla problemática engendra uma situação em que os órgãos estatais não dão conta do número (sempre crescente, já que fomentado por programas de universalização do acesso aos tribunais - conforme a idéia de prestigiar “acesso à justiça”) de litígios a ele colocados. A importância do desenvolvimento dos chamados “serviços jurídicos inovadores” como complementação e superação das formas tradicionais de resolução de conflitos pela via jurisdicional justifica-se pela tentativa de problematizar, criticar e avançar nas questões que se escondem nessa dupla problemática. Nisso demonstra-se a importância do estudo de casos paradigmáticos destes novos serviços, buscando uma apreensão globalizante de seus principais conceitos.

Neste sentido, o presente estudo se propõe à analisar a práxis do Núcleo de Direito à Cidade, grupo extensionista da Universidade de São Paulo que trabalha com uma comunidade em Paraisópolis, São Paulo. Essa análise se limitará à problemática de ser essa práxis um paradigma, ou não, de um serviço jurídico inovador. O referencial teórico adotado para tanto será a tipologia apresentada pelo sociólogo do direito Celso Fernandes Campilongo, no emblemático artigo “Assessoria Jurídica e Advocacia Popular: Serviços Legais em São Bernardo do Campo”.

1 USP, graduanda – Endereço eletrônico: deborag.ungaretti@gmail.com

2 USP, graduanda – Endereço eletrônico: gabrielanm.machado@gmail.com

3 USP, graduando – Endereço eletrônico: j.e.segatto@gmail.com

2. O NÚCLEO DE DIREITO À CIDADE

O Núcleo de Direito à Cidade é um grupo de extensão universitária da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), que trabalha com o projeto “Regularização Fundiária e Educação Popular em Paraisópolis”. A partir de um convênio firmado em 2003 entre o Centro Acadêmico XI de Agosto, da FDUSP, e a Prefeitura Municipal de São Paulo, tem início o projeto, cujo objeto é a regularização fundiária de uma quadra na comunidade de Paraisópolis. Tal convênio, semelhante a outros firmados no mesmo período com diversas entidades, tem como escopo fomentar e disseminar a utilização de uma grande inovação criada pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001)⁴: a usucapião especial coletiva de imóvel urbano.

Assim, um primeiro aspecto do projeto, sua atuação “judicial” (que será problematizada adiante), consiste na utilização da usucapião especial coletiva para regularizar e declarar a propriedade de uma comunidade que há várias décadas ocupa a quadra objeto da ação.

Antes de partir para o segundo aspecto da práxis do grupo, é necessário fazer algumas breves considerações sobre o perfil social da comunidade que participa do projeto⁵. Paraisópolis é, atualmente, uma das duas maiores favelas do município de São Paulo⁶. Formada em diferentes contextos históricos, a favela teve seu grande crescimento populacional (a partir do fluxo migratório nordestino) engendrado pela construção do Estádio Cícero Pompeu de Toledo (anos 50-60) e pelo *boom* da construção civil nas regiões próximas (anos 70-80).

Sua população apresenta uma renda média próxima a um salário mínimo (R\$ 614,43) e ainda mantém, fortemente, o perfil nordestino (migrante). Apesar do projeto de urbanização empreendido nos últimos anos, a favela ainda carece de uma

4 A Lei Federal 10.257/01 (Estatuto da Cidade) foi criada para regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, referentes ao Capítulo “Da Política Urbana”, inovando e desenvolvendo vários marcos jurídico-urbanísticos. Para mais informações, DALLARI, Adilson Abreu, e FERRAZ, Sérgio (coords.) *Estatuto da Cidade (Comentário à Lei Federal 10.257/2001)*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

5 Para uma análise mais detalhada da comunidade de Paraisópolis, ver GOHN, Maria da Glória. MORUMBI: *o contraditório bairro-região de São Paulo* in CADERNO CRH, Salvador, v. 23, n. 59, p. 267-281, Maio/Ago, 2010.

6 Há divergência sobre qual seria a maior favela de São Paulo: Paraisópolis ou Heliópolis. GOHN, no artigo indicado, coloca Paraisópolis como a segunda, mas dados oficiais do IBGE, em resultado do Censo Demográfico de 2010 a respeito de Aglomerados Subnormais. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agsn2010.pdf>. Acesso em 04 out 2012, sustentam tese oposta.

ampla gama de serviços e instrumentos públicos. Sem aprofundar essa análise, que foge aos objetivos de um panorama geral, podemos exemplificar com a insuficiência do sistema público de transportes no atendimento à região, ou com a escassa estrutura pública de saúde local.

Dado este contexto, o grupo, desde o início, tinha uma visão crítica a respeito do alcance dos benefícios que poderiam ser trazidos para os moradores daquela quadra caso a ação viesse a ser apreciada de maneira positiva, uma vez que a regularização fundiária *stricto sensu*, isto é, a declaração da propriedade fundiária, resolveria apenas um dos inúmeros problemas relacionados à moradia decorrentes de questões não só legais, mas também socioculturais da comunidade de Paraisópolis. Além disso, sabe-se que o processo de usucapião coletivo em curso, apesar de muito inovador, insere-se dentro da complexa lógica imobiliária existente na comunidade de Paraisópolis, obstáculo que não poderia ser ignorado em uma autoavaliação crítica da práxis do grupo.

É nesse sentido que se apresenta o outro aspecto do grupo, a atuação pedagógico-crítica baseada na educação popular. O Núcleo de Direito à Cidade atua de forma transdisciplinar (contando com graduandos em Direito, Ciências Sociais, Geografia, Arquitetura e Turismo) e conjuntamente com os moradores da quadra em Paraisópolis. Em reuniões mensais são feitas discussões a respeito dos problemas relacionados à moradia na comunidade, paralelamente à ação de usucapião coletiva.

Baseado na concepção de educação popular idealizada por Paulo Freire, o grupo busca sempre travar relações dialógicas (de diálogo) entre os estudantes e os moradores. Concordamos com o professor quando ele afirma que é através de uma práxis de aproximação que o mundo é problematizado e decodificado, possibilitando que as pessoas se descubram como instauradoras da própria realidade. Assim, a consciência do mundo e a consciência de si crescem juntas. Nisso reside a importância de uma relação consolidada: o sujeito se constitui em sua subjetividade pela consciência do mundo e do outro, conjuntamente, tendo como elementos essenciais a ação e a reflexão.

Além disso, o grupo busca colocar em prática a concepção de que a extensão, um dos pilares do tripé universitário ao lado de ensino e pesquisa, deve ser uma forma dialógica entre a universidade e a sociedade, que exige um posicionamento ético em favor da população oprimida, com os movimentos sociais e em nome deles. Tal entendimento é contrário ao método de ensino universitário tradicional, o qual, a partir da hierarquização das relações existentes e da imposição de um programa de ensino que reproduz o *status quo*, imobiliza os estudantes. A extensão normalmente é vista como uma ponte entre a universidade e a sociedade. Essa concepção é equi-

vocada, uma vez que se parte do pressuposto de que o conhecimento produzido de maneira hierarquizada na universidade deva ser estendido⁷ à comunidade ou ao grupo em questão, seja na forma de prestação de serviços, seja na forma de depósito de conteúdo. Em sentido oposto, entendemos que a atuação deve ocorrer de forma não assistencialista e em processo de teorização e crítica constantes em direção à abertura total da universidade ao desenvolvimento popular a partir das trocas de saberes.

Para além disso, a universidade, ao contrário do que é afirmado por parte da literatura, é sim permeada pela sociedade. Porém, em vez de servir à verdadeira transformação social, o conhecimento gerado no ambiente universitário acaba direcionado aos interesses do mercado. Isso fica bastante explícito ao compararmos o número de pesquisas farmacêuticas para a área de cosméticos, que são bastante valorizadas, e o de pesquisas sobre doenças típicas de países subdesenvolvidos, tais como a cólera e a malária. Assim, acreditamos que a verdadeira extensão deve se prestar a intervir de forma a trazer uma nova concepção para a aplicação do conhecimento, não mais vinculado ao mercado e ao grande capital, mas sim com propostas concretas de atuação no sentido de uma sociedade mais justa.

3. OS SERVIÇOS JURÍDICOS INOVADORES, SEGUNDO CAMPILONGO

A falta de um amplo desenvolvimento teórico dos chamados “serviços jurídicos inovadores” obriga quem se debruça sobre o assunto à escolher um certo recorte teórico que possibilite a análise. Tal escolha, entretanto, não significa a inviabilidade de outros parâmetros teórico-sociológicos para o mesmo intento. Antes, ela aponta para necessidade e a importância de que se continue a avançar nessa discussão.

Neste sentido, entendemos oportuna a tipologia proposta por Celso Campilongo no artigo “Assistência Jurídica e Advocacia Popular: Serviços Legais em São Bernardo do Campo” (Campilongo, 1991). O estudo faz uma análise das diferenças entre serviços legais tradicionais e os serviços legais inovadores por meio da conceitualização de suas características mais gerais. Como o próprio autor aponta:

7 “Parece-nos, entretanto, que a ação extensionista envolve, qualquer que seja o setor em que se realize, a necessidade que sentem aqueles que a fazem, de ir até a ‘outra parte do mundo’. Considerada inferior, para, à sua maneira, ‘normalizá-la’. Para fazê-la mais ou menos semelhante a seu mundo. [...] envolvem ações que, transformando o homem em quase ‘coisa’, o negam como um ser de transformação do mundo. Além de negar, como veremos, a formação e a constituição do conhecimento autênticos.” (Freire, 1985)

A tipologia construída possui caráter exclusivamente teórico-bibliográfico. Trata-se de uma tentativa de consolidação de diferentes escritos, nem sempre interessados propriamente nos serviços legais mais ocupados com análise das funções do direito nas sociedades em mudança.⁸

Das características dos serviços legais inovadores, ressaltaremos algumas por meio das quais esses serviços se destacam em relação aos serviços legais tradicionais. A primeira delas é a preocupação com interesses coletivos. Em contraposição à visão do direito liberal, segundo a qual o litígio corresponde ao conflito interindividual e é uma ruptura em relação à lógica de mercado, os serviços legais inovadores se preocupam com casos de interesses coletivos, em que se amplia o conflito para sua dimensão macro e se busca garantir direitos coletivos, não passíveis de fruição individual ou exclusiva.

Outra característica importante dos serviços legais inovadores é o trabalho de conscientização e organização comunitárias. Contrapõe-se ao assistencialismo, presente nos serviços tradicionais, o qual normalmente vem acompanhado da desarticulação da população, de modo que uma lógica de dependência dos serviços e da “boa vontade” dos advogados é instaurada. Esse dado soma-se à preocupação com a real necessidade econômica dos assistidos pelos serviços tradicionais, sem que os problemas sejam vistos em sua dimensão social, a qual ultrapassa o alcance limitado pelas triagens econômicas. Ao se pensar nas dimensões sociais dos conflitos, sem se restringir ao seu aspecto econômico, são buscadas respostas que alcancem essas necessidades. Isso só será possível com a existência de uma articulação dos indivíduos como sujeitos de direitos coletivos, de modo que se organizem para a defesa de seus próprios interesses. Assim, será possível uma luta contínua da comunidade de forma autônoma.

Nesse sentido, a participação da comunidade e seu entrosamento com os profissionais de modo horizontal para construção das reivindicações é essencial nos serviços legais inovadores. A busca de direitos não se dá somente no plano do Judiciário, mas também no Legislativo e, principalmente, no Executivo. Assim, não basta que se pleiteie uma ação, pois seus resultados podem ser reduzidos, mas cria-se uma mobilização em torno das questões envolvidas para que se promovam melhoras efetivas na comunidade.

8 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Acesso à Justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo. *Revista Forense* (Impresso), v. 315, p. 3-17, 1991

Nessa relação entre comunidade e profissionais, há o desencantamento do mistério que circunda o direito. Se normalmente a operacionalização do saber se dá pela desconexão entre o conhecimento e o senso comum e pelo monopólio do poder de ação pelo advogado, no serviços legais inovadores há um processo de educação jurídica popular que permite não só um encontro entre conhecimento e senso comum, mas também permite que as pessoas se tornem sujeitas do processo judicial, rompendo com o monopólio dos advogados. Desse modo, pretende-se buscar a autonomia das massas na luta pela efetivação de seus direitos.

A inserção dos problemas jurídicos em um contexto mais amplo da realidade social e a proposta de relação horizontal entre comunidade e profissionais exige que as equipes sejam formadas por técnicos de diferentes áreas. Com isso, poderá se afirmar a ideia de que fala Campilongo, segundo a qual “o direito não é nem o principal nem o menos relevante dos mecanismos de mudança social, mas apenas um dos muitos instrumentos de ação transformadora”.⁹

Vê-se que as estratégias inovadoras buscam mecanismos flexíveis de defesa dos interesses. Isso não impede, porém, que as vias legais possam ser usadas como meio para a conquista de direitos. A crítica feita aos serviços legais tradicionais não passa pelo uso do legalismo, mas sim pelo seu uso despolitizado, tecnicista e reativo às violações. Os serviços legais inovadores propõem a politização das demandas, além de uma postura preventiva e ofensiva, de expansão de direito, às quais é imprescindível a conscientização social, e a participação tanto dos profissionais quanto dos interessados na demanda. Entretanto, as demandas realizadas no Judiciário têm alcance limitado na garantia e efetivação dos direitos conquistados. A implementação de políticas públicas deve ser conquistada a partir das mobilizações da comunidade organizada. Assim, o “acesso à justiça” não se restringe às ações possíveis no judiciário, apesar de a importância delas não ser descartada.

Essas características tentam acabar com a amenização do impacto político dos litígios, gerada pela individualização e pelo discurso técnico. Os serviços legais inovadores, então, buscam enriquecer os litígios e explorar todos os seus aspectos, por novas formas de demandas e aumentando as possibilidades de resultados na direção da conquista de direitos. As demandas em que atuam os serviços legais inovadores são aquelas que contribuem para a afirmação do espírito comunitário, da organização e da participação popular já apontados. A justiça é vista como meio para diminuir as desigualdades sociais, por meio da defesa dos interesses dos desprivilegiados. Por conta disso, o impacto social da atuação dos serviços legais inovadores é essencial na sua caracterização.

⁹ Campilongo, *Op. Cit.*

Diante de tais características, a conduta orientada por uma ética comunitária é indispensável para o alargamento do acesso à justiça e a expansão dos direitos sociais.

4. O PROJETO “REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E EDUCAÇÃO POPULAR EM PARAISÓPOLIS” COMO SERVIÇO JURÍDICO INOVADOR

Dentro do quadro assinalado, passamos à análise do projeto “Regularização Fundiária e Educação Popular em Paraisópolis” propriamente. Para fins didáticos, partiremos diretamente de algumas distinções assinaladas por Campilongo, desenvolvendo as questões conforme se apresentarem no caso em análise.

4.1 Projeto coletivo

Concebido como regularização fundiária através da usucapião especial coletiva, o projeto, desde seu início, parte de pressupostos alternativos à lógica jurídica liberal tradicional. No lugar de vários (seriam em torno de 200) processos de usucapião individual, as benesses de um único processo coletivo (que, para fins processuais, acabaram sendo divididos em três) que englobasse toda uma quadra apontaram para esse outro caminho. Vale lembrar que essa possibilidade só surgiu com as inovações geradas pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), que inaugura essa modalidade de aquisição de propriedade.

O fato de toda uma comunidade apresentar várias características semelhantes, como as dificuldades econômico-sociais típicas da classe pobre (como insegurança financeira, exaustão laboral, carência de serviços públicos e sociais), além da própria situação comum de irregularidade fundiária, geram uma identidade comum que permeia as relações entre os moradores. Neste sentido, a própria propriedade fundiária como um direito comum a ser fruído coletivamente desponta como possibilidade mais consequente de integração e de solidariedade voltada ao benefício de todos. Conforme Campilongo, tem-se que:

[...] direitos coletivos, entendidos como não passíveis de fruição individual e exclusiva, comportam estratégias de tutela que também escapam à lógica individualista.¹⁰

10 Campilongo, *Op. Cit.*

Para além dos processos judiciais, a articulação da associação de moradores da quadra, que surge por causa da regularização, mas se estabelece como entidade representativa dos interesses daquela comunidade, concretiza o aspecto político da importância da ética comunitária. O interesse antes individual, toma corpo coletivo e sofre um desenvolvimento qualitativo (e não meramente quantitativo do número de “partes” do processo), que se projeta tanto sobre o processo judicial em si, quanto sobre a disputa comunitária, que exige do Estado a implementação de serviços e aparelhos públicos na favela.

4.2 Organização dos moradores

Como já colocado, a organização dos moradores da quadra a partir do início do projeto “Regularização” se dá por meio de uma associação de moradores. A escolha se deu tanto por critérios de conveniência processual (a associação atua como substituto processual dos moradores nos processos judiciais, conforme prescrito no inciso III, art. 12, do Estatuto da Cidade) quanto, e principalmente, de interesse do projeto em articular um instrumento que engendrasses possibilidades e potencialidades de organização orgânica dos moradores, culminando com um espaço político privilegiado de cunho reivindicatório, que desse conta dos desafios à afetivação de direitos das comunidades pobres, em termos socio-jurídicos.

Segundo o entendimento freireano¹¹ de que a inter-relação de sujeitos sociais engendra um potencial político-pedagógico de emersão de consciências, entendemos que a associação de moradores enquanto espaço de relações dialógicas de sujeitos pode propiciar o desenvolvimento de uma consciência coletiva dos direitos daquela comunidade, além de possibilitar o crescimento de um sujeito coletivo forte para disputá-los no plano social (como será discutido adiante). Nesse sentido, o critério de participação na associação se coloca a partir do processo, sendo ele o de morar na quadra “alvo” da usucapião.

Por mais óbvio que tal critério pareça (a luz de se tratar de um processo judicial com pessoas determinadas), ele gera consequências importantes. O fato de o vínculo social que liga os sujeitos individuais desse ente coletivo ser a situação de irregularidade fundiária, sendo eles todos geograficamente vizinhos, aponta para que

11 “Assim é que, enquanto a prática bancária, como enfatizamos, implica numa espécie de anestesia, inibindo o poder criador dos educandos, a educação problematizadora, de caráter autenticamente reflexivo, implica num constante ato de desvelamento da realidade. A primeira pretende manter a imersão; a segunda, pelo contrário, busca a emersão das consciências, de que resulte sua inserção crítica na realidade.” (Freire, 1987)

(potencialmente) tenham muitos problemas socio-economicos comuns. Numa tipologia marxista, podemos dizer que, sem entrar no mérito de identidades classistas, os moradores compartilham problemas decorrentes de contradições sociais no plano da superestrutura social. Um exemplo é a carência de transporte público, que os obriga a, diariamente, passar um longo e extenuante tempo em vans lotadas para chegar ao trabalho. A identidade social gerada também por esses problemas facilita o vínculo potencial da associação de moradores, facilitando também as possíveis relações dialógicas dos moradores entre si, e o fortalecimento da associação enquanto ente coletivo.

4.3 Participação dos sujeitos

Em posição diametralmente oposta à tradicional apatia que o cliente se coloca em relação ao advogado contratado, dono do complexo e intrincado saber jurídico, com seus formalismos e brocardos latinos, o projeto “Regularização” busca, em concordância com o que já foi exposto, a participação ativa dos moradores, entendendo-os como verdadeiros sujeitos de todo o processo jurídico-social de efetivação de direitos.

A importância da associação de moradores se verifica também, consoante os elementos já colocados, na imprescindibilidade da disputa por direitos não se restringir à mesa do juiz, mas se dar também no plano político-social. Um exemplo é a organização de uma manifestação durante a reunião do Conselho Gestor de Paraisópolis (órgão municipal que dá as linhas da urbanização na comunidade) reclamando serviços públicos, ou um piquete em frente ao fórum. Nas palavras de Campilongo, “essas estratégias mobilizatórias estão vinculadas não apenas à natureza coletiva dos interesses tutelados, mas principalmente com a arena institucional destinatária das demandas - nem sempre o Judiciário, muitas vezes o Legislativo e o Executivo”.¹²

4.4 Desencantamento do direito

Na esteira do que foi dito sobre os formalismos do direito, o projeto também busca desmistificar a intrincada racionalidade jurídico-processual. O direito é socialmente fetichizado,¹³ aparecendo para aqueles que não o estudam como algo

12 Campilongo, *Op. Cit.*

13 “Há uma relação física entre coisas físicas. Mas a forma mercadoria e a relação de valor entre os produtos do trabalho, a qual caracteriza essa forma, nada têm a ver com a natureza física desses produtos nem com as relações materiais dela decorrentes. Uma relação social definida, estabeleci-

que foge às relações humanas, como que dotado de existência própria. Nesse sentido, o projeto “Regularização” também toma como pressuposto a urgência do desencantamento do direito, buscando fazer com que os moradores, sujeitos políticos do processo, apropriem-se dessa estrutura social específica, para que possam atuar criticamente a partir desse conhecimento. Essa intenção se dá nas próprias discussões ocorridas durante as reuniões da associação, pautadas tanto por questões jurídicas, quanto sociais, vivenciadas pela comunidade. Conforme coloca Campilongo, “o desencantamento da lei passa, de um lado, por um processo de educação jurídica popular e treinamento paralegal capaz de habilitar a comunidade para a autodefesa de seus direitos. Isso possibilita, de algum modo, a parcial ruptura do monopólio dos advogados. De outro lado, a ultrapassagem dos cânones da cientificidade moderna, centrada na separação entre ciência e senso comum, permite uma ruptura epistemológica capaz de estabelecer uma relação dialética entre o conhecimento dos doutos e o saber popular”.¹⁴

A apropriação do jurídico e a crítica da cientificidade permitem o desenvolvimento de um saber popular emancipatório, pautado na autonomia dos moradores.

4.5 Disputa judicial e disputa política

Em consonância com o ideário já apontado, o projeto “Regularização” e a associação de moradores com a qual trabalha estabelecem a disputa por direitos em duas frentes: a judicial e a política.

A busca pela efetivação de direitos extravasa o plano dos tribunais, seja pela própria incapacidade que a máquina jurisdicional tem de lidar com todos os litígios que se colocam para ela, buscando solução; seja porque a própria lei é defasada em relação às questões sociais que se desenvolvem e se transmudam diariamente; seja, por fim, pelas relações que nossa sociedade vivencia, que não são (como quer fazer entender o inciso XXXV do art. 5º da Constituição) solucionáveis pela via judicial.

Assim, não se nega a importância fundamental da disputa institucional, principalmente com os progressivos desenvolvimentos legislativos dados nos últimos

da entre os homens, assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas. Para encontrar um símile, temos de recorrer à região nebulosa da crença. Aí, os produtos do cérebro humano parecem dotados de vida própria, figuras autônomas que mantêm relações entre si e com os seres humanos. É o que ocorre com os produtos da mão humana, no mundo das mercadorias. Chamo a isso de fetichismo, que está sempre grudado aos produtos do trabalho, quando são gerados como mercadorias. É inseparável da produção de mercadorias.” (Marx, 2003)

14 Campilongo, *Op. Cit.*

anos, como na questão da socialização do solo urbano e do prestígio à função social da propriedade fundiária. A própria criação da modalidade “coletiva” da usucapião é um exemplo. Além disso, as contradições que o próprio ordenamento jurídico apresenta, com normas preservando e prescrevendo valores antagônicos, devem ser exploradas nessa disputa.

Mas as limitações colocadas socialmente na atuação do Judiciário gera a necessidade de se buscar, como já colocado, a arena política mais ampla. Nesse sentido,

[...] o Judiciário é apenas um dos “locus” de atuação dos serviços legais. Havendo disponibilidade de espaços políticos, os serviços legais alternativos podem mobilizar recursos para além da arena judicial, especialmente ao nível legislativo e administrativo. Os direitos sociais dependem, para sua eficácia, da implementação de políticas públicas [grifo nosso].¹⁵

4.6 *Transdisciplinariedade*

A complexidade das questões colocadas no projeto “Regularização”, projetadas na esfera jurídica, porém advindas e desenvolvidas em outros campos, coloca a importância de uma atuação transdisciplinar¹⁶ do projeto, que busque apreender e compreender as problemáticas colocadas nas contradições sociais vivenciadas pela experiência concreta de forma crítica e globalizante.

Neste sentido, a discussão em torno da regularização fundiária é paradigmática para se entender essa importância. A regularização fundiária, inserida no contexto da busca pelo direito à cidade, só se justifica transcendendo a garantia jurídica do direito à propriedade. O direito à moradia, o acesso aos serviços e aparelhos públicos, a direito à gestão democrática da cidade, são elementos cuja busca é pressuposta por quem visa se ver “juridicamente regularizado”. Assim, a participação de geógrafos, urbanistas, cientistas sociais, arquitetos, além, obviamente, juristas, é fundamental para se alcançar uma análise globalizante, que consiga, criticamente, oferecer respostas concretas para os problemas apresentados.

Como exemplo dessa questão, podemos pensar em alguns dos diferentes problemas vivenciados pelos moradores da associação. O processo de usucapião

15 Campilongo, *Op. Cit.*

16 Cumpre observar que a bibliografia utiliza os termos multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar de diferentes formas. No presente estudo, estamos utilizando como o diálogos dos saberes, tanto acadêmicos, quanto populares.

pode, apesar das implicações em termos de visão unilateral, ser simplificado ao jurídico, e todas as questões nele discutidas serem diminuídas a questões de cunho normativo (a lei permite ou proíbe). Não o pode, entretanto, seguir a mesma lógica uma discussão minimamente embasada acerca da precariedade do serviço de limpeza pública na região, ou a carência de investimentos em transporte para a comunidade, ou as implicações sociais da especulação imobiliária que age no seio do Paraisópolis.

4.7 Impacto social da demanda

Todas as características já mencionadas acrescentam um dado fundamental ao trabalho realizado: o impacto social da atuação. A regularização fundiária, se realizada de modo despolitizado, tecnicista e meramente reativo pode simplesmente reproduzir uma lógica excludente que existe na cidade. Por conta disso, ressaltamos que as características inovadoras de um projeto coletivo, em que há participação popular, organização da comunidade e onde se pensa na dimensão social dos problemas, são importantes por conta dos impactos sociais que geram.

O projeto “Regularização”, nesse sentido, participa com os moradores na afirmação e construção de um espírito comunitário que não se restringe ao processo judiciário. A própria demanda, por ser coletiva, exige continuidade da organização dos moradores, para que seus interesses possam ser de fato satisfeitos depois do fim do processo. Percebe-se, pois, que diferentemente das demandas clássicas, cuja unidade está na pobreza amorfa dos indivíduos, as demandas em que atuam os serviços legais inovadores buscam construir uma comunidade de sentidos de modo não pontual, mas contínuo. O impacto social se dá no momento em que essa comunidade de sentidos é ponto de partida para que os moradores se tornem sujeitos políticos e atuem para satisfazer seus interesses de forma autonômica.

Constata-se, por fim, que o impacto social não é fato dado, mas construído coletivamente.

4.8 Busca da justiça material

O objetivo do projeto “Regularização”, ao final e em última análise, é a gestão democrática da cidade.¹⁷ O processo de usucapião coletiva é uma tática nessa linha. O empoderamento e a emancipação dos moradores, enquanto sujeitos sociais em busca de direitos, é outra. Assim, o projeto, seja na linha judicial, seja na linha po-

17 Para um aprofundamento do conceito, sugerimos o artigo HARVEY, David. *The Right to the City*.

lítica, não se submete à lógica jurídica liberal de apreço à certeza. A justiça formal (e formalista), submetida ao ideal da certeza jurídica, tão importante para o desenvolvimento capitalista, no seu aspecto de previsibilidade, não dá respostas às contradições sociais das sociedades complexas. Dessa forma, o projeto se pauta na busca de uma justiça material, que transcende o legalismo, e concretiza alguns dos principais valores da sociedade (como a efetivação de direitos sociais constitucionais).

5. APONTAMENTOS CRÍTICOS

É preciso, após todas as observações feitas, pontuar limitações efetivas no trabalho realizado pelo projeto, e seus desdobramentos. Podemos elencar três motivos principais para tal limitação: a especificidade de um projeto de extensão universitária; aspectos da conjuntura local de Paraisópolis; e a própria aplicação de algumas ideias do autor. Nesse estudo, nos propusemos a discutir criticamente e em linhas gerais alguns aspectos relevantes da atuação do grupo em Paraisópolis.

Podemos dizer que as características as quais ressaltamos nesse trabalho são buscadas na atuação do grupo, mas nem sempre concretizadas em seu maior grau.

No campo da participação e organização popular, constata-se que a mobilização popular no âmbito da associação de moradores é restrita. São poucos os moradores que efetivamente apresentam laços orgânicos com a entidade, de tal forma que as dimensões a que as diferentes características analisadas anteriormente do projeto se dão também são modestas, se tormarmos como referência as potencialidades encontradas.

Há também dificuldades encontradas pelo projeto no sentido da real apropriação do jurídico pelos moradores, passando à desmistificação do direito. Apesar de alguma formação paralegal encontrada em alguns, a forma jurídica ainda se apresenta como incógnita que não lhes cabe questionar. Nesse mesmo sentido, o conhecimento popular, pelos moradores, é colocado abaixo do conhecimento jurídico, não havendo a efetiva superação da dicotomia conhecimento acadêmico-conhecimento popular (sempre se observando a submissão deste àquele).

Uma outra questão digna de nota é a dificuldade em se passar à efetiva atuação transdisciplinar no âmbito da associação. Apesar de contar com um grupo das diversas áreas assinaladas como estratégicas para a análise e o desenvolvimento de um processo de regularização fundiária, a forma do encadeamento e do diálogo dos conhecimentos é limitada, sendo alguns saberes específicos subutilizados nesse contexto, como o urbanístico e o sociológico.

Assim, cabe levantar a necessidade da autocrítica constante em todo o trabalho realizado. Não autocrítica desmobilizadora, inconsequente, mas sim propositiva, que consiga apontar os rumos em que a atuação deve se desenvolver.

6. CONCLUSÃO

O trabalho realizado no âmbito da advocacia popular, como o é a assessoria jurídica universitária popular, abre muitas questões que só serão resolvidas na práxis (como pressuposto mesmo de uma teoria que se forma na prática, negando o idealismo acadêmico).

Quanto a um dos questionamentos feitos no início do texto, consideramos que, consonante as ideias desenvolvidas, o projeto “Regularização Fundiária e Educação Popular em Paraisópolis” é sim um modelo de serviço jurídico inovador, na medida em que quebra com vários paradigmas dos serviços jurídicos tradicionais.

O presente estudo não visou o esgotamento das análises possíveis de uma importante experiência que está se dando na comunidade de Paraisópolis, em São Paulo. Antes, trata-se de algumas primeiras linhas, a partir de determinados conceitos, e de uma avaliação que precisa se realizar continuamente. Também é necessário ressaltar que a utilização da obra de Campilongo se deu conforme os conceitos se mostraram convenientes à análise. Assim, não foram utilizados todos os conceitos, e nem esses foram desenvolvidos ou criticados exatamente na mesma linha do autor.

Por fim, permanece aberta a questão de como concretizar todas as potencialidades tão discutidas no estudo. Esperamos encontrar respostas a essa questão principalmente na nossa práxis na comunidade, mas também por meio da troca de experiências com os companheiros que também se dedicam à advocacia popular.

7. REFERÊNCIAS

BOSCHI, Renato Raul. *A Arte da Associação*. São Paulo: Vértice, 1987.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência Jurídica e Advocacia Popular: Serviços Legais em São Bernardo do Campo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 41, p. 73-106, 1994.

_____. Acesso à Justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo. *Revista Forense* (Impresso), v. 315, p. 3-17, 1991.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.) *Estatuto da Cidade (Comentário à Lei Federal 10.257/2001)*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREIRE, Paulo. *Extensão ou Comunicação?* 8ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. *Pedagogia do Oprimido*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

- FURMANN, Ivan. *Assessoria jurídica universitária popular: da utopia estudantil à ação política*. 2003. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba.
- GOHN, Maria da Glória. MORUMBI: o contraditório bairro-região de São Paulo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 59, p. 267-281, mai/ago, 2010.
- HARVEY, David. The Right to the City. *New Left Review*, Londres, vol. 53, edição de set/out. 2008.
- IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo demográfico: aglomerados subnormais – primeiros resultados*. Rio de Janeiro: 2010. v. 1. (5 – Tabelas de Resultados).
- MINTO, Lalo Watanabe. Educação Superior e Movimentos Sociais: sentido histórico e questões atuais. In: RODRIGUES, Fabiana C. (org.) *Movimentos Sociais, Trabalho Associado e Educação para além do Capital*. São Paulo: Outras Expressões, 2012.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. Livro I.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A Universidade do Século XXI: para uma reforma democrática*. 2ª edição. São Paulo: Cortez, 2005.
- _____. “O Estado, o Direito e a Questão Urbana”. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.) *Conflito de Direito de Propriedade: Invasões Urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Capítulo 23

O CURRÍCULO OCULTO COMO UMA FORMA DE ANÁLISE DA REPRODUÇÃO SOCIAL E CULTURAL NA FACULDADE DE DIREITO

Alexandre Pereira Hubert¹

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é, após efetuar uma inicial leitura das teorias descritivas do currículo oculto, partir às teorias reflexivas e, inserindo-se ainda pontos dissonantes dentro dos próprios posicionamentos críticos, analisar a reprodução que é conduzida dentro da faculdade de direito, especificamente pelos elementos ocultos do currículo.

Ocorre que muito se tem discutido sobre currículo no curso de direito, disciplinas dogmáticas, propedêuticas, quantidades de uma ou outra, sua distribuição pelo decorrer do curso, e demais formas de manifestação da grade curricular. No entanto, ausente sobremaneira, no debate curricular, os elementos ocultos do currículo. Figura constante das análises críticas ou funcionalistas da rotina escolar a partir da década de 1960, esta abordagem dentro das especificidades de um curso de direito parece carecer de uma análise pormenorizada.

Sem a responsabilidade de que seja neste artigo efetuado um estudo definitivo ou conclusivo sobre os elementos ocultos do currículo de direito, quer-se aqui analisar algumas de suas formas de manifestação, sempre dentro do ponto em que se encontra o debate contemporâneo: o currículo oculto se constrói ante e a partir do currículo explícito/oficial. Não são mais possíveis análises individualizadas.

Se este artigo for feliz, entretanto, não cairá nestes três erros: a) considerar o currículo oculto como sempre indesejável em oposição a um currículo oficial desejável; b) tratar o aluno como um elemento acrítico e depositário do processo; c) e, fazer da teoria aqui em questão uma leitura somente descritiva, que se contenta em identificar os elementos ocultos do currículo sem propor-lhes medida.

No primeiro erro, estar-se-ia dentro de uma noção que em nada pode ser coadunada com tempos de “conhecimento oficial”, na leitura de Apple (1999). Em tal momento, dirá o autor, está-se diante de uma tentativa de caráter impositivo de

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Endereço eletrônico: alexandrepererahubert@gmail.com

uniformização dos currículos escolares para que, com mecanismos próprios de regulação, se imponha a ideologia da classe dominante.

Nos tempos em que o currículo explícito é o elemento antidemocrático, e se por currículo oculto entende-se também a leitura que o faz Rodrigues, para quem esse consiste na realidade que encontramos nas salas de aula, de professores os quais em nome da “liberdade de ensinar, acabam modificando, no mundo real, o que foi projetado quando da sua discussão e elaboração”, não se pode ter uma noção tão-somente negativa do que é ou pode vir a ser o currículo oculto.²

No segundo ponto se chega, por um caminho que se aparenta antagônico, na conclusão própria a que se voltam os pensadores antidemocráticos. Tratar o aluno como um receptáculo acrítico, única forma de pressupor a efetividade total do currículo oculto, em que se vêem as escolas e faculdades como um espelho perfeito de uma espécie de “um mercado em que os trabalhadores simplesmente fazem o que lhes dizem para ser feito e passivamente aceitam as normas e relações de autoridade do local de trabalho” não é senão, aceitar como “sendo empiricamente correta a ideologia do capital”.³

O terceiro erro é, segundo Apple (1989), Giroux (2004) e Silva (1992), cada qual em seu próprio desenvolvimento teórico, o que tem acarretado o enfraquecimento das próprias teorias do currículo oculto. Tratar a abordagem do currículo oculto de forma descritiva, sem que se diga o que se deve fazer a partir dele. As leituras não podem abandonar a proposição, necessária para que sejam efetivamente críticas.

É assim que a definição dos três autores recém citados do que venha a ser o currículo oculto – e o que se tem feito destas teorias – principia com recomendações. Silva, para que se traga um exemplo, fala do desgaste das teorias que buscam enfatizar o currículo oculto, apontando a perda de seu peso na medida em que, entre outros, não têm prosseguimento teórico após uma fase que seria a identificação do elemento oculto:

O conceito tornou-se (...) crescentemente desgastado, o que talvez explique eu declínio na análise educacional crítica. Houve provavelmente uma certa trivialização do conceito. Algumas análises limitavam-se a “caçar” instâncias do currículo oculto por toda parte,

2 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o Ensino do Direito no Século XXI*. Florianópolis: Boiteux, 2005. p. 200.

3 APPLE, Michael W. *Conhecimento Oficial: a educação democrática numa era conservadora*. 2. ed. Petropolis Vozes 1999. p. 86.

num esforço de catalogação, esquecendo-se de suas conexões com processos e relações sociais mais amplos.⁴

Este trabalho está dividido em três momentos: a definição do que se entende por currículo oculto; a função que se pode dar à noção de currículo oculto dentro do pensamento crítico sobre a educação; e um terceiro, em que se busca identificar elementos que funcionariam à reprodução social contidos na rotina da sala de aula da faculdade de direito, a partir do aparato teórico desenvolvido.

2. CURRÍCULO OCULTO – DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO

Convém, num primeiro momento, definir o conceito que se está trabalhando. Passando, necessariamente, pela sua configuração histórica – pois que deixou marcas dos sentidos ideológicos que o fenômeno pode adotar. Segundo Silva (2004, p. 78), em uma definição inicial que alcança a essência do objeto: “o currículo oculto é constituído por todos aqueles aspectos do ambiente escolar que, sem fazer parte do currículo oficial, explícito, contribuem, de forma implícita, para aprendizagens sociais relevantes”.

Ainda que já presente ideia semelhante em Durkheim, quando, em Educação Moral,⁵ adverte estar mais presente no ensino escolar do que aquilo que compõe as cartilhas e manuais de ensino, foi Philip Jackson, em uma proposta funcionalista, buscando identificar o currículo oculto para lhe dar um sentido positivo de interação do aluno em sem meio (notadamente o do trabalho industrial), que cunhou o termo currículo oculto (*hidden curriculum*).

Segundo este autor,

a utilização do elogio e do poder que se combinam para dar um sabor distinto à vida de sala de aula coletivamente formam um currículo oculto, que cada estudante (e cada professor) deve dominar se quiser se dar bem na escola. As exigências criadas por estas

4 SILVA, Tomaz Tadeu da . *Documentos de Identidade: uma introdução às teorias do currículo*. 3. ed Belo Horizonte: Autêntica, 2004., p. 73.

5 Para uma leitura comparativa das teorias do currículo oculto: KENTLI, Fulya Damla. Comparison Of Hidden Curriculum Theories. *European Journal of Educational Studies*. Orzean Publication, 2009.

características da vida de sala de aula podem ser contrastadas com as exigências acadêmicas – o currículo oficial.⁶

Robert Dreeben, igualmente à Jackson, é definido na literatura sobre o currículo oculto como um segundo autor, cronologicamente, definidor da noção de currículo oculto dentro de uma abordagem funcionalista. Em seu livro *On what is learned in school*, estando o próprio título já definindo esta noção oculta, busca-se afinal o que é aprendido na escola. Dreeben define, primeiramente, ser a sociedade estruturada em um postulado funcionalista que exige de cada parte da sociedade um funcionamento condizente, que seria exigido por meio das seguintes normas:

- a) Independência: as pessoas devem ser capazes de agir de forma independente e autônoma, aceitar a responsabilidade por seus atos e serem responsabilizadas por suas conseqüências;
- b) Realização: elas devem poder realizar tarefas de forma ativa e dominar o ambiente de acordo com certos padrões de excelência;
- c) Universalismo e especificidade: os membros da sociedade devem ser capazes de reconhecer o direito que têm os outros de tratá-los como membros de categorias e como tal passíveis de igual tratamento (universalismo), com base em algumas poucas e específicas características que constituem a pessoa inteira.⁷

Essa primeira abordagem, em verdade reveladora, do currículo oculto, define-se pela noção estrutural-funcional atribuída à sociedade e à escola inserida nela. As noções são agrupadas em torno da ideia de correspondência. Tais teorias buscariam identificar, de forma esquematizada, traços de comportamento, habilidades e disposições que a economia exige de seus trabalhadores. De tal forma que o poderio econômico chega à determinação da cotidianidade da escola.

Ao observar-se uma escola, ver-se-ia, assim (aqui, nas teorias funcionalistas, como um desejo) “de forma aproximada as disposições e os traços de personalidade que esses estudantes ‘necessitarão’ posteriormente no mercado de trabalho”.⁸

6 JACKSON, 1968 apud SILVA, Tomaz Tadeu da. *O que Produz e o que Reproduz em Educação*: ensaios de sociologia da educação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. p. 94.

7 SILVA, Tomaz Tadeu da. *O que Produz e o que Reproduz em Educação*: ensaios de sociologia da educação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

8 APPLE, Michael W. *Conhecimento Oficial: a educação democrática numa era conservadora*. 2. ed. Petropolis Vozes 1999. p. 83.

Em resumo, pode-se dizer que essa abordagem traz como ponto principal a “maneira como normas e valores sociais são transmitidos no contexto das escolas”. Ainda:

Esta abordagem destacou como as escolas socializam os estudantes para aceitarem inquestionavelmente um conjunto de crenças, regras e disposições fundamentais para o funcionamento da sociedade mais ampla. Segundo os funcionalistas estruturais, a escola fornece um serviço valioso ao treinar os estudantes para sustentarem compromissos e aprenderem as habilidades exigidas pela sociedade. O valor desta abordagem é triplo: (1) ela deixa claro que as escolas não existem em total isolamento, à parte dos interesses da sociedade mais ampla; (2) ela especifica as normas e propriedades específicas do currículo oculto; e (3) ela levanta questões acerca do caráter especificamente histórico do significado e do controle social nas escolas.⁹

A primeira descrição do fenômeno do currículo oculto, então, surge dentro de uma perspectiva de dar funcionamento a cada elemento de uma sociedade através de uma determinada predisposição. Serão estabelecidas habilidades aguardadas não dos alunos em um todo uniforme, mas de cada grupo estudantil dentro de sua própria, principalmente, classe social.

É a partir desta “revelação” do currículo oculto, feita não por teóricos progressistas, porém conservadores, que, se aproveitando do aparato esclarecedor sistematizado no trecho de Giroux, diversos pensadores críticos vão propor uma postura de combate ao sistema de reprodução presente nestas formas ocultas de coerção.

Chega-se a um impasse em que

há uma nítida separação entre os analistas que vêem a forma tal como a sociedade é atualmente constituída como sendo essencialmente benigna e desejável, categoria à qual pertencem principalmente sociólogos funcionalistas americanos ou pedagogos filiados a uma tal perspectiva, como Jackson, e aqueles que vêem o currículo oculto como a preparação para viver numa sociedade que eles consideram essencialmente injusta.¹⁰

9 GIROUX, Henry A. *Os professores Como Intelectuais: rumo a uma pedagogia critica da aprendizagem*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 57-8.

10 SILVA, *Op. Cit.*, p. 96.

Ambas valendo-se do mesmo ponto de partida – o elemento oculto presente nas formas e práticas escolares –, teorias críticas e conservadoras se chocam na medida em que posicionam o aluno diante da sociedade que rodeia a escola. Enquanto as primeiras buscam revelar o mecanismo oculto para que, conscientizando alunos e professores, possa-se superá-los, teorias conservadoras querem extrair deste mecanismo a maior efetividade na adequação dos alunos ao funcionamento do mercado de trabalho capitalista.

É assim, exatamente que operam os pensadores progressistas quando partem à analisar o currículo oculto: valem-se do aparato instrumental desenvolvido pelos teóricos funcionalistas, para quem este não era senão uma forma de levar a cabo a missão de dividir “funcionalmente” o conhecimento e a socialização.

Mariano Fernández Enguita desenvolve, ao se manifestar acerca dessas teorias funcionalistas, em seu livro “A Face Oculta da Escola”, com maestria o que aqui se está tentando trazer:

A parte suas posições normativas, alguns de seus trabalhos, frutificados pela fecunda idéia metodológica básica de que nada ocorre por nada nem se justifica por si mesmo, trazem análises da instituição e dos processos escolares imprescindíveis para uma crítica radical da escola e sua relação com a sociedade. Esta atitude foi a mesma que levou Hegel a obter, a partir de uma armação teórica insustentável, uma riquíssima análise da sociedade de seu tempo. Por isso não admira que com os funcionalistas se possa fazer o que Marx fez com Hegel: virá-los para pô-los sobre os pés e tirar o melhor partido de seu brilhante trabalho.¹¹

Definido o conceito e as noções básicas em que se pretende debater o assunto trabalhado, parte-se para a aplicação que se pode entender a partir deste.

3. COMO O CURRÍCULO OCULTO SE TORNA UM COMPONENTE DA ANÁLISE CRÍTICA

Uma perspectiva crítica da noção de currículo oculto parte, necessariamente, segundo o entendimento adotado, de uma leitura que se faz a partir de um conceito de hegemonia, da ideologia das classes dominantes querendo se constituir em ideologia dominante.

11 ENGUITA, 1989, p.140.

É aí que Apple, *Ideologia e Currículo*, desenvolve sua relação. Este autor, não se pode esconder, critica com firmeza leituras descritivas da postura escolar a partir de uma procura incessante do que seriam elementos do currículo oculto. Dirá ele, sem que a parte oculta perca sua importância, que o currículo explícito constitui, num todo, a formação da hegemonia na educação, na lógica da formação da ideologia dominante:

já vimos, tanto historicamente quanto hoje, como determinadas concepções normativas de cultura de valores legítimos entram no currículo. Precisamos enfatizar que a hegemonia é criada e recriada pelo corpus formal do conhecimento escolar, e também pelo ensino oculto que vem acontecendo e continua a acontecer.¹²

Perceba-se que a formação da hegemonia, mesmo que se utilize dos mecanismos ocultos do currículo, não existe sem o próprio currículo explícito, o currículo programado e constituído através dos conteúdos que formal e declaradamente compõem o aprendizado escolar.

Caso não se tenha esta exata dimensão, poder-se-ia estar perdendo ao currículo declarado sua função de igualmente conduzir este processo de reprodução social, momento em que se cairia naquilo para o que alertam Tomaz Tadeu da Silva e Antonio Flávio Moreira, um erro histórico das teorias do currículo oculto:

Ao atribuir a força e o centro desse processo àquelas experiências e àqueles objetivos não-explícitos, o conceito também contribuiu para, de certa forma, “absolver” o currículo oficial e formal de sua responsabilidade na formação de sujeitos sociais. É necessário reintegrar o currículo oficial à análise do papel do currículo na produção e reprodução cultural e social, ao lado, evidentemente, do currículo oculto.¹³

Com estas devidas ressalvas expostas, o que se julga necessário como forma de que não se caia em uma crítica de um elemento da rotina escolar que se pretende totalizante, deve-se partir, então, para a dimensão crítica do conceito que aqui se pretende trabalhar, uma dimensão que define o currículo oculto como um instrumento importantíssimo da construção da hegemonia e, a partir dela, da reprodução da realidade social.

12 APPLE, M. *Ideologia e Currículo*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2006. p. 125.

13 SILVA, Tomaz Tadeu da; MOREIRA, Antonio Flavio Barbosa. *Currículo, Cultura e Sociedade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 31.

Assim, tem-se que

para a perspectiva crítica, o que se aprende no currículo oculto são fundamentalmente atitudes, comportamentos, valores e orientações que permitem que crianças e jovens se ajustem da forma mais conveniente às estruturas e às pautas de funcionamento, consideradas antidemocráticas e, portanto, indesejáveis, da sociedade capitalista. Entre outras coisas, o currículo oculto ensina, em geral, o conformismo, a obediência, o individualismo.¹⁴

Tem-se aqui, desta forma apresentada, a noção do currículo como uma categoria de análise que permita aos educadores e – principalmente! – igualmente aos estudantes, tornarem-se mais conscientes de como se tornam parte do sistema de reprodução social e cultural.

O principal objetivo de um estudo que tenha o currículo oculto como tema, ainda que ele se queira tão somente descritivo, se o que se adota é uma perspectiva crítica ante a realidade social e a função de legitimação e reprodução exercida pela rotina escolar, deverá ser, segundo este entendimento, justamente desocultar os elementos ocultos. O estado de consciência é o que se almeja.

É neste ponto que se chocam os “estilos e formas divergentes de análise que conformam a literatura do currículo oculto”, dirá Giroux. O que define a posição e, principalmente, a atitude que se adota diante do currículo oculto como uma totalidade de elementos da vida escolar, são as “perspectivas filosóficas profundas e as perspectivas ideológicas que se chocam em um mesmo conceito de natureza e realidade social”.¹⁵

Este autor, em seu desenvolvimento, traz a mudança de postura em uma análise que vai da descrição à crítica:

Quero argumentar que as análises do currículo oculto não ganharam terreno teórico até que se moveram da descrição à crítica. Isto é, em vez de preocupar-se unicamente pela investigação do significado social por trás das “escolas sendo escolas”, se deram à tarefa de analisar como funciona o currículo oculto, não como um simples veículo de socialização senão como agência de controle social, que funciona para oferecer formas diferenciais de ensina-

14 SILVA, T. T. *Documentos de Identidade: uma introdução às teorias do currículo*. 3. ed Belo Horizonte: Autêntica, 2004. p. 78-9.

15 GIROUX, Henry A. *Os professores Como Intelectuais: rumo a uma pedagogia critica da aprendizagem*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 73.

mento a diferentes classes de estudantes. Infelizmente, as descrições do currículo oculto excedem em número as análises críticas de seus mecanismos e conseqüências.¹⁶

Uma teoria crítica que se atenha à análise do currículo oculto não pode se exaurir na análise descritiva, ela deverá, sempre, lidar com um fenômeno indesejável partindo à sua superação.

A questão que inevitavelmente surge dentro da teoria crítica é, então, aquela que Tomaz Tadeu da Silva elabora: “Que fazer com um currículo oculto quando acharmos um?”¹⁷

A resposta inicial é aquela a que se reporta toda a teoria crítica que aborda: deve-se desocultá-lo, “desde que esta conscientização se estenda àqueles que supostamente sofrem seus efeitos, os estudantes” (Idem). A função da teoria crítica em ciências sociais, por certo, constitui ao longo de seu percurso uma perspectiva de revelação dos mecanismos e formas de opressão:

Uma boa parte da justificativa da necessidade de uma ciência social é dada, de Marx a Bourdieu, por sua capacidade de revelar mecanismos da dinâmica social pouco aparentes ao senso comum e, de neste processo, permitir uma intervenção humana mais consciente e informada e, portanto, com mais probabilidade de efetivamente mudá-la.¹⁸

E aí certamente pode-se concordar. Posteriormente, no entanto, traz o autor que o currículo oculto surge como um elemento intrínseco à escola, restando senão duas saídas: ou a eliminação completa da escola, ou, uma proposta muito mais real, a utilização emancipatória do currículo oculto.

O que leva a uma questão central: pode a emancipação dar-se sem o devido processo de consciência? Em seu desenvolvimento, a posição do autor:

A coisa mais importante que se pode fazer com o currículo oculto: fazê-lo trabalhar a nosso favor. Se existe algo de tão poderoso no fato de se ensinar algo de forma não declarada, então

16 Idem.

17 SILVA, Tomaz Tadeu da. *O que Produz e o que Reproduz em Educação*: ensaios de sociologia da educação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. p. 110.

18 *Op. Cit.*, p. 111.

temos aí um instrumento valioso em nossas mãos, que pode ser mais bem aproveitado.¹⁹

Não pareceria assim. Se o currículo oculto é, como conceituado durante o trabalho, um elemento oculto que é introduzido na educação para, justamente através de sua aparência de inexistente, atuar na tentativa de moldagem inconsciente das mentes, não se pode deixar de concluir: o currículo oculto pressupõe a inconsciência de seu conteúdo, e nesta mesma característica reside sua essência opressora.

No entanto, tem-se que concluir em tom menos radical em relação às características ocultas do currículo: por mais que se as faça visíveis, a rotina escolar acabará, sempre, por fazer submergir determinados aspectos de seu funcionamento. Afinal, “elas acabam por serem dadas por contado, e mergulham outra vez na sua natureza de coisas com as quais não nos preocupamos explicitamente”.²⁰

Uma perspectiva crítica e propositiva, desta maneira, não deveria ter apenas como objetivo “o de descobrir e denunciar o currículo oculto existente, mas o de construir um outro que esteja dirigido para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, justa e igualitária”.²¹

Denunciar, por fim, dentro de uma postura propositiva, determinados elementos da rotina das faculdades de direito, a partir de uma indução de padrão através da realidade vivida, conduz, então, a derradeira contribuição deste artigo.

4. TRÊS FORMAS DA REPRODUÇÃO NA FACULDADE DE DIREITO: IDEOLOGIA DA COMPETÊNCIA, NATUREZA DOS MÉTODOS DE EXAME E LINGUAGEM BACHARELESCA.

Abordar-se-á, buscando uma identificação de determinados momentos da rotina de uma faculdade de direito – momentos compreendidos através da experiência pessoal, porém facilmente verificáveis a qualquer observador bem intencionado que queira conferir nossas considerações – que se julga identifiquem manifestações da reprodução social e cultural (para utilizar o termo de Giroux) que é perpetuada neste curso superior.

Serão eles: a ideologia da competência (competitividade), como intrínseca ao ideário capitalista; a reprodução da linguagem hermética, dita culta, que constitui escrita e fala dos operadores do direito, e que trabalha, indubitavelmente, dificultando

19 Idem.

20 *Ibidem* 112.

21 Idem.

o acesso efetivo dos cidadãos pobres ao universo jurídico; e a natureza dos métodos de exame, nos quais, sente-se, reside um teor positivista aistórico.

4.1 A ideologia da competência nas faculdades de direito

Considerada por Marilena Chauí (2006) como a ideologia do século XXI, a ideologia da competência consiste, para muito além da desigualdade social – embora de suporte a esta – na noção de que a qualidade de alguém está definida pela quantidade de outros que consegue superar em determinada atividade. Ser bonito é ser mais bonito que algum número de pessoas, ser inteligente, idem. O que há é uma competição em todos os âmbitos do convívio social, e justa, porque definiria aqueles dignos dos maiores louros e benesses do sistema – não só – econômico.

A ideologia da competência que aqui se define é a ideologia da competitividade. Sustentação ideológica da desigualdade social, trata-se de um ideário muito claro a todos aqueles que ingressam na faculdade de direito: aqueles que aqui entram, aqueles que são aprovados posteriormente em concursos difíceis, o fazem porque superaram os outros em qualidade.

A competição, assim, que reside em cada momento de uma faculdade de direito, postergada para além do fim do curso por conta dos referidos concursos públicos, segundo o entendimento aqui delineado, presta-se a um serviço de reprodução social e cultural, pois reproduz a noção básica de que a desigualdade social é justa e baseada em formas racionais, de mérito e qualidades individuais.

O discurso, segundo Chauí²² e Giroux (1997), da educação conservadora baseia-se, dentro da sugestão da competitividade, na noção de organização empresarial, buscando definir uma hierarquia entre os diferentes estudantes. Trata-se de um discurso em que

a experiência do estudante é reduzida a seu desempenho imediato e existe como algo a ser medido, administrado, registrado e controlado. Sua particularidade, suas disjunções e qualidade de vida são todas diluídas numa ideologia de controle e administração.²³

É um discurso – e, principalmente, prática – que tolhe criatividade e pensamentos críticos de uma mesma forma: através da hierarquia facilmente proposta entre aqueles competentes e os não competentes. O conteúdo definidor da compe-

22 *Op. Cit.*

23 GIROUX, 1997, p. 127.

tência, por certo, não será um conteúdo crítico (assunto do próximo ponto), mas o certo é que, pode-se dizer com definição, independente aos conteúdos que definam a hierarquia dentro de uma instituição de ensino, a ideologia que arvora uma competitividade legitimará a desigualdade social baseada no mesmo princípio que a ideologia racionalizante do capitalismo: os mais preparados dispõem dos maiores lucros.

Assim que Chauí trará o encontro de duas formas de manifestação deste discurso: a Organização, forma de Administração empresarial, como já citado, e o dos especialistas, aqueles que estão para definir a forma como as pessoas devem se relacionar, os consultores de relação, de moda, etc.:

Se reunirmos o discurso competente da Organização e o discurso competente dos especialistas, veremos que estão construídos para assegurar dois pontos indissociáveis do modo de produção capitalista: o discurso da Organização afirma que só existe racionalidade nas leis do mercado; o discurso especialista afirma que só há felicidade na competição e no sucesso de quem vence a competição.²⁴

É exatamente este encontro, do professor-selecionador-especialista, com o da Organização que a noção de competição, tão inserida nas faculdades de direito, constitui, que forma outro dos pilares da reprodução social que ali se perpetua.

4.2 A natureza dos exames da faculdade de direito: positivismo e sua aistoricidade como necessariamente conservadores

Como segundo ponto, já delineado no começo desta quarta parte, trazemos os exames da faculdade de direito como componentes da reprodução social que, se julga, perpetua.

O poder dos exames é, evidentemente, uma inegável fonte de controle sobre estudos e pensamentos dos estudantes em qualquer esfera de ensino: é ele que tem o poder de definir os conteúdos entre úteis e inúteis, importantes ou de total desimportância prática para a consagração estudantil – e, posteriormente, na vida além muros – do aluno.

Porém o exame, na leitura da reprodução perpetrada por Passeron e Bourdieu, apresenta-se não somente como

²⁴ *Op. Cit.*, p. 107.

a expressão mais legível dos valores e das escolhas implícitas do sistema de ensino: na medida em que ele impõe como digna da sanção universitária uma definição social do conhecimento e da maneira de manifestá-lo, oferece um de seus instrumentos mais eficazes ao empreendimento de inculturação da cultura dominante e do valor dessa cultura. Tanto quanto, ou mais ainda do que pela coerção dos programas, a aquisição da cultura legítima e da relação legítima com a cultura é regulada pelo direito consuetudinário que se constitui na jurisprudência dos exames e que deve o essencial de suas características à situação na qual ele se formula.²⁵

De forma que, da leitura do trecho acima se alcançam duas formas de atuação do exame na definição dos pensamentos, na chamada, pelo autor, “inculturação da cultura dominante”. Tem-se a definição dos conteúdos que são dignos de cientificidade e, portanto, chancelados como necessários à conclusão de um curso ou parte dele, que, como já dito, definem as matérias que são ou não *úteis* (manifestação de *entrada*); mas tem-se, igualmente, a reprodução atuando na *saída* de um exame: a forma de abordagem do assunto, a resposta que se espera, é aquela a que historicamente tem-se obtido para o assunto. Nem mesmo uma abordagem nova, em Bourdieu e Passeron, deixar-se-ia passar por entre os mecanismos do exame conservador.

E que conteúdo é este que, em entrada e saída, é controlado pelos exames nas faculdades de direito, bem como naqueles após ela, para o qual os alunos estão dispostos a se preparar? Por certo que, em sua grande maioria, o positivismo legal.

O positivismo coincide com a reprodução social em uma infinidade de associações possíveis. Em Giroux, por exemplo, pode-se reuni-los em um discurso conservador de educação que “apresenta uma concepção de cultura e conhecimento em que ambos são tratados como parte de um depósito de artefatos constituindo um código sagrado”. “Código” é a palavra utilizada pelo autor, e por certo que não utilizada ao acaso, é justamente a codificação que determina um conteúdo como não passível de crítica, e um exame comum que busque tão-somente o conteúdo dos códigos (aqui, dos códigos legislativos) o faz sacralizado.²⁶

A exigência do ensino que reproduz “é para pedagogias que capacitem os alunos a dominar habilidades e formas específicas de compreensão com respeito a modos predeterminados de conhecimento”²⁷, em que se encontra, novamente, a realização do positivismo como conteúdo da seleção: estando o conhecimento en-

25 PASSERON e BOURDIEU, 2008, p. 169-70.

26 GIROUX, 1988, p. 61.

27 Idem.

contrando-se fora do alcance da crítica, os alunos não são educados, porém *treinados*, em uma educação técnica e, dita, *profissional*.

A par da sacralização que outorga o positivismo ao *status quo*, aqui legislativamente representado pelos códigos, a adoção deste critério de exame trabalha como outra noção igualmente conservadora: a da aistoricidade.

Dirá Giroux que,

se bem é certo que tanto radicais como conservadores recorreram com freqüência a precedentes históricos para sustentar seus respectivos pontos de vista, isto não deveria ocultar a natureza potencialmente subversiva da história. (...) a consciência histórica é aceitável para o interesse dominante prevalecente quando pode usar-se para apontar a ordem social imperante. Começa a ser perigosa quando seu conteúdo de verdade destaca contradições na sociedade em questão.²⁸

A história séria e comprometida criticamente apontará, então, contradições na sociedade em que vivemos, objeto último do estudo do direito. A fuga desta história, que é a consciência histórica, é cometida pelo positivismo através de uma abordagem “tecnológica do conhecimento”. Se hoje vive-se um desapego em relação aos estudos da história em nossa sociedade, isto se daria dentro da referida abordagem do conhecimento, traz Giroux que “a ascensão da ciência e da tecnologia e o desenvolvimento ulterior da cultura do positivismo subjazem à supressão da consciência história na esfera social e do ensino”.²⁹

Em “Escritor Sobre Educação”, obra organizada a partir de textos de Bourdieu, tem-se uma visão da ciência positivista voltada para seu aspecto técnico e tecnológico, que por certo coaduna com a aplicação que se faz do positivismo nas salas de aula de um curso de direito. Esta visão traz que “a ciência não toma partido na luta pela manutenção ou subversão do sistema de classificação dominante, ela o toma por objeto”. O que se quer clarificar sobre a abordagem positivista do direito é exatamente isto. Não se indica um posicionamento sobre a hierarquia social posta na sociedade, no entanto, este positivismo nada faz senão constatar “o fato de que a referência a uma hierarquia de valores está objetivamente inscrita nas práticas e, em particular, na luta da qual essa hierarquia é o objeto de disputa e que se exprime em julgamentos de valor”.³⁰

28 GIROUX, 2003, p. 25.

29 Idem.

30 BOURDIEU, 1998, p. 38.

O positivismo, exatamente sem o declarar, eis que se referencia através de uma noção de ciência calcada no racionalismo objetivista, toma uma posição valorativa. E é a valoração, conforme o indica Bourdieu, de uma hierarquia calcada na análise descritiva da sociedade.

4.3 *A linguagem bacharelesca como forma de reprodução da exclusão*

Por fim, identifica-se como um terceiro momento da reprodução social e cultural, numa faculdade de direito, a linguagem utilizada e *ensinada* – aqui talvez seja o ponto em que o currículo oculto e o seu poder conformador estejam mais evidentes.

Os efeitos desta linguagem, dita bacharelesca por alguns, foram e são extensivamente estudados por aqueles que buscam discutir o acesso ao Poder Judiciário, e, com igual extensão, pelos que apresentam os seus métodos de exclusão social (e cultural). Trata-se aqui, então, não de apresentar a linguagem como um elemento da referida exclusão, o que aqui se toma como pressuposto, mas de apresentar os mecanismos pelo qual ela, ainda sem ser elemento do currículo oficial, é passada adiante nas faculdades de direito.

O que se questiona é: como esta forma específica de exclusão se perpetua?

Sobre linguagem e reprodução, tomam-se novamente Bourdieu e Passeron, o que se faz partindo-se do mais famoso estudo em conjunto destes autores.

A comunicação perpetrada por um professor, dirão, é dotada de tal caráter de autoridade que a permite reduzir, por paradoxal, o seu grau de efetividade. O ato de comunicar do professor não necessita legitimar-se pelo entendimento do receptor. A comunicação, baseada em seu caráter magisterial, ainda que não *comunique* está dotada de uma legitimidade interna. É assim que a faculdade,

designando e consagrando todo agente encarregado da inculcação como digno de transmitir o que ele transmite, por conseguinte autorizado a impor a recepção e a controlar a inculcação através das sanções socialmente garantidas, a instituição confere ao discurso professoral uma autoridade estatutária que tende a excluir a questão do rendimento informativo da comunicação. (2008, p. 137)

E o que esta ausência de necessidade de comunicar reflete no *ensino* da fala bacharelesca é exatamente a sua não necessidade de se colocar ao entendimento do aluno. A comunicação de um professor, assim, pode dar-se ao *luxo* de requerer do

receptor que a *alcance*, a linguagem em um suposto panteão requer dos *iletrados* submissão e dedicação. Apresenta-se como a Meca a ser alcançada.

Como se discute a educação, e este debate está proposto dentro de uma análise da rotina escolar, convém destacar ainda a atuação desta linguagem dentro da autoridade dentro da própria sala de aula. A linguagem corresponde, ainda ao professor que se queira menos autoritário, a uma *trincheira* da autoridade:

Entre todas as técnicas de distanciamento de que a instituição dota seus agentes, a linguagem do magistério é a mais eficaz e a mais sutil: por oposição às distâncias inscritas no espaço ou garantidas pelo regulamento, a distância que as palavras criam parece nada dever à instituição. O verbo magisterial, atributo estatutário que deve à instituição a maioria de seus efeitos, já que ele jamais seria dissociado da relação de autoridade escolar em que se manifesta, pode aparecer como qualidade própria da pessoa quando outra coisa não faz do que desviar em benefício do funcionário uma vantagem de função. O professor tradicional pôde abandonar o arminho e a toga, e ele pode mesmo gostar de descer de seu estrado a fim de misturar-se à multidão, mas não pode abdicar de sua proteção última, o uso professoral de uma língua professoral. Se não há nada de que ele não possa falar, luta de classes ou incesto, é que sua instituição, sua pessoa e sua personagem implicam na “neutralização” de seus propósitos; é que também a linguagem não pode ser mais, em última análise, um instrumento de comunicação, mas um instrumento de fascínio cuja função principal é atestar e impor a autoridade pedagógica da comunicação e do conteúdo comunicado.³¹

E não será o mesmo distanciamento que pretende o professor de Bourdieu, aquele a que a linguagem de cátedra em último momento se presta, o objetivo da linguagem bacharelesca de um operador de direito? É o que parece.

Afinal, “a cátedra incorpora a entonação, a dicção, o modo de pronunciar um discurso e a ação oratória daquele que a ocupa; assim, vê-se o estudante que faz uma exposição *ex-cathedra* herdar os hábitos oratórios do professor”.³²

A linguagem, que exclui e que na faculdade de direito se apresenta como um objeto de “fascínio” tão imponente, afigura-se, assim, como um dos principais elementos do currículo oculto.

31 *Ibidem.* p. 140

32 *Ibidem.* p. 138

Mais do que isso: substancia a reprodução social, de uma realidade excludente, através de um claríssimo, manifesto, e bastante estudado – a linguagem – instrumento de exclusão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de currículo oculto, que se julga carecer de uma análise extensiva quanto a seus efeitos na faculdade de direito, pretendemos tenha sido aqui clareada. Mais do que isto: espera-se que deste trabalho inicial advenha um estudo profundo dos meios de ensino dos quais se vale a faculdade de direito como um instrumento efetivo de reprodução social.

Esta análise, como já afirmado, não se quer restritiva: por certo não funciona o currículo oculto como um elemento solitário na já mencionada função de reprodução, é evidente que este é construído e se constitui inserido nos próprios elementos do currículo explícito.

No entanto, entende-se que são os mecanismos ocultos dotados de uma importância singular: reproduzem através de vieses extremamente sutis. Podem ser dotados da mais alta aparência democrática e contestatória, porém, como explicitamente definidos em linguagem, por exemplo, fatalmente mostrarão sua faceta excludente.

Por certo que a pergunta de Silva ressoa: o que fazer com um elemento do currículo oculto quando se encontra algum?

Desocultá-lo já não parece ser o suficiente. Há que se perceber sua natureza. Se antidemocrática, se excludente, deve-se sim atuar na conscientização frente aos estudantes, os objetos, afinal, de uma pretensa política manipulativa.

No entanto, a atuação em um cotidiano magisterial requer a própria formação e prática do professor. A identificação de algum elemento aqui descrito, se o faz desocultar, e em caso de se estar correto quanto ao seu caráter de legitimação da desigualdade social imperante, requer, em verdade, sua substituição por elementos progressistas.

6. REFERÊNCIAS

- APPLE, Michael W. *Conhecimento Oficial: a educação democrática numa era conservadora*. 2. ed. Petropolis Vozes 1999.
- _____. *Educação e Poder*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.
- _____. *Ideologia e Currículo*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2006.

- BOURDIEU, Pierre; NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afranio M. *Escritos de Educação*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Petrópolis (RJ): Vozes, 2008.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- FERNÁNDEZ ENGUITA, Mariano. *A Face Oculta da Escola: educação e trabalho no capitalismo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.
- GIROUX, Henry A. *Os professores Como Intelectuais: rumo a uma pedagogia critica da aprendizagem*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997
- _____. *Escola Crítica e Política Cultural*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1988.
- _____. *Pedagogía y Política de la Esperanza: teoria, cultura y enseñanza*. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.
- _____. *Teoria y Resistencia en Educación: una pedagogía para la oposición*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- KENTLI, Fulya Damla. Comparison Of Hidden Curriculum Theories. *European Journal of Educational Studies*. Orzean Publication, 2009.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o Ensino do Direito no Século XXI*. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- SILVA, Tomaz Tadeu da. *O que Produz e o que Reproduz em Educação: ensaios de sociologia da educação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.
- _____. *Documentos de Identidade: uma introdução às teorias do currículo*. 3. ed Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- SILVA, Tomaz Tadeu da; MOREIRA, Antonio Flavio Barbosa. *Curriculo, Cultura e Sociedade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

CAPÍTULO 24

NOVO ENSINO, NOVAS POLÍTICAS: TRANSFORMAÇÕES NO ENSINO JURÍDICO COMO FORMA DE PROMOVER MUDANÇAS SOCIAIS, ECONÔMICAS E POLÍTICAS¹

Pollyana Martins Pacheco Dos Santos Lima

Paulo José Saffioti Junior

Felipe Dias Gonçalves

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo conferir um panorama geral acerca das relações entre Direito, políticas públicas e o atual ensino jurídico. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia expositiva das tais relações, valendo-se, sobretudo, de uma literatura sobre o tema. Desse modo, o artigo em questão se divide em duas partes centrais: Direito e Políticas Públicas e Ensino Jurídico.

Com isso, vislumbra-se conferir, na parte inicial, um panorama geral da inter-relação entre políticas públicas e Direito, demonstrando a importância prática entre as duas áreas, bem como do potencial transformador que, em conjunto, os dois ramos podem desenvolver em nossa realidade social.

Na segunda parte, por sua vez, segue uma análise de questões problemáticas do ensino jurídico as quais atuam como verdadeiros empecilhos na formação de profissionais capazes de pensar criticamente o papel do direito e sua relação com políticas públicas, bem como a atuar nessa área. Assim, com base numa literatura sobre o tema, foram apontados três “modelos” problemáticos de ensino, os quais acabam por não desenvolver um jurista “transformador”: Ensino Oráculo, *Curriculum* Oculto e Ensino Técnico.

O presente artigo é fruto de muitas discussões, reflexões e questionamentos de estudantes de direito que estão descontentes com os atuais propósitos que o atual ensino jurídico nos oferece: reproduzir um ordenamento desigual, injusto e incoerente. Seu propósito central, dito isso, reside na realização de um apelo por uma mudança brutal em como o Direito vem sendo ensinado, a fim de que, através

¹ Este trabalho foi apresentado na VII Conferência Latino Americana de Crítica Jurídica, que ocorreu nos dias 17, 18 e 19 de outubro de 2012, em Santa Catarina, Brasil. Seus autores são todos estudantes do curso de graduação em Direito na Universidade de São Paulo.

dessa mudança, possamos criar novas maneiras de se valer da ferramenta jurídica na promoção de uma ordem diversa da atual.

2. DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A relação entre Direito e Políticas Públicas tende a ser algo aparentemente óbvio, tanto aos ouvidos do leigo quanto aos dos “especialistas”. Contudo, quando sua compreensão e sistematização são questionadas, dificilmente são suficientemente explicadas. O entendimento dessa relação complexa, a qual abarca múltiplas dimensões, implica em diversas consequências para o desenvolvimento conjunto do Direito e Políticas Públicas. A mais importante delas, ao menos para nosso estudo, relaciona-se à maneira como tal relação é abordada no Ensino Jurídico brasileiro e, conseqüentemente, desenvolvida pelos juristas do nosso país.

A relação entre direito e políticas públicas demanda, inicialmente, um questionamento acerca de um pressuposto básico: uma definição de Direito. Isso porque, dependendo da concepção de Direito adotada por aqueles que se propõe a explicar essa relação, as conexões entre essas duas áreas, políticas públicas e Direito, podem em muito divergir, tendo em vista que cada orientação fará com que caminhos diferentes sejam percorridos a fim de solucionar essa mesma pergunta.²

Ainda que a questão “*o que é o Direito?*” seja, de fato, um fantasma para os graduandos do primeiro ano dos cursos jurídicos, tendo em vista as repetidas vezes que lhes é apresentada, tal pergunta representa uma diretriz para as questões que remetem a um significado jurídico, como acima exemplificado (DWORKIN: 2009). Sua resposta significa um pressuposto de atuação, e mais, de compreensão das matérias que circundam esse tema, de modo que se faz de central importância, portanto, deixarmos nítido o que aqui é entendido enquanto Direito.

2 Gostaríamos aqui de fazer uma analogia com o caso hipotético da Sra. Sorrenson (Dworkin pp13). Como no caso, dependendo da concepção de Direito do juiz (se positivista ou se articulador dos princípios dentro do ordenamento jurídico), uma decisão diferente, para uma mesma questão, seria tomada. Aqui, também; teremos um diferente entendimento da relação Direito- Políticas Públicas dependendo da concepção de Direito creditada. Se considerarmos o Direito enquanto simples conjunto de regras positivas de conduta, proibitivas ou afirmativas, por exemplo, podemos ter certa dificuldade em compreender o papel do Direito enquanto parte de um ordenamento pluralístico, não formalista. Poder-se-ia mesmo considerar direito como sinônimo de políticas, como o fazem alguns autores do realismo nórdico. Outra hipótese seria considerar como Direito somente aquilo que é aplicado nos tribunais, o que traria um entendimento muito mais restrito sobre o alcance do Direito na consecução de Políticas Públicas do que aquele adotado por esse artigo, entre outras possibilidades.

Mesmo que sejam muitas as possibilidades de respostas para essa pergunta, considerando os vários estudos efetuados a fim de respondê-la, seguimos aqui considerando o Direito segundo a concepção lyriana de *instrumento de transformação social*. Para esse jurista, o Direito não existe enquanto mera forma fossilizada, estática, positiva, mas é na verdade um *processo*, um vir a ser construído a fim de promover a Justiça, concebida como Justiça Social.

Lyra chega mesmo a afirmar que o Direito seria “o reino da libertação”, uma ferramenta para que as pessoas possam viver não livres, mas libertas daquilo que lhes oprime. Dentro de suas muitas considerações, Lyra ataca o modelo positivista em sua lógica formalista pura, a qual ignora a relação entre Direito e realidade, vendo o primeiro enquanto um modelo fechado que tem sua funcionalidade restrita a sua própria lógica, a qual não atua senão a fim de promover os interesses das classes dominantes, produzindo assim o que ele chama de anti-direito(FILHO:95).

De fato, o positivismo jurídico se mostra insuficiente a fim de suprir as necessidades de nosso contexto atual. Como afirma Faria, seu modelo arquitetônico lógico-formalista fechado impede uma visão que abarque a complexidade sócio-econômica da crescente singularidade dos conflitos. Em outras palavras, o modelo positivista é incapaz de suprir as diversas lacunas do mundo real, as quais demandam normatividades e ações, sobretudo, a fim de promover transformações sociais(FARIA: 2010).

Consequentemente, compreender a relação entre políticas públicas e Direito, considerando ambos enquanto possibilidade de mudança social, implica afirmar que mais do que um conjunto de regras fechadas atuando em prol de um determinado objetivo, as políticas públicas inter-relacionam-se com o Direito concebido de uma forma muito mais extensa do que somente aquilo formalmente controlável, ou ainda rigidamente pensado.

Portanto, as políticas públicas fazem parte do Direito num âmbito além daquele conhecido da Judicialidade. Isso porque judicialidade, entendida aqui como possibilidade de adjudicação, está extremamente conectada com a resolução de conflitos num âmbito individual, conflitos esses os quais *já ocorreram*. Através dela, teríamos, em tese, a garantia de afirmação dos Direitos Subjetivos, de modo que seja normalmente considerada como o principal meio de solucionar violações de Direitos(LOPES: 1998).³ Podemos entender que Judicialidade, enquanto parte de

3 Em seu texto *Direito Subjetivos e Direitos sociais: O dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*, José Reinaldo Lopes discute a pertinência dos Direitos sociais enquanto direitos subjetivos e, consequentemente, sua possibilidade ou não de judicialização, trazendo à tona uma discussão

uma Juridicidade (ou Direito), configura-se como fruto das Cortes/ Sistemas Julgadores, pensada num modelo de litigância, preponderantemente.

Faz-se notar que as políticas públicas, enquanto relacionadas com o Direito, naquela concepção por nós exposta, também podem ser entendidas enquanto objeto da Judicialidade. A questão do controle judicial sobre políticas públicas vem sendo, inclusive retratada por diversos estudos, uma vez que o tema representa grande interesse prático. Ainda que se tenha muita discussão acerca de qual o tipo de controle que o Judiciário poderia realizar sobre esse assunto, se estritamente formal ou, por outro lado, tendo alguma decisão acerca da matéria, avaliando o mérito ou conteúdo das tais políticas (SILVA:2008), incontestável é a relação que permeia essas duas áreas perante uma ótica de judicialidade.

Contudo, afirmamos que a relação em questão não se restringe a esse âmbito judicial. A relação entre Direito e políticas públicas vai além do conflito analisado pelas cortes, uma vez que as práticas dessa relação ocorrem também em uma esfera que não a dos tribunais. Quando pensamos que as políticas públicas se voltam para a solução de conflitos e afirmação de direitos, antes mesmo que esses tenham sido violados (como políticas criminais, por exemplo), ou ainda quando temos em mente que as políticas públicas objetivam aprimorar direitos em questão, utilizando-se do instrumento jurídico na consecução de seu fim, tem-se nítido que não existe aqui uma relação simplesmente judicial, mas sim *jurídica*, num sentido lato.

As políticas públicas muitas vezes se utilizam da linguagem jurídica a fim de se estruturar, de elementos normativos para atingir seus propósitos, ou mesmo se direcionam tendo em vista o texto legal ou algum tipo de normatividade. As políticas públicas, desse modo, almejam trabalhar o conflito em uma dimensão coletiva, resolvendo conflitos *que ocorrem ou ocorrerão*, voltando sua atuação para impactos presentes, mas ainda sim com um caráter futuro.

O papel do Estado, enquanto agente responsável pela promoção do interesse público, deve ser, portanto, central no desenvolvimento das políticas públicas, ações que, em suma, visam justamente concretizar os interesses de uma sociedade. Contudo, os limites da atuação estatal, ou ainda as maneiras de se atingir esses objetivos nem sempre foram uma constante do pensamento jurídico-social.

Uma análise histórica acerca do tema nos permite afirmar que inicialmente, tomando, tradicionalmente, a revolução francesa como marco inicial e a chamada divisão geracional dos direitos fundamentais enquanto base, atribuía-se ao Estado, preponderantemente, condutas negativas, no sentido de *abstenções*, a fim de alcançar

justamente sobre em qual dimensão, Judicial ou outra, em que tais direitos devem ou podem ser efetivados.

seus escopos. Tendo em vista que predominavam, naquele período, as ideias de caráter liberal, ou mesmo o cunho burguês de tal movimento revolucionário, não se faz difícil compreender o quão restrito seria o papel estatal nesse momento inicial (PROGREBINSCHI: 2003).

Considerando a chamada “primeira geração” de direitos fundamentais, embasada na carta dos direitos do homem e do cidadão, podemos notar que as liberdades individuais predominam nesse documento, sendo postas como diretrizes centrais a serem seguidas pelo Estado. Uma vez vista a ambição de tal carta em direcionar os rumos obrigatórios de qualquer governo, justamente por proclamar direitos inalienáveis e insubstituíveis (PROGREBINSCHI: 2003), concebia-se o papel do Estado na efetivação dos Direitos Humanos enquanto uma conduta negativa: *não desrespeitar* os limites das liberdades individuais de seus cidadãos (SILVA: 2005).

Contudo, com a chamada segunda geração de direitos fundamentais, uma radical mudança de percepção ocorreu.

Com essa geração seguem os chamados direitos sociais, direitos intitulados por toda uma coletividade, tendo como conteúdo normativo, sobretudo, afirmações que permitam assegurar uma maior igualdade material entre os membros da sociedade. Esses direitos, por seu próprio caráter, pressupõem, necessariamente, uma ação estatal a fim de que seus preceitos sejam efetivados: afirmar que todos têm direito à moradia exige algo além de uma postura de abstenção do Estado, exige a construção de casas, financiamentos, ou outras medidas ativas da máquina estatal.

Podemos notar, no entanto, que mesmo os chamados direitos fundamentais da primeira geração demandam uma ação estatal para serem efetivamente realizados. Tomemos o direito ao voto, por exemplo. Se o Estado não se prontificar a criar toda uma estrutura eleitoral capaz de garantir a lisura das eleições aos cargos públicos de governo, como urnas, fiscais, apuradores, etc., dificilmente o direito ao voto será realizado pelos cidadãos do local. Logo, essas liberdades individuais, as quais seriam realizadas primordialmente por uma abstenção estatal, também precisam de uma conduta positiva do Estado para que possam se concretizar (SILVA: 2005).

Direitos Fundamentais estariam extremamente conectados com políticas públicas, portanto. Isso porque, ainda que tenham um titular individual ou titulares coletivos, eles demandariam uma ação estatal a fim de propiciar meios que permitam concretizá-los, sobretudo (mas não somente) quando falamos de direitos sociais ou ainda àqueles chamados difusos.

Essa concepção sobre o papel do Estado na consecução dos Direitos Fundamentais vislumbra-se especialmente nas chamadas “constituições dirigentes”. Isso porque, esses textos constitucionais, como o brasileiro, inserem-se no movimento

da modernidade projetante, “optimisticamente crentes na força transformadora das normas constitucionais” (CANOTILHO: 2001), colocando como norma mais direitos do que de fato conseguir-se-ia implementar e acreditando que, através da positividade dos tais direitos, haver-se-ia de fato uma transformação da realidade social.⁴ As tais normas, ao atribuir uma grande quantidade de direitos aos seus cidadãos, estariam também imbuindo o Estado de uma grande responsabilidade para com a consecução desses direitos, responsabilidade essa que em muitas situações não se mostrou suficiente. Canotilho, constitucionalista português, chega mesmo a comparar as constituições dirigentes e sua atual incongruência com a realidade material com a queda de Tales de Mileto e o riso da mulher Trácia, ao perceber que o matemático caíra no poço porque se distraiu ao ficar observando estrelas.

Em suma, simplesmente afirmar direitos através de um texto legal, ainda que seja a norma máxima de um país, mostrou que penas não conseguem, efetivamente, ser responsáveis pela efetividade dos direitos que se dispõem a criar, sendo muito mais um objeto de riso da crítica política e do cenário externo do que de realização.

Nesse sentido, a relação entre Direito e políticas públicas se mostra por uma ótica de eficácia. As políticas públicas seriam responsáveis por tornar os direitos enquanto algo além de palavras escritas em documentos sociais, possibilitando sua verificação empírica, de maneira a atingir toda uma coletividade, diferentemente da maior parte das ações judiciais.

Contudo, podemos notar sem grande dificuldade que a realidade normativa brasileira, por exemplo, não é coerente com a realidade fática social: a maior parte de nossos direitos sociais, como saúde, moradia ou habitação não se faz ver na prática de uma grande quantidade de brasileiros.⁵ Se as políticas públicas seriam justamente responsáveis por permitir que esses dois mundos paralelos, normativo e fático, correspondam, aparentemente temos um problema na maneira como as tais políticas vem sendo desenvolvidas.

A questão dos modelos de desenvolvimento estatal, nesse sentido, ocupa um papel central na consecução desses direitos. Isso porque, de acordo com o modelo de atuação adotado, teremos o tipo de percurso e ferramentas necessárias a fim

4 Vale aqui ressaltar o contexto da Constituição Portuguesa, a qual almejava implantar gradualmente o socialismo através da via legal.

5 A título de exemplo, em 2008, o déficit habitacional estimado corresponde a 5,546 milhões de domicílios, dos quais 4,629 milhões, ou 83,5%, estão localizados nas áreas urbanas no Brasil, segundo site do ministério das cidades (Disponível em <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/DHB_2008_Final_2011.pdf>> pp.29.)

de atingir os focos e objetivos estabelecidos, como também uma melhor ou pior eficiência nos resultados obtidos.

Com isso quer-se dizer que os modelos de desenvolvimento de um Estado determinam em muito a maneira como os direitos fundamentais (e, à título de provocação, quais deles) ali estabelecidos serão alcançados. Atualmente, segundo David Trubek, caminha-se para o chamado “New Development State” (NDS), o qual representaria justamente uma superação do modelo keynesiano da década de 50-60 de atuação forte estatal, como também do modelo neo-liberal das décadas posteriores.

Em seu estudo, Trubek deixa claro que essa nova tendência, a qual agrupa novas teorias e práticas Estatais, na busca por conciliar crescimento e equidade, demonstra uma necessidade de novas leis e processos legais, capazes de suprir suas problemáticas e alavancar seu desenvolvimento (TRUBEK: 2008).

Esse novo modelo de desenvolvimento, oriundo justamente de uma mudança do contexto do crescimento nas “nações periféricas”, vislumbra que políticas econômicas efetivas requereriam uma coordenação entre atores públicos e privados, pesquisa, experimentação e uma ação pública feita “sob medida” para necessidades e contextos específicos (TRUBEK: 2008).

Tendo em vista, portanto, uma substituição dos modelos teóricos de atuação genérica, do tipo “one size fits all”, por outros específicos, voltados para aqueles países com um novo contexto de desenvolvimento não mais através de um simples “transplante de instituições”, Trubek se indaga acerca do papel do Direito com relação à implementação desse novo modelo, bem como as consequências desse último para a ciência jurídica.

Sua conclusão, nesse sentido, vai por uma flexibilização do Direito, sobretudo encarado em sua forma positiva e a outras soluções não judiciais para as questões que permeiam a problematização desse novo modelo (TRUBEK: 2008). Desse modo, o modelo de desenvolvimento estaria extremamente conectado com o Direito por uma relação de instrumentalidade, sobretudo através de novas formas legais mais experimentais, participatórias, flexíveis e revisáveis (TRUBEK: 2008).

Pensando nesse múltiplo contingente de interações entre os ramos Direito e Políticas Públicas apresentadas, tais quais as relações entre direitos fundamentais, modelos de desenvolvimento, constituições dirigentes, como também em outros, Diogo Coutinho desenvolveu uma sistematização inicial a fim de se abordar a relação em questão (COUTINHO: 2011).

Isso porque, de acordo com suas próprias palavras “mais importante do que pensar o que o direito *é*, é compreender o que ele *faz*”, ou seja, compreender a extensa gama de normas e processos que estruturam, norteam, direcionam as políti-

cas públicas, em todas as suas fases: tanto nas de identificação dos problemas, como nas de definição de uma agenda para solucioná-los, na concepção de propostas, na implementação das ações na análise e avaliação dos programas (THEODOLOU *apud* COUTINHO: 2011). Em outras palavras, entender como o Direito de fato age, além da simples postulação de normas e práticas judiciais, perpassa por uma observação de seu impacto real, sobretudo através de ações que dele se valem a fim de o concretizarem ou, por meio dele, criarem, estruturarem-se ou solucionarem problemas.

Assim, para que essa análise empírica possa ser realizada, faz-se necessário um método a ela adaptada. Coutinho propõe, para isso, alguns papéis para o Direito e seus operadores na relação entre esse ramo e as políticas públicas. Esses consistiriam nos seguintes: direito enquanto objetivo, vocalizador de demandas, ferramenta ou arranjo institucional (COUTINHO: 2011).

O primeiro deles, com uma dimensão substantiva, entende que o direito positivo cristalizaria opções políticas e as formalizaria como normas cogentes, determinando o que deve ser; o segundo, direito enquanto vocalizador de demandas, possui uma dimensão participativa, sendo ele uma forma de assegurar a participação, *accountability* e mobilização; o papel instrumental, por sua vez, entende o direito enquanto “caixa de ferramentas”, ou seja, o direito oferecendo distintos instrumentos e veículos para a implementação dos fins da política; por último, arranjo institucional confere uma dimensão estruturante ao direito, pois ele atuaria definindo tarefas, dividindo competências, articulando e coordenando relações inter-setoriais no setor público e entre este e o setor privado (COUTINHO: 2011).

A abordagem em questão, nitidamente, tem um caráter essencialmente empírico: somente através de uma análise dos fatos poderemos aplicar a presente metodologia e obter, daí, uma compreensão acerca do desenvolvimento das políticas públicas e de suas várias inter-relações com o Direito. Esse tipo de compreensão seria de extrema utilidade, uma vez que permitiria a implementação de direitos fundamentais, modelos de desenvolvimento econômico e outras questões de caráter social, político e econômico, permitindo que a atuação do profissional jurídico realize, de fato, aquele objetivo do direito inicialmente abordado, a transformação social.

Contudo, a principal questão que esse estudo visa tratar refere-se justamente ao fato de que o atual ensino jurídico, em seu presente formato e direcionamentos, não prepara profissionais capazes de refletir essa questão, muito menos, portanto, eficazes em atuar sobre ela. Consequentemente, temos um *déficit* de atuação nas áreas que conectam os temas Direito e políticas públicas, em suas várias dimensões, trazendo consigo uma falência na concretização eficaz dos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social.

3. ENSINO JURÍDICO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Como anteriormente discutido, muitas são as correlações entre Direito e Políticas Públicas, sendo que tais relações possuem central importância na utilização do Direito enquanto ferramenta de transformação social. Faz-se crer, portanto, que, conjuntamente a profissionais de outras áreas, caberia também ao operador do Direito a possibilidade de atuar repensando ações, metodologias, formatos ou aprimorando políticas públicas.

Como afirma Mangabeira Unger (UNGER: 2005), “a vocação do pensamento jurídico numa democracia, para além das fronteiras da praxe do advogado, é transformar-se numa prática de imaginação institucional a terra dos problemas imediatos e das possibilidades próximas”. Desse modo, para “abrir seu caminho nacional”, é necessário que o Brasil repense suas instituições, valendo-se também de uma ótica jurídica, uma vez que o Direito estrutura os nossos atuais pactos de poder, de modo que tal ótica conferiria uma melhor capacidade de análise, portanto.

Assim, a formação do estudante de direito guarda um papel essencial nesse processo. Isso porque *formação*, segundo Marilena Chauí (CHAUI: 2003), relaciona-se a inserir alguém ao passado de sua cultura, despertar alguém para as problemáticas que esse passado traz para o presente, “estimular a passagem do instituído para o instituinte.”

Nesse sentido, o ensino jurídico guardaria fundamental importância no desenvolvimento das políticas públicas ou outras atividades institucionais. Isso porque, se o profissional do Direito fará parte dessa atuação, a maneira como ele tenderá a trabalhar seu raciocínio, as metodologias que fará uso ou as teorias de que se valerá no desenvolvimento de suas atividades estão intrinsecamente relacionadas com aquilo que ele aprendeu durante sua formação acadêmica, tendo assim uma influência sobre suas escolhas futuras (GHIRARDI: 2010).

Com isso não queremos afirmar que o ensino jurídico seria o único fator na determinação de políticas públicas ou nas escolhas futuras de seus atuais alunos. Ao contrário, por óbvio, muitas outras experiências, sejam de caráter pessoal, além da academia ou em outras áreas do conhecimento, serão centrais para que uma atuação profissional de qualidade, na interrelação estudada, seja realizada. Além do que, a atuação nessa área não caberia somente ao profissional do direito, mas sim a uma extensa gama de profissionais de outras áreas, como ciências sociais, econômicas, etc. Contudo, o ensino jurídico possui um forte papel no desenvolvimento das habilidades e estruturação do pensamento do futuro jurista, justamente pelo seu papel formador

e o jurista, enquanto também necessário ao desenvolvimento de políticas públicas, será influenciado em seus critérios de decisão pelo ensino que obteve.

Tendo em vista o papel formador do ensino jurídico, acima exposto e, consequentemente, seu papel no desenvolvimento de políticas públicas, consideramos que o atual modelo de ensino jurídico não atende às expectativas de uma correlação entre o direito e políticas públicas em suas várias dimensões e fases. Isso porque, em seu presente formato, nosso ensino não estaria se voltando para a formação de profissionais capazes de repensar a realidade social circundante, ou ainda uma atuação jurídica além daquela das profissões clássicas.

João Paulo Dias e João Pedroso, ao afirmarem que “a profissão de jurista é bastante abrangente e inclui situações muito diversas” (DIAS et PEDROSO: 2011), ensinam repensar como os desdobramentos das profissões jurídicas estão ocorrendo num contexto de globalização, alterando em muito a atuação do profissional do Direito para além de uma “atuação clássica”. Com a atual tendência de desjudicialização do Direito, com meios alternativos de resolução de conflitos, por exemplo, afirmam que podemos notar uma tendência de abertura para novas profissões jurídicas para além das “tradicionais”(juizes, magistrados do Ministério Público, conservadores dos registros e notários, advogados). Essa tendência de desjudicialização demanda do novo profissional do Direito um conhecimento muito mais dinâmico, capaz de inserir-se nesse contexto de renovação de tecnologias, multidisciplinariedade e velocidade de modificações.

Seja por sua abordagem doutrinária quase que exclusivamente positivista (incompatível com o atual cenário de desjuridificação, por seu modelo bancário (FREIRE: 2011) ou pela falta de abordagens empíricas e articuladoras entre teoria, prática e realidade, com o predomínio do chamado “text system” (DANTAS: 1955),⁶ buscaremos fazer uma análise crítica acerca das falhas do modelo tradicional de ensino em preparar profissionais capazes de desenvolver o Direito em sua potencialidade de transformador social, sobretudo com o enfoque nas políticas públicas.

A fim de estruturar essa crítica, realizaremos uma exposição de três problemas por nós considerados como centrais para o desenvolvimento de um ensino jurídico que trabalhe o Direito em seu potencial formador, através da exposição de três modelos teóricos formulados para fazer esta análise: o *Oráculo*, o de *Ensino Técnico* e o do *Curriculum Oculto*.

Contudo, temos consciência de que o presente artigo não esgotará toda a literatura sobre o tema (e nem tem essa pretensão), apesar de erigir esforços a fim de

⁶ A despeito ter mais de cinquenta anos, o texto de Santiago Dantas assusta quanto à contemporaneidade que as críticas por ele realizadas ao ensino jurídico.

apontar com maior precisão o contexto calamitoso do nosso atual modelo de ensino. Por isso, os modelos de crítica que aqui serão colocados consubstanciam-se como uma maneira de analisarmos, ainda que inicialmente, alguns dos déficits educacionais de nosso ensino jurídico que atingem, também, a relação de direito e políticas públicas. Esses modelos são, portanto, carentes de complementação e aprofundamento, não sendo apresentados aqui como tipos definitivos. Além do que, por sua convergência crítica acerca do mesmo objeto, o ensino jurídico, eles podem apresentar faces de interconexão, não sendo, portanto, tipos puros de análise.

4. MODELO ORÁCULO

Felipe González afirma que “la formación jurídica tradicional parece concebir a abogados y jueces como una suerte de oráculos” (GONZÁLEZ : 2007). Em sua crítica, González disserta acerca de nosso ensino jurídico como a transmissão de “conjunto de conhecimentos que se transmitem como verdades inalteráveis”, adestrando o futuro profissional a repetir aqueles argumentos diante dos tribunais, como também das outras questões jurídicas que lhe fizerem frente.

Assim, o direito é apresentado ao aluno enquanto prática “cristalizada” ou ainda “fossilizada”, uma vez que esse método se baseia no paradigma dogmático. Ele encara o Direito enquanto conjunto de dogmas, fazendo crer que o objeto do estudo jurídico consiste unicamente nas normas jurídicas. Tal metodologia cria a noção de que os conflitos sociais deveriam ser resolvidos considerando-se somente as normas jurídicas estatais, sem refletir acerca de toda a problemática social ou acerca de novas resoluções para os conflitos presentes.

Tem-se, assim, uma tendência a estudar o ordenamento jurídico de maneira “reducionista e descritiva”, não permitindo uma compreensão do Direito enquanto processo, muito menos em sua dinâmica e possibilidades de transformação. Por conseguinte, forma-se um profissional acrítico. Isso porque tal metodologia, por sua própria lógica, faz-se enquanto estabelecimento de dogmas que devem ser repetidos, focando-se na memorização de códigos e opiniões doutrinárias, selecionados pelos professores. Tal ênfase nessa habilidade de memorização, tendo em vista os princípios enciclopédicos que parecem nortear tal tipo de ensino, reflete-se justamente nos modelos avaliativos adotados pelas disciplinas, os quais, em geral, demandam uma repetição daquilo que o professor expõe, enquanto verdade imutável (COURTIS: 2007). O método, assim, não incentiva as capacidades investigativas do futuro jurista ou ainda questionamentos acerca da funcionalidade das normas jurídicas. Esta crítica se estende, igualmente, ao par do modelo oráculo, a “didática tradicional”, que parte

do pressuposto de que o estudante, uma vez conhecendo as normas e instituições jurídicas, seria capaz “pela lógica natural de seu espírito”, raciocinar sobre as contravérsias que lhe surgirem (DANTAS: 1955).

Essa metodologia, primordialmente expositiva, que entende os estudantes enquanto vasos receptores de conhecimento ao invés de sujeitos ativos de seu ensino retira aquilo que Paulo Freire propõe como central em um processo de aprendizagem: o diálogo. Em suas palavras, “o diálogo é uma exigência existencial. (...) não pode reduzir-se a um ato de depositar ideias de um sujeito no outro” (FREIRE: 2011). O diálogo, concebido como forma de alterarmos uma educação bancária opressora e criarmos uma verdadeira educação dialógica, deve ser visto como capaz de formar indivíduos mais atuantes, conscientes, livres e, conseqüentemente, mais humanos. Evidentemente essa capacidade problematizadora do diálogo, não está incluída no método expositivo.

Pelo molde “Oráculo”, hierárquico, o estudante não é estimulado a buscar novas funcionalidades para as normas jurídicas, nem a compreender seu papel prático na realidade cotidiana, e muito menos desenvolver capacidade de imaginação institucional, a fim de resolver os problemas atuais e futuros. Em suma, esse tipo de ensino, acrítico, cria uma repetição e perpetuação da atual situação jurídica, sendo, na verdade, um empecilho a seu desenvolvimento.

5. CURRICULUM OCULTO

Apple (*apud* VALLAEYS: 2006) definiu o conceito de “currículo oculto” como “el conjunto de normas y valores que son implícitamente pero eficazmente enseñados em las instituciones escolares y de las que non se acostumbra a ablar em las declaraciones de fines y objetivos de los profesores”. Sua percepção acerca do tema segue uma análise hermenêutica, quase psicanalítica, dos processos educativos, focando sua atenção os sentidos ocultos que se mostram nos currículos abertamente declarados (VALLAEYS: 2006).

Christian Courtis, no entanto, ao discutir metodologia clínica de ensino, nos traz o termo “currículo oculto” para falar da eleição temática das matérias de direito privado patrimonial, em síntese. Essa escolha temática, não acidental, acarretaria uma maior dedicação de tempo e recursos das universidades para os temas de caráter patrimonial, em detrimento de outras matérias como direitos humanos, teoria geral do direito ou tantas outras possíveis.⁷

⁷ Nitidamente, as duas abordagens estão muito relacionadas, uma vez que Cristian Courtis nos oferece um olhar específico do “currículo oculto”, tendo em vista que essa expressão se reflete

Ao trazer à tona essa pré-seleção de eixos temáticos que o estudante de direito, obrigatoriamente, deve estudar em seu curso, podemos notar uma preferência por temas que se vinculam ao direito e sua instrumentalidade no mercado privado.

Essa porosidade aos interesses de mercado, e o conseqüentemente direcionamento dos currículos estudantis para a área privada, colabora para a criação do que Courtis chama de *monopólio simbólico* da advocacia corporativa e lucrativa. Com a predominância das matérias patrimoniais, ocupando boa parte dos horários dos estudantes de Direito, ocorre uma falsa impressão de importância das tais matérias com relação aos outros campos jurídicos (COURTIS: 2007).

Em muito relacionado com o conceito de Apple, notamos que esse currículo oculto, além de oferecer mais subsídios técnicos para uma área jurídica do que outras, exerce uma influência simbólica acerca das profissões a serem escolhidas pelos futuros juristas. Isso porque se cria um estereótipo de advogado que exerce liberalmente a profissão: aquele que trabalha no campo lucrativo, em um escritório corporativo, sendo esses os únicos modelos possíveis para o exercício de advocacia, por exemplo.

Quando consideramos, sobretudo, que boa parte das faculdades de direito brasileiras contam com grades rígidas e hipertrofiadas, que impedem os alunos de escolherem as matérias às quais desejam dedicar-se, temos um agravamento da questão. Isso porque o aluno que deseja se dedicar a outros campos jurídicos que não àqueles selecionados previamente pelos currículos universitários, enquanto matérias obrigatórias, terão que dedicar seu tempo de estudo àquilo que não lhes é de interesse. Ou seja, um aluno que deseja aprofundar-se em direitos humanos, por exemplo, terá, obrigatoriamente, que estudar, digamos, título de créditos II, dispendendo seu tempo de estudo universitário em algo que, para sua futura atividade profissional, dificilmente lhe agregará valor.

Assim, podemos notar que o modelo de curriculum oculto, privilegiando matérias de caráter patrimonial, com a conseqüente desvalorização dos outros campos jurídicos, também age enquanto empecilho no desenvolvimento de um estudo integrado entre direito e políticas públicas. O ramo das políticas públicas e sua ligação com o Direito relaciona-se, sobretudo, a uma atuação estatal, e o chamado

em muitos aspectos dos atuais modelos de ensino. Ainda que a abordagem de Apple seja essencial para uma discussão acerca dos outros ensinamentos que se escondem sob o manto diáfano da educação tradicional, o curriculum oculto que aqui nos referimos segue o direcionamento daquilo exposto por Christian Courtis, visto seu recorte temático e as implicações dessa escolha por determinados conteúdos na formação dos juristas brasileiros, alvo do presente artigo.

“curriculum oculto” acaba por diminuir a disponibilidade de estudo para matérias relacionadas a esse campo, como observado.

Ainda que o setor privado possa ser uma importante forma de ação das políticas públicas, o foco desse ensino, coligado com o modelo oráculo e técnico, não é uma articulação de conhecimentos e questionamento da ordem vigente, mas sim a atuação no mercado, o que não prepara o profissional para repensar a maneira como o direito privatista se estrutura. Ao contrário, o “curriculum oculto” apenas *contribui* para a existência de um monopólio simbólico acerca das profissões jurídicas existentes e seu valor, prestigiando grande advogado de um escritório de renome.

6. ENSINO TÉCNICO

Marilena Chauí, em “A universidade pública sob nova perspectiva”, nos faz, logo de início, uma importante indagação: “Como foi possível passar da ideia da universidade como instituição social à sua definição como organização prestadora de serviços?”. Em sua busca por respostas, Marilena traz à tona a questão da Universidade Operacional, conceito de Freitag, no qual discute a definição e estruturação das normas da Universidade por padrões inteiramente alheios à formação intelectual, curvando seus docentes e estudantes a exigências exteriores ao trabalho intelectual.

Essa heteronomia da Universidade, uma vez que não são mais seus propósitos e significados institucionais a pautar suas decisões, acaba por tornar o ensino universitário não mais um processo de formação como acima descrito, mas sim uma preparação rápida para inserir indivíduos no mercado de trabalho. A ciência “deixou de ser teoria com aplicação prática e tornou-se componente do próprio capital”, característica que acabou sendo incorporada a maneira como esse conhecimento é repassado nas Universidades.

Além da criação de um “*curriculum oculto*” nas faculdades de Direito, como anteriormente discutido, essa colonização das exigências de mercado para com a produção de conhecimento científico nas Universidades gera um processo de tecnização do ensino superior, a fim de produzir mão-de-obra qualificada para o mercado de trabalho, padronizada e em larga escala (GOMES; BIZZINOTTO:2012).

Marilena Chauí descreve parte desse modelo relacionado à Universidade operacional: uma docência entendida como uma transmissão rápida de conhecimentos, pensada como uma “habilitação rápida para graduandos, que precisam entrar rapidamente num mercado de trabalho do qual serão expulsos em poucos anos, pois se tornam, em pouco tempo, jovens obsoletos e descartáveis”. A pesquisa, por sua vez, passa a ter uma organização segmentária, que não se propõe a refletir ou ques-

tionar, mas apenas “em ter posse de instrumentos para intervir e controlar alguma coisa” (CHAUÍ: 2003).

Em resumo, o modelo técnico de ensino qualifica-se justamente por um modelo que não busca fomentar criticidade em seus alunos, deixando de lado seu papel formador. Isso porque o “ensino técnico” volta-se apenas para conhecimentos instrumentais desacompanhados de uma reflexão crítica sobre o papel que tais conhecimentos podem vir a desempenhar na sociedade, ensejando apenas formar, o mais rapidamente possível, profissionais capazes de atender os interesses do mercado laboral. Esse tipo de ensino, portanto, não tem espaço para aquilo que Mangabeira Unger chama de “Currículo das alternativas institucionais” (UNGER: 2005), voltado para repensar atuações políticas, econômicas e sociais, não possui espaço num ensino massificado e, portanto, também acaba sendo posto de lado.

Evidências desse modelo massificador tecnicizante fazem-se notar pela multiplicação de horas-aula, quais “retiram do estudante as condições para leitura e pesquisa, para sua verdadeira formação e reflexão, além de provocarem a fragmentação e dispersão dos cursos, além de estimular sua superficialidade”(CHAUÍ: 2003) ou pelo pouco espaço que as atividades de extensão recebem dentro das faculdades.

A extensão universitária não é valorizada por um ensino técnico, uma vez que não se insere na lógica mercadológica que lhe impregna. Contudo, como afirma Boaventura Souza Santos, a extensão atribui às universidades “um papel activo na construção da coesão social, no aprofundamento da democracia, na luta contra a exclusão social”. Uma desvalorização da extensão é, por conseguinte, uma desvalorização desse papel social da universidade e também do papel social, presente e futuro, do estudante que nela está, não permitindo um conhecimento empírico da realidade circundante.

Consequentemente, uma formação com um menor engajamento na realidade e contextos de conflitos sociais significará uma perda significativa para a formação de um jurista atuante nas políticas públicas, capaz de enxergar o direito em seu potencial transformador.

7. CONCLUSÃO

Pelos dados apresentados, bem como pelas análises feitas nesse artigo, conclui-se que as relações que permeiam políticas públicas e Direito, em suas quatro dimensões (objetivo, instrumental, vocalizador de demandas e institucional) não podem ser suficientemente desenvolvidas pelo atual ensino jurídico, haja vista que, com as falhas apresentadas, despido de um caráter empírico e reflexivo, ele não se propõe

a criar um profissional articulador das ferramentas jurídicas de que dispõe para com a realidade social em que está imerso.

Sendo assim, como afirma Warat, faz-se necessário um ensino jurídico que se reconheça como uma prática política dos direitos humanos (WARAT: 1997). Entendendo o papel do Direito enquanto instrumento capaz de agir na realidade político-social-econômica, um ensino jurídico que não se proponha a repensar o contexto em que está imerso, sobretudo com um viés transformador, dificilmente gerará profissionais capacitados o suficiente para repensarem as problemáticas jurídicas que perpassam tal realidade, muito menos eficazes em desenvolver políticas públicas capazes de tornar os Direitos assegurados na legislação em realidade concreta, material.

8. REFERÊNCIAS

- CHAUÍ, Marilena, *A universidade Pública sob nova perspectiva*, conferência na sessão de abertura da 26ª reunião anual da ANPED, realizada em Poços de caldas, MG, em 5 de outubro de 2003.
- COURTIS, Christian. “*La educación clínica como práctica transformadora.*” In: VILLAREAL, Marta e COURTIS, Christian (orgs.), *Enseñanza clínica delderecho: uma alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Cidade do México: ITAM, 2007, pp. 9-24.
- COUTINHO, Diogo R., *O direito nas políticas públicas*, a ser publicado em Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds) ‘Política Pública como Campo Disciplinar’, São Paulo, Ed. Unesp
- DANTAS, Santiago, *Aula inaugural da Faculdade Nacional de Direito “A educação jurídica e crise brasileira”*, 1955.
- DIAS, João Paulo et PEDROSO, João, *As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal* - esse artigo consiste numa versão revista, atualizada do capítulo V do relatório de investigação do OPJ- Percursos da informalização e da desjudicialização- por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada) (Pedroso, Trincão e Dias), 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça de Toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- FARIA, José Eduardo. *A globalização econômica e sua arquitetura Jurídica (dez tendências do direito contemporâneo)*, texto preparado para o congresso Jurídico Globalización, Riesgo e Medio Ambiente, Universidade de Granada, 2010.
- FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito?* São Paulo: Brasiliense, 2011.
- FREIRE, Paulo, *Pedagogia do Oprimido*. São Paulo: Paz e Terra, 2011
- GHIRARDI, José Garcez (Coord.). Avaliação e métodos de ensino em direito. *Cadernos DIREITO GV*. São Paulo: DIREITO GV, v. 7, n. 5, set. 2010.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina. In: VILLAREAL, Marta e COURTIS, Christian (Orgs.). *Enseñanza clínica delderecho: uma alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Cidade do México: ITAM, 2007, pp. 175-224.

- LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Subjetivos e Direitos Sociais: O dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- PROGREBINSCHI, Thamy, *Emancipação política, direito de resistência e direitos humanos em Robespierre e Marx, Dados*, vol 46, n.1, Rio de Janeiro, 2003, pp129-152.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade*. São Paulo: Cortez, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso, A evolução dos Direitos Fundamentais. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* 6, 2005, pp.541- 558.
- SILVA, Virgílio Afonso. *O judiciário e as Políticas Públicas, entre transformação social e obstáculo à realização dos Direitos Sociais*. In.: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de.(Orgs) *Direitos sociais, fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 587-599.
- TRUBEK, David M., *Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law*, Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper no.1075, Dezembro, 2008.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma nova faculdade de Direito no Brasil*. Cadernos FGV direito Rio 1, texto para discussão número 1-29, 2005.
- VALLAEYS, François. *¿Qué es la responsabilidad social universitaria?* Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. Disponível em: <<www.ausjal.org/files/rsu.doc>>. Acesso em 28 set. 2012.
- WARAT, Luís Alberto. *Teoria Geral do Direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editora, 1997.
- GOMES Gilles; BIZINOTTO Kelly. *Pluralismo Jurídico e Educação Popular: Um estudo acerca dos obstáculos na consolidação da assessoria jurídica Universitária Popular*. Disponível em: <<<http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo80.pdf>>>. Acesso em 20 de set. de 2008.

Capítulo 25

ANALISE E CRÍTICA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA: DO POSITIVISMO-LEGALISTA À AUTONOMIA DE PENSAMENTO

Carolina Elisa Suptitz¹
Ademar Pozzatti Junior²

1. INTRODUÇÃO

Não são poucos os projetos nacionais, estatais³ ou privados,⁴ envolvidos com a causa educacional. Afinal, pesquisadores das mais variadas áreas e países têm defendido que a educação é o melhor, senão o único, meio de promover crescimento econômico e justiça social de uma forma sustentável e duradoura.⁵

Tanto a educação básica, que abarca a educação infantil e os ensinos fundamental e médio, como a educação superior e a profissional e tecnológica⁶ são de vital importância para a capacitação de profissionais habilitados a suprir as demandas, solucionar os problemas e propor alternativas ao atual contexto econômico e social brasileiro.

1 Mestre em Direito pela UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos). Professora da FADISMA (Faculdade de Direito de Santa Maria). E-mail: carolina.suptitz@gmail.com

2 Mestre e Doutorando em Direito pela UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina). Professor do CESUSC (Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina). E-mail: juniorpozzatti@gmail.com

3 Mais sobre o assunto, consultar o próprio site do Ministério da Educação: www.mec.gov.br. Nele, é possível obter informação, por exemplo, sobre o Programa Mais Educação.

4 Dentre eles, os projetos desenvolvidos pela Associação Alfabetização Solidária <<<http://www.alfabetizacao.org.br/site/home.asp>>>.

5 Em entrevista recente, o economista Samuel Pessoa comenta que até bem recentemente a preocupação brasileira com desenvolvimento econômico e social pouco considerava a educação, citando, inclusive, Celso Furtado, que, de tudo que escreveu com o intuito de analisar o subdesenvolvimento brasileiro, nunca tratou da educação. Para Pessoa, a má qualidade da educação é “o maior obstáculo a nosso desenvolvimento” e somente a melhoria dela pode promover o crescimento econômico que ambicionamos, citando como exemplo a Coreia do Sul. Revista *Época*, n. 746, de 3 set. 2012.

6 A divisão em educação infantil, superior e profissional e tecnológica segue a própria estrutura e organização do Ministério da Educação do Governo Federal.

No presente trabalho, o foco é a educação superior, mais especificamente o curso de graduação em direito. No caso do direito, a importância de uma educação de qualidade se justifica pelo papel central que o profissional dessa área provavelmente virá a exercer, atuando, de um modo ou de outro, na garantia de direitos, promoção da liberdade e igualdade, solução de conflitos, prevenção e combate à criminalidade, construção e implementação de valores comunitários e princípios de justiça etc.

Para fim de refletir sobre essa problemática dividiremos esse trabalho em duas partes. Na primeira parte desse trabalho nos concentraremos na análise e crítica acerca do atual modelo de educação jurídica. Num primeiro momento abordaremos uma das ideologias que serve de suporte ou estrutura⁷ à educação jurídica, o positivismo legalista centrado na racionalidade tecno-formal. Já no segundo momento, a crítica partirá de um relato das práticas tradicionais da sala de aula dos cursos de direito.

Na segunda parte desse trabalho será discutido acerca das outras possibilidades de ser o processo pedagógico. Aqui, discutiremos a pedagogia do ensino do direito valendo-se de autores da pedagogia e da filosofia do direito. Primeiramente será abordado o pensamento de Paulo Freire e, posteriormente, de Luis Alberto Warat.

O debate sobre a educação jurídica parte do pressuposto de que uma comunidade consciente da fragilidade social e jurídica do seu próprio contexto não pode desperdiçar o profissional do direito na sua potência de agente de transformação social, como tem feito a educação jurídica legalista, conteudística e bancária, tão comum nas salas de aula e instituições de ensino superior (IES).

2. DA IDEOLOGIA À SALA DE AULA: ANÁLISE E CRÍTICA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA

Quando professores de direito preocupados com os resultados do seu trabalho se reúnem, não tarda para que comecem a falar dos sintomas diários da educação jurídica nas salas de aula: pouco estudo e muito desânimo dos alunos. Se não há muita divergência quanto a esses sintomas, a identificação das causas (diagnóstico) e do medicamento varia bastante.

7 Ovídio A. Baptista da Silva foi quem tanto insistiu, nos períodos finais da sua vida, que o problema do direito pátrio se devia muito mais à estrutura do que à função, contrapondo-se, portanto, a Norberto Bobbio, na sua obra *Da estrutura à função* (2007). Sobre as ideias de Ovídio, a quem sempre prestamos homenagem por toda sua contribuição nas críticas ao processo civil, à teoria do direito e ao ensino jurídico universitário, ver o artigo *Da função à estrutura* (2008).

Como causa do desânimo e pouco estudo dos alunos, um grande número de professores aponta a fragilidade da educação básica, a imaturidade dos alunos, a natureza dispersiva dos integrantes da atual geração, acostumada com o excesso de informações, mas incapaz de concentração, as ferramentas tecnológicas à disposição dos alunos em tempo integral etc.

Outros professores apontarão causas distintas ou, pelo menos, acrescentarão novas a estas. Este segundo grupo de professores, ao qual nos associamos, não concorda com a total exclusão da sua própria atuação dentre as causas que provocam o desânimo e pouco estudo. Pelo contrário. Esse segundo grupo de professores são os maiores críticos da (ausência de) responsabilidade do professor diante dos acontecimentos e resultados vinculados à educação.

Esse posicionamento não se justifica por acharem que o professor é a peça principal e central no processo ensino-aprendizagem, mas porque apostam que, diante de uma nova geração ou não, diante de alunos oriundos de um excelente estudo básico ou não, diante da concorrência com ferramentas inovadoras ou não, são (somos) eles (nós), os professores, que devem(os) provocar e coordenar a energia e disposição do estudante para o conhecimento.

É com essa perspectiva que pretendemos, no item 2.1, analisar a principal ideologia que sustenta a educação jurídica, para, no item 2.2., refletir sobre as práticas tradicionais ou ortodoxas que incorporamos e corporificamos em sala de aula, na maior parte das vezes acríticos de quem são os alunos, das suas dificuldades, das suas habilidades, das suas vontades. Na verdade, acríticos de que exista(m) um(s) outro(s) com quem devemos partilhar a construção do saber.

2.1. A ideologia positivista-legalista do direito e a análise da redução das possibilidades de compreensão do mundo

Antes de tratar das práticas de sala de aula, é fundamental analisarmos o positivismo-legalista, que se constitui numa das principais ideologias que dão suporte ao que é feito nos cursos de direito no Brasil.⁸Para tanto, selecionamos seis aspectos

⁸ Em primeiro lugar, importa ressaltar que a palavra ideologia está sendo utilizada, aqui, como sinônimo de paradigma, ou seja, conjunto de crenças e valores a partir dos quais novas crenças, valores e práticas se sustentam. Em segundo lugar, é importante deixar claro que não se supõe que seja apenas uma a ideologia que emoldura a educação jurídica da atualidade. Entretanto, para fins de delimitação, se optou por selecionar o positivismo, na definição dada por Norberto Bobbio, que, no nosso entender, será mais bem compreendida sob a expressão positivismo-legalista, como sendo a teoria, paradigma ou ideologia que melhor traduz as características que se acha vital, mesmo que não esgotantes, abordar.

da teoria do direito e, relativamente a cada um deles, destacamos a interpretação dada pelo positivismo-legalista que indubitavelmente influenciou a educação jurídica. Os seis aspectos que serão analisados são: direito natural; função do juiz; segurança e certeza; valores; fontes do direito; direito nacional.

O positivismo, tanto filosófico como jurídico, tem por característica a valorização de elementos que sejam objetivos e empiricamente demonstráveis. Dessa forma, o positivismo se opõe a suposições e especulações. Aplicado ao direito, o positivismo se oporá tanto às explicações metafísicas do direito, associadas ou à divindade ou à razão, como àquelas apegadas a “juízos morais particulares”, vinculadas à justiça do caso concreto, conforme necessidades sociais, que equilibrariam os interesses do coletivo com o do indivíduo (BARZOTTO, 2006, 642-3).

É nesse sentido que Norberto Bobbio afirmará, em obra que aqui se utiliza como referência principal por representar perspectiva bastante aceita na doutrina tradicional, que, por meio do positivismo jurídico, todo o direito acaba reduzido ao direito positivo. O direito acaba se resumindo “a um sistema de normas e poderes” “oriundo de atos de vontade identificados socialmente” sem qualquer vinculação a uma ordem ou autoridade externa ou superior à manifestação de vontade da sociedade (BARZOTTO, 2006, 644). O Direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito (BOBBIO, 2006).

Quanto à função do juiz, a Escola da Exegese, identificada com o positivismo-legalista, defende a fidelidade do intérprete ao texto legal. O juiz deve se fundar unicamente na lei para resolver quaisquer controvérsias. A interpretação exegética, portanto, se limita a uma aplicação passiva e mecânica do texto legal.

Importante causa que justifica a fidelidade aos códigos e leis é a doutrina da separação dos poderes, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado Moderno. “Com base nessa teoria, o juiz não poderia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo”. Deveria ele ser somente a boca através da qual fala a lei (BOBBIO, 2006, p. 78).

Tal concepção linear do processo de julgamento ou, dito de outro modo, da interpretação e aplicação do direito, induz ao entendimento de que existiria uma verdade única e prévia para cada situação apresentada ao julgador. Se a resposta ao conflito já está dada pela lei, ao juiz não caberia outra função que não tão-somente declará-la. Repare: declarar, jamais constituir ou criar é a função do juiz.

Com efeito, na atividade relativa ao direito, o positivismo distingue dois momentos: o momento ativo ou criativo e o momento teórico ou cognoscitivo. O primeiro encontra sua manifestação mais típica na legislação, e o segundo na ciência jurídica propriamente dita ou na jurisprudência.

“Para o juspositivismo, a jurisprudência consiste numa atividade puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado” (BOBBIO, 2006, p. 221). Por isso se diz que o juiz não tem qualquer atividade criativa para os juspositivistas.

O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como não sendo voltada para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo das normas jurídicas já dadas. Assim, o positivismo jurídico sustenta

uma concepção estática da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar essas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação evolutiva sustentada pela corrente antepositivista (BOBBIO, 2006, p. 214).

Essa limitação do juiz à função meramente declaratória se justifica na ambição e, antes mesmo, naprópria crença de que o direito é capaz de fornecer segurança à sociedade. Na verdade, a ambição por segurança se reflete em vários âmbitos da nossa vida *moderna*: relações afetivas, trabalho, política, valores, instituições, ciências, construções etc.

No direito, a segurança significa dizer que a resposta judicial está para o direito, assim como os cálculos estão para a engenharia civil. Os cálculos e a decisão judicial devem, antecipadamente, inspirar segurança, como se um e outro fossem passíveis de serem controlados.

Conforme Barzotto (2006, 646), em verbete que trata do positivismo jurídico,

A segurança, entendida como possibilidade de prever as conseqüências jurídicas da própria conduta, pelo conhecimento dos padrões (normas) que o Estado utilizará para avaliá-la, é imprescindível em uma sociedade de estranhos, nas quais não se sabe quais são os valores que informam a conduta alheia.

Arelada a idéia de segurança está a de certeza. Isto porque a segurança somente é possível se igualmente acreditarmos na existência da certeza. O que não é certo, não pode ser seguro. Entretanto, se o direito é o que o legislativo produz e o judiciário reproduz, a certeza e segurança estariam exatamente no reconhecimento

da atividade exercida pelo legislador e da passividade do intérprete do direito, em especial o juiz. Para Bobbio (2006, p. 80), o princípio da certeza do direito é aquele

segundo o qual os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências do seu comportamento (...). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.

Outra questão se refere ao caráter valorativo ou não do direito segundo o positivismo-legalista. Para Bobbio, o positivismo jurídico considera o Direito como um fato, e não como um valor. O valor estaria reduzido ao conceito de validade: uma norma jurídica é justa pela única razão de ser válida. Nas palavras do doutrinador italiano, “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade” (BOBBIO, 2006, p. 137).

A neutralidade axiológica traduz o entendimento tradicional de que a ciência e, mais genericamente, qualquer forma de produção de conhecimento deve ser isenta de valores. O mesmo significa dizer que a ciência “gera produtos teóricos ‘neutros’, ou que o tipo de conhecimento alcançado através da atividade científica estaria completamente isento de valores sociais ou morais.” (FERNANDEZ, 2012)

Ora, isso fica nítido no positivismo-legalista, uma vez que “o formalismo jurídico [que lhe é intrínseco] define o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece” (BOBBIO, 2006, p. 145).

A eliminação dos valores do âmbito do direito, não provocou igual eliminação quanto às fontes do ordenamento jurídico. O positivismo admite a existência de várias fontes. Não obstante isso, a doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência da lei sobre as demais fontes. Existem diversas fontes do direito para os juspositivistas, mas a lei prevalece às demais (BOBBIO, 2006, p. 161).

Isso, porém, pode não significar muita coisa se não estivermos atentos ao significado atribuído à lei em nossos *tempos modernos*. Afinal, à lei foram atribuídos sentidos os mais diversos no decorrer da história do direito, conforme assinala Soraya Nour (2006). A partir do século XVII, com Hobbes, a lei passou a corresponder à vontade da autoridade, o que, por si só, justifica a sua observância: “A obrigatoriedade-

de da lei civil decorre não de seu conteúdo, mas de sua promulgação pelo legislador” (NOUR, 2006, p. 519).

É por isso que, com a formação do Estado Moderno, o juiz deixa de ser livre órgão da sociedade para tornar-se um órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado (BOBBIO, 2006, p. 29). Segundo Castanheira Neves (1995, p. 257), trata-se da “axiológica substituição da intenção de justiça pela intenção política”.

Importante observar que, em Castanheira, a intenção política está referida quase como sinônimo de intenção governamental ou estatal. Valendo-se, entretanto, da intenção política no sentido de princípios e valores comunitários, cumpre reconhecer que o positivismo despolitiza a atividade jurisdicional, tendo em vista que ao juiz, ao aplicar o direito, age silogisticamente “tentando” fazer caber os fatos sociais às categorias jurídicas, eminentemente estatais. Sendo assim, o direito positivo-legalista se afasta da justiça e da política, na medida em que esta é considerada como normas representativas de preceitos comunitários.

Por fim, cumpre ressaltar que com a formação do Estado Moderno, no século XVII, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes. Daí tem início o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado (BOBBIO, 2006, p. 27), resultando na compreensão do fenômeno jurídico desenraizado da realidade internacional, entendendo o Estado como a quintessência da organização social e política.

Da consideração de que a principal fonte do direito no sistema positivo-legalista é a lei, ao que o juiz está submetido na sua função jurisdicional, é de se reiterar que tal lei corresponde à manifestação da vontade da autoridade estatal, excluídas as manifestações sociais que lhe sejam diversas, assim como as manifestações extra-estatais ou extra-nacionais, no que se refere ao direito e normas internacionais.

O direito, portanto, segundo a leitura positivo-legalista, se constitui numa materialidade genérica e abstrata, afastado tanto de toda e qualquer transcendência como das particularidades dos casos, em que o juiz, para fim de garantir segurança e certeza, exerce função meramente declaratória, fazendo incidir a lei do Estado-nação, desapegada dos valores sociais na condição de principal fonte do direito.

Com base no que foi posto, o positivismo jurídico pode ser sintetizado como uma ideologia do direito que consiste em afirmar o dever absoluto ou incondicional de obediência à lei enquanto tal (BOBBIO, 2006, p. 225), reduzindo-se, assim, o direito e a função de todos os que o estudam ou com ele trabalham ao conhecimento e observância da lei.

Se essas breves características do positivismo-legalista não correspondem à pretensão original de muitos dos autores tidos como representantes do positivismo, como é o caso do próprio Hans Kelsen, sem dúvida alguma correspondem à forma como a escola foi interpretada por grande parte da doutrina, profissionais e também professores de direito.

Tais interpretações adentraram nos currículos e salas de aula, forjando um determinado modelo de educação jurídica. Diante da repulsa ao jusnaturalismo; do impedimento a que o juiz exerça uma função criadora; da confiança numa suposta certeza jurídica, capaz de promover segurança; da expulsão dos valores da ciência jurídica e do desprezo pelas outras fontes jurídicas que não a lei, produzida pelo Estado-nação, o conteúdo e a prática da educação jurídica receberam formatação específica, que é do que se passa a tratar na sequência.

2.2. *Diário de classe dos cursos de direito: crítica das práticas tradicionais da sala de aula*

No item anterior se analisou a ideologia positivista-legalista apontando algumas conseqüências conceituais e pragmáticas da sua doutrina. A percepção do direito sob a lente positivo-legalista acabou por se constituir naquilo que Luis Alberto Warat (1994) chamou de *sentido comum teórico dos juristas*,⁹ que se encontra na base de todos os discursos científicos do direito, interiorizando, ideologicamente, convenções linguísticas acerca do direito.

Essa esterilidade jurídica encontra as academias através da dogmática, que, tal como uma escolástica do direito, reproduz a ausência de possibilidade de construção dos discursos alternativos ao direito. Essa dogmática

propicia que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador do direito um mero habitus, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de “capital simbólico”, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada

9 “Chamar-se-á ‘senso comum teórico’ a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como um arsenal de ideologias práticas. [...] normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas.” (WARAT, 1994, p. 101).

combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação autoridade e graus acadêmicos (STRECK, 2007, 67-8).

O positivismo jurídico instrumentaliza o sentido comum teórico e o ensino do direito, resultando em uma esterilidade reflexiva capaz de sufocar as possibilidades interpretativas. O pior é que tal discurso dogmático, se propondo a ser neutro, disfarça satisfatoriamente o “*fumus* ideológico que, de forma inexorável está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, decada discurso acerca do Direito” (STRECK, 2007, 69).

Mas de que modo o positivismo-legalista, conforme analisado no item 2.1, tradicionalmente adentra as salas de aula dos cursos de direito no Brasil? Algumas questões de conteúdo das disciplinas e de didática docente merecem reflexão.

A não-recepção do direito natural como conteúdo ou possibilidade de interpretação jurídica no ensino superior de direito, a não ser, quem sabe, em disciplinas como filosofia do direito ou alguma outra propedêutica,¹⁰ implicou, conseqüente e indiretamente, a separação entre direito e justiça e direito e filosofia. Isso porque o direito natural por várias vezes foi confundido com a noção de justiça; assim como, por outro lado, a filosofia do direito teria sido originalmente denominada como teoria do direito natural, princípios de direito natural e/ou ciência do direito natural (BARRETT; CULLETON, 2007).¹¹

Sendo assim, a totalização do direito enquanto direito positivo, na medida em que excluiu o direito natural, resultou no isolamento do direito perante a justiça e a filosofia, e, por óbvio, na ausência de uma instância crítica, questionadora, contestadora. Na sala de aula e no exercício profissional, esta falta se manifesta nitidamente em situações em que os alunos ou o profissional, defrontando-se com problemas práticos, reais ou fictícios, não se questionam pela justiça do caso ou pelo que o bom senso/senso comum¹² estariam a ‘pedir’.

Se em sala de aula os alunos normalmente não são instigados a pensar livremente sobre o assunto antes de partir para uma busca desesperada pela norma jurídica cabível, nos escritórios e gabinetes dos juristas é comum se encontrar ‘esquemas’ sintetizantes e simplificadores de regras e normas.

10 Segundo a Resolução n. 9 de 29 de setembro de 2004, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências, disciplinas integrantes do Eixo de Formação Fundamental.

11 Sobre o vínculo entre direito e natural e justiça, ver também Castanheira Neves (1995).

12 Bom senso e senso comum foram utilizados conjuntamente com o intuito de fazê-los representar um entendimento que seja eticamente adequado e aceito pela comunidade.

Evidente que é fundamental o conhecimento do direito positivo. Contudo, visando o direito o atendimento das demandas sociais para fim de promover organização, paz e justiça social, é indispensável o questionamento pelos valores relacionados com o caso concreto, assim como pela moralidade política (DWORKIN, 2005) introduzida na nossa existência a partir da tradição.

Não que isto represente uma proposta de retorno ao direito natural, pelo menos não se ele for definido como sistema transcendental e universal de normas. Porém, é sim um convite de retorno (ou encontro) ao direito natural tido como um conjunto de valores transpositivos – representativos da justiça – a guiar a aplicação das normas.

A dificuldade em se aceitar tal ‘convite’ não se esgota, entretanto, na recusa ao direito natural como elemento igualmente integrante/componente do direito. Os próprios valores, como falado anteriormente, não têm lugar na ciência jurídica de inspiração positivista, em que a crença na neutralidade axiológica ocupa lugar de destaque.

Não é à toa que nos cursos de direito discussões sobre valores sociais extrajurídicos, como os decorrentes dos costumes, religião e cultura, não só não são estimulados, como são normalmente impedidos sob o argumento aprendido-decorado nos primeiros anos do curso de que direito é diferente de religião, costumes, cultura, moral etc. Sem dúvida que o direito é diferente e que essa diferença é salutar para toda a sociedade. Ser diferente, no entanto, não significa ser indiferente!

Com efeito, a astúcia da razão dogmática mata o direito (STRECK, 2007), enquanto fenômeno extremamente complexo do social. Mas não “só” isso. Mata também o ser humano sensível e crítico. O fato é que o estudante de direito e grande parte dos profissionais acrescentam à sua formação juridicidade, isto é, o conhecimento técnico e específico das normas jurídicas, mas poucos ganham profundidade e muitos perdem vivacidade.¹³ Se este processo ocorre com os estudantes, a responsabilidade

13 Convém distinguir três adjetivos que podem, isolados ou conjuntamente, ser associados aos discursos de estudantes e profissionais do direito: vivacidade, juridicidade e profundidade. A vivacidade corresponde à sensibilidade diante da realidade social e, conseqüentemente, diante dos problemas da comunidade. A juridicidade se relaciona ao conhecimento técnico e específico das normas jurídicas. A profundidade, por fim, estaria no conhecimento de outras áreas, tais como filosofia, sociologia, antropologia, psicologia, ciências políticas, arte etc, bem como do próprio direito, porém para além do simples conhecimento manualesco e dogmático. Enfocando nos estudantes de graduação, os três adjetivos costumam aparecer da seguinte forma, considerando o estágio do curso em que os alunos se encontram:

a) *estudantes do início do curso (2º ano no máximo)*: quase nenhum é dotado de juridicidade, o que, aliás, é normal e de certa forma até desejável; a grande maioria não possui profundidade, já que poucos

será de quem senão, diretamente, dos professores e, indiretamente, da estrutura da educação jurídica?¹⁴

Ora, o ensino de direito, além de afastado da crítica e das demais fontes de direito, cumpre o papel de formar os profissionais que, segundo o positivismo-legalista, serão necessários: matemático-mecânicos aplicadores do texto legal. Afinal, não é essa a função do intérprete do direito, a reprodução automática do dispositivo legal?

Aos estudantes, então, são repassadas as informações que supostamente apenas terão que “colar”, após terem “copiado” das lousas, resumos de internet e manuais, numa petição, numa decisão, num parecer, num conflito. Como diz Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p. 49), “A epistemologia de nossa Universidade excluiu do currículo o ‘caso’. Essa redução metodológica elimina o *fato*, como elemento constitutivo do *jurídico*, sonogando aos estudantes a dimensão *problemática* inerente ao fenômeno jurídico.”

Tal asfixia interpretativa faz com que “os conflitos sociais não entrem nos fóruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas” (STRECK, 2007, 73).

Nessa didática funesta, ao invés de se estudar casos –e a sua complexidade social inerente–, se estuda leis –insípidas, esterilizadas... Eventualmente– é o máximo

são os que possuem leituras de qualquer área das sociais e/ou humanas, para não falar da própria literatura; mas lhes é natural a vivacidade, que manifestam na indignação diante de situações discutidas em sala de aula e nas vontades e curiosidades de pesquisa e estudo bastante vinculadas a gargalos ou deficiências sociais. Trata-se da vontade de contribuir com a melhoria das condições de vida da comunidade ou, dito de outro modo, com a justiça social;

b) *estudantes da metade-final do curso*: os estudantes da metade-final do curso costumam ter acrescido aos seus discursos significativa juridicidade, o que, seguramente, é ótimo; poucos, porém, desenvolveram profundidade, que, portanto, se mostra ausente tanto nos discursos de início como de final de curso; mas, o que realmente chama a atenção, é que ao invés de os estudantes de direito terem de fato *acrescido* juridicidade aos seus discursos, somando-a à vivacidade que já traziam consigo, o que ocorre é a *substituição* desta por aquela.

14 “Esse exacerbado normativismo é o pilar que sustenta o dogmatismo de nossa formação universitária. É ele que permite a constituição de um ensino do Direito abstrato, formal e acrítico, permitindo que os juristas alimentem a ilusão de produzir uma ciência do Direito neutra quanto a valores, mantendo-os distantes e alienados de seus compromissos sociais. O ‘mundo jurídico’, de que tanto falava Pontes de Miranda, é o espaço criado pelas doutrinas políticas liberais para excluir o jurista do ‘mundo social’.

A docência universitária, queiram ou não os professores, torna-se submissa aos pressupostos do sistema.” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 50).

permitido pela didática utilitarista –se trabalha com exemplos acerca de Tício e Mévio e a sua inserção social sem passado, presente ou futuro, o que na verdade é estudar relações sociais (Tício e Mévio) desconectados da vida social.

Acontece que a anemia criativa dos professores dos cursos de direito em nada conseguem aproximar Tício e Mévio da riqueza da vida quotidiana. E assim se dá o estudo do direito: desconectado da realidade social! Observe que o direito, ciência social que é, desconsidera o contexto para trabalhar o ensino do direito, o que ‘favorece’ o professor que simplifica o saber ao seu conhecimento laminar, e o aluno que, sem pesquisa, quer confortar-se na sensação de que ‘sabe algo’.

É dessa maneira, aliás, que o ensino de direito busca contribuir com a crença em torno da certeza e segurança, típica da ideologia positivo-normativista. A redução do direito à norma e, por conseqüência, do ensino do direito aos milhares de dispositivos legais vigentes num determinado momento e lugar atende à “impossibilidade própria da cultura moderna, com seu pensamento *more geométrico*, de pensar o individual, de conviver com a diferença que produzirá, no Direito, as indesejáveis incertezas que o racionalismo tanto temia.” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 49-50)

Cumprе ressaltar, inclusive, que o estudo se delimita às normas vigentes em determinado tempo e *lugar*, reduzida ou até eliminada a investigação de normas jurídicas transnacionais vigentes noutros países, blocos de Estadosou globalmente. Isto porque o conhecimento do direito que excede o limite do Estado-nação explicita a fragilidade da suposta totalidade, certeza e segurança do direito positivo, bem como inviabiliza o ensino-aprendizagem que se pauta na apresentação dos dispositivos legais, devido à quantidade de “novos objetivos de estudo”.

Sendo assim, feita essa rápida crítica acerca de alguns aspectos da educação jurídica afetada pela ideologia positivo-legalista, propomos a discussão de algumas poucas, mas excelentes ideias oriundas de três grandes autores. Afinal, se é importante realizar a crítica, é vital também pensar em alternativas e soluções.

3. DA TEORIA PEDAGÓGICA AO ESTUDANTE: PROPOSTAS PARA A EDUCAÇÃO JURÍDICA

Das questões analisadas no item anterior, não é difícil constatar que no positivismo-normativista também estão as raízes do isolamento do direito diante das outras áreas do conhecimento. Esse pretensão purismo impede a oxigenação da ciência e da academia jurídica, com especial atenção ao ensino, que cada vez mais exige diálogos transversais entre pedagogos, educadores, neurologistas, psicólogos etc.

Há muito a ser feito na educação jurídica: revisão das disciplinas e conteúdos curriculares; modificação e criação de ferramentas didáticas específicas; inovação das práticas metodológicas de sala de aula e discussão acerca da função do professor em meio à relação docente e discente. Tais afazeres, porém, muito estão a depender de pesquisas mais adiantadas de outras áreas do conhecimento – sociologia, economia, história, filosofia - e que infelizmente nos são pouco conhecidas.

Seguramente que os estudiosos da educação jurídica tem muito a criar, produzir, inovar. Contudo, um primeiro passo, anterior à caminhada autônoma e independente, não isolada, mas sozinha, pressupõe a aquisição de informações “estrangeiras” e sobretudo a reflexão a respeito das mesmas, de modo a aferir a sua adequação ou não ao ambiente educacional do direito e o modo da sua eventual implementação.

Por conta disso é que se iniciará a discussão de propostas para a educação jurídica a partir de teorias oriundas de um pedagogo: Paulo Freire. Apenas num segundo momento se apresentará ideias de alguém da própria área: Luis Alberto Warat. Na obra de ambos os autores nos deteremos, para fim de delimitação da pesquisa, na função do professor na relação docente-discente, conforme segue.

3.1. A contribuição de Paulo Freire e a educação como liberdade e autonomia

Embora pouco discutido no âmbito jurídico, o monumental trabalho de Paulo Freire se torna obrigatório para se refletir o papel da educação na construção de alargadas possibilidades de compreensão do mundo e do direito. Mais do que isso, o pensamento freireano é revolucionário, capaz de fundar um novo paradigma pedagógico.

Na obra *Pedagogia do Oprimido*, escrita em 1968, Paulo Freire propõe que a lógica educacional pautada na ação antidialógica é uma forma de colonização das mentalidades e subalternização dos saberes. A teoria da ação antidialógica parte da necessidade de conquista dos dominadores e se funda na ação destes, que preferem manter a desunião dos oprimidos, os quais, divididos, ficam enfraquecidos e tornam-se facilmente dirigidos e manipulados (FREIRE, 1980, p. 165).¹⁵ Segundo Freire:

O primeiro caráter que nos parece poder ser surpreendido na ação antidialógica é a necessidade de conquista. O antidialógico,

15 “Através da manipulação, as elites dominadoras vão tentando conformar as massas populares a seus objetivos. E quanto mais imaturas, politicamente estejam elas (rurais ou urbanas) tanto mais facilmente se deixam manipular pelas elites dominadoras que não podem querer que se esgote seu poder” (FREIRE, 1980, p. 172).

dominador, nas suas relações com o seu contrário, o que pretende é conquistá-lo, cada vez mais, através demil formas. Das mais duras às mais sutis. Das mais repressivas às mais adocicadas, como o paternalismo. Todo ato de conquista implica um sujeito que conquista e um objeto conquistado. O sujeito da conquista determina suas finalidades ao objeto conquistado, que passa, por isso mesmo, a ser algo possuído pelo conquistador. Este, por sua vez, imprime sua forma ao conquistado que, introjetando-o, se faz um ser ambíguo. Um ser, como dissemos já, “hospedeiro do outro”. Desde logo, a ação conquistadora, ao “reificar” os homens, é necrófila (FREIRE, 1980, p. 161-162).

Outro elemento da ação antidialógica é a invasão cultural, que desqualifica a identidade do colonizado, conforme segue:

Desrespeitando as potencialidades do sera que condiciona, a invasão cultural é a penetração que fazem os invasores no contexto cultural dos invadidos, impondo a estes sua visão do mundo, enquanto lhes freiam a criatividade, ao inibirem sua expansão. Neste sentido, a invasão cultural, indiscutivelmente alienante, realizada maciamente ou não, é sempre uma violência ao ser da cultura invadida, que perde sua originalidade ou se vê ameaçado de perdê-la (FREIRE, 1980, p. 178).

Após tal crítica, Paulo Freire (1980, p. 196) faz um resgate da ação dialógica através da colaboração e organização que conduzem à sintase cultural, que considera o ser humano como ator e sujeito do seu processo histórico. Para a prática da ação dialógica, a população precisa ser conduzida ao diálogo, canal este de libertação da opressão imperante.

Para tanto, para a descolonização das mentalidades e a afirmação do oprimido como sujeito político, Paulo Freire defende a problematização de si mesmo como locus de enunciação em seu confronto com o mundo, o que significa primeiramente que se descubra como tal, reconheça sua identidade. A pedagogia da libertação¹⁶ é

16 A *Pedagogia da Libertação* foi desenvolvida por Paulo Freire e está intimamente relacionada com a visão marxista do Terceiro Mundo e das consideradas classes oprimidas na tentativa de elucidá-las e conscientizá-las politicamente. As suas maiores contribuições foram no campo da educação popular para a alfabetização e a conscientização política de jovens e adultos operários. No entanto, a obra de Paulo Freire não se limita a esses campos, tendo eventualmente alcance mais amplo, pelo menos para a tradição de educação marxista, que incorpora o conceito básico de que não existe educação neutra. Segundo a visão de Freire, todo ato de educação é um ato político.

revolucionária ao retirar o colonizado da posição de objeto para ser o próprio agente da sua inserção política.¹⁷ Nesse processo, os educadores devem assumir uma postura revolucionária, passando a conscientizar as pessoas da ideologia opressora, tendo como compromisso a libertação.

No caso do direito, a pedagogia da libertação e a ação dialógica teriam a função de introduzir o estudante, seus anseios, suas preocupações, suas realidades sócio-jurídicas nos debates da sala de aula. Mas, ao contrário, é imposta uma única forma de compreender e interpretar o direito e os conflitos sociais sob a suposta verdade (certeza/segurança) e neutralidade do direito. A cultura e as realidades sociais são afastadas diante de um padrão jurídico abstratamente elaborado e ficticiamente aprendido.

O docente e a própria estrutura da educação jurídica provocam, com isso, não só um déficit de aprendizado, como o desinteresse do aluno pelo estudo, o distanciamento do futuro profissional das questões mais vitais da sociedade e, conseqüentemente, a impossibilidade de se pensar em soluções aos conflitos comunitários, uma vez que não mais conscientes das complexas tramas da realidade.

Numa das suas últimas obras, *Pedagogia da Autonomia*, publicada em 1996,¹⁸ Paulo Freire sintetizará muitas das ideias desenvolvidas em décadas de trabalho. Dela podemos retirar maiores orientações quanto às questões acima. Paulo Freire nos convida a não só promovermos o diálogo com os estudantes como a sermos curiosos, buscando saber mais deste que, além de ter muito a nos ensinar, necessariamente deverá orientar nosso plano de ensino e aula.

Ademais, ensina ele que o medo e o mito que envolvem a figura do professor como o sujeito distante que exige ser ouvido devem ceder lugar para a afetuosidade e o carinho de uma relação equilibrada de respeito mútuo. Do professor é exigida competência técnico-científica, mas isso não significa que todo o conhecimento que será produzido virá exclusivamente dele num monólogo egocêntrico.

17 “El oprimido no es sólo aquel que soporta la dominación, la opresión es una relación dialéctica entre opresores y oprimidos, en la que estos últimos incorporan la lógica opresora; liberarse entonces no es sólo una lucha contra el opresor, es una lucha del oprimido por descubrirse a sí mismo, a la vez que descubre al opresor. Implica que el oprimido descubra la contradicción con su antagonista y su identificación con él, para llegar a superar su miedo a la libertad, que es una de las consecuencias de la función domesticadora de las estructuras sociales de dominación. La liberación sólo es posible si afecta a ambos polos de la relación que deben ser transformados en su ser; es decir, no basta con la liberación del oprimido si ésta no conduce también a una liberación del opresor” (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 55-56).

18 A versão utilizada no presente trabalho é a 25ª edição, publicada em 2002, disponível na Biblioteca Digital Paulo Freire.

Se é assim na educação básica, também o é na educação superior, pelo menos num curso de cunho social e humano como o direito. No caso do direito, não é suficiente, ao contrário da prática universitária praticamente consolidada, o simples treinamento técnico do estudante; é necessário formar. E, no dizer de Freire, “*formar é muito mais que puramente treinar o educando no desempenho de destrezas*”(FREIRE, 1980, p. 09) e “*ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção*”(FREIRE, 1980, p. 12).

É por isso que Paulo Freire defende a rigorosidade metodológica, no sentido de “*reforçar a capacidade crítica do educando, sua curiosidade, sua insubmissão*”(FREIRE, 1980, p. 13), numa afronta explícita ao ensino ‘utilitarista’, referido no capítulo primeiro ou, nas palavras de Freire, ‘bancário’, limitado à transferência de conteúdo do professor ao aluno.

Ao professor cabe, portanto, provocar, inquietar, despertar o aluno para a curiosidade, a pesquisa, o aprendizado. Sendo assim, numa educação progressista como queria Freire, não está no professor uma suposta informação de que o estudante precise; está no professor o dispositivo que fará o estudante encontrar não só as informações, como, para além disso, a sabedoria, desde sempre crítica, da realidade associada ao direito:

o processo de aprender [...] é um processo que pode deflagrar no aprendiz uma curiosidade crescente, que pode torná-la mais e mais criador. O que quero dizer é o seguinte: quanto mais criticamente se exerça a capacidade de aprender tanto mais se constrói e desenvolve o que venho chamando ‘curiosidade epistemológica’, sem a qual não alcançamos o conhecimento cabal do objeto.(FREIRE, 1980, p. 12)

Com efeito, de acordo com o pedagogo brasileiro um efetivo processo de aprendizagem implica diálogo, reconhecimento do outro, provocação e curiosidade. Entretanto, transferir informação, repassar conteúdo e expor dados e teorias é o que infelizmente se faz nos cursos de direito (ver item 1.2) em nome de uma ideologia que nos ilude acerca do próprio direito, o positivismo-normativista (ver item 1.1).

Para isso, aliás, Freire também tem uma resposta. Segundo ele, a “*imobilidade fatalista*” da ideologia vigente, em razão de defender a sua própria perpetuidade, supõe como utópica toda proposta educacional transformadora, sustentando, com isso, que resta ao ensino a implementação de práticas que se dispõem a tão-somente “*adaptar o educando a esta realidade que não pode ser mudada*” (FREIRE, 1980, p.

12) através de um simples treino técnico. No caso do direito, feita a crítica à ideologia estrutural do sistema, compete revolucionar a educação.

3.2 Luis Alberto Warat a prática jurídica transformadora

Apresentadas as críticas freireanas ao modelo fechado e auto-referente de educação, cumpre aproximar essa perspectiva emancipadora da educação do ensino do direito. Isso poderia ser feito através de muitos pensadores, como Friederich Nietzsche ou Rubem Alves, mas optamos nesse trabalho pela sensibilidade de Luiz Alberto Warat e a sua potencialidade de desenvolver o pensamento autônomo, criativo e original dos estudantes de direito, e quiçá, potencializar a própria reinvenção do direito.

Assim, o pensamento de Luiz Alberto Warat, pautado na semiologia dos desejos, tem grandes possibilidades de reinvenção do ensino jurídico na academia brasileira e, com isso, a construção de uma prática jurídica transformadora. Warat desenvolveu uma forma humanizada e humanizante de se ensinar e de se aprender o direito e defende a necessidade de uma maior sensibilidade no que concerne às explicações sobre a realidade social complexa, sobre a incerteza e sobre as instabilidades do mundo contemporâneo.

Ao invés de um ensino conteudístico e manualesco, Warat propõe a revolução pela autonomia da arte. Ao invés das certezas da modernidade, ele ressalta a incerteza. No local da estabilidade dos institutos da simplificação dos fenômenos sociais, Warat opta pela ideia da instabilidade e o exercício da complexidade. A partir da sua obra, o conhecimento deixa de ser amorfo para se tornar uma experiência encantada:

É a revolução pela autonomia da arte. A revolução pelo sonho transformado em atos pedagógicos que incitam micro-revoluções. Assim, a revolução surrealista encara o sonho como possibilidade de descolonizar a imaginação. Por aí passa a procura de uma declaração surrealista dos direitos do homem: a declaração universal dos direitos do desejo, do direito à criatividade, do direito de sonhar (WARAT, 2004, p. 189).

Ao invés de o professor impor o conhecimento ao aluno, a aprendizagem passa a ser uma experiência dialética, dialogada. Ao invés do ensino da dogmática jurídica, focada em um conhecimento técnico-formal, Warat ressalta a importância do desenvolvimento de uma racionalidade crítica-sensível-interdisciplinar. Isso porque, para ele, o ensino do direito, como concepção aceita, apresenta sérias deficiências

pedagógicas. Ainda mais do que isso, a instrução de caráter meramente descritivo e de transmissão de conteúdo é espelho das mazelas que o egresso confronta no cotidiano da atividade jurídica. Com efeito, não consegue considerar na realidade aquilo que lhe foi ensinado na academia por longos anos.

O abismo entre o fato e a ficção jurídica que lhe foi ensinada é repensado, por meio de novas concepções do ensino jurídico. É necessário desenvolver uma ferramenta para que a sala de aula seja um ambiente que possa desvelar a ligação entre a realidade, que o profissional recém-formado irá enfrentar, e o conhecimento que lhe foi transmitido durante o curso de direito. Para Warat, o uso da arte no ensino do direito é essa ferramenta.

Para tanto, o uso pedagógico da arte no Direito é instrumento habilitado para tornar a visão limitada do aluno formado em uma tradição positivista-legalista em construção de conhecimento crítico e reflexivo, alicerçada na realidade complexa. Assim, as potencialidades da literatura, das artes visuais, do teatro e da música auxiliam no alargamento das possibilidades de conhecimento do que é jurídico.

A literatura e a poesia, por exemplo, são, ao mesmo tempo, arte, documento histórico e catarse, pois desde o contador de histórias das aldeias primitivas até o autor vanguardista do século XXI os homens nela exprimem a angústia e a alegria da existência humana – as mesmas fontes, enfim, de que deve beber o direito. Nesse sentido, para Warat a literatura é uma importante forma de praticar o direito:

Praticando a poesia, teremos a possibilidade de fazer triunfar o desejo sobre o bom senso e os bons sentimentos, deixando-nos, assim, sem ouvidos para os chamados valores nobres e verdadeiros, aqueles que sacralizam, com civismo, o amor ao poder. (...) Proporciona também, uma salutar abertura para a exploração de todas as formas de expressão que o racionalismo dominante conseguiu enclausurar numa reserva chamada absurdo. (...) Valendo-se da poesia, o surrealismo mostra sua firme intenção de derrubar as margens estreitas do racionalismo, sacudindo-nos, ao mesmo tempo, para que despertemos de nossas ilusões e dependências em relação a todas as convenções vigentes. (...) Os sonhos são sempre surrealistas. Eles fazem acordar o desejo, mostrando-lhe como a razão (imposta pelos profissionais do saber) os asfixia (WARAT, 2004, p. 187 - 188).

O Manifesto do Surrealismo Jurídico, para Warat, é mais que uma expressão

estética, é uma concepção de vida, um olhar de estranhamento frente ao mundo, capaz de indagar sobre o estado das suas convenções e dos lugares comuns. Dessa forma, a arte, de forma geral, e a literatura, especificamente, é importante ferramenta de humanização do estudante de direito. A arte aborda o homem com angústias e anseios comuns, independente da realidade em que vive, para além da esterelidade científica da tradição legalista. Esse homem é tanto ser único (o super-homem da filosofia da consciência) quanto parte de um coletivo humano, que transcende fronteiras e estereótipos locais (giro-ontológico-linguístico).

Para Warat, a semiologia tem muito a contribuir com o ensino do direito. Para a semiologia, os signos, significados e significantes dependem das pré-compreensões dos sujeitos cognoscentes. Nesse sentido, para Warat, conhecer é (pré-)compreender e transcender. Através da arte, por exemplo, pode-se transcender a razão humana e nos tornar mais próximos uns dos outros (de realidades que possam nos parecer estranhas e incompreensíveis) e de nós mesmos (o espelho que nos desvela).

Estudar o Direito apenas à luz da norma, do dogma e do procedimento que lhe é exclusivo torna o aluno pouco mais que engrenagem do sistema – desprovido da responsabilidade que lhe cabe, reproduzindo a banalidade da norma (parafrazeando Hannah Arendt). Ou ainda, para citar Shakespeare, viver recluso em uma casca de noz e considerar-se o rei do espaço infinito!

Segundo Warat, estudar direito deve ser sentir o direito. Na aula “busca-se a realização coletiva de um imaginário carnavalizado, onde todos possam despertar para o saber do acasalamento da política com o prazer, da subversão com a alegria, das verdades com a poesia e finalmente da democracia com a polifonia das significações”¹⁹

A aula surrealista deve ser parte da vida e não uma fuga dela. (...) Ajudar o aluno é dar-lhe condições para crescer a partir de sua própria história e das condições em que se encontra. Geralmente o professor busca que o aluno copie, tenta que o aluno seja seu duplo. No fundo, não se respeitam as diferenças. Muitas vezes se fala em estimular a criatividade do aluno, mas se quer que o aluno seja criativo de uma maneira semelhante a que pratica o professor. É uma criatividade vigiada.²⁰

19 (WARAT, 2004, p. 119)

20 WARAT, 2004, p. 202)

O ensino do direito não deve significar uma domesticação dos futuros juristas, mas, longe disso, deve ser uma prática libertária para aumentar as possibilidades de compreensão do jurídico.

A ecologia libertária tem que transformar-se numa ecologia dos afetos para poder recompor o espaço social e político pela recomposição do sujeito desejanste. É uma ecologia que tem que ser valorada como tendência interpretativa que mostre a impossibilidade de uma instituição da autonomia sem um prévio redirecionamento dos afetos. Uma aliança de desejos e sentimentos que sejam muito mais que uma defensiva proposta de sobrevivência num mundo sombrio.²¹

É a partir dessa maneira “carnavalizada” de ensinar o direito, para além das significações científicas, que Luiz Alberto Warat propõe a compreensão do direito, a compreensão da pedagogia e até mesmo novas formas de compreensão do mundo.

O surrealismo jurídico desenvolvido por Warat é uma verdadeira revolução cultural que mais do que desconstruir a realidade produzida pela esterilidade científica, desperta a sensibilidade e a capacidade de olhar para si, para o outro e para a humanidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletindo sobre a educação jurídica brasileira, foi possível analisar, mesmo que sucintamente, algumas das principais características do positivismo-legalista –quais sejam: a recusa do direito natural; a função meramente declaratória do juiz; a crença na segurança e certeza; a abstração valorativa ou neutralidade axiológica; a prevalência da lei dentre as fontes do direito e a redução do direito ao direito nacional – e a ideologia delas decorrente.

Igualmente foi possível realizar a crítica da educação jurídica baseada no sistema acima caracterizado observando-se algumas práticas comuns em sala de aula, que reduzem o aluno a objeto a ser treinado segundo os parâmetros de qualidade dados pelo professor e o conteúdo normatizado dado pelo sistema.

Na sequência, alguns conceitos e práticas foram discutidos a partir da pedagogia da libertação e da autonomia de Paulo Freire, bem como do surrealismo criador e transformador waratiano. O intuito foi o de esboçar propostas para a educação

21 WARAT, 2004, p. 282.

jurídica brasileira, fragilizada pela sua pretensão totalizante de domínio do direito, que, porém, se mostra reduzido às normas e apartado da realidade.

A educação jurídica que ambicionamos é aquela que contribuirá para o despertar brasileiro para a justiça social e o reconhecimento das diferenças próprias da realidade e dos sujeitos. Contudo, apenas no momento em que o foco da relação ensino-aprendizagem não for a simples transmissão de informações a serem disponibilizadas por uns (professores) e armazenadas por outros (estudantes) é que poderemos acreditar na conversão de uma educação tecnicista e formadora de operadores numa educação autonomizante e formadora de agentes (e não meros reagentes) críticos.

Dentre os vários aspectos que exigem reflexão e mudança na educação jurídica, a estrutura do direito que a embasa, bem como a atuação dos professores diante dos seus alunos são questões fundamentais e que exigem discussões constantes.

Sendo assim, a provocação que fazemos no presente trabalho conspira por mudanças, talvez sutis, talvez paradigmáticas. Afinal, defendemos que o positivismo-legalista e todos os mitos e ficções que carrega precisa ser superado, não só teoricamente, como aparentemente já aconteceu, como também pragmaticamente, nas entranhas das profissões jurídicas e da educação do direito. Da mesma forma, defendemos que a sala de aula se torne um espaço para a construção de sentido, a ser feita conjuntamente entre docente e discente, de modo ousado e criativo, em diálogo e reconhecimentos mútuos.

5. REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente; CULLETON, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado Democrático de Direito ou porque estudar a filosofia do direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, p. 319-322, 2007.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 642-7.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>>. Acesso em: 14 jun. 2008.
- _____. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Ícone, 2006.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v.1.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERNANDEZ, Brena Paula Magno. *Sobre a Neutralidade Axiológica das Ciências – a Crítica de Hugh Lacey e o Caso da Economia*. Publicado no nº 4, de setembro de 2003, dos Cadernos de Pes-

- quisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, do Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Disponível em: <<<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1121/4427>>. Acesso em: 21 ago. 2012.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*: saberes necessários à prática educativa. 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- NOUR, Soraya. Lei. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p.518-20.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PESSOA, Samuel. *Entrevista*. Revista Época, n. 746, de 3 set. 2012.
- WARAT, Luis Alberto. *Território desconhecidos*: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Volume I. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 187-188.

Capítulo 26

ENTRE ENSINO E PRÁTICA: OS IMPACTOS DA PROFISSIONALIZAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA NO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO*

Paulo José Saffioti Junior

Pollyana Martins Pacheco Dos Santos Lima

Felipe Dias Gonçalves

Este trabalho pretende, através de um estudo de caso – a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), oferecer subsídios à construção de um panorama crítico do desenvolvimento atual do ensino jurídico. Para isso, a partir de um estudo da estrutura curricular da instituição mencionada e sob uma perspectiva teórica sociológica, busca-se comprovar duas hipóteses iniciais que, entende-se, podem ser generalizadas além dos limites da FDUSP: a) a grande porosidade do Direito a forças exógenas, enquanto ciência social aplicada, e o alto impacto que essa característica traz às relações de força entre suas disciplinas; e b) a peculiaridade da distinta força do campo profissional no Direito, e da interação que daí se estabelece com seu campo científico.

O conteúdo aqui exposto foi dividido em três partes: inicialmente, é introduzido o breve aporte teórico utilizado, construindo um arcabouço analítico para o exame empírico do caso, centrado no conceito de *campo científico* de Pierre Bourdieu, que é abordado brevemente nos limites do escopo do trabalho. A seguir, dá-se uma visão geral do currículo atual da FDUSP, abordando temas como a proporção de carga horária entre disciplinas, quantidade total de horas-aula do curso, (des)incentivos a atividades extracurriculares, de pesquisa e extensão. Na terceira parte, visa-se mostrar como as relações condicionantes apresentadas na seção anterior tem impacto na estrutura física e até mesmo humana da instituição. Ao fim, são expostas algumas conclusões que podem ser extraídas da análise realizada.

1. REFERÊNCIAS TEÓRICAS: AS PARTICULARIDADES DA CIÊNCIA DO DIREITO: RELAÇÕES ENTRE CAMPO CIENTÍFICO E CAMPO PROFISSIONAL

Pierre Bourdieu, em sua obra “Por uma Sociologia da Ciência”, trabalhando com a noção de *campo* para a Sociologia, retoma um instrumento analítico para o

estudo das relações travadas nos meios acadêmicos – universidades, museus, laboratórios, entre outros espaços - que desenvolveu na década de 1970: o conceito de *campo científico*. Este seria, numa definição ampla, “tal como outros campos, um campo de forças dotado de uma estrutura e também um espaço de conflitos pela manutenção ou transformação desse campo de forças”.¹

Segundo Bourdieu, a primeira parte da definição - a estrutura do campo científico, enquanto campo de forças faz referência a como é hierarquicamente organizada a dinâmica entre os atores do âmbito acadêmico, isto é, docentes, estudantes, pesquisadores, diretores administrativos, etc. Suas perspectivas de trabalho, reconhecimento e espaço de atuação são determinadas pela posição que ocupam nesta estrutura. Pense-se, por exemplo, a diferença, no que tange a estes fatores, entre um Professor Adjunto e um Professor Titular. Evidentemente, o segundo está em posição superior dentro do campo científico.² Este detém, de acordo com Bourdieu, maior “capital científico” que o primeiro e, portanto, via de regra, mais poder no espaço de relações acadêmicas. É interessante notar neste ponto que, ao mesmo tempo em que determinados em suas possibilidades pela estrutura do campo científico, os próprios atores determinam esta estrutura. Há uma relação de cumplicidade com a hierarquia, na medida em que esta só existe em função da crença dos envolvidos no “jogo acadêmico”.³

A segunda parte da definição - espaço de conflitos – explica que a posição dos agentes na estrutura do campo científico está sempre em tensão, na medida em que todos visam obter posições mais favoráveis no meio acadêmico, visando à consagração de suas teses e opiniões e assim, a direção dos rumos da ciência. Esta compreensão é igualmente aplicada às disciplinas (*subcampos*, nos termos de Bourdieu) de uma ciência.⁴

1 Cf. Pierre Bourdieu, *Para uma Sociologia da Ciência*. Lisboa: Edições 70, 2008, pp. 52 e seguintes e pp. 84 e 85.

2 Para um estudo empírico da hierarquia que aqui se descreve, Cf. Terry Shin, *Hiérarchies des chercheurs et formes des recherches*. In : Actes de la recherche en sciences sociales. Vol.74, septembre 1988. Recherches sur la recherche. pp.2-22. Para uma interessante análise sobre o emissor, discurso, e “monopólio da verdade” da explicação da realidade, cf. Michel Foucault, *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 2006

3 Trata-se do fundamento da *illusio* bourdieusiana, que é desenvolvida na mesma obra, a partir da observação de como os atores científicos, pelas relações de conhecimento e reconhecimento entre seus pares, dão fé às regras hierárquicas e aos requisitos de admissibilidade do “jogo acadêmico”. Para uma abordagem mais aprofundada do tópico, cf. Pierre Bourdieu, *Para uma...*, opus cit. nota 2, pp. 54 e 55 e, principalmente, 62 e seguintes.

4 *Ibidem*, p. 92.

Esta superficial explicação deste conceito bourdieusiano serve para estabelecer os alicerces da análise a ser desenvolvida neste trabalho. Aqui, este conceito é colocado paralelo à ideia de *campo profissional*. Se no campo científico temos o desenvolvimento das relações de cunho acadêmico do Direito, o campo profissional, em oposição, representaria a outra metade desta ciência, composta pelas relações pertinentes a todas as demais carreiras à disposição do Bacharel em Direito.⁵ Assim, o Direito, enquanto todo único, abarca, na concepção analítica aqui desenvolvida, estes dois espaços.

A especial atenção que deve ser dado ao campo profissional do Direito surge em função do próprio desenvolvimento histórico do Direito enquanto ciência. No Brasil, como aponta Simon Schwartzman, a diferenciação da identidade entre profissional do Direito e cientista - no sentido acadêmico - não foi, historicamente, algo posto em evidência. Assim, nunca se renunciou ao prestígio da profissão tradicional, do título de “Doutor”, pela aura de competência do cientista.⁶ De fato, o Direito evidentemente foi reconhecido muito antes como prática do que como “ciência aplicada”.

Mais que isso, as primeiras Faculdades de Direito do Brasil, fundadas em 1827, tinham um foco bem diverso da formação científica, servindo para encaminhar os herdeiros das elites sociais da época, que até então eram enviados ao exterior para sua formação erudita.⁷ Não havia, obviamente, grandes preocupações em relação ao papel do Direito enquanto campo científico. Este condicionamento histórico é fundamental para a compreensão de como o campo profissional do Direito se desenvolveu com excepcional força em relação ao campo científico, e que consequências se projetam daí para o ensino da ciência jurídica, atualmente. É, seguramente, uma dinâmica diferente da que se tem em ciências puras, como a física, por exemplo, que veio a se estabelecer enquanto ciência no Brasil só na década de 30 do século passado, sob uma perspectiva muito diversa.⁸

5 É importante ressaltar que os termos “profissional” e “profissionalização da ciência” aqui estão sendo usados em sentido diverso do que Simon Schwartzman utilizou em seus estudos, com o significado de estabelecimento e reconhecimento da ciência enquanto carreira autônoma. Neste trabalho, o sentido é de condicionamento da rotina acadêmica à racionalidade sócio-econômica da sociedade e das carreiras jurídicas.

6 Cf. Simon Schwartzman, *Um espaço para a ciência: a formação da comunidade científica no Brasil*. Brasília: MC&T, 2001. p. 28.

7 Cf. Lilia Mortiz Schwarcz, *O Espetáculo das raças*, 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 142. Especificamente sobre a FDUSP, em suas origens, cf. p. 172 e seguintes.

8 Cf. também pra esta análise, Cf. Simon Schwartzman, *Um espaço para a ciência.., op cit nota 7.*

Estas bases teóricas são aliadas à perspectiva da inserção atual do Direito em uma sociedade de mercado, com ideologias específicas, como já à exaustão se conhece, sendo infrutífero que aqui nos estendamos sobre este ponto. Basta dizer que a leitura da realidade que a globalização capitalista imprime, principalmente em termos econômicos, políticos e sociais, logicamente atribui funções também específicas ao Direito e, neste sentido, passa a ser determinante para definição de seu conteúdo e método de ensino. Sob esta ótica, passamos ao estudo do curso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2. A PROFISSIONALIZAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA: O DESEQUILÍBRIO ENTRE AS DISCIPLINAS NO CURRÍCULO DO CURSO DE DIREITO DA USP: DESVALORIZAÇÃO E CONSAGRAÇÃO

O curso de Direito da USP está a cargo dos 9 (nove) Departamentos que compõem a unidade: DFD (Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito), DIN (Departamento de Direito Internacional e Comparado), DEF (Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário), DPC (Departamento de Direito Processual), DPM (Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia), DES (Departamento de Direito do Estado), DTBS (Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social), DCO (Departamento de Direito Comercial) e DCV (Departamento de Direito Civil).⁹ Para obter o diploma de bacharel em Direito, o estudante deve cursar, no total, 244 “créditos”,¹⁰ sendo 159 nas matérias obrigatórias

9 Essa divisão em um número tão grande de Departamentos é criticada por alguns professores, que acreditam que a união de alguns deles seria útil para coordenar melhor assuntos fronteiriços (DES e DEF constituem talvez o exemplo mais claro). O elevado número de Departamentos, incomum em comparação com outras Faculdades, remonta à reforma universitária de 1968, quando as Cátedras foram substituídas pelo sistema de Departamentos. Muito provavelmente, pela peculiar estrutura de relações de poder estabelecidas na FDU SP em tempos anteriores, ao redor dos “Catedráticos”, a manutenção de seus círculos de influência importou na grande quantidade de Departamentos. Nesse sentido, é curioso notar como, embora haja um Departamento de Direito Processual, é o Departamento de Direito do Trabalho que está encarregado das disciplinas de processo trabalhista, assunto que surgiu tempos depois do Direito processual consolidar sua autonomia científica, seus objetos essenciais e métodos.

10 Pelo artigo 65 do Regimento Geral da USP: “Crédito é a unidade correspondente a atividades exigidas do estudante. § 1º - As atividades referidas neste artigo compreendem: I - aulas teóricas; II - seminários; III - aulas práticas; IV - planejamento, execução e avaliação de pesquisa; V - trabalhos de campo, internato e estágios supervisionados ou equivalentes; VI - leituras programadas; VII - trabalhos especiais, de acordo com a natureza das disciplinas; VIII - excursões programadas pelo Departamento. § 2º - O valor das atividades referidas nos incisos I, II e III é determinado em

do curso e 81 em matérias optativas.¹¹ A Tabela 1, a seguir, mostra esquematicamente a quantidade de créditos e matérias, divididas em obrigatórias e optativas, oferecidas por cada Departamento na evolução do curso de Direito. Uma análise detida destes primeiros dados permite algumas observações iniciais.

Tabela 1. Seleção de matérias obrigatórias e optativas por departamento em cada semestre.

	Oferecimento de disciplinas/créditos por semestre												
DFD	Obrigatórias	114	114	216	-	113	-	-	-	-	-	-	5 matérias / 56 créditos
	Optativas	112	-	-	-	113	-	-	-	-	-	-	4 matérias / 10 créditos
DM	Obrigatórias	-	-	-	112	112	112	112	112	112	112	112	4 matérias / 8 créditos
	Optativas	-	-	-	-	214	214	214	214	214	214	214	12 matérias / 26 créditos
DEF	Obrigatórias	114	-	113	-	-	-	-	113	216	-	-	5 matérias / 16 créditos
	Optativas	-	-	-	-	-	-	-	-	-	515	-	9 matérias / 27 créditos
DFP	Obrigatórias	114	114	112	112	112	112	214	214	214	214	216	5 matérias / 14 créditos
	Optativas	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	14 matérias / 26 créditos
DFC	Obrigatórias	-	-	113	110	215	214	214	214	214	214	214	9 matérias / 21 créditos
	Optativas	-	-	-	-	213	213	213	213	213	213	213	18 matérias / 34 créditos
DES	Obrigatórias	216	216	113	-	113	-	-	-	-	-	-	7 matérias / 19 créditos
	Optativas	-	112	-	-	-	-	-	-	-	-	-	7 matérias / 21 créditos
DFB	Obrigatórias	-	-	-	112	214	214	-	-	-	-	-	5 matérias / 11 créditos
	Optativas	-	-	-	-	-	-	413	412	513	-	-	19 matérias / 54 créditos
DCO	Obrigatórias	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	8 matérias / 18 créditos
	Optativas	-	-	112	216	112	216	112	112	112	112	112	8 matérias / 12 créditos
DCV	Obrigatórias	217	217	216	114	113	113	113	113	113	113	112	11 matérias / 35 créditos
	Optativas	-	113	113	113	113	-	-	-	-	-	-	7 matérias / 20 créditos
DFE	Obrigatórias	114	114	218	118	114	114	114	114	114	114	114	11 matérias / 29 créditos
	Optativas	-	217	113	113	113	113	113	113	113	113	113	18 matérias / 49 créditos
DFD	Obrigatórias	114	114	216	113	113	113	113	113	113	113	113	11 matérias / 29 créditos
	Optativas	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	18 matérias / 49 créditos

“crédito aula”, o qual corresponde a quinze horas. § 3º - O valor das atividades referidas nos incisos IV, V, VI, VII e VIII é determinado em “crédito trabalho”, a ser regulamentado pelo CoG”. A carga-horária correspondente ao crédito trabalho foi determinada pela Resolução do Conselho de Graduação (CoG) nº 3895/91, equivalendo a 30 horas.

11 A distribuição das disciplinas ao longo do curso da FDUSP bem como a sua carga horária pode ser consultada em: <<<https://uspdigital.usp.br/jupiterweb/>>>.

Uma observação inicial que pode ser feita analisando-se os dados da Figura 1 é a de que há um forte desequilíbrio em termos de conteúdo obrigatório por Departamento. Cerca de 33% (trinta e três por cento) do curso obrigatório é baseado nos Departamentos responsáveis por matérias de enfoque, via de regra, privatista (DCO e DCV¹²).¹³ Se levada em conta a carga horária de Direito Processual Civil do DPC, que é complementar àquelas matérias, este valor sobe a 40%. Por outro lado, Departamentos como o DIN (5%), DTBS (6,9%), DFD (10%) e o DEF (10%) sofrem certa subvalorização, com conteúdo obrigatório reduzido (em alguns casos extremamente). Há, portanto, áreas valorizadas e áreas desvalorizadas na composição do currículo da Faculdade de Direito.

A hipótese adotada aqui é a de que não se trata de uma questão puramente de perfil do curso. A valorização e desvalorização dos conteúdos observados acompanham as particularidades do campo científico do Direito. A sua alta permeabilidade em relação à influência de fatores externos, associada à força de seu campo profissional coloca o Direito, enquanto ciência aplicada, sobremaneira aberta às oscilações contextuais ao seu redor - e aqui queremos nos referir especialmente às relações político-econômicas. O campo do Direito é fortemente pautado pelo mercado (tomado no sentido amplo de espaço de desenvolvimento de relações de expressão pecuniária, orientada ao lucro), neste sentido, é fácil ver como e porque, nos dias de hoje, com um sistema globalizado de relações em diversos níveis, o estudo de contratos empresariais é muito mais valorizado em relação ao de garantias trabalhistas,¹⁴ ou como a responsabilidade civil é considerado um objeto de análise prioritário em relação a conteúdos de caráter mais filosófico, como o de ética. Isto reflete as demandas que o

12 Há que se fazer a ressalva de que as áreas de História do Direito e Direito Romano, que integram o DCV e detêm nove créditos obrigatórios, não se encaixam precisamente neste “recorte privatista” de conteúdo, embora lhe sirvam de base, no mais das vezes.

13 Como discutido nos debates do Eixo de Pedagogia Crítica da VII Conferência Latino-Americana de Crítica Jurídica, não é o ramo do Direito que define o enfoque publicista ou privatista dado aos seus objetos, mas a opção de abordagem deles feita no cotidiano do ensino. Neste sentido, pode se dizer, com alguma segurança, que o aporte dado ao conteúdo de Direito Civil e comercial, nos dias de hoje, costuma ser voltado muito mais a questões relacionadas ao indivíduo do que ao coletivo. Este posicionamento ideológico é harmônico com as explicações que são desenvolvidas mais adiante, e é visível, em nível diferente de intensidade, em outros ramos, normalmente tomados como de Direito Público, como o Direito Penal (ver nota 18).

14 O Direito do Trabalho é um subcampo com considerável regulação estatal, se comparado a outros. Ainda assim, majoritariamente, suas relações são estabelecidas entre particulares, o que dá margem para o surgimento de escritórios especializados, ou setores especializados em escritórios maiores. Neste contexto, há também professores no que trabalham em escritórios de advocacia no DTBS.

Direito recebe de fora de seu campo, que são mais fortes, claras e específicas em determinadas direções do que em outras. Assim, como se verá mais a seguir, atividades de pesquisa são colocadas de lado a favor de conteúdos práticos e pragmáticos, no contexto de uma ciência aplicada.¹⁵

Ainda na Figura 1, percebemos que, quando passamos à análise das matérias optativas, a situação se inverte. Os Departamentos desvalorizados oferecem muito mais matérias optativas do que os dominantes do conteúdo obrigatório. Isto é importante na medida em que nos fornece algum parâmetro – ainda que frágil¹⁶ - de avaliação dos limites de cada subcampo do Direito. Assim, a questão da diferença da carga horária obrigatória de cada Departamento não tem ligação direta - não é proporcional - com a quantidade de objetos de cada disciplina. Pelo contrário, parece haver um efeito compensatório. O DTBS oferece mais de quatro vezes o número de optativas que o DCO, e mais que o dobro que o DCV.¹⁷ Mais adiante será apontado como a quantidade de matérias obrigatórias tende a condicionar a quantidade de Professores por Departamento, o que, por sua vez, tende a afetar determinadas relações de poder dentro da Faculdade.

Carga horária e modelo de aprendizado

A Faculdade de Direito da USP, seguindo o que Paulo Freire descreveu como modelo de ensino bancário¹⁸, adota, em geral, um padrão de aula predominan-

15 Não causa espanto se pensarmos que o valor prático das ciências no Brasil sem pre foi um ponto muito delicado, desde o estabelecimento da ciência por aqui. Para uma análise de como o Direito estava estabelecido, e das dificuldades das ciências puras em se desenvolverem no Brasil, há o trabalho de Simon Schwartzman, “Um espaço para a ciência: a formação da comunidade científica no Brasil”.

16 Pois há muitos fatores envolvidos aqui: depende-se do tipo de abordagem, ou do estabelecimento do número de créditos da disciplina, que pode ser inflacionado, por exemplo.

17 Se examinarmos o programa obrigatório de cada Departamento, fica claro como sua determinação tem orientações muito específicas. No caso do DCV, o Código Civil Lei 10.406/02 é estudado, em caráter obrigatório, em sua completude no curso, desde a Parte Geral, que lhe fornece as bases, até os conteúdos mais particulares, como os procedimentos de sucessão. Se repetirmos a análise em relação ao DPM, o Código Penal, Decreto Lei 2848/40 - que também contém uma Parte Geral -, vemos que há uma seleção de conteúdos obrigatórios, por exemplo: crimes ao patrimônio o são; crimes à administração pública, não.

18 Paulo Freire, em 1987, na “Pedagogia do Oprimido” define a concepção bancária de educação pela situação de ensino em que “em lugar de comunicar-se, o educador faz ‘comunicados’ e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem”. Cf. Paulo Freire. *Pedagogia do oprimido*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 33. Santiago Dantas

temente discursivo-expositivo: o professor discorre sobre o conteúdo programado para aquela aula, variando o momento de abertura para dúvidas, como em uma palestra. Há a ideia de que o estudante deve dominar considerável parte do conteúdo dos diversos subcampos do Direito (que, grosso modo, acompanham a divisão dos Departamentos¹⁹), de modo que este aspecto pode ser referido como a “vocalização enciclopédica” do curso de Direito. Há duas implicações relevantes neste contexto.

A primeira diz respeito à carga horária diária do curso. Atualmente os horários letivos da Faculdade, tanto no período matutino quanto no noturno, estão divididos em seis créditos:

MATUTINO	NOTURNO
07h:25min – 08h:10min	18h:20min – 19h:00min
08h:15min – 09h:00 min	19h:10 min – 19h:55min
09h:15 min – 10h:00 min	20h:00 min – 20h45 min
10h:15 min – 11h:00 min	20h:50 min – 21h:35 min
11h:15 min – 12h:00 min	21h40 min – 22h:25min
12h:05 min – 12h:50 min	22h:30 min – 23h:15 min

Figura 1. Horário letivo na Faculdade de Direito.

São, no total, cerca de 5 horas de aula por dia. Tamanha carga horária causa prejuízos: no período matutino, além das aulas começarem consideravelmente cedo, nos últimos horários, o avanço no horário de almoço faz com que muitos estudantes não assistam às aulas até o final, situação também observável porque o horário comum de entrada nos estágios costuma ser às 14h:00min. Já no noturno, muitas vezes às 18h:20min os estudantes que trabalham ainda não conseguiram chegar à faculdade, e muitos que usam transporte público saem mais cedo das últimas aulas para evitar dificuldades para retornarem para casa. Além disso, os intervalos curtos (de apenas cinco minutos no período noturno) e a diversidade de disciplinas ministradas em um só dia acabam por prejudicar ainda mais o aproveitamento dos estudantes.

dava diagnóstico semelhante já em 1955 a respeito do modelo da aula-douta coimbrã. Cf. San Tiago Dantas, *A educação jurídica e a crise brasileira*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v.159, ano 52, p.449-459, maio/jun. 1955.

19 A pulverização dos Departamentos, ocasionalmente, ao invés de facilitar, torna difícil precisar a posição de determinados conteúdos, como, por exemplo, o de Direito Ambiental. Originalmente “matéria interdepartamental”, foi avocada, por questões de organização, pelo DEF, o que, de certa forma, representa um aporte ideológico específico da função do Direito Ambiental.

A segunda implicação agrava a situação que acabou de ser descrita. A previsão do Ministério da Educação (MEC) é de 3700 horas, em regra, para a conclusão do curso de Direito,²⁰ porém aí já inclusas todas as atividades obrigatórias previstas.²¹ Assim, com um curso de duração mínima de cinco anos, o estudante de uma Faculdade de Direito deve cursar, em média, 360 horas por semestre para se graduar. Ocorre que, em razão da adoção do modelo de ensino discursivo-expositivo, das 3.720 horas que o curso de Direito da FDUSP exige do aluno, 3.600 são de créditos-aula. Em outras palavras, todo o conteúdo do curso – a totalidade das 360 horas por semestre – é dado em sala, uma vez que as demais 120 horas correspondem aos 4 créditos-trabalho referentes ao Trabalho de Conclusão de Curso. Isto significa dizer que não há, assim, qualquer incentivo institucional por parte da Faculdade ao estudante para que realize atividades extracurriculares, ou de pesquisa e extensão.

A carga horária é, evidentemente, excessiva. Pela distribuição das disciplinas pelo curso, há semestres em que o estudante tem 10 matérias obrigatórias previstas, número muito superior ao de outros cursos de humanas, e inclusive à maior parte dos cursos de Direito considerados como parâmetros, atualmente.

Da grande quantidade de matérias resulta a dificuldade do estudante em conseguir se dedicar satisfatoriamente a todas, variando conforme a carga de dedicação que cada professor exige à sua matéria, sendo um evento comum os estudantes procurarem se aprofundar nos conteúdos que tem interesse e cumprir pelo mínimo das demais matérias que precisam cursar. Se pensarmos em termos de racionalidade e planejamento de curso, objetivando, evidentemente, o melhor aproveitamento dos estudos de seus alunos, tornando o próprio arcabouço saturado contribuindo com a geração de um déficit em seu desenvolvimento.

Assim, o desincentivo às atividades acadêmicas ou extracurriculares fora de sala de aula, além de advir do fato de não serem previstas no currículo, fator direto, é reforçado de outro fator, indireto: a dedicação que a Faculdade exige do estudante, formalmente, dificilmente permite que o estudante realize uma atividade de pesquisa,

20 C f. A Resolução CNE/CES 02/07 http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf, que dispõe ser essa carga, contanto que fundamentada no Projeto Pedagógico do curso, alterável. O Parecer CNE/CES 211/04 http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/CES0211_2004.pdf, apresenta um apanhado histórico do currículo essencial dos cursos de Direito no Brasil, onde observa-se que, desde o início, o Direito Civil e o Direito Comercial constavam como conteúdos previstos na formação do Bacharel, paulatinamente ocupando espaços cada vez mais prioritários.

21 Cf. Resolução CNE/CES 09/04 <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces092004direito.pdf>.

ou de extensão, sem ter que atrasar ou preterir o conteúdo de sala de aula²². Há ainda um terceiro fator, também indireto, que advém da força particular do campo profissional no Direito, como apontado acima. Observa-se que muitos estudantes desde os primeiros anos começam a estagiar por conta própria, quer seguindo estudante em anos posteriores quer por incentivos de alguns professores e pais,²³ ou mesmo em busca de melhor remuneração em relação a atividades de pesquisa. Esta força é responsável, inclusive, por orientar o conteúdo das disciplinas segundo as necessidades do “exame de ordem” que existe no país, de modo que a criada obrigação de atender ao requerido neste exame passa inclusive a ser argumento contrário a propostas de mudanças curriculares.²⁴

Não obstante todos estes limitadores, há considerável número de atividades de pesquisa, cultura e extensão na FDUSP, com graus de institucionalização variados²⁵. Seus contornos e objetos não são sempre bem delimitados, ocasionalmente

22 Ainda assim, a Faculdade de Direito registra a segunda maior quantidade de iniciações científicas realizadas que receberam auxílio da Fundação de Amparo a Pesquisa de São Paulo (FAPESP) em Direito no período de 1992 a 2010, com 224, ficando atrás apenas da UNESP, que realizou 247. Os dados, contudo, não autorizam conclusões por si, já que não permitem mensurar o todo de pesquisa realizada (há outras instituições de fomento, grupos de pesquisas autônomos, bolsas cedidas pela Universidade e etc.), além do número de alunos da FDUSP ser muito superior ao do curso de Direito na UNESP.

23 E aqui cabe toda a análise sociológica sobre o assunto, que mostra como, de um lado, o alto prestígio das ciências aplicadas (Direito, Engenharia, Medicina – os “doutores” – em especial) induz que seu corpo discente seja composto de elites visando a carreira profissional, e, de outro, como setores ascendentes da classe média em geral creem no Ensino Superior profissional como degrau de ascensão, rejeitando carreiras acadêmicas.

24 Como também apontado nos debates do Eixo de Pedagogia Crítica da VII Conferência Latino-Americana de Crítica Jurídica, a orientação é perniciososa, na medida em que o exame de ordem não é critério pedagógico de análise, de modo que não deve pautar o conteúdo curricular. A orientação, de fato, deveria ser a inversa, e o exame ser pautado segundo as diretrizes dadas pelo Ministério da Educação e seus órgãos adjacentes, conforme, por exemplo, a citada Resolução CNE/CES 09/04.

25 A “Institucionalização” aqui refere-se ao registro na CPq (Comissão de Pesquisa) ou na CCEX (Comissão de Cultura e Extensão) da FDUSP. Alguns grupos relatam até preferirem não serem formalmente institucionalizados, pois acreditam que isto acabaria por limitar sua própria liberdade nas atividades realizadas. O grupo de extensão institucionalizado mais conhecido e desenvolvido da São Francisco é o “Departamento Jurídico XI de Agosto”, em que os estudantes, orientados por advogados - ex-estudantes – prestam assessoria jurídica gratuita à população de baixa renda. Suas origens remontam à década de 1910, havendo muitos dos professores e diretores da Faculdade o integrado quando estudantes. É, no entanto, exceção, quer entre as atividades de pesquisa e extensão, quer dentro do contexto geral da Faculdade apresentado neste trabalho.

misturando o que poderia ser considerado extensão com pesquisa, ou mesmo com atividade de cultura, não havendo um recorte claro dos respectivos escopos. Variam desde grupos de teatro até grupos de estudos aplicados de Direito Internacional, havendo grupos de estudos feministas e de atendimento jurídico à população de rua. É comum que haja grupos efêmeros, ou com atividades intermitentes e inconstantes, o que parece advir dos desincentivos acima explicados.

3. ESTRUTURA INSTITUCIONAL: DEPARTAMENTOS E DOCENTES²⁶

3.1. *Titulação e Regime de Trabalho*

Os nove Departamentos da Faculdade de Direito são integrados por 159 professores, todos com doutorado. Administrativamente, conforme o Regimento Geral da USP, é dividido em três categorias: Professores Doutores, Professores Associados e Professores Titulares. Aparentemente, não há um padrão em relação à quantidade de Titulares por Departamento. Em relação aos Associados, estes são todos aqueles que obtêm o título de Livre Docente. A quantidade de Professores Doutores, por fim, varia, em regra, de acordo com a demanda do próprio Departamento.

A tabela 2, a seguir, apresenta a quantidade de professores lotados em cada Departamento, segundo titulação e regime de trabalho. A Figura 2, em seguida, demonstra a porcentagem de professores da FDUSP segundo seu regime de dedicação²⁷, permitindo alguma investigação da relação de seus dados com o apresentado na primeira parte deste trabalho, retomando a questão da força do campo profissional e da força exógena exercida no Direito.

26 As análises e valores apresentados nesta seção foram baseados em dados coletados junto à Diretoria da FDUSP durante levantamento estatístico realizado previamente à feitura do trabalho, em junho de 2012, sendo certo que houve alterações pontuais em determinados dados até o momento. Não alteram, contudo, o teor das críticas aqui desenvolvidas.

27 Há três regimes de dedicação docente regulares na USP, conforme os artigos 196 a 200 de seu Regimento Geral: “Regime de Dedicação Integral à Docência e Pesquisa” (RDIDP), que é o regime preferencial), em que o docente é vedado de realizar qualquer atividade pública ou privada fora da Universidade; “Regime de Turno Completo” (RTC), em que o professor deve se dedicar às atividades docentes 24 horas semanais a atividades de ensino pesquisa e extensão; e” Regime de Turno Parcial” (RTP), em que o professor deve dedicar 12 horas semanais às atividades de ensino.

	Titulação			Regime de Trabalho		
	Titular	Associado	Doutor	RDIDP	RTC	RTP
DFD	2	6	7	4	3	8
DIN	3	7	4	4	9	1
DEF	4	6	6	2	10	4
DPC	5	6	13	0	20	4
DPM	4	1	11	4	11	1
DES	5	5	7	2	10	5
DTBS	3	8	3	1	12	1
DCO	3	3	14	0	19	1
DCV	6	9	8	3	19	1

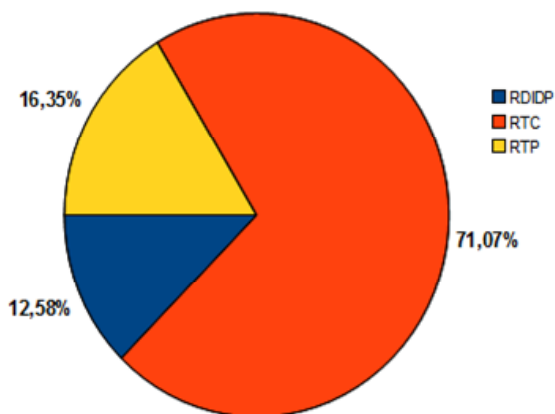


Figura 2. Porcentagem de docentes por regime de trabalho

Dos 159 Professores da Faculdade de Direito, apenas 20, isto é, aproximadamente 12,5%, se encontram em regime de dedicação integral à docência e pesquisa na Universidade, número este criticamente baixo, ao que tudo indica, no contexto da Universidade. É interessante notar que nenhum deles é membro do DCO, ou do DPC, ou da área de Direito Civil do DCV, os Departamentos mais valorizados e constantes na elaboração do currículo do curso, como visto. Não parece haver, no entanto, uma relação inversamente proporcional necessária entre valorização de conteúdo na composição curricular obrigatória e dedicação à Faculdade. Se nos atentarmos ao DIN e o DTBS (os dois subcampos com menor percentual de matérias obrigatórias) veremos que, embora o primeiro conte com 4 de seus 14 membros em RDIDP, no DTBS há apenas uma professora neste regime. Os dados parecem mais plausivelmente reconduzir-nos a considerar novamente o peso do campo profissional, e aqui, em particular, o grande leque de opções ao alcance do bacharel

em Direito nesta trilha, sem grandes requisitos a mais do que o seu diploma, tanto em carreiras públicas quanto privadas, em todos os níveis federativos. E, de fato, do corpo docente da Faculdade de Direito constam políticos,²⁸ juízes, promotores, procuradores, consultores, diplomatas, pareceristas, advogados (muitos donos de seu próprio escritório) ou membros de setores jurídicos de grandes empresas.

Assim, a carreira acadêmica aparece como complementar a carreira profissional, na maioria dos casos. É comum, ao pesquisarmos pelo escritório de advocacia em que algum dos professores trabalha, a nítida exposição dos seus títulos acadêmicos como diferenciais, tanto para buscar atestar a posição do profissional quanto ao conhecimento de determinada área ou áreas, quanto pelo reconhecimento ostentado pelo cargo que exerce. Em sentido inverso, é comum não haver maiores detalhes em relação ao escritório (ou a qualquer atividade que não seja de cunho acadêmico) se pesquisarmos o “Currículo Lattes” do mesmo professor.

Seria possível, então, concebermos que o campo profissional do Direito é consideravelmente permeável em relação ao campo científico. Nesta relação, importa não só a instituição de origem do profissional, mas, caso exerça atividades acadêmicas, o seu grau de titulação ou categoria,²⁹ e em qual instituição foram adquiridas ou são exercidas. A legitimação social do indivíduo é alterada pelo prestígio de exercer, adicionalmente, atividades acadêmicas, em uma Faculdade de boa fama e tradição. Por outro lado, muito dificilmente a qualificação profissional altera a percepção do indivíduo no campo científico.

3.2. Valorização e representação

O segundo aspecto relevante das informações da Tabela 2 diz respeito à composição dos Departamentos, em termos de quantidade de Professores, e que tipo de relações é possível estabelecer a partir daí.

Como se vê, a distribuição dos Professores por Departamento não é constante, de modo que parece acompanhar, de maneira imprecisa, a carga de conteúdo obrigatório pelo qual é responsável. Assim, DCV, DCO³⁰ e DPC detêm cerca de

28 No sentido de detores de cargos no Poder Legislativo ou Executivo preenchidos em eleição popular ou nomeados.

29 Há indícios de que há limites à agregação de valor pelos títulos que o profissional possui. Seria o caso de se considerar, em determinados setores de mercado que exigem conhecimentos multidisciplinares, que um doutorado, por exemplo, é uma especialização excessiva.

30 A carga horária do DCO é a mesma do DES, como se observa na Figura 2. Porém, tal fato parece prioritariamente advir mais da carga de créditos de cada Departamento do que da valorização dos objetos das respectivas áreas, uma vez que, em termos de conteúdo programático, o

42% (quarenta e dois por cento) do corpo docente da Faculdade. Trata-se de um fato em alguma medida esperado, conforme apontado, já que a quantidade de docentes precisa suprir a demanda gerada pela carga horária obrigatória do Departamento.³¹ No entanto, a estrutura departamental vai ter efeito, direto ou indireto, sobre um considerável número de variáveis.

A mais evidente consequência é a composição dos órgãos de direção da Instituição. Em linhas gerais, um Departamento com mais professores tende a ter maior representação e, portanto, maior força e influência nos rumos da instituição. Muitos dos assuntos internos e dos posicionamentos externos da Faculdade de Direito são decididos por maioria. Assim, superepresentação e sub-representação podem modificar sensivelmente o perfil geral da Instituição.³² Pensemos na Congregação, órgão deliberativo máximo interno de uma unidade na Universidade de São Paulo. Na FDUSP, tem a seguinte composição docente:

1. O Diretor, (1)
2. O Vice-Diretor (1)
3. O Presidente da Comissão de Graduação (1)
4. O Presidente da Comissão de Pós-Graduação (1)
5. O Presidente da Comissão de Pesquisa, (1)
6. O Presidente da Comissão de Cultura e Extensão Universitária. (1)
7. Os Chefes dos Departamentos (9)
8. Todos os Professores Titulares (24³³)

Direito Comercial é estudado em muito maior especificidade (exemplo recorrente nesta análise é a obrigatoriedade das disciplinas de “Títulos de Crédito em espécie” e “Propriedade Intelectual”) do que se chamaria, em termos amplíssimos, de Direito Público. Assim, condizentemente com as demais relações analisadas neste trabalho, mantém-se a referência ao DCO.

31 Ocorre que essa demanda pode ser induzida. A grande reforma curricular e estrutural na Faculdade de Direito promovida em 2008, entre outras medidas, dividiu as salas, à época formadas por 120 estudantes, em salas de 60 estudantes. Foi também duplicada a quantidade de créditos optativos necessários à graduação de 41 para 80. O número de Professores, portanto, teve de aumentar consideravelmente, sendo distribuindo conforme o preciso para cada Departamento. A hipótese aqui é a de que como já havia diferenças de consagração dos Departamentos à época, a reforma serviu para acentuá-las, e aumentar a influência dos mais favorecidos, neste ponto.

32 Parece ser possível identificar uma estrutura que se retroalimenta: Departamentos valorizados abarcam mais docentes, e por isso, tem vantagens de representação. Estas, por sua vez, se exercidas, reforçam o seu peso dentro da Faculdade – com consequências no currículo, por exemplo -, fazendo com que sejam mais valorizados, retomando o ciclo.

33 Aqui foram subtraídos os sete titulares Chefes de Departamento, além do Diretor e do Vice-Diretor.

9. Professores Associados em número equivalente à metade dos Professores Titulares, assegurado um mínimo de quatro (17)
10. Professores Doutores em número equivalente a trinta por cento dos Professores Titulares (11)

Ou seja, o Departamento que detiver mais Titulares tem esta categoria mais representada, necessariamente. Não surpreendentemente, trata-se do DCV, com 5. Já em relação a Associados e Doutores, esta relação não é direta – é influenciada por quem ocupa os cargos de vaga nata, por exemplo. A distribuição atual dos membros por Departamento, atualmente é a seguinte:

Tabela 3. Composição da Congregação por Departamento, conforme a categoria docente.				
	Titulares	Associados	Doutores	Por cargo
DFD	1	1	2	1
DIN	1	1	-	2
DEF	3	3	-	2
DPC	4	2	2	2
DPM	2	0	2	2
DES	4	2	1	1
DTBS	2	4	1	1
DCO	2	1	2	2
DCV	5	4	-	1

O segundo impacto é que a atribuição aos Departamentos de novas vagas docentes tende a reproduzir esta lógica geral de demanda. Por sua vez, isto acaba por tornar o “recurso de compensação” da criação matérias optativas menos eficaz. O DTBS, por exemplo, embora tenha criado grande quantidade de matérias optativas, sistematicamente deixa de oferecer certo número destas a cada semestre³⁴ O número atual de Professores, 14, inclusive é menor ao mínimo necessário para o estabelecimento de um Departamento,³⁵ situação pela qual o DFD recentemente passou, com algum perigo de ser extinto.

³⁴ É necessário lembrar que há outros fatores concorrentes: muitas vezes a dedicação à atividade profissional faz com que determinadas matérias não sejam oferecidas não estritamente por falta de docentes, mas por falta de disponibilidade dos mesmos. Há outros casos e que as matérias são criadas de acordo linhas de pesquisa pessoais de um professor, de modo que, se por algum motivo este professor não puder oferecê-la, dificilmente outro o fará.

³⁵ Pelo artigo 57, II do Estatuto Geral da USP, são requeridos no mínimo quinze docentes.

É neste contexto que se observa um expressivo isolacionismo entre os Departamentos. O Departamento e os docentes mantêm contato institucional entre si apenas no estritamente necessário, normalmente por meio de algum intermediário (Secretarias, Assistência Acadêmica, estudantes). Fechados em si mesmos, tem estruturas e organização de poder próprios, variando em algum grau, de um para outro.

4. CONCLUSÕES

Com estas análises realizadas, cremos ser possível fazer conclusões em dois níveis. De cunho prático, crê-se que atestam as hipóteses iniciais deste trabalho.

Primeiramente, sem trazer grandes novidades, temos antes uma reiteração de algo já amplamente observado: a ciência não é hermética fechada em si mesma, sofrendo pressões externas, havendo sempre algum nível de interação entre os dois “mundos”. No caso de ciências aplicadas, e aqui o exemplo foi de uma instituição de ensino de Direito, esta permeabilidade tende a ser mais forte.

O próprio processo de consolidação do Direito como ciência se deu muito depois do momento em que o reconhecemos como prática social, não sistematizada, historicamente. Sua orientação externa, e a influência do poder temporal em suas delimitações fazem parte de sua própria definição, em alguma medida. Aqui, a prática atual da ciência não se trata apenas de uma alta formalização de instrumentos e teorias, mas uma formalização da própria estrutura de poder externo (em âmbito político, econômico e social) que determina o “espaço de possíveis” do Direito.

Este tipo de relacionamento com o que seria “externo ao científico”, no sentido acadêmico, desenvolve o que funciona como “elo” entre os dois mundos: o que denominamos “campo profissional”. Para além do direcionamento direto que o campo científico recebe de seu entorno, parece ser o campo profissional que proporciona o “alargamento” deste condicionamento, na medida em que impõe as consequências de sua racionalidade específica ao campo científico, que acaba por ter que se adaptar e funcionar enviesado por suas disposições. É neste sentido que observamos como: *i*) a valorização externa de determinados conteúdos tende a implicar uma valorização interna na ciência do Direito; *ii*) a partir desta valorização são estabelecidas diferenças estruturais entre disciplinas (conteúdo curricular e quadro de docentes, principalmente, foram vistos neste trabalho); *iii*) a rotina profissional dos “agentes científicos” condiciona a da atividade científica e a sua manutenção.

Assim, qualquer tentativa de mudança de paradigmas no Ensino Jurídico, onde quer que seja – tarefa a que se propõe grande número de pensadores críticos da atualidade – não pode se esquivar das peculiaridades, em todos os níveis, não só da

própria ciência do Direito, como da instituição em que está situada. Desconsiderá-las é arriscar um fracasso sistemático, na medida em que não haverá compatibilidade entre o modo de operação da ciência e o que for posto no papel e, então, pouco se evoluindo da situação em que se está atualmente.

5. REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. *Para uma Sociologia da Ciência*. Lisboa: Edições 70, 2008.
- DANTAS, San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.159, ano 52, p.449-459, maio/jun.1955.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2006.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- JUPITERWEB. Sistema digital dos alunos de graduação da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<<https://uspdigital.usp.br/jupiterweb/>>>. Acesso em: 16 out. 2012.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em <<<http://www.mec.gov.br/>>>. Acesso em: 16 out. 2012
- SHINN, Terry, Híerarchies des chercheurs et formes des recherches. *Actes de la recherche en sciences sociales*. Recherches sur la recherche, Vol.74, pp.2-22, setembro de 1988.
- SCHWARTZMAN, Simon. *Um espaço para a ciência: a formação da comunidade científica no Brasil*. Brasília: MC&T, 2001.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das raças*. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

Capítulo 27

UMA ANÁLISE CRÍTICA À EDUCAÇÃO NEOLIBERAL E AO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Alice Dandara De Assis Correia¹

Gabriela Maia Rebouças²

1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de se debruçar sobre as implicações neoliberais de um modelo de estado que invade inclusive a esfera da educação, este ensaio reflete sobre o ensino jurídico e sobre o lugar da crítica na formação do jurista. Ele é fruto de um incomodo partilhado entre parte de professores e estudantes que, como nós, compreendem que a formação tecnicista e dogmática camufla uma estratégia ideológica de redução do pensamento jurídico e das possibilidades do direito como instrumento de transformação social. O papel do direito, nesta ordem das coisas, torna-se tão somente o de legitimar o **status quo**, não alcançando o papel principal da educação enquanto emancipadora.

Este ensaio apresenta, portanto, uma análise sobre a precarização do ensino jurídico, contextualizado no âmbito geral da educação superior. A implementação de um modelo neoliberal de educação no Brasil, cujo marco normativo se estabelece a partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9394/96 e dos consequentes Planos Nacionais de Educação (PNE's), concedeu ao mercado a condução da educação enquanto negócio ao passo que impôs ao setor público a precarização, não somente de toda a estrutura física educacional, como de todo o corpo intelectual, aviltado pelas difíceis condições de trabalho.

1 Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Tiradentes (Unit) e ativista do movimento estudantil. Correio eletrônico: alicedandara@hotmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Atualmente é professora Titular da Universidade Tiradentes (Unit) e membro do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD/Unit), atuando como pesquisadora na área de direitos humanos, subjetividade e resolução de conflitos. Correio eletrônico: gabriela_maia@unit.br.

O ambiente educacional, invadido pelos parâmetros de gestão e eficiência típicos do modelo neoliberal, fomentou a desconstrução do pensamento crítico e da formulação científica voltada diretamente para o social, tornando cada vez mais o ensino acadêmico um ensino tecnicista, desapropriando o estudante dos elementos básicos para o entendimento complexo do que seria então o Direito. A leitura de códigos e a tradução positivada do funcionamento do Direito levam a crer que a função do Bacharel em direito se resume à operacionalização dos instrumentos que já estão dados, não permitindo enxergar que, para além dos códigos, existe um Direito que se encontra nas ruas, na sociedade, nas relações interpessoais, nos fatos sociais, enfim em todo um conjunto de elementos que se encontram fora dos muros da academia e fora da letra da lei.

São essas inquietações que movem este ensaio, fundadas na necessidade de discussão do que seria um ensino crítico, com cunho social, contra hegemônico, formador de pessoas capazes de compreender a necessidade de lutar contra as formas de interdição da igualdade e da liberdade (coletiva e individual), enfrentando questões de gênero (machismo), de classe (capital x trabalho), culturais (família burguesa e o patriarcalismo) e a desintegração do que entendemos, para além dos códigos, como Direitos Humanos.

2. PANORAMA DA EDUCAÇÃO NO BRASIL E SEUS MARCOS REGULATÓRIOS.

A construção do campo educacional brasileiro surgiu com deficiências que advieram não somente das políticas e da cultura do país, porém especificamente pela importação da Europa de culturas diversas, principalmente a cultura portuguesa, o que nos levou a recepcionar uma “caixa educacional” pronta para ser implantada a qualquer custo, sem minimamente adaptá-la a realidade vivenciada no país.

Essa influência externa, europeia, se faz clara quando nos voltamos à análise do que foi e do que é então a Educação Superior brasileira e as suas IES – Instituições de Ensino Superior, sempre suprindo as necessidades da burguesia portuguesa que se encontrava no país, o que incluía a necessidade de profissionais qualificados aptos às atividades basilares, como a medicina, por exemplo, além do próprio Direito. Assim, no campo do Ensino Jurídico não foi diferente, como nos mostra Martinez:

Essa tendência liberal é confirmada pela estrutura curricular “una”, apresentada na Carta de lei de 11 de agosto de 1827, no Brasil, destacando-se que os dois últimos anos do curso de Di-

reito seriam destinados ao estudo de direito civil e comercial (quarto ano) e ao estudo da economia política e prática processual (quinto ano).³

Portanto, tanto a Educação Geral quanto o Ensino jurídico brasileiro se iniciaram com a tendência em atender às demandas do mercado, não se preocupando com a formação crítica e o âmbito histórico necessários ao que acatamos como fundamentais à formação. Desde o advento da primeira Faculdade de Direito em 1827, vemos que o Brasil engendrou em uma perspectiva tecnicista e empreendeu um processo de quantificação das IES por todo o país.

O fato é que, ao longo dos séculos, a educação brasileira cresceu sem o devido planejamento, enfrentando diversas reformas. O primeiro “boom” do Ensino superior brasileiro no campo jurídico se deu em 1891, como observa Martinez (2003), quando se iniciou um processo de expansão das Universidades brasileiras e, principalmente, das Faculdades de Direito, que geraram o que chamam hoje de criação das “fábricas de bacharéis” por todo o país. A expansão dos cursos de direito foi tal, que aos 100 anos da implantação do curso no país, atingimos o número de 3200 estudantes de Direito, em apenas 14 faculdades.

Apesar do surgimento de diversas leis relativas à educação, nunca existiu de fato uma mudança exponencialmente relevante em sua estrutura e em seu modelo básico de ensino. Em 1968, por meio do governo militar instaurado (ditadura), o campo do ensino superior sofreu mais uma Reforma Universitária, que, de forma acentuada, balizou um profundo caminhar da educação brasileira para o seu modelo atual de construção neoliberalista.

As políticas utilizadas durante a ditadura militar, principalmente em se tratando da Reforma Universitária de 1968, trataram de garantir o início daquilo que vemos hoje como o grande sucateamento do Ensino Superior Público e da educação brasileira de um modo geral, implantando a metodologia de privatização do ensino, sectarizando e excluindo cada vez mais as classes precárias das bases do ensino público, gratuito e de qualidade. Para além disso, a expansão universitária se deu com um grande “porém”, a instituição do “vestibular” como forma de seleção daqueles que detêm a capacidade real de se encontrar no ensino superior.

A instituição do concurso vestibular também foi outro fator de incentivo à ampliação da rede privada de ensino. Uma tentativa de “modernizar o país” tornou-se um instrumento elitista e

3 MARTINEZ, 2003, p. 28

excludente, porque, ao conter o aumento de vagas do ensino público e liberar a criação de cursos e vagas nas particulares, o Governo garantiu à elite acesso ao ensino público, nas instituições federais e “empurrou” os menos favorecidos (comumente menos preparados) para um ensino de qualidade duvidosa na iniciativa privada.⁴

Com esta Reforma o governo teve como meta a expansão das universidades, com o amplo crescimento de vagas, criação de novos *campi* das universidades, garantia de redução de impostos para os institutos de ensino superior particular, entre várias outras garantias, que podemos ver hoje como garantias que, em verdade, apenas camuflam o caráter neoliberal da política educacional implementada, e que superficialmente acalmavam os setores mais excluídos da educação.

Sousa (2008) lembra todo o movimento efetuado pelo governo para atender aos interesses da comunidade acadêmica:

Na tentativa de minorar o descontentamento da comunidade acadêmica, o Ministério da Educação assinou vários acordos com a Agency for International Development dos Estados Unidos (USAID), entre 1964 e 1968, em todos os níveis de ensino. Mas, muito antes do golpe militar, os técnicos da USAID já comandavam os tecnocratas brasileiros na elaboração dos planos governamentais para a Educação nacional. Enquanto os peritos norte-americanos se instalavam no Ministério da Educação e Cultura (MEC).⁵

O que vemos é que cada vez mais o ensino jurídico é absorvido pelo mercado, reafirmando, desde o governo militar, uma formação tecnicista, com os acordos feitos entre o MEC e a USAID. Acordos estes que tinham como principal enfoque a garantia do crescimento econômico a qualquer custo, deslegitimando cada vez mais um ensino emancipatório, capaz de gerir novos rumos à sociedade e de investigar à fundo os “porquês” e “para quês” que a rodeiam.⁶ Martínez (2003) analisa que a técnica aliada ao controle do pensamento crítico, era o referencial a ser seguido, porquanto atendia às leis de mercado e mantinha a ordem perante o aparato estatal autoritário.

Com o segundo grande “boom” da Educação — boom esse vindo da Reforma Universitária de 1968, que abriu margem para as instituições privadas ocuparem

4 SOUSA, 2008, p.122

5 SOUSA, 2008, p.119

6 É neste sentido o questionamento de Adorno (2011) em seu capítulo denominado “Educação ---- Para quê?”.

o espaço educacional que deveria estar contido nas mãos do Estado — houve novamente um crescimento desesperado das IES (Instituições de Ensino Superior) privadas e das Faculdades de Direito. Crescimento este que foi paulatinamente construído até chegarmos aos marcos dos anos 90, onde possuíamos até então 186 cursos de Direito no país.

Além disso, ainda temos um agravante: as bases com as quais essa reforma se estruturou, dentre elas principalmente o contraponto educação-trabalho (ou educação-mercado), tendo como primordial a teoria do capital humano. Ou seja, notadamente o intuito central da ampliação do sistema de ensino brasileiro se dava pela necessidade de cumprir com as demandas do mercado, objetivando puramente a produção de força de trabalho capacitada para o exercício e aplicação das novas tecnologias, sem o crescimento e desenvolvimento da capacidade crítica e intelectual da sociedade e do povo.

1) Controle político e ideológico da educação escolar, em todos os níveis [...] 2) Estabelecimento de uma relação direta e imediata, segundo a “Teoria do Capital Humano”, entre educação e produção capitalista e que aparece de forma mais evidente na reforma do ensino do 2º grau, através da pretensa profissionalização. 3) Incentivo à pesquisa vinculada a acumulação de capital. 4) descomprometimento com o financiamento da educação pública e gratuita, negando, na prática, o discurso e valorização da educação escolar e concorrendo decisivamente para a corrupção e privatização do ensino, transformada em negócio rendoso e subsidiado pelo Estado. Dessa forma, o Regime delega e incentiva a participação do setor privado na expansão do sistema educacional e desqualifica a escola pública de 1º e 2º graus, sobretudo.⁷

É de se ressaltar que houve algumas medidas positivas no período do Governo Militar, embora desconexas de um projeto maior e mais integral de emancipação. É o caso do Plano Nacional de Pós-Graduação, que com o surgimento do Plano de Carreira, os Professores poderiam se qualificar, recebendo o salário e uma bolsa de estudos do governo, sendo afastado do cargo de professor enquanto estivesse em qualificação, com a possibilidade de, ao voltar da sua qualificação, receber acréscimo salarial pela mesma.

Nesse momento, é importante frisar que, por se tratar de um momento pós-guerra mundial, todo o processo liberal estava em transição, passando por desdobramentos sociais das políticas mundiais do “Bem-estar social”, mas que, ao contrário do imaginado, não modificaram de forma efusiva as estruturas educacionais. A

7 GERMANO, 1992 apud SOUSA, 2008, p. 120

redemocratização do Brasil não melhorou sensivelmente os rumos da educação no país, passando a Educação a sofrer paulatinamente um processo de desvinculação do Estado, afastando-se da garantia de uma educação pública, laica, gratuita e de qualidade e reforçando um ensino voltado para a capacitação da força do trabalho, precarizando além das grades curriculares, todo o sistema de pesquisa e extensão e os estágios curriculares.

A partir da consolidação da hegemonia neoliberal nos anos 1990 – particularmente após o Plano Brady de renegociação da dívida que liberalizou os títulos da dívida pública, concorrendo para o reforço do eixo econômico das *commodities* – a educação foi paulatinamente compatibilizada com o padrão de acumulação em andamento. A convergência dos organismos internacionais, da escola de Chicago (em especial, das proposições de Gary Backer) e do governo foi de tal ordem que é possível afirmar que os setores dominantes lograram um consenso: a oferta educativa teria de ser ampliada no nível fundamental e na formação profissional de natureza instrumental e as parcerias público-privadas deveriam ser incentivadas em todos os níveis e modalidades de ensino, legitimando iniciativas empresariais específicas, como o Movimento Brasil Competitivo auspiciado pelo Banco Mundial (BM) e pela USAID, entre outras.⁸

Com a consolidação da Constituição Federal em 1988, foi necessário criar uma nova legislação que contemplasse para a educação nacional as diretrizes constitucionais. Neste sentido, criou-se a Lei de diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, promulgada em 20 de dezembro de 1996, que foi acompanhada na década seguinte pela implementação de fundos⁹ de financiamento da educação e por um plano nacional de educação recém aprovado.

O terceiro *boom* no ensino superior, durante a década de noventa, fortaleceu cada vez mais as diretrizes do Banco Mundial e dos setores que incentivavam que o Brasil deveria se concentrar na formação de mão-de-obra técnica. Não diferente do governo anterior, na primeira década do século XXI o governo brasileiro

8 LEHER, 2010

9 Conforme consta no portal do MEC, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb foi criado pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007 e pelo Decreto nº 6.253/2007, em substituição ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - Fundef, que vigorou de 1998 a 2006.

apresentou políticas que reafirmaram o rumo neoliberal na Educação, com projetos capazes de incentivar o fortalecimento e expansão de Instituições Privadas, ao invés de centrar no modelo de educação superior pública e universal. O ensino à distância e a instauração de projetos como o REUNI,¹⁰ PROUNI, FIES, PRONATEC, entre outros, são exemplos das estratégias tomadas.

3. CONTORNOS DE UM MODELO NEOLIBERAL DE ESTADO E IMPACTOS NO ENSINO JURÍDICO

Os caminhos que a Educação tem trilhado no Brasil, dentro do contexto histórico citado e das políticas públicas educacionais sugerem que um modelo neoliberal de Estado tem tomado assento.

A questão de um modelo neoliberal de Estado precisa ser mais bem compreendida (ROSA, 2008), pois se no discurso geral o neoliberalismo propaga um enxugamento do Estado, no sentido de um Estado mínimo, por outro lado, o incremento do Estado democrático — modelo político adequado ao neoliberalismo econômico ocidental — exige ampliação do acesso à justiça, da participação popular, do reconhecimento de direitos, implicando a um só tempo, respectivamente, mais demandas ao Judiciário, ao Executivo e ao Legislativo.

Ou seja, acompanhando este fluxo quantitativo de demanda está um outro aumento qualitativo, incrementado pelo reconhecimento de novos direitos aos cidadãos, no espelho de uma política internacional de proteção aos direitos humanos e em nível nacional, aos direitos fundamentais.

10 O REUNI, seguindo a mesma propositura da Reforma Universitária de 1968, teve como intuito 1) Aumento de vagas de ingresso, especialmente nos períodos noturno, redução das taxas de evasão e ocupação das vagas ociosas; 2) Revisão da estrutura acadêmica buscando a constante elevação da qualidade, reorganização dos cursos de graduação, diversificação das modalidades de graduação, preferencialmente com a superação da profissionalização precoce e especializada, implantação de regimes curriculares e sistemas de títulos que possibilitem a construção de itinerários formativos, e, previsão de modelos de transição quando for o caso; 3) Articulação da educação superior com a educação básica, profissional e tecnológica, atualização de metodologias (e tecnologias) de ensino-aprendizagem, previsão de programas de capacitação pedagógica, especialmente quando for o caso de implementação de um novo modelo; 4) Promoção da ampla mobilidade estudantil mediante o aproveitamento de créditos e a circulação de estudantes entre cursos e programas, e entre instituições de educação superior; 5) Políticas de inclusão, programas de assistência estudantil e, políticas de extensão universitária; 6) articulação da graduação com a pós-graduação: extensão qualitativa e quantitativa da pós-graduação orientada para a renovação pedagógica da educação superior. (fonte: REUNI, MEC).

Contraditoriamente, o ambiente econômico, já aquecido pelo fomento de um mercado financeiro assumidamente neoliberal, engendrava mecanismos de retraimento do Estado e abandono das ideologias de uma justiça social em nome de uma razão de mercado (REBOUÇAS, 2012, p.147-149). E não se pode esquecer que qualquer análise atual da educação brasileira deve ser vista “num contexto marcado por fortes desigualdades sociais e culturais, graves limitações fiscais e transformações radicais nos modos de funcionamento da economia” (FARIA, 2009, p.2).

Em que consiste então este novo modelo de Estado com implicações em todas as esferas? Em primeiro lugar, o neoliberalismo eleva o consumo e o mercado como um meta-valor, cambiável em todas as relações. A erradicação da pobreza e a inclusão social são enfrentados por um programa de transferência de renda, para gerar consumo. O desenvolvimento econômico de espécie passa a ser gênero, neutralizando a discussão das demais facetas do desenvolvimento, como o desenvolvimento político e cultural. As relações pessoais também são medidas por consumo e todos passam a ser vistos como clientes ou consumidores que devem, a qualquer custo, serem conquistados. O neoliberalismo não nos faz analisar e discutir nossas necessidades e prioridades. Tudo é necessário, desde que seja consumível.

Em segundo lugar, o neoliberalismo foca a regulação como a escolha político-jurídica mais adequada aos fluxos e flexibilizações da vontade de consumo. Os mercados mundiais e globais exigem uma certa adaptação dos governos, e nacionalizar as políticas monetárias e sociais está certamente na contramão de um modelo neoliberal.

O problema fundamental do neoliberalismo, mais do que antes, é manter a regulação do exercício global do poder político com base naquela economia de mercado, mas agora sob o signo arrojado da abstração, da standardização, da concorrência e da quantificação, (...) para impor padrões de conduta e padrões de gestão (SALDANHA, 2010, p.682).

Enquanto no liberalismo clássico, apoiado no Estado de direito, era necessário separar o espaço público do privado e consolidar as democracias, o neoliberalismo esvazia o espaço público de sua potência cívica para ordená-lo a partir de regulamentações executivas e decisões judiciais,¹¹ tornando-se estratégica a posição

11 ‘A strong preference exists for government by executive order and by judicial decision rather than democratic and parliamentary decision-making.’ (HARVEY, 2005, p. 66)

de conformar e direcionar as práticas de Direitos Humanos – historicamente, sempre potências para a emancipação.

O mercado necessita de uma ordem jurídica formalizada que garanta o bom funcionamento dos direitos de propriedade. Essa ordem jurídica, com todo seu fundamento ético e político, é o que se universaliza a priori, deslocando, da análise, questões tais como o poder, a diversidade ou as desigualdades. É o que constitui o racional e o razoável. Nele coincidem o real e o racional. Síntese final. Unidade de opostos. O universal. (FLORES, 2002, p.19)

Neste sentido, é preciso compreender o próprio neoliberalismo para além de uma continuidade com o liberalismo clássico, e perceber os elementos do mercado no cenário educacional brasileiro.

Laura Tavares Ribeiro Soares em sua obra *Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina* (2001) traz um estudo consistente sobre as especificidades das políticas de ajuste neoliberal no Brasil, chamando a atenção para uma ideologia de desqualificação do setor público como competente para gerar resultados, tomando como meta central do Estado o desafio de estabilização a todo custo da inflação, colocando em curso a ‘desregulamentação’ da economia e tornando mais nítidos os contornos neoliberais do projeto, com fortes impactos sociais (SOARES, 2001, p.154). Da publicação da obra para cá, os reflexos no campo jurídico serão nítidos com a adoção das agências reguladoras, implantadas entre 1996 e 2001, parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004), na onda do discurso da ingovernabilidade do modelo constitucional brasileiro que tinha, na Constituição de 88, o ápice de um sistema de garantias e cidadania.

Ademais, o acento na inserção no mercado de trabalho, como fim único e último do ensino superior, tornando economicamente ativos grupos potenciais de consumo é mais um reforço nesse acento neoliberal a que o ensino Jurídico está submetido neste quadro geral de políticas públicas.

A neutralidade científica do direito, tributária de um longo e hegemônico acento positivista nos currículos jurídicos, fortaleceu o ensino tecnicista e, ao largo de um aprofundamento empírico e crítico, reproduziu fórmulas jurisprudenciais e conceitos doutrinários sem debate, consolidando uma dogmática de repetição. O direito, cada vez mais apartado do seu potencial emancipador e cada vez mais desenvolvido na sua dimensão burocrática, é também mitigado pelos

concursos públicos, mantendo o monismo pragmático de fazer do direito um aparato instrumental a serviço do Estado.

Embora a falta de um perfil crítico seja sentido inclusive pelas regulação mais recente das matrizes curriculares, exigindo que os cursos jurídicos se preocupem em formação crítica e humanista, a satisfação do cliente (estudante) em otimizar os estudos e transformar o diploma em um passaporte para o mercado de trabalho, sobretudo nas vagas dos concursos que oferecem não somente estabilidade como boa remuneração, além do imperativo de obter êxito no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, habilitando-se a advogar e, portanto, ingressar no mercado, canalizam as poucas tentativas de conferir criticidade e diversidade à formação do jurista em objetivos secundários. O foco, portanto, na tentativa de jogar o jogo do mercado, é instrumental e faz do direito apenas um objeto estratégico. Não há como se pensar em um potencial emancipador e insurgente para o direito nesta ordem das coisas.

Se é realidade hoje que Faculdades de Direito não formam juristas, propriamente ditos, pode-se ir mais longe para se dizer que Faculdades de direito sequer chegam a formar operadores do direito, mas produzem em escala quase fabril quantidades enormes de operários do sistema. (BITTAR, 2006, p. 16)

É preciso, então, liberar o direito e o ensino jurídico, possibilitando um horizonte crítico e emancipatório, capaz de restituir ao direito a potência de transformação social e libertação das formas de opressão.

4. LIBERAR O PENSAMENTO E A AÇÃO: O ENSINO DO DIREITO QUE DESEJAMOS

Inicialmente, ao pensarmos no Ensino Jurídico nos deparamos com um fato irrefutável: a necessidade do ensino jurídico se voltar à realidade em que se encontra. Tornar a perceber que o Direito emana da vida, do social, do povo e que dele deve ser o instrumento principal, que é analisando a realidade que percebemos as contradições existentes no hoje é fundamental; dar ao direito a compreensão jusnaturalista de que não deve o direito ser instrumento meramente pacificador, dominador e opressor na sociedade, mas sim que ele deve compreender e agir de acordo com as realidades as quais nos encontramos.

A partir desse ponto inicial, nos questionamos: como? A primeira observação que deve ser pensada está justamente no direito à memória dentro do ensino. Ao estudarmos o passado de forma crítica, ao nos defrontarmos com os pontos históricos que nossa sociedade vivenciou, começamos a construção de um pensamento crítico sobre o que foi de fato aqueles marcos históricos. Entramos e saímos da faculdade de direito sem pensarmos a fundo nas Revoluções, como a francesa, industrial e em como isso foi necessário não somente para a criação dos direitos trabalhistas, mas também dos direitos humanos. Não nos reportamos ao Nazismo, ao Facismo, à Ditadura Militar Brasileira, como se esta história não fosse nossa. Adorno (2011, p. 119 - 138), ao tratar, no capítulo “Educação após Auschwitz” demonstra todo o seu terror à possibilidade de que algo parecido possa ocorrer, simplesmente pelo desprezo que foi dado historicamente ao ocorrido, pelo fato de não nos reportarmos à época com o pensamento crítico e analítico necessários a superar o ocorrido e a humanizar cada vez mais aqueles que tomam consciência do que de fato ali se deu.

Portanto, a memória histórica profunda deve sempre ser buscada de forma que só assim a construção crítica-histórica poderá reformular o pensamento atual, impulsionando a mudança.

A segunda observação que deve ser feita está relacionada ao modo como se operacionaliza o sistema educacional. É necessário refletir sobre a pedagogia dialética e retomar a velha dúvida socrática, o gosto pelo questionamento, o impulso do não saber e saber que não sabe, mas de querer sempre mais saber. Então, hoje em dia, após tantas formas de repressão do questionar baseados pela supressão da liberdade de expressão, esqueceram-se os educadores, que o questionamento não é uma ofensa ao que lhes é passado, não é uma afronta ao que está sendo dito, mas uma forma de esclarecimento e, quem sabe, uma nova forma de pensar sobre determinado assunto.

A terceira observação vem justamente do libertar-se do positivismo jurídico, sobretudo em sua perspectiva monista, para pensar o pluralismo e as teorias críticas do direito, que enfrentem e considerem a realidade social incluindo e dando voz a seus atores. É preciso que o ensino jurídico permita sair dos muros da universidade, não apenas com um ‘passeio’ pelas penitenciárias ou pelos centros mais precarizados dos seus municípios, mas atuando nas comunidades através das assessorias jurídicas, grupos de formação política. Vivenciar de fato a realidade social e o contraste dessas realidades, para que compreendamos de fato com que direito nós estamos lidando.

É preciso investir na práxis, fazer análises de fatos reais, pontenciar o binômio teoria-prática na transformação do ensino jurídico, para que sejável possa, após todo o apanhado histórico, situar-se na sociedade e enxergar as motivações reais

das lutas dos movimentos sociais, das classes trabalhadoras e das comunidades precarizadas, para uma superação de todas as formas de interdição e negação dos sujeitos.

Não se nega a importância de entender e compreender o funcionamento dos códigos, das leis, e o status hermenêutico que possuem. Mas é preciso ir além, priorizando metodologias que não apenas estimulem, por parte do professor, a exposição e por parte do aluno a memorização. Se a eficiência do modelo for medida apenas pela capacidade de passar em concursos públicos, o direito estará alijado de todo o seu potencial histórico de transformação.

É preciso privilegiar as metodologias que permitam aguçar o olhar na construção de soluções para a realidade social. É preciso habilitar, para além da pauta de boas práticas, os juristas a elaborarem novas soluções, resgatando valores de equilíbrio e igualdade, historicamente condensados na noção de justiça.

Por último, uma grande reestruturação educacional se faz necessária, que leve em conta os mecanismos de ingresso no ensino superior, a forma como se operacionaliza o estudo, como se implementam as matrizes curriculares e o aproveitamento espaço-temporal do curso de Direito. Embora desgastada, a imagem de uma revolução no ensino-aprendizado como um todo e em especial, no direito, é mais do que necessária. O compromisso com uma sociedade melhor, mais igualitária, libertária, não sexista, homofóbica, machista e consumista é uma pauta do ensino e do direito que não pode ser mais adiada. É preciso resgatar a criticidade do jurista e fazê-lo empunhar as bandeiras de luta que tão silenciosamente o tecnicismo soube desqualificar (e jogar para as outras áreas do saber). Em outras palavras, reinventar o direito, o ensino e a esperança por tempos melhores.

5. REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. *Educação e Emancipação*. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra., 2011.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Crise da Ideologia Positivista: Por um novo paradigma pedagógico para o ensino Jurídico a partir da escola de Frankfurt*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2006.
- BRASIL. Educação. Ministério da Educação - MEC, Portal do MEC, História. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=171>> Acesso em 20 set. 2012.
- BRASIL. Lei Complementar nº 10.072, de 09 de janeiro de 2001. Apóia o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 jan.2001.
- BRASIL. Lei Complementar nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de dez.1962.

- BRASIL. Lei Complementar nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 DE DEZ.1996.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Disponível em: <<www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/artigo70.pdf>>. Acesso em: 22/09/2009.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência In: *Sequência* V. 23 n. 44 (2002), UFSC, Florianópolis/SC, p.9-29.
- GRAMSCI, Antonio. *Gramsci - Poder, Política e Partido*. Org. Emir Sader. 2ª edição. Editora Expressão Popular. São Paulo-SP, 2012.
- HARVEY, David. *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford University Press, USA, 2005.
- LEHER, Roberto. *Educação no Governo de Lula da Silva: a ruptura que não aconteceu*. 2010. Disponível em: <<<http://pt.scribd.com/doc/51894113/Roberto-Leher-Educacao-no-governo-Lula-final>>>. Acesso em 29 out. 2012.
- MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. *Manual da Educação Jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- _____. *A evolução do ensino jurídico no Brasil*. JUSsapiens – Juristas e Educadores Associados. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2003.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Discurso neoliberal e Estado democrático de direito. *Ciências Sociais Aplicadas em Revista - UNIOESTE/MCR* - v. 8 - n. 15 - 2º sem 2008 - p. 27-40.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face 'hipermoderna' do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, pp. 675 - 706.
- SOARES, Laura Tavares Ribeiro. *Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina*. Petrópolis, RJ. : Vozes, 2001.
- SOUSA, Paulo Roberto Carvalho de. A Reforma Universitária de 1968 e a expansão do Ensino Superior Federal Brasileiro: Algumas Ressonâncias. *Cadernos de História da Educação*, n.7 – jan/dez. 2008. Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA.

Capítulo 28

QUE LUIS ALBERTO WARAT DIRIA DO ATUAL ENSINO JURÍDICO?

Muriel Machado¹²
Jéssica Gonçalves¹³
Ademar Pozzatti Junior¹⁴

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho irá se buscar refletir e questionar como vem caminhando o ensino jurídico e quais as repercussões que vem se apresentando tanto no meio acadêmico, quanto na própria sociedade. A partir da sensibilidade de Luis Alberto Warat e da contribuição de outros autores, vai se discorrer e pensar sobre essa importante questão.

Na primeira parte desse artigo será feita uma breve análise da teoria legalista do direito e da teoria exegética da interpretação jurídica, a partir das suas consequências para a formação do jurista contemporâneo. O jurista formado nessa tradição tecno-formal, chamaremos de “jurista alienado”. Vai-se perceber a grande influência da teoria legalista e da interpretação exegética nas salas de aula dos cursos jurídicos, perspassando de professor para aluno, e logo se disseminando nos Tribunais. A partir desta compreensão irá se debater como esse tipo de interpretação e linguagem vem influenciando na formação de juristas cada vez mais limitados e incapazes de perceber os grandes anseios da sociedade.

No segundo momento deste artigo, a partir da poesia e do Surrealismo de Warat, será percebida uma possibilidade de libertação de tais limitações estruturadas por este sistema arcaico onde ainda muitos confundem direito com lei e compreendem que o que deve predominar é a aplicação pura da lei. Warat nos ensina a

12 Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). E-mail: murielmmachado@gmail.com.

13 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: jessicagoncalves22@gmail.com.

14 Mestre e Doutorando em Direito pela UFSC. Professor do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). E-mail: juniiorpozzatti@gmail.com

possibilidade de adentrar através da carnavalização e do surrealismo, tanto em nosso próprio “eu” intrínseco, como ampliar nosso olhar para o outro e assim conseguir tocar nas demandas constantes da sociedade, ao invés de tangenciar o social para não sair do direito.

E assim, por meio de um processo de experimentação, onde se busca a ampliação do olhar, desenvolvendo a sensibilidade, poderá ser sentida e vivenciada a arte, despertando os alunos para uma outra racionalidade, crítico-sensível, e gerando a sensibilidade necessária para instigar novas compreensões de mundo.

No segundo subtópico deste segundo capítulo, vai-se abordar como Warat compreende as influências das relações sociais e suas complexidades e suas influências nas instabilidades do mundo contemporâneo e como tais questões acabam interferindo na sociedade e no ambiente acadêmico. Para Warat, a revolução tecnológica, as crises econômicas, políticas e afetivas tem repercussão na pedagogia jurídica. Assim, deve-se visualizar essas influências nas relações humanas (professor-aluno, aluno-aluno), relações essas que acabam nos tornando cada vez mais distantes uns dos outros, dependentes e conectados apenas por aparelhos que “simulam” um contato totalmente superficial, nos distanciando do desejo, do toque, do olhar, de um “real” conviver contrariando o que propõe o surrealismo.

2. FABRICANDO JURISTAS ALIENADOS: A TEORIA, INTERPRETAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO “SENSE COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS”.

Este capítulo do trabalho versará sobre a relação da teoria jurídica, com foco na teoria positivista legalista, e o ensino jurídico aplicado atualmente nas instituições de ensino. A partir desta reflexão perceber-se-á a influência e a limitação que acabam provocando na formação dos juristas contemporâneos, dificultando assim um avanço no que concerne à compreensão das transformações sociais e suas demandas, impedindo assim um efetivo progresso de inovadoras soluções para os conflitos da sociedade. Encobertos pelo “senso comum teórico dos juristas” os atuais e futuros operadores do direito encontram-se estatizados na interpretação de dogmáticas já consolidadas.

2.1 Pressupostos da teoria positivista legalista

As teorias jurídicas preponderantes no campo do direito constituem importante arcabouço teórico para o desenvolvimento de diversas concepções referentes à

interpretação do direito e da lei, podendo dividí-las em: formalistas/ racionalistas e as realistas/ anti-racionalistas. No presente trabalho dar-se-á foco às teorias formalistas, também chamadas de legalistas, e irá se observar as consequências dessas teorias, reafirmadas a cada ano nos espaços pedagógicos tornando o saber jurídico um conhecimento repleto de obscuridades e segredos.

A teoria legalista é a mais empregada e utilizada nas instituições jurídicas assim como a mais ensinada e estudada nos cursos de Direito. Transmitida através das ciências dogmáticas, a teoria legalista encontra terreno fértil em um ambiente acadêmico *fast-food*, onde o professor, frequentemente contratado como horista, não tem tempo para o desenvolvimento de uma pedagogia mais complexa e o estudante, sedento pelo diploma, não consegue muito tempo – para dizer o mínimo – para os estudos jurídicos. Nesse ambiente em que o saber “deve vir imediatamente”, sem qualquer frequência às bibliotecas das faculdades, o ensino legalista encontra cliente fácil. O legalismo jurídico é fielmente baseado nas teses de reprodução racionalista, sem maior preocupação com a complexidade social, “por isso mesmo a concepção formalista do direito, pelo menos no sistema jurídico continental, segue sendo mais importante que a realista”.¹⁵

A fundamentação e as características marcantes da teoria legalista podem ser definidas da seguinte forma:

O apego à letra da lei apregoadado pela Escola da Exegese e o respeito irrestrito à vontade originária do legislador defendido pela Escola Histórica conduziram o direito a uma grande defasagem em relação à realidade social. A supervalorização do poder legislativo em detrimento do judiciário, reduzido a uma função meramente declaratória (“a boca da lei”), e o discurso fervoroso em nome da segurança jurídica engessaram de modo insustentável o direito.¹⁶

Na busca por sua legitimação, as teorias legalistas tendem a ser reducionistas e buscam ensinar o direito de maneira fechada e unívoca. Nas palavras de Horácio Wanderlei Rodrigues podemos enxergar:

Arelado ao paradigma positivista não tem ele conseguido superar as suas deficiências. As salas de aula se transformaram em lugares de reprodução de leis mortas que se chocam com a realidade

15 WARAT, Luis Alberto. *O sonbo acabou. Epistemologia e Ensino do Direito*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. vol II. p.45.

16 ALVES, 2009, p. 09.

social. O aluno é preparado para trabalhar com códigos e esses são insuficientes para embasar atividades profissionais que busquem atender aos diversos e conflitantes interesses sociais.¹⁷

É a ideologia jurídica que busca impor-se como verdade absoluta às normas estatais, para enrijecer o poder dominante que, através das normas vigentes, preocupam-se apenas em limitar o ensino com soluções que, já consolidadas, podem não ser mais as garantias de amanhã, fomentando um ensino afastado das questões sociais contemporâneas.

Portanto, a teoria legalista que prega suas ideologias através de fatos e valores morais (o positivismo ético), exaltando os velhos métodos estereotipados que predominam fortemente nas salas de aula, busca simplesmente legitimar e consolidar o poder socialmente dominante, fazendo com que os futuros operadores do direito voltem-se ao passado e reproduzam o que já é dito, ao invés de uma visão futurística onde as leis vigentes tendem a se aproximar da realidade e através dessa futura aproximação surge a possibilidade das leis legitimarem-se como norma justa.

A preocupação de Warat com as consequências da reprodução do saber instituído é gritante:

As Faculdades de Direito devem deixar de ser centros de transmissão de informação, para se dedicarem, prioritariamente, à formação da personalidade do aluno, do advogado, do jurista, de sujeitos que saibam reagir frente aos estímulos do meio socioeconômico.... deve-se discutir, profundamente e sem falsos preconceitos normativos, as relações entre a produção teórica dos juristas e os requerimentos da vida comunitária.¹⁸

Como consequência do fortalecimento destas teorias legalistas, pode se observar a construção do exegetismo, sendo esta a prática positivista somada ao método lógico-formal que fomenta a criação de um ensino falso e ideológico (ainda que disfarçado pelo manto da neutralidade) que omite a visão realista e centraliza-se em um aprendizado que somente estuda as leis em vigor, prática esta que será trabalhada no tópico a seguir.

17 RODRIGUES, 2004, p.98

18 WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca. 1977. p.61

2.2 *Interpretação exegética*

A interpretação exegética “está diretamente ligada ao caráter legalista apresentado pela cultura jurídica ocidental e a influência dela sobre a ciência do Direito” é o que afirma Horácio Wanderlei Rodrigues.¹⁹

A Escola Exegética, surgida na França no século XIX, tem a lei como expressão unívoca da razão, e seu fundamento basilar é que no momento do julgamento da sentença o juiz jamais poderia eximir-se de fundamentar de acordo com a legislação vigente. Neste ponto, a Escola da Exegese afirma que a interpretação feita pelo juiz deve ser mecânica destituída de qualquer juízo de valor, pois o disposto na norma era a vontade do legislador.

As normas casuísticas de certa maneira estão ligadas à Escola Exegética, por apresentarem aspectos similares no que dizem respeito à aplicação das normas no caso concreto. Enquanto naquelas normas o aplicador está condicionado à relação taxativa do dispositivo legal, essa escola obedece a critérios que não permitem ao juiz afastar-se dos textos da lei no julgamento de um caso concreto.²⁰

A interpretação e aplicação do direito exegéticas reduzem o fazer jurídico a um silogismo matemático, subsuntivo, expresso na concatenação entre a premissa maior (a lei) e a premissa menor (o caso concreto) para produzir um resultado, qual seja, uma sentença.

Através desta breve disposição sobre a Escola Exegética, pode-se constatar que o ensino jurídico atual encontra-se brutaemente relacionado ao método exegetista, onde em uma relação hipotética de substituição, os alunos atuam como os juízes meramente reprodutores da lei vigente, tornando-se incapazes de explorar novas teorias e de encontrar soluções que deem um caráter realmente justo aos diversos conflitos atuais.

Correlacionando as ideias, a interpretação exegética pode ser considerada fruto do exegetismo criado pela Escola acima referida, que hoje é encontrada nos centros de ensino, sendo o mesmo “contrário à idéia de progresso social. Ele bloqueia o dinamismo próprio do processo de aprendizagem. Considera-o não progressista, só servindo para preservar o status quo”.²¹

19 RODRIGUEZ, 2004, p. 101

20 OLIVEIRA, 2011.

21 RODRIGUES, 2004, p.101.

Tal pensamento é corroborado por Dilsa Mondrado, que acrescenta o en-
gessamento dos currículos nos cursos de Direito:

Os conteúdos programáticos estão, via de regra, já elaborados, já dados, já construídos. Como consequência, o processo de ensino-aprendizagem reduz-se à apropriação de um conhecimento já pensado, já feito. Não se pode negar que este é um passo importante a ser dado; entretanto é preciso ir além dessa fronteira reducionista e cientificista.²²

Podemos também analisar o que afirma Lenio Luiz Streck:

A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de direito. Forma-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de standards e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos (...) O positivismo ainda é a regra. A dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula (e reproduzida em boa parte dos manuais) considera o Direito como sendo uma mera racionalidade instrumental.²³

A interpretação aplicada vai além das salas de aula, é reafirmada na jurisprudência e nos órgãos jurídicos, apoiada na tranquilidade de ser uma construção científica, calcada na neutralidade e em ser teoria metodologicamente construída: assim está formado o “senso comum teórico dos juristas”.

As afirmações acima reiteram o fato de ser o “senso comum teórico dos juristas” um grande vilão na relação discente-docente, onde aprender e ensinar torna-se algo que não enseja à compreensão da vida e sequer mesmo do fenômeno jurídico, que não é posto à vulnerabilidade de ser reformulado por futuros profissionais do mundo jurídico, e sim algo objetivo, evidente, posto e acabado.

O tópico a seguir, explicitará a compreensão atual da definição de senso comum teórico e as consequências originadas pela sua reprodução.

22 MONDRADO, 2004, p.82.

23 STRECK, 2007, p.80-81.

2.3 Consequências e reflexões sobre o “senso comum teórico dos juristas”

Influenciados pelo “senso comum teórico dos juristas” que se perpetua no ensino jurídico, os profissionais e operadores do direito encontram-se limitados e encarcerados nas teorias jurídicas impostas que legitimam-se nas atividades do cotidiano, através do fato de serem justificativas de instrução ao ensinamento oferecido hoje nas instituições acadêmicas, impedindo a estimulação de pensamentos livres e preocupados com a aproximação das normas vigentes com a realidade social vivida.

Tratando o senso comum teórico como resultado do discurso epistemológico que pode ser facilmente estabelecido como padrão de discurso, Warat afirma que a análise das verdades jurídicas requer a explicitação das relações de força que formam domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e do próprio conhecimento.²⁴ O autor ressalta que o sentido comum teórico se trata:

de uma episteme convertida em dóxa, pelo programa político das verdades, executado através da práxis jurídica. Nesta ordem de ideias, o saber crítico pode ser definido como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela práxis jurídica.²⁵

Em se tratando dessa conversão, a “dóxa” para Warat seria a união de alegações verossímeis, que representam ideologias, configurações metafísicas e evocações conotativas, e o senso comum teórico enquadra-se como uma significação no interior dos conceitos encontrados na referida “dóxa”. O autor, em seu artigo *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*,²⁶ publicado na Revista Sequencia da Universidade Federal de Santa Catarina, argumenta:

Fecha-se, desta forma, um movimento dialético que tem por primeiro momento certos hábitos significativos (uma doxa); por segundo momento, a espera dos conceitos (uma episteme construída mediante processos lógicos purificadores sobre o primeiro momento); e, por terceiro momento, o senso comum teórico (dado pela reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos). Este último momento caracteriza-se pelo emprego da episteme como doxa. E aí recomeça a cena dialética descrita.

24 WARAT, 2004, p.28)

25 *Ibidem* p.30

26 WARAT,1982, p. 53

Tem-se assim uma primeira caracterização do senso comum teórico dos juristas: o emprego estratégico dos conceitos na prática jurídica, ou, dito de outra forma, a utilização dos resultados do trabalho epistemológico como uma nova instância da “dóxa”, este último tratado como uma opinião comum predominante.

O senso comum teórico pode ser chamado também de teoria ideológica, por serem seus métodos basilares e critérios de dados, meramente valorativos e morais. Portanto objetiva a uniformização e fundamentação do conhecimento sobre a realidade através de informações padronizadas. É o entendimento de Luis Alberto Warat:²⁷

Se pretendemos estabelecer um conhecimento científico sobre a realidade social, obviamente, devemos por em xeque esta base teórica (crenças, representações, saberes, em última instância, senso comum teórico) que a disciplina.

Na mesma obra Warat reitera que o “senso comum teórico, diremos que ele representa um sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas predominantes”.²⁸ Nesse sentido, o atual sistema de ensino-aprendizagem do Direito, inserido na lógica de pretença imparcialidade do discurso jurídico, joga a favor da manutenção do *status quo*.

Os resultados do senso comum podem ser identificados de várias formas através de diversos pontos de vista. Nas palavras de Streck, pode-se ter a interpretação de que:

traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.²⁹

Ainda acorrentadas à dogmática jurídica e à influência do senso comum teórico, as salas de aula se encontram como locais onde se apregoam métodos de saberes que tornam os estudantes dependentes destas teorias, rejeitando qualquer possibilidade de novos pensamentos e produções científicas ligadas a uma sensibilidade

27 WARAT, 1979, p.22

28 WARAT, 1979, p.20

29 STRECK, 2007, p. 67

que se preocupa com a realidade social, e que motivados pelo conhecimento de fatos que podem ser enxergados do lado de fora de gabinetes e escritórios “encastelados”, almejam alteração no ensino jurídico atual.

É o entendimento de Edmundo Lima de Arruda Júnior:

Pois bem, enfatizamos que o ensino do direito tomado como fonte do direito, base da cultura vigente e espinha dorsal metodológica das práticas jurídicas encontra-se em grande medida falido. O estudo da lei abstrata é comprovadamente ineficaz para o desenvolvimento do raciocínio jurídico dos operadores do direito. O mero estudo da lei na forma do Código corresponde à continuidade tardia do programa pedagógico do Código de Napoleão.³⁰

A consagrada e eterna preocupação de Warat em relação ao ensino jurídico das instituições pode ser identificada em diversas de suas obras, em uma delas ele expõe:

Freud, enigmaticamente para seu tempo, usou metaforicamente a afirmação de que é impossível educar, é impossível ensinar.(...) a afirmação freudiana pode ser entendida como o fato de que os homens só se educam entre si e mediatizados pelo mundo, que ninguém educa ninguém, que o que educa é a possibilidade de constituir um diálogo, fazer circular a palavra no “entre-nós” do educador e do educando.³¹

E é através desta brilhante e reconhecida preocupação que, “soluções” pedagógicas podem ser encontradas no discurso de Warat ao longo de sua carreira acadêmica. Outros autores já reconheceram essa inquietação e Dilsa situa dessa forma:

O discurso waratiano da pedagogia do novo propõe situar o problema da educação humana para além das fronteiras da lógica, permitindo a introdução de um novo conteúdo pedagógico, com o qual se possa enxergar o mundo através de outra matriz: a sensibilidade.³²

É através desse viés que seguiremos no presente trabalho, no capítulo a seguir, a exposição de tentativas e até mesmo outras perspectivas de se olhar o ensino

30 ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de 2009, p. 26.

31 Warat, (2004, p. 426).

32 DILSA, 2004, p.77

jurídico e suas teorias postas por Warat em suas consideráveis obras, que traduzem e explicam questões dubitáveis do Direito, que por ele podem ser modificáveis com uma sensibilidade mais exposta.

3. O JURISTA COMPROMETIDO: REFLEXÕES SOBRE O PENSAMENTO SURREALISTA WARATIANO NA PEDAGOGIA CRÍTICA DO DIREITO

Neste capítulo será apresentado o Surrealismo Jurídico colocado por Luis Alberto Warat como proposta de ruptura com o atual modelo de ensino jurídico. Ele propõe uma nova forma de compreender a pedagogia, ressaltando a importância de se criar um espaço criativo para a reflexão e a relevância que possui o florescer da sensibilidade para uma nova concepção do Direito.

No segundo momento, se propõe uma reflexão por meio dos olhos de Warat no que toca à instabilidade do mundo contemporâneo, buscando enfatizar as complexidades que apresenta a sociedade e questionar os motivos apontados pelo autor, que vem ocasionando certo desgaste nas relações humanas por meio da falta de sensibilidade.

3.1 Reinventado a pedagogia jurídica através da compreensão surrealista de Warat – A Arte abraça o Direito

Luis Alberto Warat foi um pensador portenho, naturalizado brasileiro, que contribuiu e continua colaborando através de sua obra, das chamadas Casas Warat³³ e de seus diversos seguidores para que haja uma maior discussão acerca da humanização do sistema jurídico, bem como dos espaços acadêmicos, reinventando novo olhar para a pedagogia jurídica através da carnavalização³⁴ do surrealismo, para, dessa maneira, romper com a cultura jurídica dominante.

33 Casa Warat, uma rede de “casas”, ou seja, lugares de acolhimento, que funcionam autonomamente, mas integradas, constituindo um rizoma. Atualmente, há três Casas em funcionamento, em Goiás, vinculada à Universidade Federal de Goiás, Campus Cidade de Goiás; em São Paulo, composta por estudantes da graduação e pós-graduação, mestrado e doutorado, de Direito da USP; e em Buenos Aires, sem vínculos com nenhuma instituição de ensino. (...) A proposta da Casa Warat não está centrada no estudo do direito, na produção normativa ou na formulação e aplicação das leis, mas propõe-se a trabalhar com a subjetividade do jurista.” Disponível em <<<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2012/09/o-que-e-o-movimento-waratiano.html>>>.

34^aA carnavalização é uma permanente provocação ao imaginário do homem. Provocando o imaginário é que se o desaliena. É uma provocação baseada na proposta de um espaço lúdico

Em sua obra *Manifesto para uma Ecologia do desejo*, Warat denuncia suas insatisfações, como por exemplo, a incapacidade do ensino de formar juristas sensíveis a complexidade da sociedade e da vida, e enfatiza a necessidade da ruptura com este modelo que se mostra indiferente e insensível. Martha Gama, ressalta que:

No Manifesto, encontram-se denunciadas a frieza do mundo racional, a incipidez das categorias ditas científicas, a incapacidade do ensino de promover uma vida feliz e criativa na formação humana e a precariedade de uma epistemologia que é indiferente à complexidade da vida. Consequência é a necessidade de ruptura com esse modelo. O caminho proposto para essa ruptura é o Surrealismo, pois este movimento é mais que uma expressão estética, é uma concepção de vida, um olhar de estranhamento frente ao mundo, capaz de indagar sobre o estado das suas convenções e dos lugares comuns.³⁵

O Surrealismo é a proposta de Warat, e este destaca que o mais fascinante é a carnavalização, que vem a se fundir através da poesia, sendo uma possibilidade de pluralização dos sujeitos, de provocar o imaginário. Este destaca:

Provocando o imaginário é que se o desaliena. Estou convencido de que a pesquisa deve, como o carnaval, ser um espaço lúdico de leitura. Esse espaço lúdico descaracteriza o saber e o poder, relativizando-se constantemente. Existe, assim, a possibilidade de pluralização dos sujeitos, que entram em diálogo com as significações, para tornarem-se protagonistas e não espectadores das teorizações. O carnaval é um espetáculo originariamente sem passarela. Não existe separação entre atores e espectadores. Todos são participantes, convergem no ato carnavalesco. Não se olha a exatidão no carnaval, ele não é ensinado, mas vivido imaginariamente no plural das fantasias.³⁶

A carnavalização aparece como possibilidade de criar um espaço para indagações concebidas no meio criativo, onde as experiências da coletividade vão potencializar diálogos lúdicos. Para Warat pode-se compreender o surrealismo como

de leitura do mundo e seus discursos.” Warat (2004, p. 237) – *A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*.

35 GAMA, M., 2009, p. 2.

36 WARAT, 2004, p. 109

a revolução pela autonomia da arte. A revolução pelo sonho transformado em atos pedagógicos que incitam micro-revoluções.³⁷

Assim, a revolução surrealista encara o sonho como possibilidade de descolonizar a imaginação, por aí passa a procura de uma declaração surrealista dos direitos do homem: a declaração universal dos direitos do desejo, do direito à criatividade, do direito de sonhar.

Desta forma, o surrealismo aparece como uma forma ousada de desconstruir as “realidades” que se baseiam em conceitos, teorias e discursos colocados pelos educadores e pelos juristas como o intocável, o limite imposto pelo já trabalhado sentido comum teórico. Gama ressalta que o surrealismo possui como proposta:

(...) o rompimento com todas as instituições que oprimem o homem e o impedem de viver em sua liberdade, em seu desejo: o Estado, a religião, a família, a organização do trabalho, etc. Pretende inscrever o desejo no discurso do homem e o Eros a sua vida; pretende abolir a noção de incongruência ou de obscenidade, deixar falar o inconsciente; pretende subverter a verossimilhança na arte por uma aposta no imaginário, apresentado como o poder central do espírito humano, de onde procede toda uma vida em poesia. Uma vida em que o inverossímil, o extraordinário, surgisse em profusão, em que não houvesse uma busca de uma só verdade, mas de todas as verdades possíveis e criadas.³⁸

O surrealismo vem através de sua poesia retirar as armaduras rígidas e despertar a humanidade no processo pedagógico. O ato de ensinar vem a ser um dos principais degraus a se subir, como colocou Warat. Degraus desconhecidos, suje-

37 “São as revoluções moleculares, processos de produção de singularidade; processos de diferenciação permanente, tentativa de produção de modos de subjetivação originais e singulares, processos de singularização objetiva. No Manifesto, encontram-se denunciadas a frieza do mundo racional, a incipidez das categorias ditas científicas, a incapacidade do ensino de promover uma vida feliz e criativa na formação humana e a precariedade de uma epistemologia que é indiferente à complexidade da vida. Consequência é a necessidade de ruptura com esse modelo. O caminho proposto para essa ruptura é o Surrealismo, pois este movimento é mais que uma expressão estética, é uma concepção de vida, um olhar de estranhamento frente ao mundo, capaz de indagar sobre o estado das suas convenções e dos lugares comuns. São revoluções da subjetividade, revoluções do sujeito, que apontam para a produção do novo, para um universo de possíveis totalmente diferentes e, assim promovem rupturas no tecido imaginário instituído abrindo caminho para as macro revoluções.” GUATTARI, Felix. (1981, p. 215). *Revolução Molecular*. Pulsações políticas do desejo. Trad. Suely Rolnik. São Paulo. Brasiliense.

38 GAMA, 2007, p. 86-87

tivos e libertários vem primar pela autonomia da arte, pelo direito de criar, sonhar e sentir— pela procura surrealista dos direitos do homem, pelas inúmeras verdades.

A poesia aparece como uma das possibilidades de reinventar a pedagogia, já que esta desperta a sensibilidade, o desejo, o espaço criativo e a imaginação, como ensina Warat:

Praticando a poesia, teremos a possibilidade de fazer triunfar o desejo sobre o bom senso e os bons sentimentos, deixando-nos, assim, sem ouvidos para os chamados valores nobres e verdadeiros, aqueles que sacralizam, com civismo, o amor ao poder. (...) Proporciona também, uma salutar abertura para a exploração de todas as formas de expressão que o racionalismo dominante conseguiu enclausurar numa reserva chamada absurdo. (...) Valendo-se da poesia, o surrealismo mostra sua firme intenção de derrubar as margens estreitas do racionalismo, sacudindo-nos, ao mesmo tempo, para que despertemos de nossas ilusões e dependências em relação a todas as convenções vigentes. (...) Os sonhos são sempre surrealistas. Eles fazem acordar o desejo, mostrando-lhe como a razão (imposta pelos profissionais do saber) os asfixia.³⁹

O surrealismo chega para bagunçar todas as construções dogmáticas e propõe a abertura para explorar as diversas maneiras de se expressar, a possibilidade de se libertar de ilusões e dependências e ter ao alcance as inúmeras e variáveis verdades que brotam através da poesia, do que Warat denomina como a didática da sedução. Esta, segundo o autor, teria como intuito realizar um imaginário coletivo por meio da carnavalização.

Na didática da sedução, busca-se a realização coletiva de um imaginário carnavalizado, onde todos possam despertar para o saber do acasalamento da política com o prazer, da subversão com a alegria, das verdades com a poesia e finalmente da democracia com a polifonia das significações.⁴⁰

Gama (2009, p.2) declara que Warat tinha como proposta ultrapassar a ideia de um enfoque meramente relacionado ao ensino jurídico e seu reencantamento a partir da poesia. Ele buscava ir além de uma perspectiva pedagógica, mirava uma mudança nas concepções jurídicas, de mundo e de vida. A autora relata sua experi-

39 WARAT, 2004, p. 187-188

40 *Idem* p. 119

ência e o roteiro das aulas do Grupo de Direito e Arte na Universidade de Brasília, o chamado Cabaret Macunaima:

As aulas se iniciavam com poesias, músicas, dramatizações, canções de roda apresentadas pelos alunos. Nessas apresentações, não havia a preocupação do valor artístico do que era apresentado. Não importava a classificação, a categorização de que tipo de arte se fazia, pois, a pretensão não era a profissionalização artística dos alunos ou a criação de um movimento cultural, uma escola artística; mas a experiência do fazer artístico. A proposta era colocar no corpo o movimento; re-encantar a palavra pela poesia; encontrar a liberdade no movimento, no sorriso, na espontaneidade, na alegria, na criatividade. Experimentar a criatividade, a imaginação, abandonar-se diante do lúdico, viver o inesperado, viver e (con) viver. Inscrever no espaço da academia, da Faculdade de Direito, saberes que foram deixados pela modernidade no alpendre do prédio, criando rupturas ao admitir essa possibilidade.⁴¹

Desta forma, percebe-se que a arte está diretamente relacionada com a procura ou produção do processo criativo, do desejo, já que por via desse, segundo Warat “é possível conhecer e resignificar os próprios devires e os devires do outro, é possível produzir revoluções moleculares e instigar a emergência de novas formas de compreensão do mundo”.⁴²

Pode-se compreender assim, que a partir de um processo de experimentar e de ampliar o olhar e o espaço criativo, dar-se-á oportunidade de sentir e vivenciar a arte, de conseguir alcançar o seu desejo, identificar o do outro e compreender assim as mudanças e demandas que despertam a todo o momento o que significamos como sociedade, aflorando assim a sensibilidade.

Warat aponta quais são as condições necessárias para se despertar os alunos e os infiltrarem em sua história, respeitando suas subjetividades e experiências, e instigar a potencialidade para crescer e questionar. Como coloca o autor, “A aula surrealista deve ser parte da vida e não uma fuga dela”.⁴³ Neste sentido:

Ajudar o aluno é dar-lhe condições para crescer a partir de sua própria história e das condições em que se encontra. Geralmente o professor busca que o aluno copie, tenta que o aluno seja seu

41 GAMA, 2009, p. 4.

42 WARAT, 2010, p. 40

43 WARAT, 2004, p. 203

duplo. No fundo, não se respeitam as diferenças. Muitas vezes se fala em estimular a criatividade do aluno, mas se quer que o aluno seja criativo de uma maneira semelhante a que pratica o professor. É uma criatividade vigiada.⁴⁴

Sendo assim percebe-se a importância de proporcionar ao aluno um espaço criativo, lúdico, que lhe de a autonomia necessária para compartilhar o conhecimento adquirido a partir da sua vivência e observação. Respeitando a subjetividade de cada um e os libertando da tal criatividade vigiada mencionada por Warat.

Desta forma, vai se abordar no próximo tópico como Warat compreende as influências das relações sociais e suas complexidades e suas influências nas instabilidades do mundo contemporâneo e como tais questões acabam interferindo na sociedade e no ambiente acadêmico.

3.2 Os olhos de Warat sobre o mundo – reflexões sobre as complexidades sociais e as instabilidades do mundo contemporâneo

Aqui irá se relacionar as influências da crise afetiva, política e econômica no contexto educacional e se perceberá a partir do olhar de Warat, quais as consequências desse novo passo que caminha a humanidade e como o autor compreende tais mudanças. A partir das palavras de Paulo Roney Ávila Fagundes, entende-se que a economia e a política mundial influenciam os diversos Estados, a sociedade e a academia, as guiando de acordo com seus rumos, como se verifica nas palavras do autor:

Não se pode focalizar o ensino jurídico sem enquadrá-lo na crise geral que afeta a sociedade. Está-se referindo, evidentemente, à crise sócio-política-econômica que atinge todos os homens de todos os países do mundo. Com o fim da guerra fria, a globalização passou o ser tema central da discussão a respeito do futuro da humanidade. Porém, tem-se de insistir que a busca da solidariedade continua sendo a grande meta dos homens. As pessoas somente serão livres quando compreenderem a profunda transformação que se opera no mundo, com a criação de um Estado completamente diferente daquele objeto de estudo dos manuais até aqui editados. É certo que se vislumbra a tentativa de renascimento das doutrinas neoliberais que objetivam reduzir a intervenção estatal e, ao mesmo, proporcionar às classes dominantes o papel de agente político do sistema.⁴⁵

44 *Ibidem.* p. 202

45 FAGUNDES, 1997, p.10

Warat⁴⁶ prevê em seu discurso uma sociedade cada vez mais tecnológica e que distancia as pessoas, formando assim relações de afetos construtivos. Segundo o autor “(...) pode produzir-se uma viagem sem retorno a um mercado tecnológico, onde o poder estatal resulte progressivamente diminuído e a economia adquira formas híbridas de acumulação”. E ainda atenta o autor sobre os reflexos destas mudanças na concepção atual do Direito, pois segundo o mesmo:

O Direito parece estar também afetado por uma metástase informativa da transmodernidade.⁴⁷ Temas que fazem a solidariedade, a democracia, os Direitos Humanos, a cidadania, a censura, o exercício dos direitos, são alterados por uma sobredose de informação que os fazem perder consistência. Quase como se não existissem.⁴⁸

Warat destaca a influência da mídia e dos circuitos informatizados na transmodernidade, apresentando estas como formas de censura da consciência política, já que vê ambas como formas de repressão que visam deixar no esquecimento todos os modos simbólicos que possam auxiliar a estruturação dos vínculos individuais e sociais, nas palavras do autor “(...) um circuito de informações sem memória e um acúmulo de homens que interagem perdidos no labirinto de um grande inconsciente político”.⁴⁹

Pedro Manoel Abreu, concordando com o ponto de vista waratiano, acrescenta que:

O fenômeno da globalização, nesse final de milênio e no limiar de uma nova era, tem levado à perplexidade os estudiosos, pois parece subverter irremediavelmente os conceitos que alicerçaram o mundo da modernidade, estilizando utopias, erodindo as regras da economia, o conceito de estado-nação e colocando em risco a própria democracia. A humanidade perfaz a travessia para um novo ciclo de sua história, ancorada na barbárie e numa verdadeira revolução tecnológica. Vivemos um tempo de vertiginosa e agressiva transição de estruturas sociais e econômicas.⁵⁰

46 WARAT, 2004, p. 289-290

47 Warat utiliza o termo transmodernidade para fazer referência aos fenômenos da pós-modernidade, pois segundo o autor “a pós-modernidade não é outra coisa senão a modernidade em sua fase simulada” (2004, p. 37).

48 WARAT, 2004, p. 37

49 *Ibidem*, 122

50 ABREU, Manoel, 2012-a

Sobre o ensino do Direito, Warat salienta a importância de perceber este como um espaço da metamorfose da linguagem, da prática transgressora do discurso determinado, como exercício de relutância à violência simbólica, tornando-se forma de reconhecimento aos direitos da própria existência do homem.⁵¹

Visualiza-se com as mencionadas exposições, que tais mudanças afetivas, políticas, e econômicas em conjunto com o fenômeno da globalização vêm trilhando alterações significativas tanto no campo da pedagogia, quanto dos interesses econômicos e nas relações afetivas. Um período de grandes transformações tecnológicas que vem a influenciar diretamente a economia e as estruturas sociais, dando um novo direcionamento nas concepções da sociedade.

Para Warat o homem deste milênio só será capaz de alcançar sua humanidade se restaurar a sua autonomia e possuir a capacidade necessária para procurar o destino de seu contentamento no meio de vínculos criativos e solidários.⁵² Declara que a democracia deve se arraigar nas formas harmoniosas dos afetos. O autor coloca o amor como a essencialidade de uma política emancipatória, e destaca a premência de uma ecologia libertária como possibilidade de conseguir resgatar a humanidade na complexidade contemporânea. De acordo com o pensamento de Warat o amor deve ser compreendido, como:

O amor como dimensão política emancipatória. Uma ética revolucionária, sustentada no amadurecimento de nossa capacidade de amor. Essa dignidade que emana do sentimento pelo Outro, o que é muito mais que uma ordem abstrata de responsabilidades.⁵³

Sobre a ecologia libertaria Warat ensina que:

A ecologia libertária tem que transformar-se numa ecologia dos afetos para poder recompor o espaço social e político pela recomposição do sujeito desejante. É uma ecologia que tem que ser valorada como tendência interpretativa que mostre a impossibilidade de uma instituição da autonomia sem um prévio redirecionamento dos afetos. Uma aliança de desejos e sentimentos que sejam muito mais que uma defensiva proposta de sobrevivência num mundo sombrio.⁵⁴

51 WARAT, 2004, p. 375

52 WARAT, 2004, p. 281

53 *Ibidem*, p. 282

54 *Idem*

A partir do exposto, percebe-se como a globalização e os movimentos econômicos-políticos-sociais acabam interferindo de maneira decisiva em toda a complexidade social. Warat vem nos alertar sobre como as mudanças tecnológicas vem interferindo diretamente na forma de compreender o próprio desejo e vem afastando cada vez mais o nosso olhar para o desejo do Outro e assim ressalta a importância de se buscar a ecologia dos afetos.

Dessa forma, concatenada com a realidade social, a pedagogia jurídica tem uma grande responsabilidade na formação de juristas crítico-sensíveis comprometidos.

4. CONCLUSÃO

A utilização corrente das teorias metodológicas positivistas legalistas no ensino do Direito demonstra a propagação de conceitos consolidados e ideologias que impedem novas construções teóricas e práticas no mundo jurídico. A teoria legalista, embora amparada em um discurso racionalista que propõe soluções distantes do contexto social, é mais utilizada no cotidiano jurídico, tanto nos Tribunais quanto nas faculdades de Direito, o que resulta na formação em massa do “jurista alienado”, justamente aquele mais demandado pelo mercado.

A reprodução da teoria legalista-formalista produz uma compreensão do Direito, através da interpretação exegética, que pode ser identificada em todos os órgãos ligados ao Direito e seu ensino, até mesmo em jurisprudências e dogmáticas.

A consolidação da interpretação exegética tem como consequência a formação do “senso comum teórico dos juristas”. Em razão da sua composição lingüístico-comunicativa immanentemente acrítica, o senso comum propaga uma mesma resposta *a priori* (a lei) que pode ser aplicada a diversos casos divergentes, e em seu discurso o conhecimento científico do Direito é controlado pela episteme.

Foi a partir dos problemas advindos dessa racionalidade tecno-formal formada a partir dessa maneira – dita científica – de ensinar o direito que Warat apresenta uma nova perspectiva no ensino e, sobretudo, do ensino jurídico, formas essas capazes de resultar em novas possibilidades de compreensão do jurídico e até mesmo do mundo.

Nessa inovadora perspectiva influenciada por Warat, encontramos o Surrealismo que, através de uma revolução cultural descaracteriza e desconstrói as realidades produzidas cientificamente despertando a sensibilidade e a capacidade de olhar para si, para o outro e para a humanidade, buscando a manifestação das diversas verdades, pois não há para o autor uma verdade absoluta, há um olhar amplo e subjetivo,

uma nova concepção a partir da autonomia da arte, de criar, sonhar e sentir, onde a liberdade é alcançada através da poesia.

5. REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. *A formação, os desafios e o perfil do jurista orgânico no novo milênio*. 2012-a. Disponível em: <<<http://www.roney.floripa.com.br/docs/formacao.doc>>>. Acesso em 27 set. 2012
- FAGÚNDES, Paulo Roney Ávila. *A crise do ensino jurídico*. O presente trabalho foi originariamente escrito para o Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em fevereiro de 1997. Disponível em: << <http://www.roney.floripa.com.br/>>>.
- GONÇALVES, Marta Regina Gama. *Surrealismo Jurídico: a invenção do Cabaret Macunaíma: uma concepção emancipatória do Direito*. 142 f. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <<<http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/2736>>> Acesso em 22/09/12.
- GAMA, Marta. *O Cabaret Macunaíma: cartografia da Epistemologia Carnavalizada*. Entre lugares: Revista de sociopoética e abordagens afins.- n.2, v.1(mar/ago.2009). Disponível em: <<<http://www.entrelugares.ufc.br/phocadownload/marta-artigo.pdf>>> Acesso em: 23 set. 12.
- ROCHA, Eduardo Goncalves; GONCALVES, Marta Regina Gama. *Direito, sujeito e subjetividade: para uma cartografia das ilusões*. Entrevistado: Luis Alberto Warat. Captura Crítica. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito. – n.2., v.2. (jan/jun. 2010) – Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2007.
- WARAT, Luis Alberto. *O sonho acabou. Epistemologia e Ensino do Direito*. Volume II. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- _____. *Território desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Volume I. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- _____. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- _____. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Vol II. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2004.
- _____; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca. 1977.

Capítulo 29

EXPERIENCIA JURÍDICA... EXPERIENCIA DE APRENDIZAJE: ALGUNOS ACERCAMIENTOS PEDAGÓGICOS PARA GENERAR APRENDIZAJES SIGNIFICATIVOS EN DERECHO

Norman José Solórzano Alfaro¹

1. INTRODUCCIÓN

Ya desde mis estudios de grado en derecho, tuve la feliz suerte y comprometida experiencia de encontrarme con las palabras de un maestro italiano, Giuseppe Capograssi, quien del derecho decía que era "... una obra de vida porque cree en el valor de la vida y porque en su específica posición tiende a realizar la vida en uno de sus valores más característicos" (1959: 482 –traducción propia).

Esas palabras me marcaron y me llevaron a preguntarme, entonces, por qué si el derecho estaba en esa íntima y profunda vinculación con la vida, en muchas oportunidades, a veces las más de ellas, la realización del derecho aparecía como un signo de sujeción cuando no de agresión y anulación de la vida. Por qué se daba esa contradicción *performativa* –me preguntaba en aquel momento. Esta pregunta me ha llevado por los caminos del pensamiento crítico a intentar replantearme los problemas y a reinventar nuevas respuestas.

La primera evidencia fue que los escollos estaban en el proceso de producción del derecho, esto es, en el proceso de imaginar el derecho, de producir sus categorías y su ciencia, ya que encontraba una serie de obstáculos epistemológicos,

1 En primer lugar, mi agradecimiento al querido profesor Antonio Carlos Wolkmer y a la Universidad Federal de Santa Catarina, por su gentil invitación para participar en este nuevo encuentro de Crítica Jurídica y la posibilidad de compartir estas reflexiones con todas las personas presentes, a quienes saludo y agradezco su amabilidad por la fina atención que me puedan prestar, tomando en cuenta que hablaré en un idioma que no es el natural del lugar, y también por la realimentación que pudieran hacerme, para seguir reflexionando, para seguir caminando.

que resultaban de una particular conformación de la tradición jurídica hegemónica la cual, a su vez, es producto de una experiencia cultural determinada.²

Esa experiencia cultural está marcada por una serie de procesos socio históricos que se plasman en la sociedad moderna, los cuales ahora solo puedo mencionarlos sin pretender mayor desarrollo. Así algunas notas características de esta cultura son, entre otras: la organización capitalista de los procesos de producción; el predominio de la racionalidad instrumental y el carácter colonial (etnocéntrico) en los procesos de producción intelectual (ciencia y tecnología); la instauración de un orden de género sexista, de corte patriarcal, que además es gerontocrático, y el disciplinamiento de los cuerpos y su reducción fetichizada en los procesos libidinales.

Sin embargo, siempre me quedaba pendiente la cuestión de cómo, por ejemplo, algunas reformas progresistas del derecho, con el impulso de categorías y procedimientos innovadores, inspirados en unos principios humanistas, democráticos y de equidad, terminaban estrellándose y estrechándose en una práctica que parecía inmune a esos cambios.

Aquí fue cuando me percaté de que en el dinamismo de la vida –la que pudiera haber intuido Capograssi–, en una comprensión de esta como metabolismo biosocial, cuentan tanto las condiciones de *producción* cuanto las de su *reproducción*. Por consiguiente, no era suficiente revisar e intentar trascender los modos de producción del derecho, no bastaba la crítica a la imaginación jurídica, sino que debía avanzar y ubicar esa imaginación en su proceso de reproducción, por tanto, en el hecho pedagógico de reproducción de la cultura jurídica.

Aquí fue cuando me percaté de la importancia de incidir críticamente en la cuestión de los aprendizajes en derecho y en la sensibilidad que puede acoger e impulsar una imaginación crítica y renovada de este. Este camino, en que se reintegran y se rearticulan imaginación y sensibilidad, es la vía que entiendo propicia para que el derecho pueda ser un servicio a la vida, y pueda realizar la vida en uno de sus valores más característicos, como decía el maestro Capograssi.

Esta intuición es lo que sirve de pivote para lo que en adelante diré, lo cual pretende insertarse en una sensibilidad que intenta asumir, desde la *ecoternura*³, la crítica (ideológica, epistemológica, metodológica, ético-política y cultural) a las formas del derecho moderno y de las sociedades que lo sustentan. Esto implica, a la vez, dejarse impregnar por un sentido *holístico* y de *complejidad* en la forma de cognición del derecho, pero también, y sobre todo, de las formas sociohistóricas, que son coti-

2 Esta cuestión la he desarrollado en parte en mi *Crítica de la imaginación jurídica* (Solórzano Alfaro, 2010).

3 RESTREPO, 1994)

dianas y contingentes, estructurales y singulares, en que se dan los relacionamientos, personales y colectivos, en los cuales se ve involucrado el derecho y que, a la vez, este pretende encauzar.

La cuestión que formulo puede sintetizarse así: el diseño intelectual (gno-seológico, epistemológico y metodológico) del derecho se ve reflejado-reforzado-replicado-desplegado en los procesos de aprendizaje en las facultades y escuelas de derecho, y si en estas hoy predomina una visión fragmentaria, mecanicista, lineal, abstractizante y descorporeizada, que resulta funcional al orden existente (capitalista, colonial, patriarcal y positivista), entonces, ineludiblemente, los procesos de aprendizaje aparecerán obstruidos en su función de facilitar una producción colectiva del conocimiento jurídico, que se exprese como experiencia jurídica, de carácter democrática, holista, historizada y liberadora.

Fue entonces cuando entendí que el reto desde el pensamiento crítico pasa también por asumir la cuestión de cómo mediar pedagógicamente, desde la ecoternura, con una sensibilidad y racionalidad reproductiva, los procesos de aprendizaje en derecho, que faciliten el paso a la sensibilidad (sabiduría y ternura) que restituya esa centralidad de la vida y lo vivo, en toda su concreción y corporeidad, al ámbito de las relaciones sociales, que es el propio del derecho, aunque este pareciera haber renunciado a ello.

Para asumir tal reto, se impone hacer un discernimiento y desbloqueo de los principios y valores del paradigma hegemónico, que es técnico-instrumental, lineal-mecanicista, fragmentador, sexista y etnocéntrico, entre otras notas. Este discernimiento y desbloqueo pueden facilitar el avance hacia aquellos principios de un paradigma emergente, que resulte rizomático, reproductivo, sinérgico y liberador, que potencie la *fertilidad cognitiva de la caricia*⁴ como forma de encuentro, reconocimiento y cercanía de los sujetos.

Será, entonces, a partir de una *nueva*⁵ sensibilidad que —así lo entiendo— se podrían avanzar algunas propuestas o claves para impulsar procesos de aprendizaje significativo en derecho en los que se le de entrada a la perspectiva del caos (creatividad, contingencia) y la ecoternura en la dinámica de la eticidad (estructura y singularidad) en la que se juega el derecho, a partir de una racionalidad reproductiva y

4 RESTREPO, 1994

5 En realidad lo de *nueva* es solo una expresión, pues esta subyace en muchas tradiciones y tendencias...

de la sustentabilidad, como nuevo *ethos* de la producción colectiva de conocimiento jurídico.

Ahora, sin pretender extenderme mucho en esta parte, paso a reseñar algunos elementos sobre el paradigma a superar.

Una deriva del derecho moderno fue la convergencia con las ciencias y la tecnología modernas, dentro de un paradigma mecanicista, etnocéntrico y burgués, que sirvió perfectamente para la consolidación de un sistema socioeconómico, político y cultural hoy día pretendidamente dominado por el Mercado Total.⁶ Es más, un orden que desde la adopción de los postulados mecanicistas y racionalistas newtonianos y cartesianos, con una impronta colonizadora, ha pretendido conformar una sociabilidad centrada en el orden y expulsora del caos, con lo cual sacralizaba la distinción y separación entre naturaleza y sociedad, naturaleza y humanidad, naturaleza y cultura, persona y sociedad, materia y espíritu, necesidad y libertad... etc⁷.

Pero, paradójicamente, este orden fragmentador provoca un tremendo desorden que induce al deterioro de las condiciones para la vida y la convivencia social humana en el planeta: sea de manera directa, cuando dispone y regula mecanismos claramente lesivos contra los sujetos, los colectivos y la ecoesfera; o de forma indirecta, cuando sacraliza órdenes económicos y culturales que rompen la cooperación natural de los organismos y las organizaciones; o al establecer relaciones sociales tendencialmente asimétricas y vulneralizantes, que justifican la explotación de todos y de todo, e inducen a la violencia y la guerra, como medio de control para eliminar la disensión; o cuando celebra el aceleramiento tecnológico hasta el punto de la posibilidad de la destrucción total.

En cualquiera de los casos, se trata de un modo de sociedad que nos ha puesto al borde del colapso, en la plasmación de todos los horrores y los peligros ontológicos⁸ y nos enfrenta a la urgencia de un cambio de rumbo, para asumir ese *punto crucial* (Capra, 1992) que nos eleve a nuevas formas de existencia o nos lleve a perecer.

Pero, a la vez, el derecho ha sido un lugar y un medio de resistencia frente a las diversas formas de colonización de la vida, cuando ha sido tomado por los secto-

6 HINKELAMMERT, 2003. Esto es lo que hace de las sociedades occidentales modernas, y dondequiera que este modelo extienda su influencia, *sociedades mercadocéntricas* antes que antropocéntricas, ya que ellas tienen al Mercado como su centro en detrimento de los sujetos humanos corporales.

7 HOOK, 2001; CAPRA, 1992; HINKELAMMERT, 1990; SANTOS, 2003

8 HINKELAMMERT, 2003

res populares,⁹ cuando el derecho ha optado (las gentes del derecho han optado) por la *ley del más débil*, en la luminosa expresión de LUIGI FERRAJOLI (1999). Cuando el derecho ha sido instrumento de emancipación¹⁰, en un lento proceso de reconocimientos mutuos de los sujetos y de transferencias de poderes que plasman en instituciones, normativas y valores que orientan prácticas de solidaridad, respeto, lucha contra la impunidad y la desmesura.

Volviendo a aquella deriva mecanicista y racionalizadora, encontramos que el saber jurídico producido, el cual se pretende “científico”, esconde y racionaliza el poder y su violencia. Estoy hablando aquí de un saber jurídico que entiende el derecho reducido a norma y al conocimiento de las normas. Esto es lo que comúnmente se conoce como *Dogmática jurídica*, por saber, la disciplina que pone las condiciones para la elaboración de conceptos descriptivos de un determinado sector del ordenamiento jurídico positivo, mediante descripciones tautológicas de un sistema cerrado. Un saber que se cierra en la autocontemplación de su construcción: la norma.

En la estructura semántica y analítica de la norma están las huellas de esa racionalidad mecanicista, etnocéntrica y lineal, que traduce al campo de las relaciones de convivencia (humana, social) la visión de linealidad y causalidad de un universo determinista y mecanicista como el forjado por la física clásica. Y es que la estructura de la norma se elabora sobre la base de la relación de igualdad (=) y el principio de *lo uno*, elementos indispensables en ese paradigma, así como en el arquetipo *crimen-castigo* expresivo de una sensibilidad compensatoria, que expulsa el azar y la contingencia del quehacer humano y el devenir social. De esta manera, en la estructura de la norma queda refrendada la continuidad (de lo uno y lo mismo) e inhibida la creatividad (caos) y la gratuidad.

Este es un factor determinante para que el derecho moderno, que además se ha desarrollado en un campo que ha estado dominado por las pretensiones guerreras de *dominio y control* (Restrepo, 1994), rinda su tributo a un *ideal de muerte*: el orden,¹¹ que ha escamoteado del espacio personal y social la creatividad (del caos –BRIGGS Y PEAT, 1999), interrumpiendo la *autoorganización*, la *interdependencia* y la *sustentabilidad*,

9 Me refiero a “sectores populares” en el sentido de Helio Gallardo, como aquellos colectivos “... que están en situación de sufrir asimetrías estructurales o situacionales, esos son sectores populares, por lo tanto, las mujeres son sector popular, los indígenas son sector popular, los obreros son sector popular, los estudiantes son sector popular, vistos así conceptualmente” (conversación inédita, IDESPO-UNA, 18 de setiembre del 2007).

10 SANTOS, 2003

11 Recuérdese que el lema del positivismo decimonónico era: *orden y progreso*.

para suplantarlas por la ilusión-imposición de un orden heterónomo en las relaciones sociales. Y lo más grave y paradójico es que tal orden, que se ha impuesto como triunfo de la razón secularizada lo ha hecho sobre la base de desconocer la condición humana en toda su *complejidad, contingencia y eticidad*¹².

Como resultado de esas tendencias fragmentadoras, mecanicistas oposicionales, lineales y etnocéntricas, en el pensamiento jurídico se ha excluido, entre otras cosas, la elaboración de realidades a partir del *diálogo*¹³; ya no como diálogo retórico que es esfuerzo por convencer y vencer, sino como experiencia vital que se articula en el proceso de dejarse atravesar (*dia-logo*) por las palabras que portan y son expresivas de verdad, pero una verdad no meramente intelectual, sino que se hace presente en un proceso de discernimiento y escucha atenta entre *amigos*.¹⁴

Adoptar el diálogo como predisposición para encontrar soluciones a los conflictos y articular acuerdos supondría una dinámica totalmente diferente en el proceso jurisdiccional, por ejemplo. Además, esto tendría implicaciones profundas en el proceso de aprendizaje, pues en las aulas de derecho, las relaciones educativas deberían cambiar; ya no sería un aprendizaje para el litigio, para discutir, sino para intentar discernir y elaborar, conjuntamente, soluciones a los conflictos que enfrentan (a) las gentes y los colectivos.

Aquí se hace evidente el problema pedagógico que encarna y enfrenta el derecho, tanto en el proceso de formación de los nuevos cuadros de agentes jurídicos, como de la asunción, por parte de los colectivos, de este derecho como modo de articular sus relaciones de convivencia. Este es el problema que intento ir desanudando, haciendo discernimiento y apuesta (en sentido pascaliano) en las siguientes reflexiones.

Toda racionalidad supone siempre un sujeto, aun cuando no se pregunte por éste ni lo evidencie explícitamente. La racionalidad instrumental medio-fin, en la versión del mecanicismo y el positivismo etnocéntrico, también lo hace y lo construye ajustado a su medida, creando toda una antropología, sobre la base de una fragmentación y abstracción de la condición humana.

12 ELIZALDE, 2003

13 KRISNA EN GALLEGOS comp., 1997: 6

14 Esto da pistas para comprender la emergencia recurrente de ideas hobbesianas, que suponen una naturaleza malvada en los seres humanos y terminan justificando ideas de *enemigos*, ontológicamente perversos y destinados a ser destruidos, cuales bestias salvajes.

Esta visión tiene carta de ciudadanía en el pensamiento jurídico tradicional, por lo cual el derecho ha legitimado una descorporeización del sujeto humano con sus construcciones categoriales, como la de *persona jurídica*, que son funcionales a las transformaciones que el sistema productivo capitalista ha demandado.

En ese contexto, el ser humano¹⁵ se constituye en *individuo* hasta llegar a ser *sujeto de derecho*, que en la versión del normativismo formalista es la *persona jurídica* en cuanto centro de imputación de derechos y deberes, pero esto la torna ya demasiado abstracta y descorporeizada, aunque idónea para que se le pueda confundir con la *empresa*, que es el sujeto privilegiado del capital. Así, al fin y al cabo, el derecho termina hablando de *persona jurídica*, que mal espejo es hoy para los humanos y las humanas, cuerpos vivientes. Este es el legado, en su cara más agresiva y devastadora, del cientificismo ingenuo.

Esto hace, por ejemplo, que la ley ya no sea un instrumento para servir cauces a la convivencia social, ni reconozca las relaciones del metabolismo biosocial, sino que en cuanto ley general y abstracta sigue la lógica de la mercancía (“fetichismo de la mercancía” - Marx) bajo cuyo embrujo desaparecen las cosas y las personas. En la lógica de la mercancía las cosas no producen goce (borra su marca natural), es decir, no satisfacen necesidades, y no están afectadas al trabajo (borra su marca social), por tanto, esconden o disimulan las concretas relaciones de producción.

De esta forma, la ley general y abstracta no habla de necesidades de sujetos humanos concretos (el *efecto jurídico* mismo se identifica haciendo abstracción de sujetos y condiciones de vida), y con la pretensión de ser la *voluntad general* abstrae y escamotea las relaciones de fuerzas que están en su origen y legitima el orden de las relaciones de producción sobre el que se asienta la (*su*) paz social.

En sentido contrario, para superar los efectos de esas tendencias abstratizantes y banalizadoras de la vida, el derecho debe trascender sus perspectivas, para girar a otra sensibilidad diferente, una mediante la cual pudiera impulsar y ayudar a conformar relaciones sociales que defiendan la vida, relaciones sociales que se articulen más allá del agarre y el dominio sobre la base de la gratuidad y el amor, y sean expresivas de la *fertilidad cognitiva de la caricia*¹⁶. Asimismo, la superación de la postración del imaginario jurídico viene por el camino de la asunción de la *experiencia jurídica* como el núcleo del derecho y su ciencia, a la vez, como centro de los procesos de articulación de la convivencia.

15 Recuérdese que en la concepción patriarcalista y etnocéntrica esa condición está modulada según el patrón de los varones, blancos, propietarios y heterosexuales: *pater familiae*.

16 RESTREPO, 1994

Ahora bien, desde mi preocupación específica por los procesos de aprendizaje en derecho, lo anterior me lleva a insistir en que, en el campo del derecho, tampoco se trata solo de una modificación *en sí* de la legislación (esto cuenta como insumo en el proceso, pero no lo agota), pues si no hay una verdadera transformación cultural¹⁷, un proceso social de cambio, activo y sostenido, que permee la visión y sensibilidad de las y los agentes jurídicos, poco se puede hacer.

Por eso, la actitud de vigilia permanente se constituye en el trabajo de todos los días para quienes adoptamos el derecho como servicio a la vida, como “... una obra de vida”¹⁸. Por tanto, debemos hacer de nuestra vivencia del derecho una *experiencia jurídica (vital)* y, como tal, una situación de aprendizaje permanente para convivir humanamente.

En la “enseñanza” del derecho —sí, porque eso es lo que se privilegia en las facultades y escuelas de derecho, donde, además, la figura central es el “enseñante” y la verdad es lo que este dice— se traslada aquella sensibilidad mecanicista, fetichizante, colonial y patriarcal, y como toda enseñanza (incluido todo proceso de aprendizaje) tiende a formar o imprimir un carácter, luego, es fácil comprender que el tipo de profesional que se produce mayoritariamente sea aquel que sirve a los fines de legitimar ese mismo sistema y sensibilidad.

Lo anterior se traduce, en las facultades y escuelas de derecho, en organizaciones eminentemente jerárquicas y fetichizantes, lo cual se expresa tanto en los planes de estudios cuanto en la organización operativa y actividad docente; así, por ejemplo, en la forma tradicional de la “enseñanza del derecho” esta consiste en la transmisión cuasi unilateral de una serie de estrategias y tácticas para la manipulación eficiente del lenguaje legal y del sistema burocrático. Ya lo dice una voz “autorizada”, el profesor Juan Ramón Capella, cuando críticamente señala:

Los profesores son profesionales de la palabra. Disponen de autoridad en el ámbito de los discursos teóricos. No sólo poseen un saber que tú deseas aprender, o sea, poseer también, sino que disponen de él en unas circunstancias sociales en que no está al alcance de todo el mundo. Ese saber es un bien de lujo o un medio de producción privilegiado. No pueden evitar definir intragremialmente lo que es aceptable y lo que no lo es: en el campo del derecho y de la política, lo que es admisible y lo que «carece de sentido», o sea, lo inadmisibile; acuerdan los valores y principios, o, en suma, fijan los

17 EISLER, 1993

18 CAPOGRASSI, 1959: 482 —traducción propia

límites del universo discursivo dentro del cual es posible el debate.
Pero lo hacen ellos (CAPELLA, 1995: 51 –la cursiva es del original).

Por otra parte, en el orden jurisdiccional, en la realización del proceso judicial, que es el momento de *plena realización del ordenamiento jurídico*, se podría invocar la más novedosa legislación, incluso una formulada con perspectiva género sensitiva y no colonial, pero ella queda siempre sometida a la *interpretación*¹⁹ por parte de quienes *operan*²⁰ el derecho que lo harán siempre desde su propia sensibilidad (emocional y cognitiva); luego, si por ejemplo tales agentes actúan sobre la base de discursos abstractos de igualdad, sin referencia a las condiciones específicas de los sujetos, harán una aplicación igualmente abstracta y tendencialmente sexista, clasista, etnocéntrica, gerontocrática, según sea el caso.

Esto es lo que me lleva a insistir en que no se trata tanto de una modificación, *en sí* de la legislación (esto cuenta como insumo en el proceso, pero no lo agota), pues si no hay una verdadera transformación cultural²¹, un proceso social de cambio, activo y sostenido, que permee la visión y sensibilidad de aquellas personas que despliegan el derecho, poco se puede hacer.

2. CAMBIANDO DE PARADIGMA: HACIA UNA COMPRESIÓN ECOLÓGICA DEL DERECHO

Lo anterior explica por qué he afirmado que debemos hacer de nuestra vivencia del derecho una *experiencia jurídica (vital)* y, como tal, una situación de aprendizaje permanente para convivir humanamente.

Ahora bien, esta experiencia jurídica, en tanto experiencia de vida-aprendizaje, se hace siempre en un nicho ecológico, pues no hay experiencia sin contexto; así, no hay derecho sin ecología –aunque sí puede haber un derecho ecológicamente desequilibrado y destructor– y, a la vez, la *atención* (como arte y aprendizaje de escucha) que prestemos a la sintonía-sinfonía del mundo impone una especie de normatividad, en el sentido de señalar las condiciones sin las cuales la vida, humana y no humana, al

19 Esto es lo que resiente a las mentes positivistas y formalistas que niegan este carácter disponible e interpretable de la ley, por tanto, que obvian su carácter ideológico, lo cual es un tributo a un racionalismo mecanicista y expresa el *horror al vacío*, por tanto, la negación de la creatividad del caos.

20 ¡Sí, digo “operan”, pues se pretenden maquinistas de una máquina social, neutra, precisa, objetiva!

21 EISLER, 1993

menos en la forma que la conocemos, no es posible. Por tanto, de esta atención a la ecología surge un derecho: *el derecho de tener las condiciones para vivir*.²²

Esta comprensión ecológica del derecho ofrece, principalmente, una clave, un criterio y una manera de mirar-sentir el derecho.

- *La clave: la interconexión.* Es ruptura con la *dictadura del fragmento*, que se ve reflejada en la *lógica del caso*: pero *el caso* en tanto abstracción del *acontecimiento* de su contexto y de sus condiciones de posibilidad. Tradicionalmente, el análisis jurídico ha estado centrado en “hechos” y “valores”, asumidos desde una visión cientificista-positivista, de modo que los primeros son considerados como *hechos aislados y objetivos*; asimismo, los valores o son *valores positivos*, es decir, expresamente plasmados en el texto legal, o son solo referentes subjetivos que no pueden ser comprendidos racionalmente y quedan librados a la arbitrariedad del intérprete. Por el contrario, desde una visión ecológica, holística y crítica, el *caso* es asumido según el principio hologramático, de manera que su comprensión pasa por mostrar sus contenidos particulares, pero también la complejidad de relaciones con la totalidad social, por lo que descubre sus áreas oculta(da)s. En fin, la clave de la interconexión introduce otras maneras de comprender el derecho, las cuales pasan por la ponderación de este y, sobre todo, por el discernimiento de la matriz en que aparece inscrito y el enfrentamiento de sus efectos, directos cuanto indirectos.
- *El criterio: la potenciación y despliegue de la vida, humana y no humana, pero como vida concreta de seres corporales.* En el contexto de lo que llamamos modernidad capitalista, el orden de relaciones, instituciones, normativas y estructuras que mediatizan la vida y la convivencia es de carácter mercado-

22 El *derecho de tener las condiciones para vivir* no afirma la existencia de ningún “derecho natural”, como instancia supranatural y ahistórica, sino simplemente se trata de la afirmación de un hecho: *la vida solo se da en ciertas condiciones, sin las cuales no es posible*, de modo que mantener-potenciar-desplegar esas condiciones es lo que permite mantener-potenciar-desplegar la vida misma. Por consiguiente, desde una comprensión sociohistórica, holística, crítica y compleja, si queremos afirmar la vida (ya sea como mera *existencia* sicofísica, o como *derecho* a la vida, o como *don* sagrado, etc.) previo hay que estar vivo (despliegue del hecho de vivir, que solo se da en/con ciertas condiciones); por tanto, se trata de la afirmación del derecho (fundamento) a tener derechos. Este *derecho fundamental* exige que “... el ser humano debe aprender el manejo o el trato con la naturaleza obedeciendo a la lógica de la propia naturaleza o bien, partiendo desde su interior, potenciar lo que ya se encuentra seminalmente dentro de ella siempre desde la perspectiva de su preservación y su ulterior desarrollo...” (BOFF, 2002: 17).

céntrico, patriarcal, etnocéntrico y colonial, entre otras notas distintivas. Y la visión-sensibilidad colonial, fragmentaria y reguladora del derecho, propia del positivismo cientificista, le resulta funcional; por lo tanto, el derecho se torna ejercicio opresivo que pone como instancia última (y primera) la preservación de ese orden de relaciones, instituciones, normativas y estructuras que se sobreponen *al ser humano y a la naturaleza*. Por el contrario, desde la sensibilidad ecológica, el derecho debe ser *ejercicio de discernimiento* de los acuerdos, las normatividades y legalidades sociales a partir del criterio de lo que potencia y despliega la vida de seres corporales y su convivencia sinérgica, solidaria, amorosa.

- *La manera de comprender y desplegar el derecho: el proceso.* Se trata de una nueva comprensión de este como *método que aprende*.²³ El derecho no se reduce a la *ley-norma*, antes bien, es experiencia jurídica que se va desplegando, corrigiendo, ensayando, ponderándose, adaptándose. Precisamente este carácter adaptativo y metódico del derecho ha sido uno de los aspectos más atacados y denostados por la comprensión positivista y analítica del derecho, por cuanto ella refiere al carácter contingente del derecho y a la incertidumbre que implica su despliegue. Sin embargo, desde la comprensión ecológica, holística, compleja, es un aspecto medular, que coloca el derecho en sintonía con el proceso de la vida, que es proceso de aprendizaje, en este caso, como *aprendizaje social*. Por consiguiente, que el derecho sea proceso es lo que permite a las sociedades que lo adoptan como forma de articularse un aprendizaje permanente y una rearticulación de sus normatividades, instituciones y valores funcionales a (al servicio de) desplegar la vida en su diversidad y potencialidad, pues está “claro que no existe un orden único que cubra la totalidad de la experiencia humana, y, a medida que los contextos cambian, los órdenes deben ser constantemente creados y modificados”²⁴.

Estos tres aspectos comportan un viraje en la forma de pensar sobre el derecho (y de pensar *derechos*) que nos coloca en situación de captar, en mejor forma, la multidimensionalidad y la riqueza que este contiene. Pero es un viraje necesario

23 “El método es programa y estrategia al mismo tiempo, y puede modificar el programa por retroacción de sus resultados, por lo tanto, el método aprende” (MORIN, CIURANA Y MOTTA, 2006: 31).

24 BOHM Y PEAT, 1998: 139

para enfrentar la escalada de violencia y destrucción a la que nos enfrentamos, como humanidad y en las experiencias personales (*v.g.*, inseguridad).

Desde la dimensión de la emancipación, el derecho se comprende como diálogo, es reconocimiento amoroso de los diferentes y lo diferente, y “la diversidad representa la libertad de diferir”²⁵, por tanto, es una forma de vida que se opta, personal y socialmente, por eso no es solo imposición forzosa, ni mero procedimiento (dimensión de dominación). El derecho es justicia. El derecho es equidad, y esta supone, entonces, la participación.

Así, derecho es *relación*, pero también es *acción*, más no la acción ciega de la fuerza, sino la acción orientada y conscientemente optada, por tanto, autoconstrictiva de sujetos *libres*, es decir, de sujetos que viven en *tensión* su proceso de liberación. Siempre desde esa perspectiva emancipadora, el derecho genera orden que unifica lo diverso, pues “el orden y la unidad implican restricción”²⁶, pero no lo homogeniza. El derecho impulsa la acción liberadora en tanto productor creativo de acuerdos en respuesta a los conflictos de la convivencia (crisis).

En ese sentido, el derecho no es solo adaptación de los sujetos a las reglas acordadas, sino discernimiento de estas cuando ellas no son suficientes para potenciar la humanización. En fin, el derecho debe expresar la imaginación de los colectivos, de las sociedades que superan la parálisis de lo dado y son capaces de “restablecer la sensación de que se puede hacer algo en nombre de la dignidad humana” (GREENE, 2005: 61).

De manera reiterada, he venido sosteniendo una particular comprensión del fenómeno jurídico como relación y como orden (*caótico-creativo*) que “invade todos los aspectos de la vida, y puede ser entendido como diferencias semejantes y semejanzas diferentes”²⁷.

Pero el derecho no es orden en el sentido de lo estático, lo rígido, lo fij(ad)o, como ha pretendido algún positivismo obtuso y conservador del *status quo*, sino que es *orden generativo*, instituyente en su dinámica, ya que “... el orden no se encuentra meramente en el objeto o en el sujeto, sino en el ciclo de actividad que los incluye a ambos”²⁸.

25 DOCZI, 1999: 84

26 DOCZI, 1999: 84

27 BOHM Y PEAT, 1998: 169

28 BOHM Y PEAT, 1998: 169

Asumir el derecho como orden generativo implica aceptar las paradojas que su realización histórica despliega. Porque el derecho no solo organiza y estructura instituyentemente las relaciones sociales y la convivencia, sino que también las fija y ata estructurada e instituidamente; por tanto, puede servir tanto a los fines de la regulación, como a los fines de la creatividad y la emancipación²⁹, ya que "... la distinción básica que ha de establecerse en el orden generativo no es entre crecimiento y caída, sino entre creatividad y destructividad"³⁰. Por tanto, estamos llamados a hacer de nuestra (*m*) vivencia del derecho una *experiencia* y, como tal, una situación de aprendizaje permanente para convivir humanamente.

3. DERECHO... EXPERIENCIA Y APRENDIZAJE

Con todo lo que he venido diciendo, se hace evidente que nuestros lenguajes –en el sentido de Maturana, como generadores de cultura- no comparten el campo semántico instituido, sino que alumbran uno nuevo en el cual las categorías se deberán rehacer a veces completamente, porque "sólo cuando la inteligencia opera de manera libre y creativa puede la mente abandonar las estructuras de categorías rígidas, y ser, por tanto, capaz de comprometerse en la formación de órdenes nuevos"³¹.

Este *compromiso* se traduce en la exigencia de impulsar una nueva *cultura jurídica* (de carácter gilánico, para asumir la sugerencia de RIANE EISLER (1993), que respete la vida y facilite "... profundas conversiones antropológicas, traducidas en consensos políticos contruidos de modo democrático, [para que surja]... una convivencia humana en donde no falte ni la riqueza de bienes disponibles ni el deseo de saber convivir en medio de las diferencias"³².

Pero esto supone, a la vez, un proceso de aprendizaje al menos en dos niveles: uno social y otro personal. En el primer ámbito, supone que "... la sociedad entera debe entrar en un estado de aprendizaje y transformarse en una inmensa red de ecologías cognitivas"³³. De este modo, también se podría generar, entre otras cosas, un nuevo universo simbólico en el cual se pueda asumir que...

... la norma más que el objeto es para la ciencia
[del derecho] el punto de aparición de su objeto, esto es, de la

29 SANTOS, 2003

30 BOHM Y PEAT, 1998: 233

31 BOHM Y PEAT, 1998: 133

32 ASSMANN, 2002: 28

33 ASSMANN, 2002: 19

experiencia; se podría decir que es el “fenómeno” de aquel querer profundo, productor de una verdadera esfera de realidad y de todos los múltiples sistemas de normas que la caracterizan. (CAPOGRASSI, 1959: 507, nota 1 –traducción propia)

Por otra parte, en el nivel personal o biográfico, en particular para quienes despliegan profesionalmente el derecho, podría significar ingresar en mundos simbólicos nuevos, compartidos por otras personas, pero que exigen desaprender “cosas sabidas”, y volverlas a saber –volverlas a saborear- de un modo totalmente nuevo y distinto³⁴.

Llegados a este punto, si el diagnóstico es que el derecho ha sido reducido a su expresión normativa formal, y con esto se ha entronizado una sensibilidad mecanicista, etnocéntrica y patriarcal de las relaciones sociales que, a la vez, resulta utilitaria, fragmentaria y que obstruye la posibilidad de realización como *experiencia jurídica*, entonces, creo que hay que vehicular esa experiencia en procesos pedagógicos que ayuden a abrir y disponer a las personas involucradas en una nueva manera de conocer y producir el derecho, ya sea su ciencia, cuanto su normativa, su institucionalidad, su justicia, etc.

Es así como, por ejemplo, asumir el proceso de formación en derecho pasa sobre todo por aprender el valor del derecho en tanto valor configurador de realidades, no en cuanto lo que sean los derechos particularmente concebidos o lo que se diga que ellos sean³⁵. Todavía más, significa establecer un nuevo *campo semántico*³⁶ en el que encuentre *resonancia* una comprensión holística y relacional del derecho y del problema pedagógico implicado en este.

4. CONCLUSIÓN

Nuestro punto de partida, lo hemos declarado, es la consideración de un hecho: el derecho es fundamentalmente *relación*, y en tanto tal, es relación social sistémica. En ese sentido, el derecho participa de la dinámica constitutiva del sistema social, que conjunta en una red de interacciones el desplegarse de los sujetos, que al

34 ASSMANN, 2002: 66

35 CALVO, 2007: 271

36 ASSMANN, 2002: 134-135

igual que todos “[l]os seres vivos existen siempre inmersos en un medio en el que interactúan”³⁷.

Pero si el derecho es relación, entonces surge la pregunta: ¿cualquier tipo de relación social es una relación jurídica? A esto podemos responder –ya no es un hecho, sino una proyección de sentido–: no se trata de cualquier tipo de relación, sino que es aquella relación que responde a ciertos *supuestos* y tiene determinadas *características* diferenciadoras de otras relaciones sociales.

En ese sentido, la relación social que se puede calificar como “relación jurídica”, estrictamente hablando, es la que resulta capaz de generar experiencias jurídicas, que son interacciones recurrentes con algún grado de permanencia y que fomentan-sustentan el sistema social. Esas experiencias jurídicas se dan en el marco de una cultura, por tanto traducirían-realizarían las tendencias presentes en esa cultura, de modo que si esta es violentista y jerárquica, así serán las experiencias jurídicas; mas si es una cultura del diálogo y el reconocimiento recíprocos, en esa orientación se expresarían las experiencias jurídicas.

Por tanto, no se trata de aceptar o impulsar cualquier cultura, sino de aquella en que todos sus componentes están orientados a la expansión de las potencialidades de nuestra humanidad, pues en esta aventura de ir siendo-aprendiendo-significando, “[s]e trata de construir sentido en una relación en la que entran la creatividad, la novedad, la incertidumbre, el entusiasmo y la entrega personal”³⁸. Asimismo, se trata de una cultura que impulsa procesos de transformación constantes, provocando aprendizajes significativos. Estos requieren unos *supuestos* básicos, que paso solo a reseñarlos.

- *Una visión secularizada de la realidad:* La sensibilidad, que sirve de base a una cultura jurídica humanizante y planetarizante, si bien no renuncia a la trascendencia, no se engaña con artilugios metafísicos, pero tampoco con una “falsa racionalidad”, que abstrae y unidimensionaliza las realidades. Esa sensibilidad jurídica tiene una visión secularizada de la realidad y *las realidades*, es decir, se trata de la conciencia del sentido que vamos dando-desplegando de nuestra biografía y nuestra historia. Por tanto, de la asunción de que esta biografía e historia es un asunto que sólo nos compete a nosotros en tanto humanos, sin intromisión de fuerzas externas o sobrenaturales; además, sin finalidades predeterminadas, aunque una vez que se eligen los cauces de la acción esta lleva, como parte de su condicionamiento estructural, a unos resultados y no a otros.

37 MATURANA, 1999: 25

38 GUTIÉRREZ Y PRIETO, 2002: 21

- *Una disposición democrática de los relacionamientos:* Una sensibilidad jurídica humanizante y planetarizante tiene una visión conglobante y democrática. Por lo primero, asume que “tanto en el ser humano como en los demás seres vivos, hay presencia del todo al interior de las partes”.³⁹ Por lo segundo, se asume que “[l]a democracia permite la relación rica y compleja individuo - sociedad donde los individuos y la sociedad pueden entre sí ayudarse, desarrollarse, regularse y controlarse”⁴⁰. Digo aún más: es en democracia que los sujetos, personales y colectivos, pueden auto-inter-ayudarse, auto-inter-desarrollarse, auto-inter-regularse, auto-inter-controlarse, para realizar su nicho vital en confluencia con “otros entes, seres vivos o no, con los cuales nos encontramos en interacciones, [y que] son parte del medio en el cual realizamos nuestro nicho”⁴¹.
- *La renuncia al uso de la fuerza para la solución de la conflictividad social:* El sentido secular y democrático nos permite vernos como únicos responsables de nuestra biografía e historia, esto supone un acto de *confianza-desconfianza* en uno mismo y en los otros, pues nos hacemos cargo de la contingencia de nuestras acciones y realizaciones. Esa contingencia es lo que hace que surjan efectos indirectos de nuestra acción, sobre los cuales no tenemos control, pero no por ello nos podemos desentender éticamente de estos. Debemos hacernos cargo de los efectos directos e indirectos de nuestra acción. Esto es lo que genera-despierta en nosotros el sentido de la crítica y la autocrítica. Esta conciencia (crítica y autocrítica) es base para que los sujetos abandonemos el uso de la fuerza como forma de solucionar la conflictividad que supone la convivencia social, ya que esta es siempre juntura, roce, interacción entre sujetos, “que opera para ellos como un medio en el que ellos se realizan como seres vivos y en el que ellos, por lo tanto, conservan su organización y adaptación”⁴².
- *La libertad:* Los supuestos anteriores hacen vórtice con la libertad. No puede haber libertad en un mundo en el que las ideas supongan domesticación (naturalización y dominio) y las acciones produzcan muerte

39 MORIN, 1999. “... ese todo se relacionará con los ángulos de mira, con el acontecer de cada día, con el futuro, con las propias reacciones afectivas, con la propia historia, con los aportes del grupo y de las redes, con la totalidad de la vida cotidiana.” (GUTIÉRREZ Y PRIETO, 2002)

40 MORIN, 1999

41 MATURANA, 1999: 99

42 MATURANA, 1999: 26

(guerra y violencia interpersonal y estructural); pero, a la vez, la libertad surge en el proceso de emancipación, de reconocimiento y encuentro solidario de las personas y los colectivos.

Estos son cuatro supuestos que considero básicos para la generación de una cultura jurídica humanizante y planetarizante, que pueda acoger vigorosa y tiernamente una sensibilidad que transforme nuestros modos de relacionarnos, en fin, que genere un derecho *otro*. Son, a la vez, supuestos básicos para los procesos de *inter-auto-aprendizaje* del derecho.

Por otra parte, las experiencias de aprendizaje significativo que debiéramos impulsar se construyen sobre la base de relaciones, más no de cualquier tipo de relación –como hemos indicado-, sino de aquellas que tengan, al menos, las siguientes características, que se pueden enunciar brevemente así:

- *La relación jurídica responde a una dinámica sinérgica*: El derecho no es para vivir en soledad, de modo que el mito robinsoniano es falso. El derecho es para vivir y convivir, pero para hacerlo de manera que esa convivencia no desgaste ni las identidades de los sujetos, ni se agote en su mero agregarse, sino que el derecho ilumina el nacimiento de una forma de ser seres humanos, es decir, la forma de humanidad por la que nuestra especie opta: la forma de la cooperación, el reconocimiento y el cuidado (de sí mismo y del otro) como *ethos* de responsabilidad (personal, ciudadana, cosmopolita, cósmica).
- *La relación social que establece el derecho es una relación entre sujetos*: Por una parte es una relación *sujetadora*, da unidad al cuerpo social, pero, a la vez, da reconocimiento e identidad, por tanto empodera y libera. Obviamente, como la doble cara del dios Jano, esta relación intersubjetiva también tiene su cara pervertida, pues por un lado puede significar sometimiento, y por otro lado privilegio y (pretensión de) homogenización. Por tanto, debe ser una relación constantemente escrutada, discernida, en vigilia permanente de sus posibles derivas; en esa medida se constituye en relación consciente que funda el hecho ético.
- *La relación social que coagula en el derecho es conservadoramente rupturista o rupturistamente conservadora*: Participa de la tensión de los sistemas sociales, que son fundamentalmente conservadores, para poder transformarse.
- *La relación social jurídicamente relevante es la relación axiológicamente comprometida y sentida*: El núcleo del derecho son los valores socialmente adoptados y compartidos. Si el corazón de una sociedad-sistema social, su cultura, en tanto “redes cerradas de conversaciones, es decir, redes cerradas de

coordinaciones recursivas de haceres y emociones⁷⁴³ son conversaciones sobre valores de dominio, control, domesticación y sometimiento, el derecho, que es su vehículo, será un derecho de regulación, de restricción, vigilante y castigador. Por el contrario, si esa red de conversaciones *versa* y *conversa* sobre valores de estima personal, trabajo conjunto, encuentros recíprocos, acompañamiento solidario, emancipación y auto-responsabilidad, entonces, el derecho que le corresponda será lo que asumo como el derecho que favorece relaciones sociales humanizantes y planetarizantes.

- *Las relaciones sociales jurídicamente relevantes son las relaciones basadas en el amor:* Estas “constituyen aperturas para compartir y [colaborar] en el placer de hacerlo, y bajo ninguna expectativa de retribución⁷⁴⁴, es decir, son relaciones de gratuidad, por tanto, más allá del *do ut des* romano, base de las relaciones jurídicas mercantiles y mercantilizantes. Es simplemente la gratuidad del gozo de vivir y convivir.
- *La relación jurídica humanizante y planetarizante es la relación social que hace de la comprensión del otro su juicio último:* Esto es así en la medida que “[l]a comprensión hacia los demás necesita la conciencia de la complejidad humana⁷⁴⁵. Es decir, comprender al otro es comprenderme a mí mismo, o como dijera el obispo sudafricano Desmond Tutu: «yo soy si tú eres», o bien, la misericordia será el juicio último del amor de Dios, recordaría Leonardo Boff. En fin, esta comprensión no es un juicio débil, sino que requiere el mayor vigor, el vigor de sostener el juicio que “no excusa ni acusa: [pues] ella nos pide evitar la condena perentoria, irremediable, como si uno mismo no hubiera conocido nunca la flaqueza ni hubiera cometido errores. Si sabemos comprender antes de condenar estaremos en la vía de la humanización de las relaciones humanas⁷⁴⁶.”

Estas son las características del tipo de relación que debe imperar y expresar la relación de interaprendizaje del derecho, si queremos que este se constituya en un instrumento al servicio de la humanización y planetarización de cada persona en particular y de los pueblos en general. Estos son los supuestos y las características de un derecho humanizante y planetarizante.

43 MATURANA, 1999: 51

44 MATURANA, 1999: 46

45 MORIN, 1999

46 MORIN, 1999

Estas son algunas claves pedagógicas, incompletas y abiertas, pero que apuestan un camino y una forma de caminar, para promover aprendizajes en el derecho que nos pongan en esa ruta de la humanización y la planetarización de nuestras relaciones intersubjetivas de convivencia. Pues estoy convencido de que los aprendizajes en el derecho que adquirieran estas características podrían generar entusiasmo, goce y provocar el movimiento de “las energías en una aventura lúdica compartida; sentir y hacer sentir; participar entregando lo mejor de sí y recibiendo lo mejor de los otros”⁴⁷, pues no se trata de una educación para el litigio y la confrontación extenuante, sino para la apertura al diálogo que transforma y nos transforma: *simplemente nos humaniza*.

5. REFERÊNCIAS

- ASSMANN, Hugo (2002) *Placer y ternura en la educación. Hacia una sociedad aprendiente*. Madrid: Narcea S. A. de ediciones
- BOHM, David y PEAT, David (1998) *Ciencia, orden y creatividad. Las raíces creativas de la ciencia y la vida*. Barcelona: Editorial Kairós, 2º ed.
- BOFF, Leonardo (2002) *El cuidado esencial. Ética de lo humano, compasión por la Tierra*. Madrid: Trotta.
- BRIGGS, John y PEAT, F. David (1999) *Las siete leyes del caos. Las ventajas de una vida caótica*. Barcelona: Grijalbo.
- CALVO (2007) *Del mapa escolar al territorio educativo*. Santiago de Chile: Nueva mirada. Documento digital distribuido para el 1er. Foro de la V generación del Doctorado en Educación con Énfasis en Mediación Pedagógica de la Universidad de la Salle.
- CAPELLA, Juan Ramón (1995) *El aprendizaje del aprendizaje. Fruta prohibida. Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Trotta.
- CAPOGRASSI, Giuseppe (1959) *Opere*, Tomo II. Milán: Giufre.
- CAPRA, Fritjof, 1992: *El punto crucial. Ciencias sociedad y cultura naciente*, Troquel, Buenos Aires.
- DOCZI, György (1999). *El poder de los límites*. Argentina: Troquel.
- EISLER, Riane (1993) *El cáliz y la espada. Nuestra historia, nuestro futuro*. Santiago de Chile: Cuatro vientos; 4º ed.
- ELIZALDE, Antonio (2003) *Desarrollo humano y ética para la sustentabilidad*. Santiago de Chile: PNUMA – Universidad Bolivariana.
- FERRAJOLI, Luigi, 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- GALLEGOS NAVAS, Ramón compilador (1997) *El destino indivisible de la educación. Propuesta holística para redefinir el diálogo humanidad-naturaleza en la enseñanza*. México: Pax México.
- GREENE, Maxine (2005). *Liberar la Imaginación*. Barcelona: Editorial Graó.
- GUTIÉRREZ, F. y PRIETO, D. (2002) *Mediación Pedagógica*. Ciudad de Guatemala: IIME-EDUSAC.

47 GUTIÉRREZ Y PRIETO, 2002: 35

- HINKELAMMERT, Franz J., 1990: *Crítica a la razón utópica*, DEI, San José.
- Idem, 2003: *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, EUNA, Heredia, Costa Rica.
- HOOK, Dee, 2001: *El nacimiento de la era caórdica*, Ediciones Granica, Barcelona.
- MATURANA, Humberto (1996) *El sentido de lo humano*. Chile: Dolmen, 8° ed.
- Idem (1999). *Transformación en la convivencia*. Chile: Dolmen.
- MORIN, E. (1999) *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Versión digital en: <<<http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/Articulos/Los7saberes/capituloI.asp>>>, recuperado el 20 de noviembre del 2008.
- Idem (2003) *El método V. La humanidad de la humanidad. La identidad humana*. Madrid: Cátedra.
- MORIN, Edgar; Ciurana, Emilio y Motta, Raúl (2006) *Educación en la era planetaria*. Barcelona: Gedisa.
- RESTREPO, Luis Carlos (1994) *El derecho a la ternura*. Bogotá: Arango editores.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- SOLÓRZANO ALFARO, Norman J. (2010). *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho y su ciencia*. San José: EUNED.

Capítulo 30

A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA EM EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR ENQUANTO ESPAÇO DE FORMAÇÃO DIALÓGICA PARA O ESTUDANTE DE DIREITO

Gabriela Barretto de Sá¹

“Como posso dialogar, se me sinto participante de um ‘gueto’ de homens puros, donos da verdade e saber, para quem todos os que estão fora são ‘essa gente’, ou então ‘nativos inferiores’? Como posso dialogar se parto de que a pronúncia do mundo é tarefa de homens seletos e que a pressa das massas na história é sinal de deterioração que devo evitar?”
(Paulo Freire em *Pedagogia do Oprimido*)

1. INTRODUÇÃO

O atual ensino jurídico oferecido pelas universidades brasileiras assume como principal compromisso a formação de eficientes “operadores do direito”², formados a partir de prática instrucionista pautada pelo objetivo de “apenas ensinar, instruir, treinar e domesticar o aluno, de fora para dentro e de cima para baixo”.³ Desta forma, não se oferece aos estudantes uma formação eficaz no sentido de possibilitar a estes futuros profissionais o enfrentamento crítico e propositivo frente

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestranda em “Teoria, Filosofia e História do Direito” no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora vinculada ao NEPE/UFSC - Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias. Bolsista CAPES.

2 Considerando o intento aqui delineado no sentido de problematizar os modos de conhecer e (re)produzir o conhecimento do direito, vale observar que a expressão “operadores do direito”, comumente utilizada e naturalizada pela doutrina jurídica, pode sugerir uma concepção mecanicista acerca do papel daqueles profissionais que atuam na área jurídica. A função de “operar” o direito, como se o fenômeno jurídico fosse algo imutável e inanimado, parece estar limitada a uma simples aplicação das leis aos fatos sociais e termina por referendar a abordagem anacrônica, reproduzida no ensino jurídico tradicional, que desconsidera as distintas possibilidades de uso e interpretação do direito frente à realidade social.

3 DEMO, Pedro. *Universidade, aprendizagem e avaliação*. Porto Alegre: Mediação, 2004. p.10.

às necessidades, cada vez mais complexas, apresentadas pela dinâmica das relações sociais.⁴ Neste sentido:

Temos que formar os profissionais para a complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos. As novas gerações vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social bastante sólida. E mais do que isso, uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito da diferença.⁵

Tendo em vista a necessidade de buscar alternativas para adequar o ensino jurídico às demandas sociais, o presente trabalho busca refletir acerca da possibilidade de formação diferenciada nos cursos de graduação em direito através da participação dos graduandos em atividades de extensão universitária em educação jurídica popular junto a comunidades e movimentos sociais.

Inserida no campo da educação não-formal, a prática da educação jurídica popular é orientada pela compreensão de que o Direito é comum a todos e não apenas prerrogativa de alguns poucos que, por conta da possibilidade de acesso à formação universitária, seriam as autoridades cientificamente autorizadas e competentes para “operar” o direito. Acerca da dificuldade de acesso ao ensino superior gratuito no Brasil, vale destacar que “apesar dos pesares, a universidade pública gratuita, em particular as federais e as paulistas, continuam sendo o melhor patrimônio universitário brasileiro, infelizmente presa da elite, como regra”⁶.

Pedro Demo problematiza ainda a postura de uso do discurso científico enquanto argumento de autoridade:

Embora o argumento de autoridade seja parceiro inevitável do científico, mesmo porque o cientista se atribui autoridade, é preciso limitar sua abrangência. (...) Se metodologicamente a atividade científica produz posturas diferentes, é ilógico e injusto rebaixar o ‘diferente’, só porque nos é adverso, ao ‘não-científico’.⁷

4 Ainda sobre os desafios da educação jurídica contemporânea, ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o ensino do Direito no século XXI*. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2005.

5 SANTOS, Boaventura de S. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Editora Cortez, 2007. p.82.

6 DEMO, 2004, p.08.

7 DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 1995. p.43

Em oposição à lógica da hierarquia dos discursos e tendo como referencial a metodologia de educação popular idealizada por Paulo Freire, as ações de educação jurídica popular se desenvolvem através de práticas dialógicas, pautadas pela consciência de que “ninguém educa ninguém, ninguém educa a si mesmo, os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo”.⁸

Assim, para melhor compreensão do tema aqui abordado, inicialmente será apresentado histórico sobre o ensino jurídico no Brasil. Em seguida, será delineado panorama sobre a educação popular no Brasil e seu potencial de efetivação do direito constitucional à educação. Posteriormente, serão apresentadas algumas manifestações do pensamento jurídico crítico, comprometidas com a popularização do saber jurídico, através de experiências de extensão universitária em educação jurídica popular desenvolvidas por algumas instituições federais de ensino superior no Brasil. Por fim, serão delineados reflexões e questionamentos acerca da temática estudada.

2. UM SABER PARA POUCOS: BACHARELISMO E PERPETUAÇÃO DO STATUS DOS JURISTAS

A construção do saber jurídico é marcada pelo apego ao formalismo e busca por pureza metodológica. Assim, regra geral, as pesquisas jurídicas se restringem à investigação de fontes internas, considerando as leis e os códigos como principais fontes do direito. Desta realidade decorre o isolamento epistemológico do campo do Direito no âmbito das ciências humanas e sociais, terminando por afastar, e por vezes excluir, da análise jurídica dos conflitos sociais as contribuições de outras áreas das ciências humanas.

Michel Miaille aponta para necessidade de superação do idealismo metodológico e da fragmentação de saberes imposta pelo positivismo jurídico. Na sua *Introdução Crítica ao Direito*, o autor aponta a importância da transdisciplinaridade, ou seja, a quebra de fronteiras entre as disciplinas com o intuito de abrir novas hipóteses científicas e redefinir o objeto de estudo do Direito para além das regras jurídicas. Para tanto, para a superação deste obstáculo epistemológico e conseqüente construção de uma ciência jurídica atenta à realidade social, o autor propõe a compreensão da existência de um “continente científico” do qual fariam parte todas aquelas ciências que estudam as sociedades e suas transformações ao longo da história:

Ora o que eu me proponho mostrar é que direito e economia, mas também política e sociologia, pertencem a um

8 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.39.

mesmo continente, estão dependentes da mesma teoria, a da história. É que direito e economia podem ser reportados ao mesmo sistema de referências científicas. Para admitir esta nova perspectiva é necessário abandonar o mito da divisão natural do saber. Este mito não é de papel: é um obstáculo, na medida em que é preciso forçá-lo, a fim de se conseguir obter os meios de traçar um caminho científico.⁹

Fato é que, no Brasil, o campo do Direito permanece isolado das outras ciências sociais. Tal posição termina por afastar o Direito daquela realidade mesma à qual ele se propõe regular, visto que a limitada concepção jurídica tradicional desconsidera as peculiaridades histórico-sociais que conformam a sociedade. Este isolamento epistemológico revela-se ainda mais prejudicial diante da constatação de que a construção do pensamento jurídico brasileiro está diretamente vinculada às tensões sociais que marcam a história do Brasil. Ao manter os muros que o separam de outras disciplinas sociais, como a História, a ciência jurídica termina por não dialogar com a sua própria história, ocultando assim o seu caráter dinâmico e as conseqüentes possibilidades de transformação científica.

Tais características do pensamento jurídico brasileiro estão relacionadas ao passado colonial do país. Os incentivos culturais necessários à formação de uma intelectualidade local somente começam a ser iniciados após a chegada da família real portuguesa ao Brasil em 1808. Desta forma, com o intuito de adequar a colônia às necessidades da corte, D. João, então Rei de Portugal, são adotadas diversas medidas, a exemplo da inauguração da Faculdade de Medicina da Bahia e da cadeira de Artes Militares, no Rio de Janeiro.

Neste contexto, por muitos anos, o acesso ao ensino superior era privilégio dos integrantes da elite colonial que viajavam à Europa, principalmente para a Universidade de Coimbra, para realização dos estudos superiores, sobretudo na área jurídica. Quanto à ordem jurídica portuguesa neste período, vale salientar que entre final do século XVIII e início do século XIX a Europa estava mergulhada nos ares iluministas e vivia a renovação das instituições jurídicas.

No Brasil, os bacharéis passaram a desempenhar relevante papel na vida econômica e política do país na medida em que adquiriam o *status* necessário à ocupação dos cargos públicos, consolidando-se enquanto elite cultural e dirigente. Tal fenômeno, conhecido como bacharelismo irá possibilitar que os bacharéis assumam posição de protagonistas na estruturação do Estado,

9 MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p.62.

perpetuando sua influência ao longo dos diversos períodos históricos nacionais. O avanço do bacharelismo possibilitou a criação de um ambiente político onde os ideais iluministas eram divulgados através da atividade acadêmica que ganhava vida. Ao ocuparem espaços estratégicos, como a imprensa da época, os bacharéis disseminavam críticas liberais à ordem vigente.

A instituição dos cursos jurídicos no país somente terá origem após a Proclamação da República, quando o imperador Dom Pedro I sanciona a Carta de Lei de 11.08.1827 que previa a criação dos primeiros dois cursos de ciências jurídicas e sociais, sendo um em São Paulo, e outro em Recife.

Wolkmer¹⁰ afirma que a criação dos cursos de Direito no Brasil atendeu às exigências das elites, sucessoras da dominação colonizadora, que visavam concretizar a independência político-cultural e consolidar-se como camada burocrático-administrativa responsável por gerenciar o país.

A análise do cenário histórico apresentado aponta para a necessidade de superar a perpetuação do isolamento epistemológico do saber jurídico, bem como do formalismo dogmático e dos limites daí decorrentes para o Direito. Nesta esteira, a extensão em educação jurídica popular se reveste como atividade fundamental a ser fomentada, com o intuito de democratizar o acesso ao conhecimento jurídico.

3. EDUCAÇÃO POPULAR E ACESSO À EDUCAÇÃO

A Educação Popular afirma: “é preciso ter um varal, onde se possa pendurar os conceitos e analisar a realidade”.¹¹ Frei Betto, ao analisar os desafios da educação popular, assim traduz a necessidade de colocar os conceitos em linguagem clara e plástica, capaz de estabelecer diálogos plurais para além dos círculos acadêmicos. A afirmação é uma síntese que elucida o principal objetivo desta abordagem educacional, qual seja, o estabelecimento de uma prática pedagógica crítica, capaz de pôr em evidência a autonomia do educando enquanto sujeito histórico consciente capaz de refletir, reconhecer e propor alternativas aos problemas por ele vivenciados.

A criticidade, para nós implica na apropriação crescente pelo homem de sua posição no contexto. Implica na sua inserção, na sua integração, na representação objetiva da realidade.

10 WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

11 BETTO, Frei. *Desafios da Educação Popular*. São Paulo: CEPIS, 2000.p.07.

Daí a conscientização ser o desenvolvimento da tomada de consciência.¹²

Paulo Freire concebe a educação como processo dialógico com potencial de libertação do indivíduo a partir da conscientização sobre a importância do seu protagonismo para a transformação da realidade que o cerca. A concepção freireana se contrapõe ao modelo educativo tradicional, caracterizado por ser uma “educação bancária” pautada na hierarquia entre educador e educando.¹³

A abordagem tradicional é caracterizada pela concepção de educação como um *produto*, já que os modelos a serem alcançados estão pré-estabelecidos, daí a ausência de ênfase no processo. Trata-se pois de transmissão de idéias selecionadas e organizadas logicamente. Este tipo de concepção de educação é encontrada em vários momentos da história, permanecendo atualmente sob diferentes formas.¹⁴

Tal hierarquia decorre do papel passivo e inerte atribuído ao estudante, considerando-o enquanto mero depositário de “conhecimentos” a serem despejados pelo educador. Esta pedagogia opressora termina por introjetar nos indivíduos a naturalização das situações de opressão estabelecidas na sociedade.

De tanto ouvirem de si mesmos que são incapazes, que não sabem nada, que não podem saber, que são enfermos, indolentes, que não produzem em virtude de tudo isto, terminam por se convencer de sua “incapacidade”. Falam de si como os que não sabem e do “doutor” como o que sabe e a quem devem escutar. Os critérios de saber que lhe são impostos são os convencionais.¹⁵

No Brasil, desde o início da década de 60, surgem diversos movimentos de educação popular, a exemplo do Movimento de Educação de Base (MEB), criado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); os Centros Populares de Cultura (CPC) organizados pela União Nacional dos Estudantes (UNE) e o Movimento de Cultura Popular (MCP), do qual fazia parte Paulo Freire. Tais movimentos

12 FREIRE, Paulo. *Educação com prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p.69.

13 FREIRE, *Op. Cit.*, 1987.

14 MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. *Ensino: as abordagens do processo*. São Paulo: E.P.U., 1986. p.11.

15 FREIRE, *Op. Cit.*, p.28.

atuavam através de apresentações artísticas em teatros, sindicatos e praças, com o objetivo de alfabetizar e conscientizar politicamente a população. No entanto, com o golpe militar de 1964, por se tratar de prática com potencial de subversão da ordem imposta, as ações de educação popular passam a encontrar dificuldades para se desenvolverem publicamente.¹⁶

Durante a ditadura militar, com a constante repressão às organizações sindicais, partidos políticos e grupos de oposição, a Igreja Católica assume importante papel na prática da educação popular. Influenciadas pela teologia da libertação, as Comunidades Eclesiais de Base (CEBS) articulam o religioso e o político, estimulando a organização do povo ao disseminar idéias referentes ao papel transformador dos coletivos. Assim, ao longo da década de 70, incentiva o surgimento de diversos movimentos populares.

Uma das figuras mais atuantes nas Comunidades Eclesiais de Base, o escritor e religioso Frei Betto resume a motivação e filosofia da prática pedagógica desenvolvida pelas CEBS sob a influência da teologia da libertação:

O desafio está lançado pela esperança de libertação dos povos latino-americanos à Igreja: através de suas comunidades de base, de seus agentes pastorais, descobrir o modo mais evangélico de tornar esta esperança práxis eficaz de transformação da história e busca do mundo de justiça e amor. Nessa tarefa, a questão a preocupar os cristãos não é a de saberem se estão fazendo política ou evangelização.¹⁷

Após a ditadura militar, com a redemocratização do Brasil surgem demandas relacionadas à necessidade de postura crítica e autônoma na sociedade. Ocorre a valorização de novos sujeitos sociais coletivos, que antes não apareciam como protagonistas da história do Brasil e ganham fôlego as discussões iniciais sobre a necessidade de desenvolver estratégias de educação jurídica popular.

Aqui, vale ressaltar que, diante das transformações sociais do século XX impulsionadas por expressiva participação popular, a exemplo dos eventos ocorridos na França no final da década de 1960, o direito é colocado frente ao desafio de se adequar à nova realidade e abranger novas formas e sujeitos sociais. Neste contexto, surgem em todo o ocidente teorias críticas do direito que questionam os principais dogmas de inspiração positivista, relacionados ao domínio estatal do direito, bem como às pretensões de neutralidade e infalibilidade do sistema jurídico.

16 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Moderna, 2006. p.80.

17 BETTO, Frei. *O que é Comunidade Eclesial de Base*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p.06.

A partir da década de 1980, Roberto Lyra Filho começa a questionar o direito em todos os seus aspectos: o modo de ensino e aprendizado e a análise do que se chama de direito. Surge assim a formulação teórica do “Direito Achado na Rua” que entende que é preciso buscar formas de juridicidade que extrapolam os marcos legais. Assim, será na rua, cenário histórico onde acontece a vida dos indivíduos, que se buscará as manifestações do fenômeno jurídico. A partir daí, ao conceber a sociedade enquanto uma totalidade dialética onde se manifestam as contradições sociais¹⁸ entra em pauta a necessidade de defesa da educação jurídica atrelada às práticas sociais.

Este cenário, marcado pelo surgimento de discursos críticos e de mobilização da sociedade civil, ancorados na consciência originária “do direito a ter direitos”, influencia a elaboração da Constituição Federal de 1988 que surge como uma nova promessa de mudança social, simbolizando a possibilidade de criação permanente e coletiva de direitos. Assim, a Constituição Federal brasileira de 1988, conhecida como “constituição cidadã”, garante grande destaque para os direitos sociais, destinando capítulo próprio do título dos direitos fundamentais.

O direito à educação, além de ser ponto de partida para que o indivíduo possa conhecer e exercer os demais direitos sociais, se constitui enquanto instrumento capaz para fomentar o desenvolvimento econômico e social do país. Sob este viés, alguns estudiosos sobre o tema chegam a afirmar que o direito à educação foi aquele que recebeu tratamento mais minucioso pelo legislador constituinte¹⁹.

O artigo 205 da Carta Magna assegura que a educação é um direito de todos, devendo ser garantida pelo Estado, em colaboração com a família e a sociedade, para o exercício pleno da pessoa, qualificação para o trabalho e exercício da cidadania. Porém, inobstante a expressa garantia constitucional, “basta ver a oposição entre os ‘sem-terra’ e os ‘com-terra’, os ‘sem-teto’ e os ‘com-teto’, bem como entre os ‘com-saúde-e-educação’ e os que a elas não têm acesso”²⁰ para constatar que o acesso à educação para todos, bem como o acesso a outros direitos sociais, está longe de ser efetivado na desigual sociedade brasileira.

18 LYRA FILHO Apud. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “O ensino do direito, os sonhos e as utopias”. In: _____. (Org.). *Ensino jurídico para quem?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 23.

19 MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. *O Acesso ao ensino fundamental no Brasil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p.28.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<<http://www.direitopublico.com.br>>>. Acesso em: 30 mai. 2012. p.09.

4. EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

O artigo 207 da Constituição Federal de 1988 expressa a autonomia didático-científica de que goza a universidade brasileira, ao passo que estatui a necessidade de obediência a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão nas instituições de ensino superior. No mesmo sentido, dentre os princípios que devem orientar a educação o artigo 3º da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) elenca, a necessidade de fomento da experiência extra-escolar, ao lado da busca por vincular as atividades escolares com as práticas sociais.

Ainda nesta linha, em artigo intitulado “Planejando atividades de ensino para Cursos de Direito” Horácio Wanderlei Rodrigues²¹ apresenta relevante distinção entre a liberdade de ensinar (art. 206, CF) e a liberdade de cátedra. Esta última, não é assegurada na educação brasileira e se relaciona à liberdade individual do professor no direcionamento dos conteúdos que deverão integrar as disciplina.

O Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras (FORPROEX), constituído em 1987, busca analisar, estimular e institucionalizar atividades extensionistas no âmbito das instituições de ensino superior. No I Encontro Nacional de Pró-Reitores de Extensão, realizado no mesmo ano de constituição do Fórum, foi definido o seguinte conceito de extensão:

A Extensão Universitária é o processo educativo, cultural e científico que articula o Ensino e a Pesquisa de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre universidade e sociedade. A Extensão é uma via de mão dupla, com trânsito assegurado à comunidade acadêmica, que encontrará, na sociedade, a oportunidade de elaboração da práxis de um conhecimento acadêmico. No retorno à Universidade, docentes e discentes trarão um aprendizado que, submetido à reflexão teórica, será acrescido àquele conhecimento. Esse fluxo, que estabelece a troca de saberes sistematizados, acadêmico e popular, terá como consequência: a produção do conhecimento resultante do confronto com a realidade brasileira e regional; a democratização do conhecimento acadêmico e a participação efetiva da comunidade na atuação da Universidade.

Além de instrumentalizadora desse processo dialético de teoria/prática, a Extensão é um trabalho interdisciplinar que

21 RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Planejando atividades de ensino para Cursos de Direito*. No prelo. p.04.

favorece a visão integrada do social.²²

As práticas de extensão²³ universitária promovidas por estudantes universitários brasileiros começam a surgir na década de 60, marcadas por ações pontuais e de caráter assistencialista²⁴. No caso específico dos estudantes de direito, as primeiras ações extensionistas são desenvolvidas a partir da constatação da dificuldade de acesso à justiça por parte da população mais pobre. Outro motivo que impulsiona os universitários a tais práticas é a possibilidade de vivenciar, a partir das demandas dos setores excluídos da sociedade, experiência diversa da formação jurídica meramente acadêmica e teórica.

Deste modo, comprometidos com uma concepção de extensão que pretendia ir além das práticas assistencialistas, estudantes do curso de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul formam o primeiro serviço de assistência jurídica estudantil no Brasil o Serviço de Assistência Judiciária – SAJU/RS, em 1950. Posteriormente, na Bahia, em 1963, os estudantes da Universidade Federal da Bahia iniciam as atividades do Serviço de Apoio Jurídico – SAJU/BA.²⁵

A repressão às organizações civis e populares protagonizada pela ditadura militar também atinge os grupos estudantis de extensão universitária. Neste cenário merece destaque o fechamento do SAJU/BA durante os “anos de chumbo”. Por conta do inconformismo de alguns de seus membros, no início dos anos 1980, aconteceu a retomada gradual das atividades do grupo. A continuidade das atividades, o contato com outros projetos de extensão, movimentos sociais e comunidades, en-

22 FÓRUM DE PRO REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS. *Plano nacional de extensão universitária*. Disponível em: << <http://www.renex.org.br/documentos/Colecao-Extensao-Universitaria/01-Plano-Nacional-Extensao/Plano-nacional-de-extensao-universitaria-editado.pdf>>>. Acesso em: 30 mai. 2012. p.01.

23 No presente trabalho, consideramos o conceito de extensão universitária nos termos da definição proposta pelo Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras (FORPROEX). Inobstante as pertinentes ponderações de Pedro Demo (2004, p. 09) no sentido de que a extensão “desloca o desafio da cidadania para fora do currículo”, defendemos que a educação, não enquanto fim em si mesmo, mas desde que vinculada ao ensino e pesquisa socialmente comprometidos, é elemento indispensável para concretizar a função social da universidade pública no Brasil.

24 FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2006, p.18.

25 LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil: paradigmas, formação histórica e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

seja o surgimento do Núcleo Coletivo ou Núcleo de Assessoria Jurídica Popular do SAJU-BA.²⁶

As ações do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular do SAJU-BA se orientam pela necessidade de efetivar, junto a coletivos populares, as previsões constitucionais referentes ao tripé básico da universidade formado pela indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão. Nesta esteira, buscando ampliar as possibilidades de diálogo no campo das ações de assessoria popular, entre 1998 e 1999 o SAJU/BA passa a integrar a equipe de execução do Programa Juristas Leigos na região do recôncavo baiano, em parceria com a Associação dos Advogados dos Trabalhadores Rurais (AATR) e a Comissão de Justiça e Paz (CJP).

Fundado em 1992, o programa de formação de Juristas Leigos da Associação dos Advogados dos Trabalhadores Rurais da Bahia é uma das experiências pioneiras em educação jurídica popular.²⁷ Com o objetivo de popularizar noções jurídicas básicas necessárias à atuação dos movimentos sociais camponeses, a ação é norteadada pelos princípios de desencastelamento do saber jurídico e emancipação popular.²⁸ A metodologia do curso é de inspiração freireana, valendo-se do uso de técnicas teatrais, músicas, oficinas, vídeos e dinâmicas.

Longe de se propor à formar “râbulas”,²⁹ a formação jurídica popular privilegia a compreensão própria a cada indivíduo sobre o que é o Direito, a partir das experiências vivenciadas por cada sujeito. O princípio básico desta prática é a compreensão de que movimentos sociais, comunidades e indivíduos, não são apenas destinatários passivos de direitos e deveres, mas criadores de direitos.

A função social da universidade impõe a sua atuação enquanto espaço criativo de conhecimentos comprometidos com processos de transformação social e concretização da cidadania. Nesta ótica, reafirmando a importância da articulação do tripé ensino, pesquisa e extensão, o Plano Nacional de Educação em Direitos

26 SAMPAIO OLIVEIRA, Murilo Carvalho. *Serviço de Apoio Jurídico – Saju: a práxis de um direito crítico*. Monografia – Curso de graduação em direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2003. p.12.

27 LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil: paradigmas, formação histórica e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

28 Vide informações disponíveis no site da Associação dos Advogados dos Trabalhadores Rurais da Bahia: <http://www.aatr.org.br/site/01/index.asp#juristas>.

29 Na história do direito no Brasil, dentre os advogados sem formação universitária (râbulas) mais conhecidos, merece destaque a experiência de advocacia popular do liberto Luiz Gama na defesa judicial de negros escravizados (séc. XIX), ver: AZEVEDO, Elciene. *Orfeu de carapinha: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1999.

Humanos busca incentivar pesquisas na área de Direitos Humanos, fortalecer a educação não-formal em direitos humanos e colaborar para que a educação em direitos humanos combata o racismo, o sexismo e a discriminação social.

Dentre as ações programáticas, o Plano Nacional de Educação em Direito Humanos inclui a importância de buscar, junto às agências de fomento, a criação de linhas de apoio à pesquisa, ao ensino e à extensão na área de educação em direitos humanos. Do mesmo modo, afirma que os programas e projetos de extensão, articulados com as áreas de ensino e pesquisa, são meios de promoção dos direitos humanos através dos quais a universidade cumpre sua missão de ordem educacional, social e institucional.

No campo da extensão universitária da educação em direitos humanos, cabe destacar o trabalho realizado na Universidade de Brasília (UnB) através do Núcleo de Estudos para a Paz (NEP). O núcleo, fundado em 1986, trabalha para a promoção dos direitos humanos e conta com a participação de professores e estudantes de várias áreas do conhecimento. Atualmente, o núcleo desenvolve o projeto de extensão “Direitos Humanos e Gênero: Promotoras Legais Populares”, junto a grupos de mulheres do Distrito Federal. Além da comunidade universitária, o projeto conta com a parceria de advogadas e advogados, integrantes de entidades não governamentais, agentes do Ministério Público e de outros setores do Estado.

Segundo os professores da Unb José Geraldo de Sousa Junior e Nair He-loisa Bicalho o projeto

(...) inserido dentro da dinâmica da extensão universitária, possibilita a convivência e a troca de saberes dos estudantes, dos mais diversos cursos da Universidade de Brasília, com as mulheres cursistas do projeto, de maneira a repensar os conhecimentos tratados dentro do ambiente acadêmico de forma crítica e preparar para um futuro de exercício profissional mais sensível às necessidades do povo. O projeto PLPs/DF é inspirado na experiência produzida há 18 anos no Brasil pelas entidades União de Mulheres de São Paulo e a Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, do Rio Grande do Sul, e se propõe a ser um espaço para as mulheres que, nodebate acerca de suas realidades e das divisões feitas na sociedade a partir da categoriade gênero, se descobrem como sujeitos de um direito capaz de refletir as suas demandas por libertação.³⁰

30 SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, [et al.](org.) *Introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília: CEAD, FUB, 2011. p.17.

A formação de Juristas Leigos ou Promotores Legais Populares tem como objetivos principais democratizar o acesso a justiça através da socialização de conhecimentos jurídicos pertinentes à realidade dos cursistas. Munidos de informações acerca dos direitos, além do aspecto referente ao acréscimo de conhecimento teórico, se opera a mudança da percepção de si mesmos a partir da consciência da sua capacidade de protagonismo frente à resolução de situações que envolvam ameaça a violação de direitos.

Com o fim de estimular a troca de experiências em práticas de educação jurídica popular, foi criada pelas representantes das entidades presentes ao II Encontro Nacional de Educação Jurídica Popular,³¹ promovido pela Fundação Margarida Maria Alves, nos dias 19 e 20 de setembro de 2009, na cidade de João Pessoa/Paraíba, a Rede Nacional de Educação Jurídica Popular. A Rede conta com a participação de movimentos, organizações e pessoas que militam no campo dos direitos humanos. Na carta de princípios, a Rede Nacional de Educação Jurídica Popular acena na mesma direção da proposta apresentada neste trabalho e destaca a necessidade de garantir parcerias com Instituições de ensino superior para realização de projetos na área de educação jurídica popular e direitos humanos.

5. CONCLUSÃO

Com este artigo, tentamos demonstrar que, diante da ineficácia das disposições constitucionais referentes aos direitos sociais e, sobretudo, ao direito à educação,

31 Dentre os encontros iniciais para discussão da temática da educação jurídica popular, destacamos o “Workshop Nacional de Educação Jurídica Popular” realizado pelo Grupo de Apoio e Prevenção à Aids (Gapa/Ba) em parceria com a Ford Foundation, durante os dias 27 e 28 de abril de 2007 Salvador/Bahia. Além do Gapa/Ba, entidade organizadora do evento, estavam presentes: NEP – UNB; Sociedade Maranhense de Direitos Humanos; União das Mulheres de São Paulo; Centro de Defesa da Mulher 08 de março; AATR; Centro Dandara de Promotoras Legais Populares; Sociedade Paraense de Direitos Humanos; Juspopuli; Themis; Fundação Margarida Maria Alves e OAB – Diadema. Posteriormente, aconteceu o 1º Encontro Nacional de Cursistas em Educação Jurídica Popular, realizado pelo GAPA/BA em parceria com a Ford Foundation e com apoio da AATR – Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia e da JUSPOPULI, realizado durante os dias 22, 23 e 24 de fevereiro de 2008 em Salvador/Bahia. Os objetivos deste encontro foram: proporcionar um espaço de ampliação do conhecimento sobre temas relativos a Direitos Humanos e Educação Jurídica Popular; propiciar a troca de experiências acumuladas pelos participantes de cursos de formação em Educação Jurídica Popular evidenciando as peculiaridades de cada uma delas; estimular a reflexão sobre a formação de uma rede nacional de cursistas levando em conta itens como: identidade, atuação, formação, sustentabilidade, configuração jurídica, metodologias, certificação, dentre outras temáticas.

surge para a universidade contemporânea o desafio de propiciar aos estudantes de direito, formação que atenda às necessidades dos segmentos historicamente excluídos da sociedade. Deste modo, faz-se mister concretizar a função social da universidade através da articulação entre ensino, pesquisa e extensão.

As ações de educação popular verificadas ao longo da história do Brasil propiciaram o surgimento de metodologias alternativas, diversas daquelas utilizadas no sistema educacional formal e disciplinado pelo Estado. A educação enquanto experiência dialógica, proposta por Paulo Freire³², evidencia a possibilidade de construir uma realidade educacional dialógica capaz de propiciar que educador e educando eduquem-se mutuamente.

Inspiradas por metodologias freireanas, as atividades de extensão universitária em educação jurídica popular emergem enquanto possibilidade para superação do instrucionismo³³ que impera na formação dos estudantes. A formação de profissionais do direito comprometidos com a transformação da sociedade pressupõe que durante a formação universitária, os estudantes vivenciaram experiências práticas junto a comunidades, movimentos sociais e outros personagens sociais para os quais o contato com a realidade de jurídica só se verifica de forma negativa, por meio da negação de direitos.

Ao analisar as experiências de acesso à justiça no Brasil, Boaventura de Sousa Santos³⁴ destaca o papel desempenhado pelas assessorias jurídicas populares; a atuação dos promotores legais populares e a capacitação jurídica de líderes comunitários. Assim, situa as ações de capacitação jurídica do cidadão dentre as práticas emancipadoras e alternativas, capazes de construir sociedades mais justas. Contra o desperdício do potencial revolucionário destas experiências que se verificam na sociedade, o autor problematiza ainda a necessidade de mudança paradigmática no campo do ensino do direito e da formação profissional, de forma a acolher esta manifestação emergente do fenômeno jurídico.

Tendo em vista as dificuldades de acesso à educação superior nas universidades públicas brasileiras, aqueles que chegam a se constituir enquanto estudantes universitários de direito devem estar atentos e dispostos a questionar os discursos tradicionais que estabelecem a hierarquia entre os saberes científico e popular. A atuação em atividades de extensão universitária em educação jurídica popular junto a comunidades e movimentos sociais possibilita aos estudantes a vivência de formação dialógica, capaz de conceber o direito enquanto processo histórico e plural. Assim,

32 FREIRE, 1987.

33 DEMO, 2004.

34 SANTOS, 2011.

findo o curso de graduação, haverá ventos favoráveis a que estes profissionais rejeitem o título de “operadores” do direito e aceitem o desafio de construção permanente, democrática e popular do fenômeno jurídico.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Moderna, 2006.
- BETTO, Frei. *O que é Comunidade Eclesial de Base*, São Paulo, Brasiliense, 1985.
- _____. *Desafios da Educação Popular*. São Paulo: CEPIS, 2000.
- BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em 30 maio. 2012.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n.º 9.394/1996*. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 30 mai. 2012.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos / Presidência da República. Ministério da Educação. Ministério da Justiça. UNESCO. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 30 mai. 2012.
- FÓRUM DE PRO REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS. *Plano nacional de extensão universitária*. Disponível em: < <http://www.renex.org.br/documentos/Colecao-Extensao-Universitaria/01-Plano-Nacional-Extensao/Plano-nacional-de-extensao-universitaria-editado.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2012.
- _____. *Indissociabilidade ensino – pesquisa – extensão e a flexibilização curricular: uma visão da extensão*. Porto Alegre: UFRG; Brasília: MEC/SESu, 2006. Disponível em: <<[http://www.renex.org.br/documentos/Colecao-ExtensaoUniversitaria/04Indissociabilidade e-Ensino-Pesquisa-Extensao/Indissociabilidade-e-Flexibilizacao.pdf](http://www.renex.org.br/documentos/Colecao-ExtensaoUniversitaria/04Indissociabilidade-Ensino-Pesquisa-Extensao/Indissociabilidade-e-Flexibilizacao.pdf)>>. Acesso em: 30 maio 2012.
- DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 1995.
- _____. *Universidade, aprendizagem e avaliação*. Porto Alegre: Mediação, 2004.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. *Educação com prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil: paradigmas, formação histórica e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. *O Acesso ao ensino fundamental no Brasil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. *Ensino: as abordagens do processo*. São Paulo: E.P.U., 1986.
- REDE NACIONAL DE EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR. *Carta de princípios da rede nacional*

- de educação jurídica popular*. Disponível em: < <http://rnejp.wordpress.com/>>. Acesso em: 30 mai. 2012.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “O ensino do direito, os sonhos e as utopias”. In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 15-33.
- _____. *Pensando o ensino do Direito no século XXI*. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2005.
- _____. *Planejando atividades de ensino para Cursos de Direito*. No prelo.
- SAMPAIO OLIVEIRA, Murilo Carvalho. *Serviço de Apoio Jurídico – Saju*: a práxis de um direito crítico. Monografia – Curso de graduação em direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2003.
- SANTOS, Boaventura de S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006.
- _____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Editora Cortez, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 mai. 2012.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, [et al.](org) *Introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília : CEAD, FUB, 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PARTE 4

TRABALHO,CAPITAL E DIREITO

Capítulo 31

LA VITALIDAD DEL MARXISMO PARA LA COMPRENSIÓN DE LA CULTURA NORMATIVA DEL PUEBLO HÑAHÑU

Alejandro Santiago Monzalvo¹

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo reflexionaremos sobre cómo desde el método marxista se visualiza como objeto de estudio a la cultura normativa del pueblo hñahñu, en tanto forma histórico-social determinada, y con ello, sostener las conexiones internas de categorías como el de normatividad y sistema normativo con los de modo de producción y formación social.² Si bien la cultura normativa del pueblo hñahñu constituye el objeto particular abstracto, queremos reflexionar sobre cómo despliega su realidad en tanto “objeto contingente constituido por la formación social específica”.

La elaboración racional que sugiere el marxismo para tejer este objeto contingente revela una actividad del pensamiento que suscita una relación dinámica subjetiva-objetiva-subjetiva que deja de lado la relación solamente subjetiva entre el sujeto y el objeto, pues aquél parte de la premisa de que las formas no son creadas, en cuanto a su contenido material, por el pensamiento,³ -incluso si las formas se remontan, en un principio, sobre elementos provenientes del dominio ideológico-, antes bien, se sustentan sobre elementos de lo propiamente real o material cuya sus-

1 Maestro en Ciencia Política y Estudios Latinoamericanos, Profesor en el departamento de derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, candidato a Doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

2 Dice Poulantzas que “El objeto del materialismo histórico es el estudio de las diversas estructuras y prácticas enlazadas y distintas (economía, política, ideológica), cuya combinación constituye un modo de producción y una formación social; pueden caracterizarse esas teorías como *teorías regionales*. El materialismo histórico comprende igualmente *teorías particulares*..., cuya legitimidad está fundada en la diversidad de las combinaciones de las estructuras y prácticas que definen modos de producción y formaciones sociales distintas. Cf. Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*. México, Siglo XXI, 1975, p. 1. Cursivas del autor.

3 “el mundo no es una simple exteriorización del espíritu, sino que tiene una existencia en sí, separada casi enteramente de la del espíritu.” Marx, Karl, *Diferencia de la filosofía de la naturaleza en Demócrito y en Epicuro*, Madrid, Ayuso, 1971.

tancia aprehende el conocimiento, en tanto expresa el modo de producción predominante de una formación social determinada.

En síntesis, se retoman las nociones científicas que el marxismo generó para el conocimiento de la sociedad capitalista hace más de un siglo, pero que siguen vigentes y muestran una vitalidad contemporánea, no sólo para dar cuenta del desarrollo de esta forma social en países como México, más aún, contienen una fuerza explicativa para aprehender la sustancia de formaciones sociales indígenas. Aquí vamos a centrarnos en exponer la vitalidad de análisis de este pensamiento para dar cuenta de la forma económica de comunidades agrarias indígenas con el objetivo de proponer elementos de conocimiento del sistema normativo hñähñu en la comunidad agrícola de Portezuelo. El contenido de los principios del marxismo en tanto método científico de conocimiento puesto al alcance de los estudios de la normatividad indígena que no centre necesariamente sus preocupaciones y análisis cultivando una interpretación de la realidad cargada de ritos y mitos etéreos que oculten la producción y reproducción del proceso de trabajo en las sociedades capitalistas.⁴

2. EL MÉTODO DEL MATERIALISMO DIALÉCTICO-HISTÓRICO.

El conocimiento del sistema normativo hñähñu los hemos planteado desde el concepto de “formación histórico-social” con la intención de relacionar conceptos

4 Citar antropólogos cieras. *a) Parler du modernisme en tant que tel, est une vaste et complexe tâche, étant donné le nombre d'auteurs de diverses spécialités se rattachant à ce courant de pensée. Tel n'est pas notre propos. C'est pourquoi nous aborderons le modernisme à partir de l'oeuvre d'un auteur spécifique, Daniel Bell, et de quelques uns de ses essais les plus importants écrits entre 1963 et 1976 réunis dans son ouvrage intitulé « Les contradictions culturelles du capitalisme » Coédité par CONACULTA et Alianza Editorial, México, 1989. Bien que le fait d'établir un dialogue autour du modernisme à travers la pensée d'un seul auteur puisse paraître limité, d'un point de vue théorique-méthodologique, les idées de Bell jouissent d'une grande reconnaissance, en raison de son érudition, dans le champ de la littérature et des sciences sociales en Amérique Latine. Dans ce sens, Bell a une caractéristique commune à celle des intellectuels qui considèrent dépassé ou inutile le marxisme en tant que méthode efficace d'analyse sociale. Mais critiquer le marxisme, dans quelque domaine que ce soit, dans le but de l'enrichir ou de le dépasser est une chose; et le critiquer pour légitimer l'existence du capitalisme en tant que mode de vie, dont la pierre angulaire est l'exploitation du processus du travail salarié par la bourgeoisie, la privatisation de la richesse par celle-ci et l'élargissement de ces deux processus à travers des fonctions de cohésion de l'Etat de classe, qui consistent en la domination idéologique et culturelle sur la société dans son ensemble, en est une autre. ******

como el de normatividad y sistema normativo con los de modo de producción y formación social.⁵

El objeto de estudio despliega su realidad en “el objeto contingente constituido por la formación social específica”, o sea la formación social histórica contemporánea. Su elaboración racional, plasmada en formas de pensamiento, refleja una objetividad que no le pertenece, más que como formalidad, en tanto actividad del pensamiento que suscita una relación dinámica subjetiva-objetiva-subjetiva que deja de lado la relación subjetiva entre el sujeto y el objeto, pues entendemos que las formas no son creadas, en cuanto a su contenido material, por el pensamiento.⁶

Al estudiar el sistema normativo histórico incorporamos elementos provenientes del dominio ideológico, a la vez que sobre elementos de lo propiamente real o material cuya sustancia aprehende el conocimiento, en tanto expresa el modo de producción predominante de una formación social determinada.⁷ En este sentido, la forma económica comunidad agrícola emergió como primera síntesis.

Ahora bien, si bien la materia prima del pensamiento son los conceptos que produce porque con ellos se construye el conocimiento de los objetos,⁸ la perspectiva del materialismo histórico que usamos aquí considera que los conocimientos

5 Dice Poulantzas que “El objeto del materialismo histórico es el estudio de las diversas estructuras y prácticas enlazadas y distintas (economía, política, ideológica), cuya combinación constituye un modo de producción y una formación social; pueden caracterizarse esas teorías como *teorías regionales*. El materialismo histórico comprende igualmente *teorías particulares*..., cuya legitimidad está fundada en la diversidad de las combinaciones de las estructuras y prácticas que definen modos de producción y formaciones sociales distintas. Cf. Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*. México, Siglo XXI, 1975, p. 1. Cursivas del autor.

6 “el mundo no es una simple exteriorización del espíritu, sino que tiene una existencia en sí, separada casi enteramente de la del espíritu.” Marx, Karl, *Diferencia de la filosofía de la naturaleza en Demócrito y en Epicuro*, Madrid, Ayuso, 1971.

7 “Una vez que se ha elegido a la realidad histórica como objeto de investigación, el método histórico se impone sobre sí mismo, ya que la realidad actual y la del pasado no pueden sino difícilmente ser disociadas la una de la otra.” Cf. Stucka, P. I., *La función revolucionaria del derecho y del estado*, Barcelona, ediciones península, 1969, p. 21.

8 Una posición fundamental del materialismo dialéctico histórico es la de “(...) 2) La primacía del ser sobre el pensamiento, de lo real sobre su conocimiento.” Que la unidad del proceso real y del proceso pensado se funda en su distinción. “Así, el trabajo teórico, cualquiera que sea el grado de su abstracción, es siempre un trabajo que se sustenta en los procesos reales. Sin embargo, ese trabajo que produce conocimientos se sitúa enteramente en el proceso de pensamiento: no hay conceptos más reales que otros.” Más aún. “El trabajo teórico parte de una *materia prima* compuesta no de lo real-concreto, sino ya de informaciones ya de nociones, etc., sobre ese real, y la trata *por medio de ciertos útiles* conceptuales, trabajo cuyo resultado es el *conocimiento* de un objeto.” Cf. Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales*... *Op. cit.* p. 3. Cursivas del autor.”

no brotan únicamente de un esquema cognoscitivo tradicionalmente filosófico entre conciencia y ser, entre idea y materia; sino además es parte igual de un trabajo teórico que expresa el conocimiento de una formación social, de donde derivan conceptos que explican su contenido, valiéndose del materialismo dialéctico.

Por éste, no hemos entendido solamente la filosofía del marxismo, pues de ser así se confundiría su contenido al suponer que aborda los temas clásicos de la filosofía. Por materialismo dialéctico entiendo, en cambio, *la teoría del conocimiento del marxismo*. Su temática se compone de la producción de conocimientos de una realidad social-natural contenida en toda formación, y no de conceptos y “leyes” generales.

No quiere decir con ello que no trate o se dedique a las cuestiones que la filosofía realiza, sino que no lo hace con la misma tónica. En todo caso, su sistematicidad obedece al objeto de una formación social históricamente determinada, y no al objeto de la filosofía clásica, cuyo eje es la libertad del sujeto-social.⁹ Se comprende que el materialismo dialéctico produce conocimientos de una realidad social-natural al caracterizar su funcionamiento, por tanto no es un saber derivado de conceptos y “leyes” generales de corte filosófico.

En resumidas cuentas, el materialismo histórico-dialéctico no puede marcarse únicamente por su aspecto materialista, pues podrían reivindicarse atributos burgueses a los individuos sociales de la comunidad agrícola hñähñu, habiéndolos entendido únicamente como aprehensores de los secretos materiales. Durante el trabajo de investigación empírica, si bien hablamos con gente del pueblo hñähñu en distintas localidades, intentamos percibirlos socialmente antes que tomarlos aisladamente, y evitar así a una objetividad capitalista que al llamar sujeto al individuo pretende separarlo de su relación directa con los medios de producción.

A todo esto, las personas hñähñu con quienes conversamos, son en verdad quienes han capturado la objetividad de esa materialidad reafirmando con ello el aspecto objetivo de la relación capitalista que los rodea, y que los concibe ideológicamente como individuo-sujeto para ocultar el hecho real de la separación del productor directo de sus medios de producción.

⁹ Dice Escamilla que los conceptos que hacen referencia a la relación de las instituciones de derecho público del Estado como soberanía, constitución, poder legislativo, representación, burocracia y sus relaciones con la propiedad privada y las clases sociales, estarían siendo pensados desde el esquema de “ser humano” y “alienación”. De alguna manera da respuesta a nuestros cuestionamientos consistentes en: ¿Qué el lugar del sujeto sea detentado por los individuos concretos-hombre genérico? Y que esto sea ¿la esencia de la sociedad? Ideología como fenómeno alienante. Cf. Escamilla Hernández, Jaime, *El concepto de derecho en el joven Marx*, México, UAM-Ediciones Armella, 1991.

Al contextualizar socialmente el sistema normativo de ese pueblo, se ha buscado analizar si la normatividad ahí generada ha logrado contraponerse al proceso de separación individuo/medios de producción, específicamente, respecto de la propiedad-posesión de la tierra.¹⁰ Cabe decir, de la tierra comunal y ejidal frente a un proceso que ha tendido hacia la propiedad individual y de ahí a la propiedad privada. Teniendo presente dichas cuestiones se pretende hacer énfasis en la normatividad, al aspecto ideológico que este proceso encierra, y de esa manera comprender el sistema normativo hñähñu y su relación con la normatividad estatal de corte capitalista.¹¹

Esta manera de concebir la relación sujeto-objeto o materia sobre conciencia supone la primacía del objetivismo capitalista sobre la conciencia de los individuos. Un compuesto de este estilo, al establecer una relación de formas sobre formas, resulta en un presupuesto general y constante que dirige toda actividad del intelecto. Con ello, no hubiéramos conseguido más que intercambiar dicho principio filosófico por el objeto particular, o trasladar lo general en calidad de particular, confundiéndonos por completo;¹² resultando que cuando el objeto de estudio se trate

10 En este punto, hay que notar cómo la normatividad de corte comunal generada en la comunidad de Portezuelo ha resistido, retardado a veces, el proceso de expropiación de los medios de producción, pero sin lograr detener la fuerza de la relación capitalista que avanza inexorable sobre la región, propiciando la disolución de las comunidades que aún quedan. Es de llamar la atención que hay disposiciones sobre la venta de la tierra que obligan al vendedor comunitario a priorizar la venta a los comunero, en el orden siguiente: parientes cercanos, vecinos, vecindados, y casi no se usa la venta a extraños a la comunidad. Aun así, ésta se produce.

11 Para el estudio de la normatividad, tenemos, por otro lado que “Del conjunto de la obra (de Marx) se desprende una teoría del derecho, pero no es más que una teoría metajurídica pues no construye ni describe el fenómeno jurídico.” Según el entendimiento de Stoyanovitch. Añade el autor, “Cuando se trata de explicar el derecho, queriendo encontrarle fuentes o causas, como a todo fenómeno, existencial o normativo, se puede ir lejos, sobrepasar el estudio de los hechos y remontarse a la metafísica.” p. 2. Previene más tarde el autor: “Tratando de dotar al derecho de un origen suprasensible, que varía según los autores, las épocas y los lugares, quieren incluirlo en un universo que expresa, casi siempre, una determinada concepción del mundo.” Dice el autor que esto hace el filósofo del derecho, pero no Marx. No se trata de una visión metafísica, antes bien, anti metafísica, en términos de Stoyanovitch, “Marx sustituirá el concepto de idea absoluta... por el de lo real, antehistórico y poshistórico o histórico, y habrá que dar la vuelta a la lógica dialéctica hegeliana, después de haber estado puesta al revés.” p. 3. Sostiene el autor, a manera de consigna: “no a las causas primeras del derecho o a los fundamentos metafísicos.” Cf. Stoyanovitch, Konstantin, *El pensamiento marxista y el derecho*, Madrid, Siglo XXI, 1981.

12 Anota Escamilla a este respecto, “el hecho que sirve de punto de partida no es concebido como tal sino como resultado místico: se cambia lo real por una determinación ideal, de modo que el órgano del conocer se convierte en la lógica y en la ciencia del objeto.” Escamilla Hernández, Jaime, *El concepto de derecho... Op. Cit.*, p. 25. Este autor dice que Althusser dice que Marx rompió

de una formación social, de una combinación económica, únicamente se evocaría el principio emanado del presupuesto general.

3. LA CUESTIÓN SUBJETIVA

*“Lo ideal no es sino lo material traspuesto y traducido en la mente humana”*¹³
Esta aseveración hecha por Marx refuta a Hegel cuando éste afirma que “todo lo racional es real y todo lo real es racional”;¹⁴ planteamos que es en la realidad comprendida en la relación social y natural del individuo donde se producen leyes que determinan su voluntad. Cerrioni, haciendo eco a Marx desarrolla la siguiente idea: la sociedad de un agregado de hombres lo determina su naturalidad y materialidad. Considerando esto, es posible especificar el tipo de relación humana, dado que la vida física espiritual del hombre está ligada con la naturaleza, donde el hombre es, por esto, una parte de ella.¹⁵

Ahora bien, ¿Por qué el materialismo marxista no es un positivismo? Este materialismo es aplicable a cualquier objeto de estudio, -podría ser incluso utilizado para estudiar a la Moral como refiere Cerroni-, por la razón de ser un método o

con los conceptos de esencia humana, alienación y trabajo enajenado, para ello usa la categoría de “corte epistemológico”. Esto sería si hay ruptura. Pero para Della Volpe, no hay tal, antes bien que Marx hizo la crítica metodológica a la dialéctica idealista y apriorística de Hegel, y que la recuperó como una introducción epistemológica para la resolución crítica de la filosofía de la ciencia social.

13 “El hombre, que buscando en la realidad fantástica del cielo un superhombre sólo ha encontrado el reflejo de sí mismo, no se sentirá ya inclinado a encontrar solamente la apariencia de sí mismo, el no-hombre, cuando lo que busca y debe necesariamente buscar es su verdadera realidad.” Cf. Marx, Karl, “Contribución a la crítica de la filosofía del derecho de Hegel”, en Jaramillo, Rubén (editor), *Escritos de juventud sobre el derecho. Textos 1837-1847*, Barcelona, Antropos editorial, 2008. p. 95.

14 Al contrario de la indicación hegeliana, para entender la realidad plural normativa en la llamada nación mexicana, “Su futuro no puede limitarse ni a la negación directa de la condición jurídica real de su Estado ni a la realización inmediata de las condiciones ideales, de su Estado y de su derecho, y a que la negación inmediata de sus condiciones reales las posee ya en sus condiciones ideales...” *Ibidem*, p. 101. Por su parte, dice Stucka, “La dialéctica hegeliana se enfrentaba con una materia prima conceptual, elaborada y ya transformada por el espíritu, mientras que el materialismo dialéctico se enfrentaba, por lo menos en apariencia, con una materia prima en bruto, tal como parece presentarse, sin ninguna elaboración ni transformación previa, en el mundo sensible.” Cf. Stucka, P. I., *La función revolucionaria del derecho y del estado... Op. Cit.*, p. 31.

15 Cf. “La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del derecho público”, pp. 17-48, en Cerroni, Umberto, *et. al., Marx, el derecho y el Estado*, Barcelona, Oikos-Tau, 1969.

instrumento de estudio; al explicar sobre la relación entre la síntesis y la crítica, de ahí que en su procedimiento no hay teorías sino ideas/hipótesis o lo que finalmente se conoce como dialéctica. Luego, en dicho procedimiento en que la síntesis está sujeta a la crítica lo que se pretende es construir saber, mas no mostrarse como un saber, y todo ello, a partir de la función de lo que se estudia.

En este sentido, podemos anotar, siguiendo a Cerrioni¹⁶, que el marxismo, para el estudio del derecho, reconoce dos elementos metodológicos de primero plano:

- la crítica del apriorismo como crítica de la reproducción subrepticia y no mediada de la empiricidad, y
- la formulación de la tesis de una mediación científica de lo particular y lo sensible para la fundamentación de la ciencia positiva¹⁷ de la sociedad.

De esta manera, entendimos aquí al materialismo dialéctico-histórico como metodología a fin de abstraer de un objeto de estudio la esencia que le ha dado razón de ser al relacionar lo social a la naturaleza, conformando, con esto, una sola ciencia. En efecto, se concibe el movimiento social como un proceso de historia natural, regido por leyes que no sólo son independientes de la voluntad, la conciencia y la intención de los hombres, sino que, por el contrario, determinan su querer, conciencia e intenciones. Por su parte, Cerrioni, en la obra citada explica sobre la importancia de considerar la cuestión natural y lo social en los siguientes términos: “si en la relación con la naturaleza no está comprendido lo social se abandonarían la relación histórica social y así mismo se espiritualizaría (planteamiento Hegeliano) e impediría el conocimiento de un objeto histórico –natural específico. Por tanto se caería en la repetición de la absorción acrítica de la realidad trascendida como contenido de la abstracción a priori, es decir, el fundamento se encontraría en el ejercicio de la razón pura y no de la experiencia”¹⁸.

Lo que interesa apuntar en este momento es que la sociedad era expresión humana de lo material mismo. Concluimos en que las leyes del desarrollo social consisten en lo siguiente: por un lado, la creencia en la identidad sustantiva entre objeto-sujeto, naturaleza-conciencia social, y con ello el resultado de conceptos nuevos que se extraen mediante la función del materialismo dialéctico.

Es verdad que lo real y las leyes naturales quedan definidas por la existencia física, pero sucede también que lo real se presenta como si sus leyes naturales fueran

16 *Ibidem*, p. 17

17 Entendida la positividad, como cristalización de la concreción.

18 *Ibidem*, p. 19 y ss.

tan inmutables y permanentes, por lo que habría que considerar que si así fuera, estaríamos siempre hablando de una estructura económica capitalista inmanente a una sola renta de la tierra o de un solo sistema normativo, como si se tratara de una constante natural en las diferentes formaciones sociales en la era del capital. Nada por el estilo. Marx, coloca dos contenidos sustancialmente diferentes en la relación cognoscitiva del sujeto-objeto. El primer término (sujeto), que había perdurado miles de años en su aspecto *subjetivo-individual*, es cambiado por el *agente social* integrante de una formación histórico-social-natural determinada. El segundo término (objeto), secularmente también captado como naturaleza in-humana, o naturaleza humana-subjetiva, es cambiado por una *formación social determinada*, en donde la naturaleza forma parte de un proceso de trabajo o modo de producción determinado.

Como resultado de esta relación, desde el punto de vista cognoscitivo, se obtiene el conocimiento que expresa esa producción social, es decir, su génesis y desarrollo histórico-conceptual. Marx va más allá, pues para él no basta con que la investigación científica comprenda o parta de estos dos requisitos, exige que éstos comprendan y partan del conocimiento del régimen capitalista de producción. Por ello, en el capítulo primero hemos intentado definir primero a la formación mexicana antes de entrar a la forma comuna agrícola que creemos hallar en el Portezuelo hñähñu.¹⁹

4. LO CONCRETO²⁰ DE LA FORMACIÓN HISTÓRICA HÑÄHÑU

Para la elaboración de la investigación entendimos entonces que este método privilegia un objeto de estudio, que es la organización histórica de la producción capitalista en la formación social mexicana. Esa organización nos dice no sólo qué

19 "...la resolución crítica del problema del estado-sociedad, no se plantea para Marx como una investigación sobre la sociedad en general, esto es, sobre la idea de la sociedad, antepuesta a la idea del Estado, sino como una investigación de una determinada estructura material de la sociedad, a la que hay que investigar y conocer." Cf. Escamilla Hernández, Jaime, *El concepto de derecho en el joven Marx... Op. Cit.*, p. 24.

20 "...la necesidad de realizar comparaciones del curso histórico de sociedades particulares con otras para producir sintéticamente generalizaciones teóricas; pero en todo caso, lo que prevalece es la comprensión de la historia real-esencial de cada sociedad y la generalización es sólo síntesis comprensiva de ese devenir concreto." Cf. García Linera, Álvaro, *Forma valor y forma comunidad. Aproximación teórica-abstracta a los fundamentos civilizatorios que preceden al Ayllu Universal*. La Paz, Colección CLACSO. Coediciones CLACSO-Muela del diablo-Comuna. 2009. Disponible <<<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/garcial/01intro.pdf>>>, p. 235.

produce principalmente una sociedad, sino cómo lo hace, es decir, las relaciones sociales²¹ y las fuerzas productivas que conforman un proceso de trabajo determinado. Este tipo de producción no excluye ningún conjunto de relaciones sociales (no se limita a las relaciones económicas) sino que los estudia como partes estructuradas-estructurantes de ese régimen de producción. Dentro de las formas de producción “la burguesa es la más compleja y desarrollada”, por eso sus “categorías” permiten “comprender la organización y las relaciones de producción de todas las formas de sociedad pasadas”.²²

Este es el momento indicado para comprender por qué la producción hñähñu contemporánea también se descifra a través de las categorías estudiadas por Marx. A nivel de forma de producción, la producción capitalista es más desarrollada que la hñähñu, a pesar de que históricamente es poco el tiempo que las separa, desarrollándose luego conjuntamente cuando la primera subsume a la segunda. Sin embargo, es imprescindible conocer primero la forma de producción de la formación social mexicana —como capitalista no íntegra según lo anotado en el capítulo primero— para establecer el contenido de la hñähñu. Era necesario saber qué es el valor, el plus trabajo, con el capitalismo, para luego comprobarlos y observar si en sociedades contemporáneas a éste muestran también ese desarrollo. En la medida que esas categorías no presentan similar desenvolvimiento en esta comunidad hñähñu, su diferencia sustancial nos ha servido para constatar la especificidad de su producción, que hemos anotado dentro de la forma general comunidad agrícola.

No obstante, existe una interacción entre las dos formas, a tal punto que Portezuelo se halla “al borde” de devenir más bien una comunidad donde las relaciones comunitarias, están siendo sometidas a la fuerza dominante de la forma capitalista, logrando, cada vez más, sustituir la forma comunitaria por una donde la economía mercantil condiciona las relaciones sociales. Es significativo que las conversaciones con lo habitantes, sobre todo quienes habían regresado a la comunidad luego de haber migrado al norte, prefieren iniciar “proyectos productivos” rentables.

21 Cf. Stucka, P. I., *La función revolucionaria del derecho y del estado*, Barcelona, ediciones península, 1969. Especialmente el apartado “El derecho como sistema de relaciones sociales”, pp. 97-120.

22 “La sociedad burguesa es la más compleja y desarrollada organización histórica de la producción. Las categorías que expresan sus condiciones y la comprensión de su organización permiten al mismo tiempo comprender la organización y las relaciones de producción de todas las formas de sociedades pasadas...La anatomía del hombre es la clave para la anatomía del mono...La economía burguesa suministra así la clave de la economía antigua, etc. Pero no ciertamente al modo de los economistas, que cancelan todas las diferencias históricas y ven la forma burguesa en todas las formas de sociedad. Marx, Karl, *Introducción general a la crítica de la economía política (1857)*, México, Siglo XXI, p. 62-63.

Para este capítulo es fundamental establecer que lo que importa saber en el desarrollo de sociedades contemporáneas a las capitalistas no es si lo hacen históricamente igual o parecido a éstas, sino saber si contienen o no el desarrollo histórico-formal de esas mismas categorías. La sociedad hñähñu no expresa una historia distinta de esas categorías, sino una historia cuya comprensión la sintetiza sus categorías propias, inteligibles con ayuda de aquéllas.

La categoría o concreto del pensamiento es indispensable para el conocimiento de lo real mismo, “el método que consiste de elevarse de lo abstracto a lo concreto es para el pensamiento sólo la manera de apropiarse lo concreto, de reproducirlo como un concreto espiritual. Pero esto no es de ningún modo el proceso de formación de lo concreto mismo.”²³

La formación social de Portezuelo es la totalidad que contiene el objeto de estudio *sistema normativo hñähñu*, pero no agota su contenido allí sino hasta que, en la articulación con la teoría general hallamos las regiones, niveles, instancias que revelan aquello que Marx nombró como la “unidad de múltiples determinaciones” al interior de una formación social. El conocimiento de nuestro objeto de estudio ha requerido de un doble requisito teórico: el de su conocimiento científico relacionado con el régimen de producción, y el de su conocimiento en cuanto sistema jurídico. La forma económica y la forma jurídica de la nación mexicana y de la comunidad hñähñu de Portezuelo han encontrado en este proceso de aprehensión el orden lógico para sintetizar ambas, yendo de la forma más desarrollada a la menos desarrollada, por eso, “...cada totalidad relevante es apenas una particularidad de una totalidad más vasta pero que debe estar contenida en cada particularidad como irresistibilidad comprometida de devenir.”²⁴

5. EL FENÓMENO JURÍDICO Y SU EXPLICACIÓN MARXISTA

Anotemos en este apartado la ubicación de lo jurídico como región de conocimiento en relación con las estructuras del régimen capitalista. Para definir lo jurídico debemos remontarnos al entendimiento de lo político, en tanto que se trata del estudio del régimen de producción capitalista, cuya función primordial consiste en “cohesionar” las instancias de lo político, lo económico, etc., de dicho modo en una formación social. En este sentido, se advierte a lo jurídico como una región de

23 Marx, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*, México, Siglo XXI. 1987. p. 57

24 *Ibidem*

la instancia política que concibe la cohesión como control social.²⁵ El estudio de lo jurídico refiere a la ciencia del derecho, que sin embargo denota además un objeto de estudio de mayor abstracción: el estudio del Estado²⁶. El estudio del derecho se refiere a la actividad práctica de lo jurídico; y el estudio del Estado a la actitud teórica de lo jurídico. En un primer momento, el pensamiento marxista vincula el estudio del derecho como exteriorización u objetivación de la legalidad estatal.

Un autor como Stoyanovitch²⁷ sostiene que en verdad no cabe hablar de una distinción entre derecho y Estado como nociones, pues se está, en verdad, frente a dos realidades idénticas y simultáneas. “Se componen de dos elementos constitutivos, de un mandato de hacer o de no hacer, y de una sanción material que aparece cuando no se observa el mandato”. Este autor establece que realmente que se trata de dos términos sinónimos para designar el mismo fenómeno²⁸. Resultaría una abstracción distinguirlas.²⁹ De ahí que pueda decirse que el derecho y el Estado tienen una fuente material y formal común, y que se manifiestan al mismo tiempo. Sin embargo, ¿puede realmente afirmarse que son idénticos dadas esas circunstancias? Dice el autor: “no, ciertamente. Pueden tener el mismo objetivo a alcanzar y ser, no obstante diferentes

25 Cabe añadir que la política la entendemos como la lucha de clases que tiene como objetivo la conservación o transformación de la unidad de una formación social a través de la conquista del Estado. Cf. Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales...* Op. cit. Si recurrimos consistentemente a este autor es porque, consideramos que a lo largo de su obra está la mejor sistematización marxista de la política. Véase la sección denominada “El Estado capitalista y el campo de la lucha de clases”, pp. 358-386.

26 “La finitud de la sociedad, aun reconocida como dato, se convierte en finitud de la idea de Estado, despreciando en la construcción precisamente aquella especificidad suya que la estructuraba...” Cf. Escamilla Hernández, Jaime, *El concepto de derecho en el joven Marx...* Op. Cit. p. 24.

27 Stoyanovitch, Konstantin, *El pensamiento marxista y el derecho...* Op. Cit.

28 “...allí donde se encuentra una sociedad dividida en clases y por lo tanto una clase dominante, se encuentra automáticamente un derecho y un Estado, y viceversa, allí donde la sociedad se presenta como un todo unido e indiviso y por consiguiente, donde no se ve clase dominante, el derecho y el Estado faltan totalmente.” *Ibidem*, p. 63.

29 “Por consiguiente, si rechazan todo orden cronológico, rechazan igualmente todo orden jerárquico; ninguno de ellos es superior o inferior al otro. Esta última comprobación tiene una importancia capital ya que, contrariamente a la ciencia jurídica tradicional, que discute el problema de las relaciones entre el derecho y el Estado y admite como establecida la distinción jerárquica ente uno y otro...la controversia entre la doctrina del *Polizeistaat* y la del *Rechtsstaat* es un absurdo sociológico y jurídico. ¿cómo puede en efecto el Estado reinar sobre el derecho o el derecho reinar sobre el Estado, puesto que el Estado y el derecho son nombres que se dan al mismo objeto? *Ibid.*

de naturaleza.” Por lo que, “para demostrar su identidad no basta entonces con invocar su fuente común; es menester recurrir a un análisis del contenido de cada uno.”³⁰

En todo caso, lo común que ambas nociones refieren, consiste en que si “...una regla de conducta humana que no está garantizada por una fuerza material en caso de desobediencia, no es una regla de derecho.” Es decir, el Estado entra ya como elemento constitutivo en la noción de derecho. Entonces, ¿qué es el Estado? Dice Stoyanovitch que es “Un conjunto de órganos del poder que, dentro de los límites de sus competencias respectivas dictan el derecho y aseguran su respeto, (...) a la manera prescrita por el propio derecho (...) el Estado no existe más que para formular el derecho, al mismo tiempo que es creado y movido por éste (...) el derecho y el Estado no pueden ser parte sino de un todo.”

La ciencia del derecho llama a este todo “orden jurídico”, pero se le puede llamar indiferentemente derecho o Estado. Ahora bien, el derecho puede tener dos dimensiones, una referente a las maneras de establecerlo, y la otra, diversos métodos de interpretación. El entendimiento del derecho considera a estas dimensiones “la expresión formal de la voluntad y del interés de la clase dominante”, así como “la expresión directa de las relaciones sociales antagónicas.”

Por su parte, un autor como Poulantzas,³¹ sobre la especificidad de lo jurídico, considera necesario comenzar a analizar la región en general y su articulación dialéctica con la determinación histórica de un determinado derecho o Estado (...) situado en el tiempo y en el espacio.³² Él identifica dos tendencias principales relativas a la concepción del nivel jurídico y estatal como parte de lo que llama sobreestructura. Una primera –dice-, elaborada por Reisner y Vichinsky, “considera el derecho como conjunto de normas promulgadas por el Estado, que se refieren a la explotación de las clases oprimidas por la clase dominante, cuya voluntad-poder está constituida por el Estado.”³³

Una segunda tendencia, tomada de Stucka y Pashukanis, “Considera el derecho como sistema u orden de relaciones sociales mantenido por el Estado, y que corresponde, para el primero de ellos, a los intereses de la clase dominante, y para el segundo, más particularmente a las relaciones entre poseedores de mercancías.”³⁴

30 *Ibidem* p. 65.

31 *Cf.* Poulantzas, Nicos, “El examen marxista del Estado y del Derecho actuales y la cuestión de la alternatividad”, pp. 77-106, en Cerroni, Umberto, *et. al.*, *Marx, el derecho y el Estado*, Barcelona, Oikos-Tau, 1969.

32 *Ibidem*, p. 77-78.

33 *Ibidem* p. 78.

34 *Ibid.*

¿En qué medida han captado estas posturas el sentido de la vinculación de la sobreestructura jurídica con el Estado? La primera de las tendencias indica que al entender al derecho como “un conjunto de normas o reglas de conducta”, de corte estatal, se reduce el planteamiento a “objetos normativos”, separados de los valores concretos que representa. Dice, “...todo universo de normas presupone una cristalización de valores, en función de los cuales se estructura la jerarquía normativa. El carácter particular de estos valores como campos de la sobreestructura constituyen un conjunto normativo (...) reside precisamente en el hecho de que expresan el deber-ser social.”³⁵ Agrega Poulantzas para esta primera postura, no se trata de plantear que el derecho y el Estado encarnan la voluntad de la clase que detenta el poder, sino de comprender cómo y por qué un determinado modo de producción, al engendrar semejante lucha de clases, cristaliza en estas normas jurídicas y estas formas de Estado, y no es otras.³⁶

Recuperamos de estas primeras reflexiones que la condición de existencia de una regla o institución del nivel jurídico estatal se halla en los valores históricos que, en el contexto de la cultura hñãhñu, se expresan en su normatividad. Ampliamos, de este modo, la comprensión de los sistemas normativos al relacionar directamente la sobreestructura con el ser social o materialidad contenida en el modo de producción; al incluir “la relación de significante a significado o de lenguaje a realidad,” ha sido determinante y significativa en términos del deber-ser y ser y su combinatoria en la cultura hñãhñu para avizorar su amplia “relación de totalidad dialéctica.” Dejemos que el propio Poulantzas diga esto de mejor manera:

El proceso de génesis de los valores históricos constituye el mediador entre la base económica y sus sobreestructuras, pues esta base, comprendida también como “práctica”, como necesidades y objetivaciones que se estructuran —en el interior de esa relación entre dialéctica en la naturaleza y dialéctica en la historia que es la praxis— en el modo de producción, implica ya un esbozo de posibilidad y de legitimación, una génesis de valores; esta génesis permite el paso dialéctico axiológico, en el interior de una totalización-praxis, de la economía a la lucha de clases y, de ahí, a los sistemas normativos.³⁷

35 “Estos campos se hallan...estructurados genéticamente, y deben ser captados metodológicamente en función de valores históricos concretos que encarnan, los cuales, a su vez, han sido engendrados a partir de la base.” *Ibid.*

36 *Ibidem* p. 80

37 *Ibidem* p. 81

Sobre la postura segunda, que concibe al derecho y al Estado como “un orden o sistema de relaciones sociales”, que se establecen entre “poseedores de mercancías”, el autor sugiere comenzar cuestionando la “autonomía relativa”, pues dice, “las clases sociales se definen fundamentalmente según su posición por relación a la propiedad de los medios de producción.” De donde hemos entendido un deber de considerar, que para investigar sobre la normatividad en una sociedad indígena contemporánea, hay que tener en cuenta que ésta no solamente corresponde a la situación económica en general y es expresión suya, sino que además tendría que ser una expresión coherente de sí misma, que no se niega a sí misma por contradicciones internas. De otra manera, podría llegarse fácilmente a la creencia de que el Estado es un “ente de neutralidad”, en la medida en que se advierte como productor –y garante– de normas e instituciones cuya sistematicidad adjudica formal jerarquía a los órganos estatales, a través de idear procedimientos que dan paso, en realidad, a una relación de subordinación revestida en “reglas formales de competencia, y por la mediación lógica normativa de la delegación de poder.” En palabras del autor:

El universo jurídico aparece así como una jerarquía normativa (lógico-formal) de reglas y de instituciones, en el que toda norma reviste, en su estancamiento reificado frente a su sustrato, la forma-función de aplicación de otra norma lógica y normativamente superior –más abstracta, general y formal, que tiene, pues, un papel más fundamental en la sistematización reglamentarizada–; toda norma es *jurídicamente* válida por ser imputable, en el interior del sistema-circuito cerrado, a la norma superior; ésta se presenta, a su vez, como la validación jurídica de las normas de grado inferior, más concretas, particulares y materiales.³⁸

6. LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS

Queremos cerrar este capítulo anotando elementos de definición del sistema normativo indígena. Sabemos ahora que al ser el derecho una manifestación de la combinación económica, prácticamente toda sociedad genera normatividad. ¿Por qué el sistema jurídico estatal es jurídico y el sistema indígena no lo es? ¿Qué hace jurídicas a algunas normas?, ¿Por qué un sistema de normas es jurídico y otros no? Dice Correas que “sistema jurídico” es una manera de hablar que deviene ideología, pues “Un grupo de normas constituye un “sistema” u “orden” normativo porque, al ser reconocidas como normas válidas, son atribuidas al mismo grupo normativo (...)

38 *Ibidem* p. 95

Precisamente, “sistematizar”... quiere decir presentar las normas *como si* constituyeran un sistema”.³⁹ El autor entiende que los sistemas normativos son procesos discursivos históricamente situados y su existencia se remite al *hecho* de que sus normas sean efectivas, o no.

Si no lo son, constituyen un *intento* de alguien de ejercer el poder sobre ciertos individuos, en un territorio y en un tiempo preciso. Si, en cambio, las normas son efectivas, al menos en cierto grado, debe decirse que existe “alguien” que consigue ejercer su poder sobre ciertos individuos, en cierto territorio, y en cierto tramo de la historia. Esto quiere decir que los sistemas normativos son *reales*. Existen porque *en la realidad* alguien consigue que otros produzcan ciertas conductas y no otras...⁴⁰

Entonces, ¿los sistemas normativos disponen de ciertas *normas de reconocimiento* que permitan a sus usuarios decir cuáles son las normas que “pertenecen” al mismo? El autor sostiene que “No son los sistemas los que disponen de tales normas: son los actores sociales los que disponen, y usan, ciertas normas que permiten decir que ciertas otras normas pertenecen al sistema.” En el capítulo que da cuenta sobre el sistema normativo hñähñu hemos tratado de desentrañar cuál es el sentido de pertenencia de la oralidad de este pueblo para que la normatividad se cumpla, encontrando que es la figura de la *t’ot’amfeni* (o pertenencia) la que orienta dicho cumplimiento, sobre la base de lograr la satisfacción de las necesidades básicas, que mueve a acciones comunitarias cargadas de reciprocidad, solidaridad y ayuda mutua, y que refuerzan el sentido de pertenencia entre los habitantes de Portezuelo. La *munts’a jä’i* es generadora de esta *t’ot’amfeni* que indica situación de pertenencia que adquiere el comunero hñähñu en Portezuelo fundado en la propiedad, donde, al actuar en conjunto se considera que el logro o los resultados de ese actuar colectivo *pertenecen* al conjunto, pero que de manera individual puede tenerse la certeza que será en beneficio propio⁴¹. De tal manera que ambas nociones, aún vigentes en las relaciones normativas de la localidad que nos ocupa, hacen parte de la cultura normativa del lugar.

39 Correas, Oscar, CORREAS, Oscar (Coord.), *Derecho indígena mexicano I...Op. cit.* p. 30

40 *Ibidem*, p. 31

41 Los habitantes del Portezuelo consideran una obligación que los nuevos residentes de la localidad paguen una cuota por el asentamiento, por el esfuerzo hecho comunitariamente por los servicios. El pago puede consistir en trabajo comunitario o el pago de hasta 50 mil pesos. Percibimos también que los habitantes tienen una visión positiva del desarrollo comunitario –visualizado en servicios- que ha tenido lugar a lo largo de la última década. Incluso, algunos se han planteado la posibilidad de que su estatus político sea el de un Municipio.

Tenemos entonces que las normas, todas, tienen un aspecto enunciativo que refleja un hecho real, esta oralidad encontrada entre los hñähñu “modalizan deónticamente” la descripción de la conducta, y amenazan con una sanción, propiciando directamente su cumplimiento, o bien su desatención. Ambas realidades están presentes en la comunidad estudiada, pero puede decirme que en general, la normatividad hñähñu, de características orales, se cumple, de acuerdo a lo anotado para la *t’ot’amfeni*.

Con esto, se ve una vez más la necesidad de construir conocimiento jurídico, a partir de la Teoría General del Derecho,⁴² pero desde la forma económica propia de las comunidades indígenas de la formación social mexicana, además de la especificidad étnica que la lengua originaria implica.

Estudiar la variedad de normas desde este planteamiento indica que las normas son producidas por muy diversos “actores sociales”, lo que da paso a entender el fenómeno jurídico en este país caracterizado por un pluralismo normativo. Mientras las normatividades subsistan y se enfrenten, nos encontramos en este caso. Dice Correas:

...existe pluralismo normativo, cuando, puede detectarse la existencia de al menos dos sistemas normativos que exigen obediencia al mismo tiempo, en el mismo espacio y a los mismos individuos. O bien: pluralismo normativo es un fenómeno social que consiste en la existencia simultánea de dos o más sistemas de normas, dirigidas a los mismos individuos ubicados en idéntico territorio.⁴³

En decir, cuando hablamos de pluralismo normativo entendemos que existen norma que, perteneciendo a dos sistemas distintos, tienen el mismo ámbito personal, territorial y temporal de validez. Eso sucede con las normas que la comunidad de Portezuelo se ha dado, que comparten los mismos ámbitos de validez que la ley estatal. Generalmente, es la norma de Portezuelo la que prevalece. Correas lo plantea de la manera siguiente: “Diremos que existen *sistemas normativos alternativos*, cuando, existiendo al menos dos sistemas normativos con el mismo ámbito de validez perso-

42 CORREAS, Oscar (Coord.), *Derecho indígena mexicano I*, México, UNAM-Ed. Coyoacán, 2007. También véase, Rolando Tamayo Salmonrán, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis. Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica*, México, UNAM-Ediciones Coyoacán, 2005, y del mismo autor, *Teoría del derecho*, México, Fontamara, 2004. Para la idea de sistematicidad, H. L. A., Hart, *El concepto de derecho*, BA., 1995.

43 CORREAS, Oscar (Coord.), *Derecho indígena mexicano I*, México, UNAM-Ed. Coyoacán, 2007, p. 60

nal, territorial y temporal, *uno de ellos tiene al menos una norma que pone como obligatoria una conducta que el otro pone como prohibida.*⁴⁴

En resumen, podemos decir que el “mundo indígena” dispone de normas y son vistas por los mismos pueblos como sistema. Que reconoce el uso de normas fundamentales, de constituciones que establecen cómo se ha de crear y quiénes han de crear las normas. ¿Entonces qué diferencia del sistema normativo estatal? La oralidad y la escritura marcarían la diferencia, pero sólo si se las ve como fuentes de derecho.

En este sentido, sabemos que la comunidad hñähñu en Portezuelo crea normas protectoras de la subsistencia de estos tres rasgos: familia ampliada, ausencia de propiedad privada sobre la tierra y producción para el consumo,⁴⁵ tal como hemos anotado en el capítulo precedente, donde anotamos que la figura normativa de la Asamblea, designa una reunión de la mayor parte de los comuneros, y se convierte en la autoridad máxima que puede resolver sobre todo, incluida la tenencia de la tierra, de acuerdo a un orden de prelación interno. No obstante, de acuerdo a la *t’ot’amfeni* la pertenencia a la comunidad no la determina la Asamblea, sino la familia.

7. CONCLUSIONES

En la comunidad hñähñu de Portezuelo se usa la expresión *Xa nzüi ge...*, (es costumbre que...), esta expresión indica la regla de reconocimiento y validez jurídica que dan cuenta de los fundamentos de sus sistema normativo, y denota la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente.⁴⁶ Dicha

44 *Ibidem* p. 61. *La alternatividad jurídica* ofrece un instrumento lingüístico apropiado para pensar la existencia de varios sistemas normativos existentes en el mismo espacio, al mismo tiempo y para los mismos individuos.

45 Anota Correas, “Por “familia ampliada” entendemos aquí una forma de parentesco que no se reduce a los padres y a los hijos...sino que se extiende a los abuelos, tíos, primos y sobrinos... Esta organización familiar cuenta con un patriarca o una matriarca, y diversas formas de generar el consenso entre sus miembros. “Por “ausencia de propiedad privada de la tierra”, entendemos... que la tierra, perteneciendo en primer lugar a la familia, quien la controla bajo la supervisión de la comunidad, no puede “salir” del control de la familia y la comunidad. Esto es, no puede ser *vendida*. Por tanto, no es una *mercancía*. Y en la mayor parte de las comunidades ni siquiera es considerada una cosa.” *Ibidem*, p. 72. Concluye que “...lo que define...a las comunidades y a los pueblos, es la existencia, o no, de familia ampliada, y a la inexistencia, o no, de propiedad privada sobre la tierra de labor, y la existencia, o no, no para el cambio, para el comercio, sino para el consumo de los mismos productores.” p 73.

46 “Se dice que algunas de las perplejidades vinculadas con la idea de validez jurídica se refieren a la relación entre la validez y la eficacia del derecho. Si con “eficacia” se quiere aducir al hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobe-

expresión manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento, y sin anunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema. Se da lo que Hart estudió como regla interna de reconocimiento.⁴⁷

De esta manera, hemos anotado los referentes metodológicos que nos han permitido la configuración del objeto formal, al recuperar, construir y desarrollar los conceptos referentes a dilucidar sobre la naturaleza del derecho hñähñu, con la pretensión de exponer su ubicación dentro del conjunto de la estructura jurídica estatal.

A lo largo de los dos capítulos precedentes hemos planteado los elementos de la forma económica llamada comunidad agrícola encontrada en Portezuelo, y los referentes metodológicos que nos han llevado a entender la normatividad que allí se produce. La concepción de la ciencia de derecho de la que partimos aquí pretende la exposición exhaustiva de la relación de ambas regiones del conocimiento para explicación de lo jurídico. En este sentido, la tarea teórica a recuperar en este trabajo consiste en concebir como un *todo* la realidad hñähñu en Portezuelo partiendo de elementos simples hacia los abstractos. ¿Hasta qué punto el sistema de derecho vigente en la nación mexicana ha incorporado las relaciones sociales hñähñus manifiestas en prácticas que no son comprendidas por el sistema de derecho que opera en México? ¿Qué lugar conceptual se han asignado a estas fuentes del derecho dentro del orden jurídico mexicano?⁴⁸

A lo largo de la investigación tratamos estas estas interrogantes, dando cuenta de los argumentos que la ideología dominante ha preparado para oscurecer, con el brebaje de la ideología liberal, la presencia de los pueblos indígenas en México, retardando con ello, el reconocimiento de los derechos colectivos de esas comunidades, y teóricamente, negar el pluralismo jurídico realmente existente en estas latitudes con el discurso jurídico de una nación mexicana que se construye única e indivisible a pesar de nombrarse plural. Por razones de espacio, ahora solo nos hemos ocupado de pensar la salud contemporánea del método de Marx.

decida, resulta obvio que no hay una conexión necesaria entre la validez de una regla particular y su eficacia...” H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, México, Editora nacional, p. 129.

47 Desde el punto de vista externo, puede decirse, “ En Portezuelo reconocen como derecho”, “porque es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.” *Ibidem*, p. 128, además, “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema.” p. 129.

48 ¿Es distinta la normatividad que se desprende entre los hñähñu de Portezuelo de la normatividad del estado mexicano? ¿Qué tipo de relación se establece entre la normatividad de la localidad y la de los distintos niveles del gobierno de la llamada “legalidad estatal”?

Capítulo 32

LA RECUPERACIÓN DEL PODER - HACER, ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL POSIBLE DERECHO DEL TRABAJO

Eduardo Manuel Méndez Sánchez¹

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se discute acerca de la importancia, vigencia y profundización de los derechos de los trabajadores o derechos laborales en el tiempo de la globalización neoliberal. Es por esto que en nuestros días encontramos dos posturas claramente diferenciadas. Por un lado, existen aquellos defensores de los derechos laborales, no sólo en los términos ya reconocidos en los cuerpos normativos, sino los que se decantan por una expansión sustancial de los mismos a favor de los trabajadores. Y por otro lado, se encuentran las personas que argumentan la presencia de un excesivo marco regulatorio en las condiciones laborales (oferta y demanda de fuerza de trabajo), que entorpecen los atributos autoregulatorios de la economía de mercado - capitalista en detrimento de las capacidades de generar empleos, de pagar mejores salarios, o bien, de solucionar con mayor eficiencia los momentos de crisis económica similares a los que vive la experiencia contemporánea.

Para nosotros en lo particular creemos que este debate es esencialmente equivocado al menos si se quiere pensar en superar el capitalismo, ya que parten de la premisa de que no hay alternativa al capitalismo ni en el corto, mediano o largo plazo. Para pensar lo contrario tendrán que replantearse de manera sustancial su postura en torno a los derechos humanos, en particular el contenido del derecho del trabajo. Ya que actualmente y desde hace al menos 150 años, la constitucionalización de los derechos laborales se ha centrado en administrar un pacto implícito entre las dos partes en conflicto como lo son el capital y el trabajo (entre los burgueses y los proletariados), a través del cual se establecen las condiciones mínimas que se deben observar en el presupuesto trabajo asalariado o la posible expansión del mismo, con lo cual simple y sencillamente se termina por generar las condiciones primigenias de la permanencia y subsistencia del capital, no su superación. Por supuesto que los

¹ Facultad de Derecho y Facultad de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: manumens@hotmail.com

defensores de la desregulación laboral no contemplan en ningún caso la terminación de las relaciones capitalistas en torno al trabajo, sino que van por su expansión y protección en el corto, mediano y/o largo plazo.

En un trabajo anterior al presente², hemos planteado algunos esbozos de la importancia de vincular una teoría de las necesidades a una posible teoría de los derechos humanos en América Latina que tenga como finalidad proteger y reproducir la vida humana y la de la naturaleza. Dicho replanteamiento a los derechos humanos sin duda no se puede pensar sin plantearse como finalidad última la superación de las relaciones capitalistas y en consecuencia la concepción misma del trabajo humano y del derecho que lo regula. Es por esta razón que en nuestro trabajo nos proponemos desarrollar tres puntos esenciales; en primer lugar presentar y retomar lo que algunos autores han llamado “capacidad creadora del trabajo humano” y su negación en las relaciones de trabajo asalariado; en segundo lugar, buscaremos presentar como la “fetichización” de los derechos laborales no ayuda a la superación del trabajo asalariado y por ende del propio capitalismo, sino todo lo contrario, termina por afianzarlo y reproducirlo; y por último, comenzaremos a desarrollar lo que para nosotros será fundamental en trabajos posteriores, respecto de asociar la recuperación del poder - hacer de las personas y la vinculación de esta cuestión fundamental en una teoría de los derechos humanos que como lo hemos mencionado líneas arriba tenga como finalidad proteger y reproducir la vida humana y de la naturaleza, y que vaya más allá de cualquier administración, pacto o regulación entre el capital y el trabajo.

2. LA CAPACIDAD CREATIVA DEL TRABAJO HUMANO Y SU NEGACIÓN EN EL TRABAJO ASALARIADO

Así como Franz Hinkelammert sostiene que el ser humano es en primera instancia un sujeto necesitado³ pero al mismo tiempo afirma que esta condición de necesidad implica la concepción del ser humano como sujeto trabajador. De tal forma que el proceso de satisfacción de las necesidades humanas en todas las etapas históricas contiene en esencia como elemento común el desarrollo de algún trabajo (humano). Enrique Dussel logra mostrar los alcances productivos y culturales que el trabajo representa en la satisfacción de una necesidad humana como el hambre, al describirnos lo siguiente:

2 Necesidades y derechos humanos: un reto para el pensamiento jurídico – filosófico nuestro-americano, Publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México.

3 Revisar capítulo II de su libro HINKELAMMERT, Franz (2008); *Hacia una economía para la vida*. Segunda Edición, Costa Rica: Editorial tecnológica de Costa Rica.

El pan supone el trabajo del campo, el sembrar la semilla, cuidarla, cosecharla, triturarla, amasar la harina, cocer el pan, almacenarlo, transportarlo y ponerlo en el plato del hambriento. Supone trabajo, sufrimiento, técnica, tecnología, diseño, arte, poíesis,⁴ justicia, estructuras, igualdad, libertad, servicio, cultura y culto.⁵

De tal manera que el trabajo humano así entendido es una expresión de la ética, de la estética, de la religión y de la técnica que el ser humano ha desarrollado a lo largo de su historia en su interacción con el mundo externo, ha tenido y tiene como finalidad la satisfacción de sus propias necesidades (entendidas éstas en un sentido amplio), es decir, es en esencia la creación de valores uso o trabajos útiles para sí mismo y para su comunidad. Por esta cuestión se puede afirmar que toda huella, todo producto, toda cosa que el hombre ha dejado o realizado en el mundo externo a su conciencia, es el resultado de su trabajo. Es en palabras de Marx “*la objetivación de la vida del hombre como especie*; [en donde el hombre] no se reproduce ya sólo intelectualmente, como en la conciencia, sino activamente y en un sentido real y contempla su propio reflejo en un mundo que él ha construido.”⁶, es decir, que aunque sea de manera efímera es un producto del trabajo humano que puede trascender más allá de la existencia de aquel que lo produjo.

Por supuesto que esta reproducción del mundo real no se puede pensar sin el sustento material que permite realizar el trabajo humano. Este sustento no es otra cosa que aquello que nos proporciona la naturaleza que en más de un sentido “[...] pone en acción las fuerzas naturales que forman [la] corporeidad del [hombre], los brazos y las piernas, la cabeza y la mano, para de ese modo asimilarse, bajo una forma útil para su propia vida las materias que la naturaleza le brinda”⁷. Esta unión, absorción, dominación, transformación que el hombre mediante su trabajo hace de la naturaleza, constituye la diferencia esencial entre el ser humano y el resto de los animales, ya que de acuerdo con Marx los animales utilizan la naturaleza externa y la modifican (claro está), pero lo realizan por su mera presencia en el mundo⁸. De

4 El propio Enrique Dussel aclara en su texto. Tesis de Economía Política. En proceso de publicación: “(poiesis en griego: del verbo poiein: hacer, fabricar, producir. Es entonces una “intensión productiva”, o que mira circundante a su mundo en derredor constituyendo los entes como posibles momentos, medios.”

5 DUSSEL. 2010: 231

17 MARX 2011: 112

7 MARX 2009:130

8 MARX 2011: 178

tal manera que “una araña ejecuta operaciones que asemejan las manipulaciones del tejedor, [así como] la construcción de los panales de las abejas podría avergonzar por su perfección a más de un maestro de obras”⁹. Mientras que el hombre a través de su propio trabajo realiza esta transformación de la naturaleza y la “domina”¹⁰, es decir, se la apropia a efectos de satisfacer sus necesidades individuales y colectivas bajo una idea previamente concebida. Por esto resulta conveniente revisar la siguiente cita de Marx:

[...] Hay algo en que el peor maestro de obras aventaja, desde luego a la mejor abeja y es el hecho de que, antes de ejecutar la construcción, la proyecta en su cerebro. [...] El obrero no se limita a hacer cambiar de forma la materia que le brinda la naturaleza, sino que, al mismo tiempo, realiza en ella su fin, fin que él sabe que rige como una ley las modalidades de su actuación y al que tiene necesariamente que supeditar su voluntad¹¹.

En esta última cita de Marx es donde nosotros encontramos el punto que nos permite trazar un camino respecto de la esencia del “trabajo humano”, la cual es en última instancia “creación”, es decir, es el desarrollo de las potencialidades creativas del hombre en correspondencia con sus necesidades y que necesariamente se expresa a través de su trabajo. Es así que cuando el hombre se encuentra ante la presencia de una “falta de” o de un sentimiento de “carencia”, de una o varias necesidades, termina por darle impulso a su “capacidad creativa” transformando los medios que le aporta la naturaleza para crear los instrumentos o bienes que le permiten restituir el equilibrio físico o psicológico previamente perdido.

En cuanto a la potencialidad creativa del trabajo humano John Holloway realiza una distinción esencial entre la existencia del poder–hacer y su forma negativa antagónica como lo es el poder – sobre. Para Holloway el hacer de las personas “implica poder, poder - hacer” y el poder se debe entender como “facultad, capacidad de hacer, la habilidad para hacer las cosas.”¹². El hacer en los términos de éste autor, debe ser entendido en un sentido amplio, constituye al mismo tiempo la negación o el rechazo de un mundo donde impera la explotación de los hacedores, implica un acto de creación en donde antes no existía nada, y al mismo tiempo nos lleva a pensar la pertenencia de las personas a una división social del trabajo, en donde no es

9 2009:130

10 MARX 2011: 178

11 MARX 2009: 131

12 2010: 50

posible pensar en individuos aislados, ya que el hacer de los otros nos proporciona los medios de nuestro propio hacer, aún y cuando estos provengan de actos netamente individuales. Holloway describe este proceso de la siguiente manera:

El hacer es inherentemente social. Lo que hago siempre es parte de un flujo social del hacer en el que la condición previa de mi hacer es el hacer, en el que el hacer de los otros proporciona los medios de mi hacer. El hacer es inherentemente plural, colectivo, coral, comunal. Esto no significa que todo hacer es (o incluso que debería ser) llevado adelante colectivamente. Más bien significa que es difícil concebir un hacer que no tenga como condición previa el hacer de los otros¹³.

Si esta cuestión la pensamos en términos de la producción de satisfactores para cubrir las necesidades humanas, podríamos afirmar que el sujeto que exterioriza su hacer al momento de transformar la naturaleza para producir valores de uso propios, al mismo tiempo está permitiendo las condiciones de posibilidad para que otros en ese momento y/o en el futuro cuenten con los medios necesarios para producir sus propios valores de uso y así sucesivamente. Bajo estos rasgos sociales del hacer podríamos explicar una parte de la historia de la humanidad, no como seres aislados individualizados, no como seres egoístas, no rechazando el trabajo de los otros, sino como parte integral propio del flujo social al que se refiere Holloway.

Aunque en muchos aspectos resulta difícil hacer coincidir el pensamiento de John Holloway con el Franz Hinkelammert, en este punto particular encontramos que Hinkelammert en su visión de una economía orientada hacia la producción y reproducción de la vida (humana y de la naturaleza), piensa al trabajo (humano) como toda actividad consciente dirigida a un fin determinado, que en el marco de la división social del trabajo (propia de toda sociedad humana) es destinada para obtener un medio de consumo, un insumo o materia prima, o bien, un medio para la producción. De tal manera que el trabajo humano se convierte en el enlace que permite materializar lo que él llama “circuito natural de la vida humana”¹⁴ que sólo se puede completar de manera perfecta en la medida que las instituciones económicas que se generen bajo esta concepción (división social del trabajo, propiedad privada por ejemplo) mantienen desde el inicio y en todo momento lo que Hinkelammert ha denominado “racionalidad reproductiva”¹⁵. Criterio último que nos sirve para catalo-

13 2010, 48

14 HINKELAMMERT 2008: 44

15 2008: 57

gar si un sistema o instituciones económicas racionalmente permiten la producción y reproducción de la vida o bien terminan por negarla, Hinkelammert afirma lo que a continuación se desarrolla:

Una organización social es racional si permite que todos tengan posibilidad de vivir (naturaleza incluida) y si la muerte de unos no se convierte en condición de vida de otros (a la postre, el asesinato es suicidio). Por consiguiente, se llega a la exigencia [...] de un conjunto de criterios para el cálculo económico y de una estructura de poder en la que todos puedan vivir y reproducir plenamente su vida material (real, corporal) mediante su trabajo en comunidad¹⁶.

En base a lo presentado de Franz Hinkelammert y el seguimiento crítico de los trabajos teóricos de Marx que realiza, podemos afirmar que para éste autor el “trabajo humano” debe estar encaminado a cumplir el “circuito natural de la vida humana”, lo que implica el desarrollo de todo tipo de potencialidades creativas para el ser humano en el marco del criterio que nos proporciona la racionalidad reproductiva a la que hemos hecho referencia, que en última instancia debe permitir y reproducir no sólo la vida propia (la del sujeto necesitado y trabajador) sino la vida de los demás y de la naturaleza. Teniendo en cuenta que sin el trabajo humano simplemente no hay posibilidad de concretar dicho circuito, tampoco la vida humana o natural, y en consecuencia ni la racionalidad, ni cualquier tipo de ética del bien común pensada.

Entonces, ya sea en el poder-hacer de Holloway o en la racionalidad reproductiva de Hinkelammert, encontramos en común que el trabajo humano termina por constituir la esencia de la potencialidad creativa del ser humano, y es a través del trabajo como la “actividad vital”¹⁷ creadora que nos distingue como especie que podemos pensar la superación del capitalismo, no mediante la negación. Es así que termina por ser importante pensar que “la idea de la liberación es una idea de creación”¹⁸, por lo tanto, para nosotros no hay creación sin mediación del propio trabajo del hombre.

Sin embargo, lo que encontramos en el mundo capitalista no es el impulso o hegemonía del poder-hacer, del trabajo humano, o de la ponderación virtuosa del circuito de la vida, sino más bien su negación, su apropiación, su despojo o la muerte. En este sentido, uno de los alcances importantes de Marx en su crítica, es precisa-

16 2008: 53

17 MARX 2004: 110

18 NEGRI 2010: 23

mente la intención de revelar aquello que se encuentra oculto dentro del propio capitalismo, ya que como sistema económico dedicado exclusivamente a la producción de “mercancías cuya finalidad [exclusiva] es ser intercambiados por dinero”¹⁹, no para satisfacer necesidades, por lo tanto no es posible siquiera pensarlo sin la apropiación del trabajo de otros. Razón por la cual, uno de los conceptos claves para entender toda la crítica de Marx es necesariamente el de “trabajo enajenado”.

En virtud del concepto “trabajo enajenado” Marx trata de hacer evidente el proceso mediante el cual el ser humano trabajador “se relaciona con el producto de su trabajo como un producto ajeno”²⁰ y esto sólo se puede presentar porque dentro del sistema capitalista el vínculo existente (que ya hemos descrito) entre el trabajador y el producto de su trabajo, se ve diluido o desaparecido en la medida en que el trabajo humano también se ve reducido a ser simple y sencillamente una mercancía sujeta de apropiación dentro del mercado. Previo a este momento, tenemos que suponer el desarrollo de una “acumulación originaria” que posibilitó por diferentes medios (legales o violentos) la privación de las “condiciones objetivas de existencia” para la mayoría de los trabajadores, que se servían de ellos para satisfacer sus necesidades individuales y/o colectivas. Enrique Dussel en los estudios que realiza de Marx en los *Grundrisse*, destaca algo que el abogado Alemán tenía muy claro en su crítica a la economía capitalista, en virtud que la necesidad del trabajador para vender su fuerza de trabajo a cambio de un salario, se presentaba porque fue despojado de estas “condiciones objetivas” para ser transformado en un ser absolutamente pobre, sin posibilidades de sustento a través de su propio trabajo. Lo cual es descrito por Dussel utilizando una cita de Marx de la siguiente manera: “[...] el trabajo vivo, existente como abstracción de estos aspectos de su realidad real; este despojamiento total, esta desnudez de toda objetividad, esta existencia puramente subjetiva del trabajo. El trabajo como pobreza absoluta: la pobreza no como carencia, sino como exclusión plena de la riqueza objetiva.”²¹.

Es así que el trabajador no sólo sufre el despojo de sus condiciones objetivas de existencia, sino que queda en total dependencia del *trabajo* enajenado, de aquel trabajo que lo va a convertir en una mercancía, “[en] una mercancía miserable; [ya que] que la miseria del trabajador aumenta con la fuerza y el volumen de su producción [...]”²² y al mismo tiempo lo va a privar del producto de su trabajo. En virtud de este proceso de despojo y de pauperización simultánea se limita el desarrollo de

19 DUSSEL 2010: 9

20 MARX 2004: 105

21 MARX, confrontese DUSSEL 2010: 139

22 MARX 2004: 103

las capacidades creativas del ser humano, dado que ahora el sujeto trabajador se ve obligado a trabajar para “otro” y su producto le pertenece a este “otro”.

Es entonces cuando el trabajo humano como “actividad vital consciente”²³ que permitía al ser humano diferenciarse del resto de los animales, ahora se ha convertido exclusivamente en medio para sostener en condiciones de sobrevivencia su existencia corporal en el corto plazo, de tal manera que la materialización del trabajo humano ahora sólo constituye un medio para la existencia precaria del trabajador, ya que éste sólo puede ser realizado en los términos y condiciones fijadas o establecidas por el ahora dueño de su trabajo y de los materiales que le permiten realizarlo. Por supuesto que esta sumisión del trabajador, no se debe a otra cosa más que a la restricción de poder desarrollar libremente su trabajo, para realizarla exclusivamente bajo la paga de un salario. Recordando que de acuerdo con Marx, que lo que oculta la forma del trabajo asalariado en beneficio del propio capitalista es que “el régimen del dinero esconde el tiempo que trabaja gratis el obrero asalariado”²⁴.

Partiendo del concepto “trabajo enajenado” de Marx el cual ya hemos expuesto Holloway ha planteado que en el capitalismo el “poder-hacer” del ser humano trabajador sólo puede tener existencia en su forma negativa que es la del “poder – sobre”²⁵. El poder-sobre de Holloway al igual que el poder-hacer implica varias cuestiones que se tienen que revisar cuidadosamente. En primer lugar, la transformación del poder-hacer en poder-sobre representa la consolidación de instituciones que permiten concretar la apropiación del producto del trabajo de otros, es decir, “la apropiación de lo hecho por otros”²⁶ que se han visto en la necesidad de vender su hacer a aquellos que por diferentes procesos (legales o violentos)²⁷ ahora tienen en sus manos los medios para hacer²⁸.

En segundo lugar, y en concordancia con lo dicho en el párrafo que antecede, el poder-sobre representa la fractura absoluta del “flujo social del hacer”, “mientras que el poder-hacer es un proceso de unir, el unir de mi hacer con el hacer

23 2004: 111

24 MARX 2009 452

25 HOLLOWAY 2010: 57

26 2010: 56

27 “Aquí Holloway afirma que “si la dominación consiste en que el hacedor se le robe lo hecho, ese robo es, necesariamente, un robo a mano armada” (Hinkelammert 2010: 55), de tal manera que para este autor los instrumentos del despojo son siempre coactivos, lo cual podría constituir un error si analizamos el comportamiento de los trabajadores ante la presencia de los derechos laborales).

28 2010: 53 - 54

de los otros, el ejercicio del poder-sobre es separación.”²⁹. El poder-sobre constituye la fractura del flujo social en el momento que el dueño de lo hecho, el sujeto no trabajador, se presenta como el único y legítimo propietario del producto del trabajo realizado por otra persona, no con la finalidad de satisfacer necesidades sino como el mecanismo o el camino de beneficiarse individualmente de las ganancias que se generan en dicho proceso. Para nosotros el punto clave de la fractura del flujo social del hacer se puede encontrar en la relación jurídica que implica la titularidad de una propiedad “privada” que de forma permanente y externa le es garantizada a alguien que no aportó trabajo propio a dichos objetos, pero que se termina por beneficiar económicamente de ellos a título de individual³⁰.

En tercer lugar, el poder-sobre materializa la negación de la capacidad creativa del trabajo, ya que en muchas de las instancias de la aplicación del trabajo asalariado, estamos frente a la repetición al infinito de trabajos alejados de toda la “conciencia humana” a la que se refería Marx, para convertirnos sin mayor distinción con los animales en reproductores de trabajos previamente concebidos, idealizados o diseñados en beneficio de un sujeto, que sólo tiene incentivos para buscar apropiarse de una mayor cantidad de trabajo ajeno. Holloway lo presenta de la siguiente forma:

Hace que el propietario de lo hecho imponga un ritmo cada vez más veloz del hacer y una apropiación siempre más desesperada del producto del hacer. Lo hecho domina cada vez más al hacer y al hacedor³¹.

En cuarto lugar, el poder-sobre en última instancia desnuda que la finalidad vulgar de todo este proceso de apropiación es continuar con la acumulación constante y creciente en favor de unos pocos, el estado de cosas nos indica que ya no se busca la construcción del mundo de acuerdo a las “leyes de la belleza”³² por medio del trabajo, sino determinar quien puede tener más o mejor derecho de apropiarse del trabajo de los demás para incrementar su riqueza individual. Provocando con el paso de los años un perfeccionamiento del concepto “trabajo enajenado” bajo la presencia y dominación que implica el poder-sobre, de tal forma que sólo vamos a ser capaces de observar el producto del trabajo de los hacedores, en la medida que este se transforma en dinero, en mercancía, o capital; o en más dinero, más mercancía y

29 2010: 53

30 2010: 55

31 2010: 58

32 MARX 2004: 111

más capital, sin que nos percatemos que el trabajo asalariado y todas las regulaciones que los protegen o incentivan ocultan de manera constante la explotación de la que es objeto el productor original. Holloway describe éste fenómeno con las siguientes palabras:

la acumulación es, simplemente, el proceso voraz y sin descanso de separar lo hecho respecto del hacer, de volver lo hecho (como medios del hacer) contra los hacedores a fin de sujetar el hacer presente al único fin de mayor acumulación. Este proceso siempre renovado proporciona una forma específica del hacer (como trabajo abstracto, trabajo abstraído de cualquier contenido particular, producción de valor, producción de plusvalía), y a lo hecho (como valor, como mercancía, como dinero, como capital: aspectos todos de la ruptura siempre repetida del flujo social del hacer³³.

Es por estas razones que sostenemos que el hacer, es decir que el trabajo humano y sus condiciones de creación, de liberación ya descritas es negado dentro del sistema capitalista, fundamentalmente por la existencia del poder-sobre, es decir de la apropiación de lo hecho por una persona ajena al verdadero productor, así como el enfrentamiento que ahora se realiza entre lo hecho con el hacedor, situación que se manifiesta bajo diferentes formas ya sea en dinero, en capital absorbiendo el trabajo, o bien, como mercancía. Ahora bien, la reproducción del poder-sobre o la negación del poder-hacer al que nos hemos referido, sin duda que ha contado con elementos para consolidar estas relaciones de apropiación del trabajo humano, dentro de los cuales el más efectivo han sido las normas jurídicas, incluso cuando por su presencia y reconocimiento se estaría beneficiando o protegiendo a los propios trabajadores.

3. LA FETICHIZACIÓN DEL TRABAJO ASALARIADO A TRAVÉS DE LOS DERECHOS LABORALES

En la hegemonía del poder-sobre se han desarrollado instituciones aparentemente liberadoras de los trabajadores, o bien, recuperadoras del poder-hacer frente a los condiciones de explotación del capitalismo, sin embargo, muchas de ellas han demostrado ser poco o nada eficaces en esa lucha, ya que lo realizan esencialmente con los mismos condicionantes o premisas que el capitalismo nos otorga. Ante esta situación el camino que queda por transitar no es sólo en el diseño de alternativas que sienten las bases del retorno del poder-sobre, sino también en develar o mostrar la

33 HOLLOWAY 2010: p. 76

falsedad de las múltiples alternativas que en el papel lo estaban procurando. Siguiendo a Holloway de nueva cuenta parece ser que en éste momento “la única verdad que podemos proclamar es la negación de lo falso. No existe nada fijo a lo que podamos asirnos buscando seguridad, ni a la clase, ni Marx, ni la revolución, nada, salvo el movimiento de negación de lo falso.”³⁴, a pesar de que aparentemente lo falso es la única opción viable en estos momentos.

En este intento de negación de lo falso el concepto que termina siendo central es el de fetichismo, como uno de los más importantes de la teoría de Marx y en los trabajos críticos posteriores a dicho autor. En este orden de ideas entendemos por fetichismo el proceso mediante el cual el producto del trabajo humano va adquiriendo vida más allá del productor que las creo como si no existiera ningún flujo social a su alrededor, sino que su relación es exclusivamente entre las cosas por sí mismas y esto sólo se puede alcanzar en la medida en que estos productos van adquiriendo la forma de mercancías para ser intercambiados en el mercado; pero al mismo tiempo el hacedor, el ser humano trabajador se ve obligado de una manera cada vez más intensa a despojarse de sus productos colocándose él mismo como una mercancía al punto que se va cosificando cada vez más, completando el círculo de la fetichización, ya que en el intercambio de mercancías ya no reconocemos al productor, sólo a la mercancía y los atributos cuasi-mágicos que ahora manifiesta, “el carácter social del hacer se quiebra y, con ello, se quiebra también el reconocimiento mutuo y de validación social. [...] Ahora es la medida cuantitativa, dineraria del valor (el precio) lo que proporciona la validación social al hacer de las personas.”³⁵. Como lo mencionamos en el apartado anterior, dado el proceso de fetichización que implica la presencia del poder-sobre, ahora sólo vemos el trabajo humano o bien, como mercancía, como dinero o capital, o bien, como más mercancías, más dinero o más capital, ya no reconocemos la importancia del hacedor en la satisfacción de necesidades colectivas.

En este sentido, para nosotros el trabajo asalariado representa uno de los conceptos que ha permitido la consolidación de las relaciones fetichizadas del poder-sobre, ya que, en esencia el salario es la manera en que se oculta la explotación de los trabajadores, permite de manera más profunda la cosificación de los hacedores, “aquí hasta el trabajo excedente o trabajo no retribuido parece pagado. [...] el régimen del dinero esconde el tiempo que trabaja gratis el obrero asalariado.”³⁶, sin embargo, a pesar de lo anterior, muchos de los planteamientos radicales en busca de la liberación de los trabajadores, de la recuperación del hacer no se han replanteado la superación

34 2010: p. 76

35 2010: p. 75

36 MARX 2009: 452

del trabajo asalariado, sino todo lo contrario, han optado por diversas manera de regulación que tienen como finalidad acotar al capital pero no su superación.

Es así que la forma de trabajo asalariado como lo hemos mencionado al principio de nuestro trabajo ha fluctuado en torno a dos posiciones respecto de su regulación en el mundo capitalista, por un lado los defensores del fundamentalismo de la economía de mercado-capitalista y sus “virtudes” autorreguladoras, tanto de oferentes como de los demandantes de trabajo en un contexto de absoluta “libertad” para las partes. Aquí el antagonismo entre trabajadores y capitalistas resulta evidente, pero se busca que (al menos en teoría) que no exista mediación alguna que proteja a cualquiera de ellos para evitar interferencias en el mercado y sus mecanismos de asignación a través de las supuestas bondades infinitas del “sistema de precios”, claro está que no se plantea ni siquiera que existan relaciones de explotación, en virtud de que los participantes lo hacen en libertad, sino todo lo contrario, se piensa en la expansión en el corto mediano y largo plazo del capitalismo. Al menos en este trabajo no nos ocuparemos de esta posición a pesar de la fuerza o hegemonía que tiene en nuestros días.

La segunda postura que ha tenido una gran relevancia respecto de la regulación del trabajo asalariado parte no sólo del supuesto de la conflictividad o antagonismo imperante entre el capital y el trabajo, sino que implícitamente presupone que no existe (al menos en el corto plazo) alguna posibilidad de sobrevivir por fuera del trabajo asalariado y en consecuencia del sistema capitalista. Al menos en los últimos 150 años se ha procurado (fundamentalmente en momentos críticos del capitalismo) limitar o regular la apropiación del trabajo humano mediante la forma del trabajo asalariado a través de una serie de concesiones, beneficios o protecciones jurídicas en favor de los trabajadores, pero sin afectar sustancialmente la expansión capitalista. Esta misma tesis es desarrollada por autores como Immanuel Wallerstein, Luigi Ferrajoli e incluso el mismo Antonio Negri, teniendo también de coincidencia el nuevo papel que adquiere el Estado como mediador de dicha relación, y generando desde ese momento una serie de regulaciones o legislaciones que tuvieron como finalidad realizar “concesiones a las clases trabajadoras: [a través de] cierta participación en el poder político y alguna participación en la plusvalía. [Con la finalidad de que] no amenazaran seriamente la incesante y creciente acumulación de capital [...]”³⁷.

Como ya lo hemos mencionado, es ahora el Estado el que convierte en el administrador de las tensiones generadas entre el capital y el trabajo, siempre bajo la premisa de continuar la expansión capitalista a cambio de algún tipo de distribución

37 WALLERSTEIN 1998: 97

de la riqueza en favor de los trabajadores, no de otro grupo marginado o excluido. Luigi Ferrajoli lo describe de la siguiente manera:

El Estado ha dejado de ser el simple garante externo de las leyes generales del mercado en un elemento de regulación interna, estructural, del proceso de acumulación capitalista, y al mismo tiempo en instrumento de tutela, de organización y control de la fuerza de trabajo. Su función ya no es sólo la de garantizar desde fuera el pacífico desarrollo de la vida civil y el respeto de la forma jurídica del trabajo/capital. Se promueve directamente la valorización del capital, previniendo y resolviendo las crisis, racionalizando y disciplinando las tendencias anárquicas, conflictuales y disgregadoras de los particulares intereses capitalistas (funciones económicas o de valorización capitalista); y, por otro lado, la de neutralizar el antagonismo de la clase obrera mediando en sus conflictos con el capital, protegiéndola de la causalidad del mercado, organizando su integración corporativa, asegurando la disciplina social y la lealtad política (funciones sociales o de estabilización social)³⁸.

Revisando un poco la historia (entendiendo los límites de ésta tarea) de las diferentes concesiones constitucionales y/o legales que se le han hecho a los trabajadores en diferentes momentos y lugares, podemos observar que desde mediados del siglo XIX, la actividad de conceder derechos laborales tiene una íntima relación con el incremento acelerado de las protestas (laborales fundamentalmente). Ante estos momentos críticos se ha decidido establecer mecanismos que desde el ámbito público, impidan la reproducción de dichas protestas. De tal manera que desde 1848 “la Constitución francesa de 1848 recoge por primera vez el derecho al trabajo.”³⁹ llevando a cabo estas regulaciones en favor de los trabajadores.

A pesar de que en 1848 se logró el reconocimiento de algunos derechos laborales la precariedad de las condiciones de trabajo y de vida, no se modificó sustancialmente de tal manera que en Alemania a principios de 1880 se llevó a cabo otro intento de reducir las protestas de estos sectores, realizando un reconocimiento formal de derechos sociales que giraban sustancialmente en torno a los reclamos sociales más importantes de la época, como lo eran seguros contra accidentes, enfermedad y vejez, por lo que encontramos una serie de legislaciones publicadas en torno a cubrir o subsanar estos reclamos, de tal forma que en “1883 fue publicada la Ley de Seguro de Enfermedad y Maternidad, en 1884 la Ley sobre Accidentes de Trabajo, y en 1889

38 FERRAJOLI, LUIGI: 1980. p. 26-27

39 PISARELLO 2003: 25

la Ley Reguladora de Seguro de Enfermedad, Jubilación y Defunción.”⁴⁰ En la esencia estas reformas fueron realizadas bajo los mismos presupuestos de 1848 que ya hemos plasmado, calmar las protestas bajo la promesa de repartir las ganancias no terminar con las relaciones capitalistas.

Un ejemplo más de lo que aquí hemos presentado lo podemos encontrar en la Constitución de Weimar de 1919, uno de los documentos constitucionales más importantes de inicios del siglo XX que al igual que la Constitución de México de 1917, terminó por reconocer a nivel de ley fundamental una regulación amplia de los derechos laborales, que se traducían en lo particular en una administración del trabajo bajo la forma asalariada. Entre los rubros que destacan del particular encontramos la regulación en torno a la libertad de contratación, una legislación especial para los trabajadores, sindicatos, derechos políticos y su debido ejercicio, promoción internacional de los derechos laborales, reconocimiento de las organizaciones obreras a participar en las regulaciones laborales y en las decisiones productivas de las empresas, derecho a la salud o seguridad social, sistema de seguros para la salud y de la capacidad para el trabajo, protección de la maternidad, pensiones para la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida, derecho al trabajo. Este último rubro, en la Constitución de Weimar de 1919 como en la de México a partir de la reforma publicada el 19 de diciembre de 1978 se hizo un reconocimiento expreso del derecho a un trabajo, tal y como lo podemos observar a continuación:

Artículo 163 Constitución de Weimar: Sin perjuicio de su libertad personal, todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer situaciones adecuadas de trabajo se atenderá a su necesario sustento. El resto será desarrollado por Leyes especiales del *Reich*.⁴¹

Artículo 123 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (a partir de la reforma del 19 de diciembre de 1978): Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.⁴²

40 PREUSS 1991: 69

41 Constitución consultada el 19 de diciembre de 2008 en la siguiente dirección electrónica. Disponible <<<http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-weimar.html>>>.

42 Constitución consultada el 16 de octubre de 2012 en la siguiente dirección electrónica Disponible <<<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2802/8.pdf>>>

Sobre el particular, y aunque Antonio Negri desarrolla una crítica al modelo de trabajo de nuestras sociedades a partir de lo dispuesto en la Constitución de Italia de 1948, creemos que se puede aplicar a muchas de las constituciones contemporáneas que han realizado este tipo de regulaciones, concesiones o protecciones al trabajo. En lo particular éste reconocimiento del derecho al trabajo para las personas y el resto de las protecciones que se desarrollaron en torno al trabajo asalariado frente al capital, parecería indicar que se arrinconaba al capitalista, ya que, no era suficiente estar en la crisis que los habían orillado a realizar cierto tipo de concesiones a los trabajadores, sino que también era necesario incrementar a nivel constitucional las políticas contrarias a las garantías políticas y económicas de las que había gozado la burguesía al menos desde el siglo XVII, provocando que se tuviera la sensación de que estaba muy cerca de la superación del capitalismo. Sin embargo como lo afirma el mismo Negri a pesar de los múltiples derechos otorgados a los trabajadores en las Constituciones “la propuesta interpretativa que prevaleció entonces fue la siguiente: tales afirmaciones genéricas, por más que encabezaran la constitución, no podían tener valor normativo. No se trataba más que del reconocimiento de la importancia, que en la sociedad moderna, tiene el trabajo, más un juicio de un hecho que una valoración, una aserción sociológica, no un programa.”⁴³, es decir, terminó por ser en casi todas las Constituciones contemporáneas sólo un conjunto de palabras vacías en favor de los trabajadores, pero también fundamental en la perpetuación y expansión del poder-sobre del capitalismo y los alcances ya explicados.

Ante la realidad de los alcances verdaderos de los derechos laborales en lo relativo a la superación del capitalismo, el camino a desarrollar tiene que ser (dada su importancia) en mostrar como dichos reconocimientos constituyeron para los trabajadores y el recuperar de su hacer no enajenado, el perfeccionamiento de la fetichización del trabajo asalariado. En este sentido, lo que era esencialmente falso fue afinado mediante la constitucionalización del derecho del trabajo, y de los subsiguientes derechos laborales. Este acto de reconocimiento es al mismo tiempo la declaratoria del trabajo como sustento material de la organización de nuestras sociedades aunque esto solo fuese una regulación sin fundamento; pero también representa el punto final, culminante de la subordinación del trabajador hacia el capital. Antoni Negri lo plantea de la siguiente manera:

Desde este punto de vista el trabajo, como fuente de creación de riqueza, es adoptado como criterio exclusivo de valorización social en la medida en que la sociedad fábrica elimina

cualquier otro criterio opositor, cualquier fuente de creación de riqueza.

Sin embargo, en la relación se exalta también la subordinación, como condición y efecto de la organización capitalista. El capital industrial es creativo porque revoluciona continuamente las formas de la producción, reproduciendo el antagonismo y subordinándolo a planos constantemente nuevos de organización. La unidad social del capital es un fin, no una premisa; es una conquista y una reconstrucción sobre el antagonismo de clases que siempre se reanuda; es la continua recomposición en su interior de la fuerza de trabajo, hasta el límite de su ubicación constitucional en la estructura social del capital. Porque este es el término del proceso.⁴⁴

En este contexto el primer punto es claro, el reconocimiento constitucional del derecho del trabajo nos evidencia la inexistencia de alternativas en la organización social, política, jurídica o económica, es esencialmente la aceptación de que toda forma de valorización social es en base al trabajo, de que el capitalismo necesita al trabajo como su único mecanismo de expansión o sobrevivencia. Claro está que cuando se habla de trabajo, se limita a la forma de trabajo asalariado, y en consecuencia, del imperativo relativo de una sociedad dedicada a la producción de mercancías, “es decir, sencillamente de la apropiación de plusvalor y del correspondiente plusproducto pero al mismo tiempo de su creación.”⁴⁵

El segundo aspecto que se presenta de la última cita de Negri, tiene que ver con el proceso de fetichización que implica la constitucionalización del derecho del trabajo, en donde no solo se oculta la constante apropiación de plusvalía relativa o absoluta de los trabajadores, o bien, la presencia permanente e incrementada del tiempo de trabajo excedente en una relación laboral cualquiera. Sino este reconocimiento termina por mostrar como inevitable o como natural que tanto el capitalista como el trabajador en un contexto capitalista se encuentran condenados de manera perpetua a participar de la lucha entre el explotado y el explotador. En este sentido, el desarrollo y positivización de los derechos laborales termina por presentar una relación jurídica en la que una de las partes participantes se encuentra “protegida” al menos desde el punto de vista legal, de manera ininterrumpida de los abusos o atropellos que pudiera originar el capitalista en la búsqueda incesante del incremento de la plusvalía. Pero por más que esto se quiera presentar esta positivización de de-

44 NEGRI 2003: 57. Las negrillas son nuestras.

45 2003: 57

rechos evidencia que “la subordinación es condición de la organización”⁴⁶, es decir, los derechos laborales originados dentro del pacto capital/trabajo presentan relación invertida, en donde se acepta que no hay otra posibilidad de trabajo o de hacer, más que en el núcleo de la subordinación del trabajo asalariado, y por esa razón es mejor regularlo. Aquí resulta claro que en la cuestión del trabajo y su regulación, el fundamentalismo de mercado es tan importante, como la regulación y la participación del Estado para garantizar su existencia en favor del capital. Entonces como lo dice Holloway:

En la medida en que no se cuestiona la separación del sujeto y objeto, en la medida en que no se ve la forma capitalista de la organización social como transitoria, la crítica es, inevitablemente, ciega para la historicidad del fenómeno. La ruptura de la sociabilidad del hacer se supone natural, eterna. En otras palabras, el pensamiento burgués (fetichizado) es ciego para la cuestión de la forma⁴⁷.

Sólo a manera de conclusión parcial, retomando otro trabajo de Antonio Negri nos parece que a estas alturas deberíamos tener en claro que dentro del capitalismo al igual que en la tragedia no hay salida, dentro de este sistema ya sea mediante la apropiación de mi capacidad de hacer y de los productos generados por ella, o por el despojo de los medios de producción (las condiciones objetivas de existencia) que permiten realizarme con mi propio hacer, simplemente me es negado. Cualquier decisión que se tome dentro del sistema o incluso fuera del mismo, estoy condenado a la tragedia, incluso para aquellos que en términos formales se encuentran fuera del capitalismo.

4. CONCLUSIÓN

Para lograr superar la fetichización que hemos presentado en el tema arriba desarrollado, es necesario presentar lo que nosotros vislumbramos como un posible derecho del trabajo, o bien, un derecho al trabajo que tenga como finalidad lograr recuperar el poder-hacer del ser humano, teniendo en consideración que las actuales disposiciones en materia de derechos laborales al contrario de lo que suponen, implican la reproducción de un sistema que termina por negar el origen mismo de su regulación, es decir el propio trabajo humano, ya que reproduce todos los efectos negativos de lo que hemos presentado en los términos de Holloway como poder-

46 2003: 57

47 HOLLOWAY 2010: 79

sobre. A decir con certeza, el poder-sobre se implica en la actual normatividad de protección de los derechos laborales, en virtud de que parte de la concepción del trabajo asalariado, de la necesidad que tiene el ser humano vender su trabajo por la falta de los medios para satisfacer mis propias necesidades.

En este sentido, así como el poder-sobre se perfecciona ante la regulación constitucional, también sostenemos que la posibilidad de superar del poder-sobre puede comenzar a realizarse desde el mismo campo jurídico, lo que para nosotros se inserta en el marco de una construcción o refundamentación de la teoría de los derechos humanos en América Latina que rescate en todo momento la finalidad protectora de los seres humanos y del entorno para los cuales fueron pensados. En términos de Franz Hinkelammert los derechos humanos deben tener como finalidad la protección y reproducción de la vida humana y la de la naturaleza, mediante la satisfacción de las necesidades humanas.

Es así que en la concepción de Franz Hinkelammert de “una economía para la vida” sostiene que así como es importante que la actividad económica y los derechos humanos garanticen la vida de los hombres y de la naturaleza a través de la satisfacción de sus necesidades; en cuanto “posibilidad concreta de vivir”⁴⁸, resulta igual de trascendente que se garanticen bajo esa lógica “el derecho a los medios concretos que permiten vivir: [como] la integración en el sistema de división social del trabajo, el acceso a la tierra y otros medios de producción”⁴⁹. En el mismo sentido respecto de la protección y reproducción de la vida humana, su vínculo con el trabajo y su reconocimiento como derecho humano, Enrique Dussel profundiza sobre esta idea:

El primer criterio de toda tecnología o diseño de liberación de los países periféricos es el de garantizar el derecho absoluto del hombre al trabajo. [...] El derecho a la vida se cumple no sólo a través de garantizarse las necesidades de sobrevivencia (alimento y salud), sino también en un alto grado de dignidad humana. El derecho a la sobrevivencia se lo gana el hombre por el trabajo⁵⁰.

Por supuesto que el “derecho absoluto del hombre al trabajo” implica el reconocimiento del papel trascendente que desempeña el propio trabajo humano en la protección y reproducción de nuestras vidas, en un plano de dignidad, de igualdad y libertad para todas las personas y esto no es posible mediante el trabajo asalariado. En

48 HINKELAMMERT 2008: 45

49 2008: 45

50 DUSSEL 2010b: 213

este sentido hay que recordar que “la idea de la liberación es una idea de creación”⁵¹ y la creación será siempre mediante el trabajo humano y la transformación del mundo externo que se hace con el mismo, es por esta razón que cuando proponemos la recuperación del poder-hacer se está pensando en la negación de las relaciones capitalistas y la explotación que la caracteriza a través del propio trabajo humano, en la creación de satisfactores donde antes sólo había producción de mercancías, así como el reconocimiento del flujo social del trabajo como una constante histórica, en donde no es posible pensar en la ficción de los individuos aislados y egoístas. Enrique Dussel también plantea la liberación como un acto de trabajo:

La liberación no sólo supone un proyecto y un entusiasmo, sino las mediaciones planificadas, fabricadas, viables, tecnológicamente eficaces. Sin liberación económica, que supone invención desde las instituciones técnicas populares, tradicionales, nacionales, no hay liberación real. Si es verdad que la revolución política produce la brecha en el antiguo sistema, sólo con la mediación del trabajo tecnológico se organiza realmente el nuevo sistema en la justicia⁵².

Ahora bien, para alcanzar la liberación a través del trabajo humano, es importante que tenga claro que para el ser humano no hay posibilidad de crear absolutamente nada ni liberarse de nada o nadie, sino cuenta con las condiciones que le permitan desarrollar su hacer en toda su amplitud en la producción de los satisfactores para cubrir nuestras necesidades. Por lo que consideramos importante aclarar que en el tránsito hacia la recuperación del poder-hacer supone no sólo garantizar de manera legal que las personas sean dueñas de su propio trabajo, sino que al mismo tiempo se deben recuperar o permitir el acceso y disfrute de los aspectos materiales como la naturaleza y las herramientas que posibilitan de forma real el ejercicio de mi hacer, ya que si no es de esta forma, no hay oportunidad de que efectivamente se pueda alcanzar el poder-hacer y todas sus implicaciones.

Un aspecto importante de esta propuesta para la recuperación del hacer como fundamento de un posible derecho al trabajo y de los derechos laborales subsecuentes, tiene que ver con la factibilidad económica, política y social de su implementación en el corto, mediano y largo plazo, de tal manera que en virtud de esta factibilidad este derecho al trabajo que estamos desarrollando tiene que ser pensado en estos momentos sólo como un postulado, con la finalidad de que todos los es-

51 NEGRI 2010: 23

52 DUSSEL 2010b: 232

fuerzos de políticas públicas y de regulación constitucional o legal, de participación comunitaria sean tendientes a recuperar el poder-hacer, es decir, la posibilidad de producir y reproducir mi vida personal y la de mi comunidad con mi propio trabajo y en la posesión o propiedad de los medios que permiten desarrollar este trabajo.

5. REFERÊNCIAS

- DUSSEL, Enrique. (2010) Tesis de Economía Política. En proceso de publicación.
_____ (2010b); Enrique, *Filosofía de la liberación*, México: Fondo de Cultura Económica.
_____ (2010); *La producción teórica de Marx: Un comentario a los Grundrisse*, Cuarta reimpresión, México: Siglo XXI.
- FERRAJOLI, Luigi (1980); *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Barcelona: Editora 2001.
- HINKELAMMERT, Franz (2008); *Hacia una economía para la vida*. Segunda Edición, Costa Rica: Editorial tecnológica de Costa Rica.
- HOLLOWAY, John (2010); *Cambiar el mundo sin tomar el poder*, México: Bajo tierra ediciones.
- MARX, Karl (2011); *El papel del trabajo en las transformación del mono en hombre*, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, Editorial COLOFON, México.
_____ (2011); *Manuscritos económicos filosóficos*, en Fromm, Eric; *Marx y su concepto de hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.
_____ (2009); *El capital: Crítica de la economía política*, Tomo I, México: Fondo de Cultura Económica.
- NEGRI, Antonio (2003); *La forma- Estado*. Madrid: Editorial Akal.
_____ (2003 b); *Job: la fuerza del esclavo*. Buenos Aires: Paidós.
- PISARELLO, Gerardo (2006); *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta.
- PREUSS, Ulrich (1991); “El concepto de los derechos y el Estado de Bienestar”, en Olivas Enrique *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid: Trotta.
- WALLERSTEIN, Immanuel (1998); *Después del liberalismo*. Segunda edición. México: Editorial Siglo XXI - UNAM.

Capítulo 33

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Marcelo Schmitt Gamba¹

1. INTRODUÇÃO

A evolução do Poder Judiciário, em especial nos países periféricos, como é o caso do Brasil, não se deu conjuntamente com a evolução social, o que acarretou enormes problemas na relação entre o Estado e o cidadão. Assim, o Poder Judiciário tem perdido crédito por não mais corresponder às reivindicações movidas pelos novos conflitos decorrentes das mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas. Com isso, passa a perder sua eficácia pelo distanciamento das normas estatais em relação à sociedade.

Importante destacar que, esta crise não é uma exclusividade do Poder Judiciário, ou seja, trata-se de uma crise muito mais complexa referente a todo o sistema de justiça, democrático, isto é: uma crise do Estado Democrático de Direito.²

Nesse sentido, a sociedade jurídica tem se mobilizado buscando novas concepções jurídicas que possam ser aplicadas na sociedade contemporânea. Tais buscas concentram-se na reformulação da função e da maneira de agir do Poder Judiciário e o estudo de seu verdadeiro papel dentro de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo específico analisar e demonstrar a amplitude da crise presente no Estado atual, e demonstrar, através dos processos de reforma implementados no Poder Judiciário na última década, a influência do movimento da Análise Econômica do Direito nos processos de transformação do sistema jurídico brasileiro. O intuito final é dar conta das motivações e consequências

1 Mestre em Filosofia, História e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: ms.gamba@hotmail.com

2 BISTRA, Stefanova Apostolova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 159: “A nossa colocação vai ao sentido de mostrar que, enquanto no seu aspecto formal o direito brasileiro, forjado no paradigma positivista, corresponde à visão contemporânea de direito, no seu conteúdo material (no plano da legislação e da aplicação das normas) guarda ainda uma relação de proximidade com a cultura jurídica moderna que consagrou os privilégios dos grupos dominantes, reafirmando desse modo uma estrutura social hierárquica, no entanto, alimentando a ideologia da igualdade dos indivíduos perante a lei.”.

das transformações eficientistas pelas quais o Poder Judiciário passa sob influência da análise econômica do direito.

2. A TRANSFORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, enquanto um dos três poderes constituídos do Estado passou por importantes modificações em sua trajetória até a época atual, atravessando três grandes períodos históricos no significado sociopolítico da função estatal: Estado Liberal, Estado Providência e Estado Atual ou Crise do Estado-providência.³

No Estado Liberal, que teve sua história traçada no século XIX até a primeira grande guerra, se fortaleceu a aplicação da teoria da separação dos poderes. Com isso ocorreu a prevalência do positivismo, apresentando-se, nessa época, um Poder Judiciário reativo, ou seja, baseado no princípio da inércia; conflitos *inter partes* que não geravam decisões *erga omnes*, isto é, a decisão cabia somente às partes em litígio e a independência dos poderes dizia respeito à direção do processo decisório, adequando-se a dependência administrativa e financeira.⁴

O Estado, neste período, se apresenta pela fórmula Hobbesiana, ou seja, corresponde à instância axiológica da refundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade frente às arbitrariedades da fase anterior.⁵ Com o surgimento deste princípio e a sua influência – traduzida nas codificações –, uma norma jurídica passou a ser válida não pelo seu conteúdo ou por ser justa, mas sim, exclusivamente, por ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. Neste caso, o legislativo.⁶ Assim, com o princípio da legalidade, a ciência do direito deixou de ser imediatamente normativa para ser cognoscitiva, isto é, explicativa de um objeto: o direito positivo. Assim, o direito se submetia somente à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação.⁷

3 SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, 1996. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>>. Acesso em: 20/03/2012. p. 31.

4 SANTOS, op. cit., p. 32.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003: Na experiência premoderna, a ciência do direito era o próprio direito, pois era recebido por tradição e constantemente reelaborado pela sabedoria dos doutores, logo era uma produção jurisprudencial do direito.

6 FERRAJOLI, op. cit.

7 FERRAJOLI, op. cit., p. 17: “Se trata de un cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si comparamos El código civil de Napoleón o El

Portanto, nesse período, o Poder Judiciário pode ser caracterizado como um poder de mínimo peso político, ficando à margem dos debates sociais, traduzindo suas práticas em rotineiras, eticamente frouxas, mas tecnicamente exigentes; com forte dependência econômica e financeira, centralizada especialmente no Poder Executivo, sendo o Judiciário o responsável pela legitimidade política dos outros poderes.⁸

Já com o advento do Estado Providência ocorreu o colapso da teoria da separação dos poderes devido à governamentalização da produção do Direito. Gerou-se, assim, um caos normativo com uma explosão legislativa, uma jurisdicionalização generalizada da realidade e da Justiça. Além disso, foi nessa época que se emanaram as conquistas legais de âmbito transindividuais, havendo o choque entre os litígios individuais e os coletivos. Ou seja, apesar da necessidade de uma estrutura de atendimento diferenciada, a forma de tratamento do Poder Judiciário continuava a mesma. Assim, os anseios sociais ficavam sem respostas, tendo em vista a dificuldade do Judiciário em apresentar a solução aos novos conflitos que surgiam.

Em que pese essas dificuldades, pode-se dizer que nessa fase houve uma verdadeira revolução do Judiciário, visto que se iniciou o caminho por uma via política, tendendo a transformar-se em um ator político, com uma visibilidade social e mediata aos tribunais, também ajudada pela coletivização da litigiosidade. Nesse sentido, se verifica a verdadeira mudança de paradigma ocorrida no sistema de justiça do Estado Liberal, pois, o Poder Judiciário passa a assumir aqui o posicionamento de um poder político reconhecendo sua atividade política dentro da sociedade constituída. Tal fator se dá também pela conquista de novos direitos, em especial de segunda e terceira geração, que ainda não possuíam uma resposta adequada por parte das normas positivadas.

Com o nascimento do Estado Atual houve um aprofundamento da perda de coerência e da unidade do sistema jurídico, que ocorre em especial por dois motivos: desregulamentação da economia e busca de uma regulamentação transnacional devido à globalização, chamada nova *lex mercatoria*.⁹ Este novo direito trazido pela

código civil italiano com lãs Instituciones de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no ES la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, ES decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos.”

8 SANTOS, op. cit., p. 34.

9 SANTOS, op. cit., p. 37: “Mas o processo de desregulamentação é contraditório, na medida em que a desregulamentação nalgumas áreas foi levada a cabo de par com a regulamentação acrescida de outras e, na grande maioria dos casos, a desregulamentação foi apenas parcial. Acresce que, paradoxalmente, depois de décadas de regulação, a desregulamentação só pôde ser levada a cabo mediante uma produção legislativa específica e por vezes bastante elaborada. Ou seja, a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e portanto uma sobrecarga legislativa adicional.”

globalização que toma cada vez mais poder, mostra mais uma dimensão do caos normativo de natureza, agora, transnacional e, além disso, é causa e consequência da erosão da soberania estatal, acarretando, também, a derrocada do Judiciário na garantia do controle da legalidade.

Dessa forma, o Estado Atual encontra dois pontos de crise: um ponto interno, no qual o Poder Judiciário, devido ao seu atrasado desenvolvimento não responde adequadamente aos anseios da sociedade diminuindo cada vez mais sua função. E um ponto externo, que se dá com o surgimento de novos polos de poder, e pela fuga, cada vez maior, dos jurisdicionados na busca de uma tutela supraestatal ou acordos que não estariam ligados diretamente ao Poder Judiciário interno.

O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade –, que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna.¹⁰

Além disso, desde o Estado Providência, modificaram-se as condições de validade das leis; dependentes já não apenas da forma de sua produção, como era no Estado Liberal, senão também da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. Assim, a existência das normas que no paradigma paleo-juspositivista tinham se dissociado da justiça, separam-se agora também da validade. Logo uma norma formalmente válida pode ser substancialmente inválida pelo seu contraste com normas constitucionais.¹¹

10 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 48.

11 FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi: *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Disponível em: <<<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>>. Acesso em: 18/09/2012: “Podemos entender el

Os problemas apontados se agravam, quando analisados nas especificidades dos países periféricos. Isso porque, devido às crises democráticas, políticas e institucionais que esses países sofreram, a sua evolução histórica do Estado não passou pelos mesmos passos e transformações verificadas nos países desenvolvidos. Assim, o Poder Judiciário nos países periféricos ultrapassou determinadas etapas de evolução histórica, pela qual passaram normalmente os países desenvolvidos. Tal fator é de extrema importância, para que se compreenda a verdadeira ação jurisdicional que, apesar do invólucro semelhante com o de outros países, apresenta internamente ações e objetivos completamente diferentes.¹²

A partir desse panorama, se tem buscado implementar transformações no Poder Judiciário, com o intuito de fazê-lo superar tais dificuldades. Dentre estas transformações, a título exemplificativo, pode se destacar duas: As Emendas Constitucionais 19 de 1998 e 45 de 2004.

3. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19 DE 1998: A REFORMA GERENCIAL

O Brasil passou por diversos processos reformadores em sua estrutura político administrativa. Desde a década de 30 se tem repensado e buscado atualizar os papéis e responsabilidades do Estado, enquanto ente regulador e administrativo da sociedade.

Até a década de 60, a administração pública era caracterizada por ser burocrática e patrimonialista atuando, em resumo, por meio de um sistema fechado,

cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, si no también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control. La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos. Esta censura es promovida por jueces ordinarios y es declarada por las cortes constitucionales. De hecho, ésta ya no es, como en el viejo paradigma paleoiuspositivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea su significado, si no sujeción a la ley sólo si es válida, es decir, si es coherente con la Constitución. En el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, si no una cualidad contingente ligada a la coherencia – remitida a la evaluación del juez – de sus significados con la Constitución. De ello se deriva que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, donde el juez tiene la tarea de escoger sólo los significados válidos, o sea aquellos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales que éstas establecen.”

12 SANTOS, op. cit., p. 44.

hierarquizado e centralizado. Além disso, não havia nenhum tipo de questionamento sobre os resultados e respostas aos serviços requisitados; as preocupações e interesses se limitavam ao respeito procedimental.

Nos últimos anos, especialmente a partir da década de 60, os processos reformadores ganharam nova feição. Muito influenciados por correntes e doutrinas neoliberais, passaram a ser conhecidos e implementados como reforma gerencial. Tais transformações eram vistas como essenciais para a evolução do Estado e da administração pública como um todo, e tinham por escopo, garantir o respeito aos anseios sociais por parte do Estado. Visava, ainda, respeitar e defender uma sociedade plural garantindo e defendendo os interesses de todos, inclusive das minorias.¹³ Há, nesta nova fase, uma abertura da administração pública, que se dá com a implementação de algumas características do mercado neste novo sistema de administração, mais flexível, aberto, e agora, preocupado com o resultado *a posteriori* e não com o procedimento adotado. Suas principais características são:

(2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal; (4) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar; (5) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (6) definição dos objetivos a serem atingidos na forma de indicadores de desempenho sempre que possível quantitativos, que constituirão o centro do contrato de gestão entre o ministro e o responsável pelo órgão que está sendo transformado em agência; (7) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (8) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida.

Mais amplamente, a administração pública gerencial está baseada em uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, enquanto que a administração pública burocrática tem um

13 SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica. *Revista Jurídica Virtual*. vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>> Acesso em 22/08/2012: “Já a administração pública gerencial surgiu tendo por fundamento uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, que pensa na sociedade como um campo de conflitos e incertezas, na qual os cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas. Neste modelo de administração pública, as concepções da sociedade devem ser levadas em conta para que seus interesses sejam respeitados pelo Estado.”.

vezo centralizador e autoritário. Afinal o liberalismo do século XIX, no qual se moldou a forma burocrática de administração pública era um regime político de transição do autoritarismo para a democracia. Enquanto a administração pública burocrática acredita em uma racionalidade absoluta, que a burocracia está encarregada de garantir, a administração pública gerencial pensa na sociedade como um campo de conflito, cooperação e incerteza, na qual cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas, que afinal se expressam na administração pública. Nestes termos, o problema não é o de alcançar a racionalidade perfeita, mas definir instituições e práticas administrativas suficientemente abertas e transparentes de forma a garantir que o interesse coletivo na produção de bens públicos pelo Estado seja razoavelmente atendido.¹⁴

Como exemplo inicial desse processo de reforma gerencial, cita-se o Decreto-Lei n. 200 de 1967 que foi um dos primeiros processos reformadores que buscou, em tese, a implementação da eficiência no âmbito da administração pública.

Porém, o seu surgimento não foi totalmente positivo. De fato, este primeiro processo de reforma gerencial ocasionou alguns resultados desfavoráveis, uma vez que as reformas eram apenas em pontos periféricos da administração. Assim, por deixar de se preocupar com algumas questões essenciais para as modificações que se pretendiam fazer, impossibilitou a transformação da administração central, que continuou burocrática e despreocupada com seus resultados. Portanto, como se pode concluir, foi uma reforma incompleta, o que, de certa forma, veio a agravar ainda mais a situação problemática da administração pública.¹⁵

Desta maneira, a reforma administrativa embutida no Decreto-Lei 200 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se inicia já em meados dos anos 70, agrava ainda mais a situação da administração pública, na medida em que a

14 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1996b. p. 272.

15 SILVA, op. cit.: “Muito embora não se possa negar a expansão da administração pública implantada pelo Decreto-lei 200, este diploma teve duas conseqüências inesperadas e indesejáveis: de um lado, permitiu a contratação de servidores sem concurso público, facilitando a sobrevivência de práticas patriarcalistas e nepotistas; de outro, não se preocupou com mudanças na estrutura da administração direta ou central, não conferindo a devida importância para as carreiras de altos administradores, bem como deixando de considerar os funcionários públicos como profissionais engajados no mercado de trabalho. Com esta prática, como seria previsível, a reforma administrativa embutida no Decreto-lei 200 ficou pela metade e acabou por fracassar.”.

burocracia estatal é identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração.¹⁶

Após o Decreto-Lei 200 de 1967, não houve avanços. Pelo contrário, ocorreram diversos retrocessos, que dificultaram ainda mais a dita necessária transformação administrativa Estatal. Isso porque, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que se deu foi um claro retrocesso na administração pública brasileira, uma vez que se fortaleceu a administração burocrática clássica. Assim, a transformação da administração pública com a Constituição Federal de 1988, foi o enrijecimento e agravamento da burocracia, transformando o antigo Estado paternal/patrimonialista em um Estado extremamente burocratizado.¹⁷

A partir disso, passou-se a questionar pelos sistemas de administração pública, visando aplicar uma maior responsabilidade pelo verdadeiro interesse público. Com isso, entrou em cena, as propostas de reforma administrativa que, posteriormente, culminariam na Emenda Constitucional n. 19 de 1998. Em verdade, essa foi uma parte do grande processo de reforma gerencial, que visava transformar a ultrapassada administração burocrática em uma administração de caráter gerencial. Portanto, não se pode dizer que esta emenda constitucional rompeu com o processo de transformação que já se vinha implementando desde a década de 60. Por outro lado, também não se pode afirmar que é uma continuidade lógica daquele processo de reforma. Isso porque, como se alertou, aquele processo não se preocupou com a transformação da administração pública direta, o que agora passa a ser o tema central de preocupação.

A reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, portanto, pretendeu ser mais um passo na transformação do antigo Estado burocrático/ paternalista, adotando o modelo de resultados. Isso quer dizer que, a preocupação central mudou o foco, pois, se abandonou a exacerbada proteção aos procedimentos para preocupar-se com o resultado, ou seja, o fim de determinada atividade.

16 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Administração Pública Burocrática à Gerencial*. In: Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, volume 120, n.1 jan/abr: 1996a. Disponível em: <<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>>. Acesso em 04/04/2012. p. 07.

17 PEREIRA, 1996b, op. cit., p. 272: “A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto e a administração pública brasileira passa a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo. As conseqüências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira.”.

De fato, é este o grande giro empreendido na reforma gerencial: a mudança do ponto de análise da administração pública, que abandona a antiga lógica positiva de procedimentalismo exacerbado, para adotar a nova lógica de análise dos resultados. Assim, a partir da reforma gerencial do Estado, o fim é o que mais conta, isto é: o resultado.

Isso, como se pode imaginar, abre espaço para o surgimento de uma nova administração pública mais frouxa tecnicamente, ou seja, mais flexível, com participação social mais efetiva (pois mais facilitada) e com ênfase na eficiência (o que pressupõe, inclusive, a redução dos custos).¹⁸

Ocorre que, a aplicação de lógicas de competitividade, de análise custo/benefício, de eficiência, com o respectivo aumento da produtividade, isto é, de uma lógica essencialmente presente no mercado, traz algumas conseqüências na estrutura da administração. Dentre as quais se pode destacar: diminuição dos cargos “inativos”, ou seja, tendo em vista que o funcionalismo passa a ser avaliado pelo seu resultado, todos devem agir para garantir seu emprego (aqui está a motivação da flexibilização da estabilidade); o trabalho torna-se competitivo, fazendo com que se destaque no centro da administração uma lógica meritocrática; flexibilização de algumas garantias de estabilidade; mudanças remuneratórias, entre outras.¹⁹

Com essas transformações, o que se pode extrair, em um primeiro momento, é que a análise dos resultados ganhou grande importância e é guiada por seu principal componente: o aumento e a avaliação da eficiência.²⁰

18 BRASIL. MARE *Exposição de motivos para Emendas Constitucionais administrativas*. Presidência da República. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília-DF, 1995. Disponível em: <<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/emenda/daementa.pdf>>>. Acesso em: 29/07/2012. p. 02: “Hoje, a crítica à administração burocrática tradicional prescinde das divisões político-ideológicas: questiona o Estado tutelador, executor direto e onipresente, mas ineficaz no seu desempenho, prisioneiro de estruturas burocráticas verticalizadas e orientadas pela cultura do controle, do formalismo e do tecnicismo burocrático. O novo Estado que desejamos será orientado pelo modelo da Administração Gerencial, mais ágil, flexível, com ênfase na eficiência, redução de custos, gestão flexível, participação e controle sociais.”

19 BRASIL. op. cit., p. 04: “O objetivo pretendido é a valorização do funcionalismo, aumentar a sua produtividade, premiar mais adequadamente os mais competentes. Hoje, o funcionalismo público vive o círculo vicioso da estabilidade, da ineficiência e da baixa remuneração. Não se propugna, entretanto, a extinção da estabilidade. Entende-se como suficiente a sua regulamentação em dois níveis: de forma rígida, para as categorias que desenvolvam funções exclusivas de Estado e de forma flexível para os demais funcionários. A estabilidade rígida permite a dispensa do servidor por falta grave, mediante processo administrativo ou judicial.”

20 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira*. In: Conferência realizada nos seminários patrocinados pela Presidência da República nos quais os

A grande questão é que com a flexibilização da burocracia conquistaram-se maiores resultados, ou seja, a eficiência aumentou. Entretanto, para o alcance desta eficiência o Estado passou a se ausentar em algumas atividades. Nesse sentido, destaca-se o surgimento das organizações sociais, parcerias público-privadas e privatizações, que ganharam fôlego com a promulgação da Emenda Constitucional 19 de 1998.

Assim, a reforma gerencial ocasionou a desestatização, introduzindo a ideia de que o Estado só deve exercer as atividades que lhe são diretamente ligadas. A partir disso, se pode diferenciar em duas as tarefas estatais: tarefas centralizadas de formação de políticas públicas e criação da lei e; tarefas descentralizadas, que seriam aquelas de aplicação das políticas públicas, em geral, tarefas essas que, diferentemente das tarefas centralizadas, poderiam ser aplicadas por entes vinculados ao Estado, mas não, necessariamente, pelo Estado.

Essas medidas foram essenciais na aplicação de uma forma gerencial de administração, pois, apenas assim, foi possível a aplicação das três formas gerenciais de controle: a) controle social; b) controle de resultados e; c) competição administrativa. Com isso, extrai-se que o que se pretendeu com a reforma, de fato foi “[...] que o Estado se torne um elemento efetivo de desenvolvimento devido à sua própria eficiência”.²¹

Portanto, pode-se concluir que a Emenda Constitucional n. 19 de 1998, foi o principal processo na reforma gerencial em desenvolvimento no Brasil, uma vez que implementou no seio da administração pública os principais pressupostos da administração gerencial, com a instituição da análise dos resultados em substituição à burocracia administrativa clássica.

Por fim, é importante destacar que, de todo o processo de reforma, apenas um poder se colocou contrário: o Poder Judiciário. Isso se deu, pois ainda estava

ministros explicaram aos parlamentares dos partidos aliados as emendas constitucionais que pretendiam enviar ao Congresso. ESAF, Brasília, janeiro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1_995/98.ReformaAparelhoEstado_Constituicao.pdf>>. Acesso em 20/02/2012: “[...] os administradores públicos conseguem a dispensa (“waiver”) de aplicar as normas administrativas rígidas que caracterizam a administração pública burocrática clássica e assim conseguem resultados muito melhores.”.

21 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. PACHECO, Regina Silvia. *Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n° 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em <<<http://www.direitodoestad o.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-BRESSER.pdf>>> Acesso em: 20/06/2012.

preso a um paradigma positivista de que o Judiciário não é um poder político.²² Assim, em razão das especificidades do Poder Judiciário, este foi alvo de reformas específicas, dentre as quais se destaca a Emenda Constitucional 45 de 2004, que será tratada a seguir.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004: A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Após a reforma gerencial do Estado, as preocupações se voltaram para o Poder Judiciário. Nesse sentido, uma das tentativas de transformação implementada foi a chamada Reforma do Poder Judiciário que teve seu marco com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

A proposta desta emenda constitucional se deu quando da revisão constitucional ocorrida no período entre os anos de 1993 e 1994. Nesta fase, muitas foram as emendas constitucionais apresentadas, porém, apenas cinco foram aprovadas, sendo que, nenhuma delas se referia a reforma do Poder Judiciário. Isso levou ao aprofundamento das discussões sobre o Judiciário no Brasil, tendo destaque o importante papel de Nelson Jobim (PMDB-RS), que propôs a discussão do que foi chamado: novo projeto de Reforma do Poder Judiciário²³. Diversos foram os pontos levantados nesse novo projeto, destacando-se: súmulas de efeito vinculante dos tribunais superiores e a criação de novas formas de controle e responsabilização da atividade dos magistrados.²⁴

Ponto de muita relevância é a percepção de que a PEC 92/96 instaurou uma disputa política, na qual o governo procurava o melhor funcionamento do Judiciário, diminuindo o número de processos, e a oposição queria medidas que melhorassem o acesso à justiça. Dentre os fatores relevantes dessa disputa política destaca-se a ideia de que os partidos políticos procurassem a via jurídica como alternativa de conquistarem ou impedirem anseios que não foram conquistados no Poder Legislativo ou Poder Executivo, o que é chamada de judicialização da política. Por esse motivo, a

22 PEREIRA, 2007, op. cit. p. 44: “Nesse processo, o papel da burocracia pública – dos seus servidores, dos seus intelectuais – é importante. Em todas as áreas do Estado, a burocracia pública estrito senso divide o poder com os políticos. Em apenas um dos três poderes, no Judiciário, os burocratas possuem o poder final; nos demais, os políticos detêm esse poder.”

23 Identifica-se como novo projeto, uma vez que veio para modificar e retomar as discussões do projeto inicial de Reforma do Poder Judiciário, apresentado por Hélio Bicudo (PT-SP) na revisão constitucional de 1993 e 1994.

24 SADEK, Maria Tereza (org). *Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

oposição muitas vezes foi contrária a propostas como a Súmula de Efeito Vinculante, pois temia a forte influência governista no Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores.

Ocorre que, alguns consideram que tal processo seria positivo, afirmando que:

[...] a judicialização da política, entre nós, longe de enfraquecer o sistema de partidos, em especial os da esquerda e da oposição tende a reforçá-lo, na medida em que propicia – é verdade que no campo predominante do Direito e de seus procedimentos – uma conexão entre a democracia representativa e a participativa, para o que concorrem as ações públicas em que a cidadania se encontra legitimada para deflagrar o processo judicial contra as instâncias do poder.²⁵

Quando do processo de tramitação da EC 45/04, estavam, em paralelo, sendo propostas algumas leis que tratavam de matérias referentes a assuntos discutidos na Reforma do Judiciário. Entre essas, podem ser destacadas a Lei n. 9.868/99, destinada a regulamentar o processo de julgamento da ADC e ADI, que tinha como conteúdo a extensão do efeito vinculante para a ADI. Outra importante lei, foi a n. 9.882/99, que regulamentou a ADPF, criando um novo tipo de demanda judicial. A partir dessa lei, toda e qualquer ação ou omissão política, legislativa ou administrativa do poder público, que se encontrasse em desacordo com os preceitos fundamentais da Constituição, estão sujeitos a ser levados ao Supremo Tribunal Federal.

Em resumo pode-se concluir que entres as modificações mais relevantes introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 estão: o acréscimo do princípio da celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVII da Constituição da República Federativa do Brasil); a criação do Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público; a necessidade de repercussão geral para os recursos extraordinário e especial e a criação da súmula vinculante.

5. A INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como se tem buscado demonstrar até aqui, o paradigma de atuação do Poder Judiciário tem passado por importantes transformações. Logicamente, essas transformações não afetam, exclusivamente, a prática jurídica ou institucional do

25 SADEK, op. cit., p. 34.

Poder Judiciário. O que se constata é que, para além da atuação do Poder Judiciário, ocorre uma forte influência e transformação na teoria do direito.

Questionado pelos múltiplos vetores da transformação acarretada pela passagem do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar, o Judiciário parece perplexo diante do caminho a ser trilhado. Não é possível voltar ao padrão de funcionamento que o caracteriza no modelo liberal, mas ao entrar em movimento não parece saber o que exatamente deve mudar para adequar-se aos novos tempos.

Segundo Richard A. Posner, o que deve ocorrer é a retomada do fato, ou seja, a retomada da preocupação do direito pelo fato. Portanto, o direito,

[...] em si, é mais bem abordado em termos behavioristas. Não pode ser exata ou proveitosamente descrito como um conjunto de conceitos, quer de direito positivo, quer de direito natural. É mais bem descrito, ainda que isso não se tudo, como a atividade de profissionais habilitados que chamamos de juízes, que têm o alcance de sua habilitação circunscrita somente pelos difusos limites externos do decoro profissional e do consenso moral. Holmes estava no caminho certo quando propôs a teoria do direito como previsão, que é uma teoria do direito como atividade; seus críticos foram demasiado rápidos em rejeitá-la. Redescrever o direito em termos de atividade tende a apagar a distinção entre direito natural e direito positivo, e a distinção realmente sobreviveu à sua utilidade. Os juízes criam em vez de descobrirem o direito, e usam como insumos tanto as regras formuladas por legislaturas e tribunais anteriores (“direito positivo”) quanto suas próprias preferências éticas e sobre políticas públicas. Essas preferências são tudo que resta do “direito natural” agora que muitos de nós deixamos de acreditar que a natureza constitui uma ordem normativa.²⁶

No desenvolvimento desta resposta, Posner encontra e defende a solução no reencontro do direito com o fato. A partir disso, o direito encontra uma lógica da justificação, e não mera ou basicamente uma lógica da descoberta, ou seja, o importante seria a justificativa do direito e não a sua, tão alegada, descoberta.

Tal mudança na compreensão do direito é ponto de rompimento com o antigo sistema de logicidade e pureza, e, conseqüentemente, influencia na mudança do paradigma de atuação do Poder Judiciário.

26 POSNER, Richard. *Problemas da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 610/611.

Entretanto, isso não significa o abandono por completo do formalismo jurídico e seus pressupostos. O que se faz é uma passagem de compreensão do direito não como algo dado, pré-existente e inquestionável, mas sim, na crença de uma justificação embasada pela necessidade social.²⁷

Portanto, o que se faz é abandonar a ideia de que o direito é pré-existente e deve ser descoberto, para que possa ser encarado como objeto de criação que deve ser utilizado para um fim específico. Isso não significa que se abandona ou se torna hostil, por completo, à ciência do direito, o que ocorre é a mudança de foco, transformando-a em um empreendimento social para o futuro e não com a análise voltada exclusivamente no passado. Assim, com caráter de previsão, o direito passa a ser utilizado como objeto para um fim específico.

Nesse sentido, o direito deixa de ser aquele objeto com fim em si, para se tornar um instrumento. E, para tanto, se faz necessário vinculá-lo a uma ciência que auxilie na sua aplicação. Assim, passou-se a destacar a economia como a ciência capaz de auxiliar o direito a compreender a realidade social.

É esse o pressuposto principal da Análise Econômica do Direito (AED), ou seja, utilizar-se da economia para auxiliar na construção e transformação do direito. Isto quer dizer que, a AED pode servir como um sinal de orientação que indica ao intérprete em que direção pode olhar e no que deve prestar atenção quando as leis e a jurisprudência não são claras ou oferecem distintas alternativas.²⁸

Este método de atuação auxilia a meditar sobre as consequências de aplicações e a determinar e valorar as vantagens e desvantagens advindas delas. Assim, a economia, auxilia a conhecer os benefícios e custos das normas jurídicas, a fim de obter um resultado socialmente valioso.²⁹

27 POSNER, op. cit.

28 ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. In Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n. 29. Jul/Dez 2006, p. 58: “Todavia, o aspecto inovador do movimento não se reduz a este aspecto. A novidade da AED é dar uma fundamentação econômica à teoria do direito e, neste sentido, mais que se centrar nos efeitos das normas, terá que se centrar na eficiência e, portanto no princípio da maximização. Neste sentido, a respeito da eficiência no direito consuetudinário, a hipótese não é que o direito consuetudinário duplique ou possa duplicar perfeitamente os resultados dos mercados competitivos, mas que, dentro dos limites da viabilidade administrativa, o direito conduz o sistema econômico para a produção dos resultados que a concorrência eficaz produz e complementa o raciocínio, em tanto se aceite que o economista pode medir custos e que os mesmos são pertinentes para a política, a teoria econômica tem um papel importante nos debates sobre a reforma legal”.

29 ALVAREZ, op. cit., p. 53/55: “A proposta de estudo interdisciplinar implica (a) a rejeição da ideia de autonomia da própria ciência jurídica consoante a proposta do formalismo na formulação

Com isso, pode-se concluir que, com a transformação da compreensão de direito como um instrumento e com o surgimento da Análise Econômica do Direito, há a substituição do conceito de justiça por pressupostos próprios da economia, e,

de Langdell. Desta forma, retoma os postulados do realismo, isto é, a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais, especificamente através da aplicação da teoria econômica à análise e evolução da realidade legal¹⁴. Implica também (b) erigir a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, com o que se abre o discurso jurídico à realidade social e se realiza a integração entre ciência econômica e ciência jurídica superando os limites do formalismo e estabelecendo novo tipo de relação implicando: (i) que a interpretação e avaliação de uma norma realiza-se desde os pressupostos da teoria econômica; (ii) que a racionalidade de que se dota às normas e ao sistema jurídico em seu conjunto, é uma racionalidade do tipo econômico¹⁵. Ainda, implica (c) colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das conseqüências econômicas das Intervenções jurídicas¹⁶; bem como a (d) tentativa de reconstrução do discurso jurídico através de uma linguagem tecnocrática: (i) porque os destinatários desse discurso não são tanto os indivíduos e/ou grupos, mas os operadores jurídicos que partem de uma visão funcional e operacional do direito; (ii) porque a utilização das técnicas de análise custo-benefício e a reformulação das categorias tradicionais em categorias econômicas levam a priorizar o caráter tecnocrático do discurso; e (iii) porque o direito passa a ser compreendido como meio para atingir fins ou objetivos sociais, razão do instrumentalismo, resultante do movimento do realismo jurídico e do movimento do pragmatismo filosófico, bem como do movimento progressista¹⁷. Por fim, implica o (e) instrumentalismo pragmático cujas principais características são: 1ª uma concepção essencialmente instrumental do direito entendido como o conjunto de meios sociais, de instrumentos que servem a objetivos determinados, que surgem, por sua vez, de necessidades e interesses Sociais externos ao direito uma forma de tecnologia, uma tecnologia social complexa¹⁸; 2ª uma teoria do direito em que os juizes e operadores jurídicos são os verdadeiros protagonistas no processo de criação do direito; 3ª uma visão otimista da potencial eficácia do direito para cambiar a sociedade; 4ª uma teoria do valor de mercado caráter utilitarista porquanto o direito existe para satisfazer necessidades ou interesses. Consoante Summers, a maioria destes teóricos consideravam que os valores e os objetivos das normas jurídicas devem derivar dos desejos e interesses reais da sociedade, quaisquer que eles sejam, num determinado momento. Desta forma, ao assumir a não comensurabilidade qualitativa das necessidades leva a postular a maximização do maior número de interesses ao menor custo., o que converge com as teses da AED.¹⁹ 5ª esta teoria instrumentalista do direito é o fundo ideológico da experiência jurídica do estado intervencionista nos EEUU. A concepção realista é o grande mecanismo para implementar as transformações demandadas pela sociedade americana: do modelo do *laissez faire* da Common Law para o Bem-estar e intervencionismo do New Deal: o sistema jurídico transforma-se num processo politicamente orientado à busca do interesse público geral, à maximização dos interesses do maior número através da legislação e a re-interpretação das doutrinas da Common Law à luz dos novos valores instaurados.²⁰

neste caso, em especial, o conceito de justiça passa a ser substituído pelo conceito neoclássico de eficiência. Portanto, deve-se levar em consideração que:

[...] a AED reconhece a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, tanto no referente a objetivos como métodos de estudo, mas, diferentemente da CLS, sustenta que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica, para conseguir maior objetividade e precisão na tomada de decisões. Noutros termos, que o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza podem ser usados pelos juizes como standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa. Mais ainda, “que existe uma racionalidade subjacente à Common Law baseada no princípio da eficiência econômica”.³⁰

Assim, se o direito não é mais um fim em si – que se encontra na natureza ou é dado por um órgão superior –, ele passa a ser, agora, um instrumento de transformação. Portanto, com a aplicação da AED, nos parâmetros desenvolvidos por Richard Posner, o direito passa a ser um instrumento de maximização da riqueza. Assim, para Posner o que se pretende, o fim que o direito deve ter, é a maximização de riqueza. A partir disso, ele define eficiência no sentido de maximização de riqueza e diz que esta tem força moral, sendo a riqueza este valor esta medida de avaliação qualitativa.³¹

Nesse sentido, eficiência seria a busca pela junção de recursos visando a maximização de riquezas. Quanto maior a possibilidade de maximização das riquezas, mais eficiente será determinada ação.³²

Logo, o que se vê é que há no Poder Judiciário, atualmente, uma dupla racionalidade, composta pelo princípio da legalidade e pelo critério da eficiência. Isso tem influenciado a existência de normas gerais e a atuação em um formalismo de fachada, possibilitando a defesa da eficiência (com decisões que podem sempre variar,

30 ALVAREZ, op. cit., p. 51.

31 POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, 492 p.

32 Não se desconhece a evolução do pensamento de Richard A. Posner, porém, não há como tratar, neste artigo, das especificidades e excepcionalidades trazidas pelo autor em suas últimas obras nas quais admite que, em alguns casos, a utilização do parâmetro da maximização da riqueza seria problemático frente a moral social.

adequando-se argumentativamente à medida que se deseja) sem perder de vista o princípio da legalidade.³³

Assim, ocorre um novo processo que, apesar da criação de leis, elas são sempre mais gerais e menos específicas.³⁴ Há, portanto, um processo de desformalização, deslegalização e desregulamentação.³⁵ Essa desregulamentação, não só configura a aniquilação do Estado, mas também, a transformação da ação do magistrado em uma atividade extremamente discricionária.

Essa é a “ironia do Estado”, ou seja, a consciência de que já não pode controlar, produzir e dominar o que fazia até então de modo incontestável. A ironia aparece quando a pretensão de exclusividade e universalidade do poder é substituída por atitudes pragmaticamente mais contidas – atitudes essas expressas não pela presunção de constituir a última instância das decisões políticas e jurídicas, mas de ser uma voz a mais no concerto social. Num contexto em que nenhum sistema – inclusive o normativo – tem

33 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 43: “O Estado social atua com base numa dupla racionalidade: uma, presidida pelo princípio da legalidade; outra, orientada pelo critério da eficiência. Grande parte da incoerência normativa decorre da estratégia adotada para o equilíbrio dessas racionalidades.”

34 FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74: “[...] a lei não é mais um fato, mas um processo. Ela não é mais um ato, mas um programa de ação; e não cria mais instituições, porém elabora cenários. À medida que abandonam a pretensão de promover uma regulação direta da sociedade, limitando-se a estabelecer premissas para decisões, a fomentar entendimentos e engajamentos recíprocos e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica em contextos plurais e cambiantes, essas normas acabam introduzindo no ordenamento jurídico uma flexibilidade desconhecida pelos padrões legais prevalecentes desde o advento do moderno Estado de Direito.”

35 CAMPILONGO, op. cit., p. 47/48: “Desformalização, deslegalização e desregulamentação são algumas das palavras de ordem desse momento de crise do Estado. Remanesce a impressão de que tanto o primado da norma geral e abstrata utilizada para a ‘interpretação de bloqueio’ quanto as normas programáticas, as políticas públicas e as regras promocionais instrumentalizadas para a ‘interpretação de legitimação’ são inadequadas para o enfrentamento de parte da nova seletividade do sistema jurídico. Os filtros restritivos da racionalidade formal e os inclusivos da racionalidade matérias são criticados exatamente por suas limitações na promoção dos ajustes entre uma sobrecarga de demandas sociais e um contexto de crescente escassez de recursos a serem distribuídos socialmente. Ora, é exatamente nesse momento de luta hobbesiana pela manutenção de nacos dos poucos recursos partilháveis que entram em cena novos critérios seletivos. Dentre eles, as várias estratégias desregulamentadoras vão facilitar, então, uma redistribuição despida de transparência e de imparcialidade. É esse o grande risco da racionalidade jurídica conjuntural.”

isoladamente força e competência para se impor, legisladores e operadores do direito passam a reagir de duas maneiras [...]. A primeira reação é a de caráter pontual e envolve a adoção de um certo distanciamento com relação aos códigos, leis e normas desprovidas da necessária base material social ou econômica para serem eficazes, deixando-se simplesmente de aplicá-las em determinados casos ou, então, aplicando-as de modo seletivo em outros, conforme as circunstâncias. Trata-se de uma iniciativa basicamente informal, que, na sua dinâmica, acaba endossando iniciativas e decisões contraditórias dos diferentes órgãos governamentais e que tem feições sempre instáveis, pois depende de circunstâncias impossíveis de serem reproduzidas ao longo do tempo de modo duradouro e inalterável (Santos: 1996). A segunda reação é bem mais ambiciosa do que a primeira e envolve duas estratégias complementares. Uma delas é a definida pelos juristas como processo de *desjuridificação*. A outra é por eles chamada de *procedimentalização* do direito.

[...]

Nos dois casos, o objetivo é desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e das leis pela diversidade e pela flexibilidade normativa.³⁶

Entretanto, essa desregulamentação não pode ser tratada com simplismo. Isso porque, ela configura, em verdade, uma transformação do paradigma, com a cada vez maior derrocada do direito positivo, dando espaço a esta nova realidade jurídica.³⁷

36 FARIA, op. cit., p. 54-55.

37 FARIA, op. cit., p. 61: “Desregulamentação e deslegalização não significam menos direito. Significam, isto sim, menos *direito positivo* e menos mediação das instituições políticas na produção de regras, em benefício de uma normatividade emanada de diferentes formas de contrato e da tendência dos diferentes setores da vida social e econômica à auto-regulação e auto-composição de conflitos. Desregulamentação e deslegalização, no âmbito do Estado-nação, nada mais são do que outro modo – bem mais amplo, difuso e sofisticado – de regulamentação e legalização em âmbitos não-estatais. Em termos concretos, trata-se de uma *re-regulamentação* e de uma *relegalização* que ocorrem tanto no âmbito de organismos inter e supra-nacionais, com princípios, valores, lógicas, práticas, procedimentos deliberativos e velocidades decisórias distintos dos órgãos e procedimentos legislativos dos Estados, quanto no interior dos próprios sistemas e subsistemas socioeconômicos – mais precisamente, no âmbito das organizações empresariais e dos conglomerados capazes de efetuar investimentos produtivos, assegurar acesso a tecnologia de ponta,

É a partir dessa percepção, de dupla racionalidade presente na atividade jurisdicional e na, cada vez maior, abertura da discricionariedade da atuação do Poder Judiciário, que se encontra a influência da Análise Econômica do Direito.

É com esta conjunção ‘mágica’, que une a racionalidade mercadológico-financeira da doutrina econômica contemporânea às hábeis técnicas ‘canônicas’ de submissão e amor à lei, que se institui e bem articula talvez a maior ameaça ao jurídico: a Law and Economics, ou também conhecida como Análise Econômica do Direito – AED. É esta a teoria instrumental que sistematiza organiza de modo ‘metodológico’ e ‘científico’ a ascendência do econômico sobre o jurídico; que provoca, declarada e abertamente, a viragem que torna o direito em mera técnica de vinculação ao custo-benefício. Esta é a nova lógica pretendida de um Direito econômico. Aqui, o paradigma da eficiência volta a ser o cerne de operacionalização, sendo utilizado em favor de uma justificação do fazer-crer no sistema de Mercado, agora global.³⁸

Entretanto, a implementação da eficiência, para que seja bem efetivada, exige ainda um maior desprendimento do formalismo burocrático. Com efeito, pode-se considerar causa e consequência da diminuição da burocracia. Entretanto, seu grande problema quando implementada no Judiciário é a ausência de preocupação com a qualidade, ou melhor, o mérito das decisões.

Assim, em defesa da eficiência e da celeridade processual cria-se uma nova hermenêutica, capaz de preocupar-se com o caso em concreto, que dê ao magistrado mais discricionariedade, com seu desprendimento das regras exclusivamente positivadas, atribuindo-lhes uma liberdade em busca da justiça.

O conceito de ‘certo’ e ‘errado’ cedem lugar ao de utilidade e eficiência. Assim, em uma decisão, ao invés de preocupar-se com o certo (justo) e o errado (injusto), o que passa a valer é a sua eficiência e utilidade. Há um utilitarismo e instrumentalismo do direito, mas não para a aplicação do justo, senão, para a aplicação da utilidade e eficácia do ponto de vista do magistrado –ou do mercado–. Assim ele decide o que é útil para determinada sociedade, e a forma mais eficaz de aplicação. O conceito continua aberto e, além disso, o paradigma é outro, qual seja o da eficiência.

construir canais de distribuição, universalizar a oferta de serviços essenciais, criar novos empregos, gerar receita tributária etc.”.

38 MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa* (des) encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. p. 219.

Com isso, se tem colocado a cultura jurídica aos serviços da dominação econômica e o risco de abalo no sistema jurídico nacional é cada vez mais iminente, com a influência nas legislações e nas ações do Poder Judiciário dos grandes polos de poder neoliberal, que conduzem a reforma do Judiciário nos parâmetros que desejam. Assim, esses novos mecanismos, forjados, ganham força e passam a fazer parte do que se entende por direito. Isso é mais um fator da implementação da nova *lex mercatoria*, que influencia de forma histórica perversa, não só o sistema político e econômico das sociedades –especialmente as emergentes–, mas, todo o sistema jurídico.

Paralelamente, nesse contexto em que o protagonismo das relações internacionais já não é mais exclusividade nem dos Estados nem de instituições intergovernamentais, duas outras normatividades também vão se expandindo de modo veloz. A primeira delas se expressa por meio de um corpo de práticas, usos e costumes, regras, códigos de ética ou conduta, memorandos de entendimento (*Memorandums of Understanding*), cláusulas contratuais, termos padronizados e princípios mercantis forjado por empresas dos mais variados portes no interior das redes transnacionais de comercialização de insumos, bens e serviços, com o objetivo de regular o acesso a mercados, de balizar e disciplinar transações comerciais ou financeiras e de propiciar critérios, métodos e procedimentos para a resolução – via mecanismos de arbitragem, por exemplo – de conflitos no comércio internacional. Dispondo da flexibilidade necessária para adaptar especificidades setoriais e regionais e basicamente operado por associações empresariais, câmaras de comércio, corporações profissionais e operadores do direito designados como “artesãos legais” pelos doutrinadores, essa normatividade constitui a assim chamada “nova” *Lex Mercatoria*, em contraposição à forjada nos tempos medievais.³⁹

É nesse sentido que o sistema jurídico brasileiro tem buscado implementar suas mudanças. Isto é, influenciado por todo um sistema global de mercado com supervalorização da eficiência e da velocidade.

Com isso, as transformações, que inicialmente deveriam se adaptar aos novos conflitos sociais emergentes, deixaram de fazê-lo, para tornar-se palco e ator de um novo processo transformador: a eficiência da prestação.

Fica evidente, assim, a transformação do Poder Judiciário em um Poder quantitativo e eficiente na prestação de um serviço, mas, menos preocupado com a

39 FARIA op. cit., p. 40.

sua qualidade. A medida do Judiciário deixou de ser a garantia de direitos constitucionalmente conquistados –ainda que se saiba que muitos direitos foram institucionalizados e constitucionalizados sem serem de “fato” conquistados –, para ser a eficiência na prestação jurisdicional. A medida da justiça, como já se assinalou, deixou de ser a garantia do direito para se transformar na garantia da prestação célere e eficiente.

6. CONCLUSÃO

Como se vê, os processos transformadores do Poder Judiciário e do sistema jurídico, como um todo, está apenas no início. A princípio, com a reforma gerencial, implementou-se no seio da administração pública o princípio da eficiência com a análise de resultado em substituição aquela antiga burocracia.

Na última década, tem-se buscado a transformação do Poder Judiciário, mas essa se dá com base em novas premissas: análise de resultado, racionalidade e eficiência na prestação jurisdicional. É com sua implementação que, como ficou demonstrado, são próprias do mercado privado, se encontra mais claramente a forte influência da análise econômica do direito nas transformações do sistema de justiça brasileiro.

A busca pela eficiência, como se viu, tornou-se o ponto principal, se não único na avaliação do Poder Judiciário. Portanto as ditas “soluções” à crise do Poder Judiciário, longe de serem respostas surgidas da análise das problemáticas e características específicas da sociedade brasileira, têm se caracterizado pela implementação de um discurso econômico no centro das transformações, sob a influência determinantemente da economia – com os fundamentos de aplicação jurídica defendidos pela AED –.

Com isso, pode-se concluir que, com a transformação da compreensão de direito e sua função em uma sociedade, e com o surgimento da Análise Econômica do Direito, há a substituição do conceito de justiça por pressupostos próprios da economia, e, neste caso, em especial, o conceito de justiça passa a ser substituído pelo conceito neoclássico de eficiência.

Assim, a percepção geral que se chega é que a busca pela eficiência tornou-se o ponto principal, se não único na avaliação do Poder Judiciário. Conforme recomendado pelo Banco Mundial, por meio de seus documentos técnicos, o Judiciário tem se transformado em números que servem de instrumento avaliador e de sopesamento em suas práticas e mudanças previstas. Essa numeralização do Poder Judiciário está em pleno desenvolvimento e é característica marcante do processo de neoliberalização. Isso porque, com números não se avaliam a qualidade das decisões

e políticas aplicadas, apenas o *quantum* do trabalho. Claro, está, esse desejo de fuga do mérito das decisões, de distanciamento do Judiciário da realidade desigual que se encontra na sociedade.

7. REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9, n. 29. Jul/Dez 2006
- BISTRA, Stefanova Apostolova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- BRASIL. MARE *Exposição de motivos para Emendas Constitucionais administrativas*. Presidência da República. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília-DF, 1995. Disponível em: <<[http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/emenda/daementa .pdf](http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/emenda/daementa.pdf)>>. Acessado em: 29/07/2012.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. FARRIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- FARRIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi; *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Disponível em: <<<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>>. Acessado em: 18 set. 2012.
- _____. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa* (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. PACHECO, Regina Sílvia. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set/out/nov, 2005. Disponível em <<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-BRESSER.pdf>>>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP, volume 120, n.1 jan/abr-1996. Disponível em: <<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>>. Acessado em 04 abr. 2012. 28 p.
- _____. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira*. In: Conferência realizada nos seminários patrocinados pela Presidência da República nos quais os ministros explicaram aos parlamentares dos partidos aliados as emendas constitucionais que pretendiam enviar ao Congresso. ESAF, Brasília, janeiro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1995/98.ReformaAparelhoEstado_Constituicao.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2012.

- _____. *Burocracia pública e reforma gerencial*. In: Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, Versão Especial, número comemorativo dos 50 anos, 2007 . Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/RSP_70Anos_2FINAL1.pdf>>. Acesso em 04 jan. 2012
- _____. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1996. 360 p.
- POSNER, Richard. *Problemas da filosofia do direito*. Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 492 p.
- SADEK, Maria Tereza. (org). *Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, 1996. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica. *Revista Jurídica Virtual*. vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

Capítulo 34

O TRABALHO ASSALARIADO COMO MEDIADOR DA DEGRADAÇÃO DO HOMEM E DA NATUREZA NO CAPITALISMO

Enzo Bello¹
Rene José Keller²

1. INTRODUÇÃO

A pobreza não remete a uma situação de penúria imutável e a-histórica, imune às transformações econômicas das sociedades. Seu significado, conteúdo e agentes sofrem constantes atualizações, de forma e conteúdo, adequando-se principalmente ao grau de desenvolvimento socioeconômico. A pobreza assume o posto de um dos grandes problemas globais, sendo que na busca já delongada pela sua erradicação, constitui atividade prévia necessária o conhecimento mínimo dos elementos conformadores de tal condição social.

O presente estudo constitui uma tentativa interdisciplinar de avançar, ainda que minimamente, na análise da pobreza como decorrente de uma questão mais ampla: do embate entre o homem e a natureza, tendo o capital e o trabalho como mediadores. Essa forma de pobreza não necessariamente pressupõe exclusão social ou marginalidade, pois se assenta na desigualdade material inerente ao sistema capitalista.

Almeja-se examinar, a partir de um método ontologicamente crítico, o dialético materialista, a possível relação desigual existente entre o homem pobre, o ambiente escasso e o capital excedente. Em outros termos, cumpre instigar até que ponto a destruição da natureza e do ambiente está relacionada com a própria degradação do homem, considerando o seu potencial estagnado para romper com uma lógica espoliadora e desequilibrada estabelecida pelo sistema capitalista de produção.

É válido ponderar se a noção de pobreza nada mais é do que um conceito “artificial” e não endêmico ao modo de produção econômico, como a tradição liberal

1 Doutor em Direito pela UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF.

2 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestrando em Direito na Universidade de Caxias do Sul (UCS) e bolsista CAPES. Email: rene.j.keller@gmail.com.

sustenta. A questão lateral que emerge é se a luta pela erradicação da pobreza não pode ser traduzida na luta contra os privilégios estabelecidos, que condenam a sub-classe dos trabalhadores assalariados a viver em tal situação de inferioridade material. No exame desses freios sociais, mostra-se imprescindível analisar o elo que vincula o homem e a natureza, que é o trabalho. Nesta atividade essencialmente humana, firmada também na base social, é possível encontrar o caminho para os fundamentos que mitigam a emancipação humana, clarificada no conceito de alienação.

2. A POBREZA DO HOMEM SOB A ÉGIDE DO CAPITAL

2.1 O homem na perspectiva materialista

O materialismo histórico se difere das concepções de mundo idealistas justamente porque considera o homem *real*, não partindo da ideia que ele porta de si para compreendê-lo. Em linhas gerais, o sustentado está expresso na metáfora de Marx e Engels: “Totalmente ao contrário da filosofia alemã, que desce do céu à terra, aqui se eleva da terra ao céu”³. Com isso, ressalta-se o homem como criador das suas representações, estando estas vinculadas diretamente ao ambiente material.

O problema é apresentado sob a forma de uma dualidade, que pode ser reduzida na indagação: a consciência do homem determina o ser social ou, ao inverso, o ser social determina a sua consciência? Na concepção dialético-materialista da história a segunda assertiva está correta, pois o homem não pode ser considerado senão como atuante e modificador do seu entorno material.⁴

Esta questão é agravada quando se adiciona o fato de que embora o ser social determine a sua consciência, isso não significa que o ser social se revele de maneira adequada na consciência dele.⁵ Tal circunstância deflui do fato de que a totalidade das relações de produção, estabelecidas de maneira involuntária, fazem emergir sobre elas concepções ideais que não portam conexão lógica evidente com a base material, como doravante será exposto adiante.

O materialismo não pretende reduzir a consciência social às condições puramente econômicas; pelo contrário, a dialética materialista busca demonstrar como o sujeito histórico desenvolve, com esteio no fundamento econômico, as ideias correspondentes e todo um conjunto de formas de consciência. Não se opera uma

3 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 94.

4 Cf. MARX, Karl. Prefácio: Para a Crítica da Economia Política. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 1; Lisboa, Moscovo: 1982a, p. 530-531.

5 KOSIK, Karel. *A Dialética do Concreto*. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 194.

redução da consciência às condições postas, porém concentra-se o foco no processo pelo qual o indivíduo concreto (real) produz e reproduz a realidade.⁶

A consciência social é “o conjunto de ideias, teorias e concepções, sentimentos sociais, hábitos e costumes das pessoas, que refletem a realidade objectiva – a sociedade humana e a natureza”.⁷ A consciência é o produto da existência social derivada das relações materiais de produção, sendo esta a instância essencial a partir da qual se defluem as teorias, concepções de mundo, crenças etc.

Ludwig Feuerbach asseverou que a religião se baseia na diferença essencial entre o homem e o animal: este não tem religião. Ainda, questionou qual seria a tal diferença essencial existente entre ambos, chegando à conclusão de que seria “a consciência em sentido rigoroso” (quando para um ser é objeto o seu gênero e não somente ele próprio)⁸. Marx e Engels, por sua vez, já possuindo visão mais clara sobre o materialismo, em franca resposta a Feuerbach, apontaram:

Pode-se distinguir os homens dos animais pela consciência, pela religião ou pelo que se queira. Mas eles mesmos começam a se distinguir dos animais tão logo começam a *produzir* seus meios de vida, passo que é condicionado por sua organização corporal. Ao produzir seus meios, os homens produzem, indiretamente, sua própria vida material.⁹

A primeira conclusão que se pode extrair é que a definição do homem não pode ser feita *a priori*, tampouco pode derivar de um ser em abstrato. A definição das aptidões e das ideias refletirá a atividade real do indivíduo em determinado contexto, em que o homem exerce a função de formar e transformar o mundo exterior. Inclusive, ao contrário do que se poderia supor, a natureza humana, gravada em cada indivíduo ao nascer, não corresponde a um livro aberto que é escrito gradativamente pela cultura. Há uma natureza constante do indivíduo, estabelecida de maneira inata e, ao lado dela, uma expressão da natureza humana específica, essa sim suscetível de moldagem.¹⁰

Parece contrariar o próprio senso dialético afirmar que há uma natureza humana geral, imutável. No entanto, ela pode ser facilmente elucidada nas necessida-

6 *Ibidem*, p. 124.

7 AFANÁSSIEV, Victor Grigórievitch. *Fundamentos da Filosofia*. Moscovo: Edições Progresso, 1978, p. 376.

8 FEUERBACH, Ludwig. *A Essência do Cristianismo*. 2ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 35.

9 MARX; ENGELS. *Op. cit.*, p. 87.

10 FROMM, Erich. *Conceito Marxista do Homem*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 34-35.

des humanas mais prosaicas, como se alimentar ou reproduzir. Estes hábitos podem variar em forma e conteúdo de acordo com as sociedades, mas não podem ser simplesmente subtraídos. Em paralelo, a natureza humana “de fato” muda no decurso da história. Ao mesmo tempo que a constitui, é protagonista. Portanto, a essência da natureza humana é “tanto histórica quanto ontológica”¹¹, sendo expressões distintas de uma natureza una.

Em suma, é no mundo natural que o homem se cria e é criado. Nesse processo de intercâmbio, a história ganha forma à medida que o sujeito desenvolve a habilidade de manipular o seu ambiente exterior, e, com isso, passa também inconscientemente a definir a si próprio. A riqueza material, a exemplo da correlata e necessária pobreza, começa e termina no modo pelo qual dada sociedade se organiza para produzir e reproduzir os bens materiais, repartindo-os de maneira desigual em conformidade com a posição na escala produtiva.

2.2 A condição de desigualdade material do homem trabalhador no modo de produção capitalista

Ao longo da história houve sucessivas mudanças na forma de organização econômica das sociedades,¹² alterando-se não só os meios de produção, mas essencialmente a posição dos homens na escala produtiva e, conseqüentemente, social. Como reflexo (no mais das vezes invertido da base), a produção da consciência social tende a se amoldar à situação infraestrutural.

Assim como historicamente a escravidão¹³ e a servidão já foram aceitos como algo natural, contemporaneamente a figura do trabalhador assalariado assume esta posição. Ocorre que raramente se conecta a existência da pobreza com a divisão

11 *Ibidem*, p. 37.

12 Tais modificações não ocorram de forma linear, isto é, não é possível afirmar que o capitalismo sucedeu ao feudalismo, e este, por sua vez, suplantou ao escravagismo etc. Oskar Lange refere que houve pelo menos cinco modos de produção, a saber: comunidade primitiva, escravagismo, feudalismo, capitalismo e socialismo; sendo que há fases de transição entre eles, não ocorrendo a superação completa de um por outro diretamente. Cf. LANGE, Oskar. *Modo de Produção e Formação Social – A concepção materialista da história*. Coimbra: Centelha, 1976, p. 19-23.

13 Aristóteles, na obra “A Política”, despendeu algumas páginas sustentando a escravidão como natural: “Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtêm. Tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão. [...] A utilidade dos escravos é mais ou menos a mesma dos animais domésticos: ajudam-nos com sua força física em nossas necessidades quotidianas. A própria natureza parece querer dotar características diferentes

quase sempre presente da sociedade em classes, tampouco se busca examinar o que representa ser um trabalhador assalariado. O senso comum da consciência social até então, exceto nas experiências do socialismo real, compreende como não espoliativo o trabalho assalariado.

Para se conceber a existência da pobreza como condição social, bem como a desigualdade material dos homens no capitalismo, caracteriza-se como nuclear o conceito de “força de trabalho”. Em “O Capital”, a força de trabalho é compreendida como “o conjunto das faculdades físicas e espirituais que existem na corporalidade, na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento toda vez que produz valores de uso de qualquer espécie”¹⁴.

No capitalismo, a força de trabalho é uma mercadoria como outra qualquer. Na obra “Trabalho Assalariado e Capital”, Marx efetuou uma comparação elucidativa:

Com essa mesma quantia que o capitalista lhes comprou a força de trabalho, os dois marcos, por exemplo, poderia ele ter comprado duas libras de açúcar ou uma certa quantidade de qualquer outra mercadoria. Os dois marcos com que ele compraria as duas libras de açúcar são o preço dessas duas libras de açúcar. Os dois marcos com que ele comprou doze horas de utilização da força de trabalho são o preço do trabalho de doze horas de trabalho. A força de trabalho é portanto uma mercadoria, nem mais nem menos como o açúcar. A primeira mede-se com o relógio, a segunda com a balança.¹⁵

A relevância desse conceito desponta conforme se avança no estudo. A força de trabalho, é um bem imaterial que existe apenas na carne e no sangue humano, estando presente em todos os modos de produção até então conhecidos.¹⁶ Todavia, é necessário proceder a uma diferenciação quanto à apropriação dela ao longo das formas produtivas, ao passo que ela nem sempre ela foi uma mercadoria:

os corpos dos homens livres e dos escravos”. ARISTÓTELES. *A Política*. 15ª. ed. São Paulo: Escala, 2007, p. 17.

14 MARX. *Op. cit.*, p. 139.

15 MARX, Karl. *Trabalho Assalariado e Capital*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 1; Lisboa, Moscovo: 1982b, p. 154.

16 Esta ideia já se encontrava presente em Thomas Hobbes, a exemplo do que se deflui da seguinte passagem: “O valor de um homem é, tal como o de todas as outras coisas, é o seu preço, isto é, tanto quanto seria dado pelo uso do seu poder (força)”. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 54.

a) *escravidão*: o escravo não vendia sua força de trabalho, pois ele era a própria mercadoria; era vendido, portanto, com a sua força de trabalho de uma vez por todas ao seu proprietário;

b) *feudalismo*: o vassalo (servo) vende apenas parte da sua força de trabalho ao senhor feudal, pois uma parcela da sua produção lhe pertence, pagando quota ao proprietário da terra (tributo);

c) *capitalismo*: o trabalhador assalariado, livre, vende toda a sua força de trabalho ao capitalista, jamais podendo renunciar a tal condição, sob pena de sua existência estar ameaçada.¹⁷

A condição de trabalhador “livre” traz uma inovação em relação às formas produtivas pré-existentes. O escravo, embora ostentasse uma condição desumana, tinha acesso à moradia e à alimentação, o mínimo para subsistência e à manutenção da prole; o servo, da mesma forma, além de ter acesso a tais itens, não raro detinha até mesmo os meios rudimentares de produção; o trabalhador assalariado, ao seu turno, o que possui? Apenas sua mercadoria congênita: a força de trabalho.¹⁸

Isto ocorre porque o capitalismo se assentou na separação radical – em escala crescente – entre os trabalhadores e os meios de produção. A essência do capitalismo está, pois, no ato de apartar os produtores e a propriedade sobre as condições de trabalho, segregando, assim, o detentor do capital do operário assalariado. O resultado é a perpetuação da divisão em classes, em que os trabalhadores são condenados a viver toda uma vida vendendo a sua força de trabalho para quem a remunerar melhor.

O trabalhador assalariado, ao ser despido por completo dos meios de produção, encontra-se em uma fragilidade tal que o único meio de sobrevivência que lhe resta é a venda da única mercadoria que possui: a força de trabalho. A gênese da desigualdade material e, por conseguinte, da pobreza, reside nesta forma segregação social, opondo a necessidade de produção coletiva dos bens materiais com a apropriação privada dos resultados.¹⁹

O sustentado faz emergir um questionamento legítimo: por que embora o trabalhador assalariado tenha que vender sua força de trabalho por toda uma vida

17 MARX, Karl. O Capital: Capítulo XXIV – A chamada acumulação original. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 2; Lisboa, Moscovo: 1983, p. 155.

18 MARX, 1983, op. cit. p. 105-106.

19 Ulrich Beck, em passagem não profética, aponta: “O conceito de ‘sociedade industrial’ ou ‘de classes’ (na mais ampla vertente de Marx e Weber) gira em torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e *ao mesmo tempo* ‘legítima’”. BECK, Ulrich, *op. cit.*, p. 23-24.

para se manter vivo, não pode ele vendê-la por determinada quantia pela vida toda? A resposta, como bem acentua Marx, reside no fato de que se isto ocorresse não mais seria um trabalhador assalariado, mas um escravo.²⁰

Há alguns autores que negam a existência do proletário, como Paulino Eidt: “Não existe mais proletário, isso é fato. O que existe são burgueses em potencial. Não há mais luta de classe, e a luta pela transformação, repartição e igualdade, proposta pela utopia marxiana, entre outras tantas, sucumbiu ao mercado”²¹. Outros afirmam que trata-se de questão superada²². Enquanto isso, a estrutura social determinada continua gerando e reproduzindo a desigualdade material, simbolizada pela pobreza. Em uma perspectiva realista, o operário continua, em linhas gerais, submetido à mesma lógica da revolução industrial, apenas com maior regulamentação dos seus “direitos”.

O problema da pobreza no capitalismo, ao que se sente, é estrutural e não endêmico. Basta ressaltar o fato de que fez emergir novos problemas sociais antes existentes apenas em escala reduzida. O escravo, não obstante toda a condição desumana, jamais ficou sem moradia e alimentação; e o mesmo se pode dizer em relação ao servo. Já o trabalhador assalariado, pela primeira vez, experimentou situação de ficar involuntariamente apartado do sistema produtivo sem acesso aos bens mínimos vitais.

A pobreza jamais pode ser essencialmente compreendida caso seja tratada como condição natural, pois seria negligenciada a estrutura social posta que subjuga parte da coletividade a viver em tais condições. Antes mesmo da produção de dados

20 MARX, 1983, op. cit., p. 139. Esta ideia Marx absorveu de Hegel, quando o filósofo assim ponderou: “Exemplos de alienação da personalidade são a escravatura [...]. Posso ceder a outrem aquilo que seja produto isolado das capacidades e faculdades particulares da minha atividade corporal e mental ou do emprego delas por um tempo limitado, pois esta limitação confere-lhe uma relação de extrinsecidade com a minha totalidade e universalidade. Mas se eu alienasse todo o meu tempo de trabalho e a totalidade da minha produção, daria a outrem a propriedade daquilo que tenho de substancial, de toda a minha atividade e realidade, da minha personalidade”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 64-65.

21 Para o autor, somente existe competição por distinção, isto é, os ricos continuam lutando para conseguir se distinguir de uma classe média cada vez mais crescente, que estão ávidas por novidades. Cf. EIDT, Paulino. Sociedade de Consumo: uma análise do global para o local. In: *Conjectura: filosofia e educação*, Caxias do Sul: EDUCS, v. 16, n° 3, set/dez, 2011, p. 63.

22 Ulrich Beck ao anunciar a mudança da sociedade industrial clássica à industrial de risco, proclama que as ameaças em níveis globais independem da condição de classe, ao passo que a democratização dos riscos atingiriam a todos. In: BECK, Ulrich. *op. cit.*, p. 16 e 41-43.

estatísticos demonstrando (ou classificando em “caixinhas”²³) o que é a pobreza a partir de critérios rígidos, já ocorreu na base social o fator determinante que possibilitou a sua existência. Sem o rompimento do elo que prende o trabalhador assalariado ao capital, o ser humano será sempre rebaixado à condição de meio, ao fim último, que é o lucro.

3. A POBREZA E A ALIENAÇÃO NA TRANSFORMAÇÃO DO HOMEM AO TRANSFORMAR A NATUREZA

3.1 *O trabalho como mediador do homem e da natureza no universo social*

O materialismo histórico, como ciência das formações sociais e conjunturas²⁴, traz as diretrizes gerais à análise do desenvolvimento histórico a partir de certas premissas metodológicas. O relacionamento do homem com a natureza dentro do universo social não pode ser, por isso, desprovida de um exame criterioso do que seja este universo de relações.

Na concepção materialista, o “universo social” corresponde à totalidade das relações sociais estabelecidas em circunstâncias históricas específicas. Esse universo de contatos múltiplos não pode ser entendido como produto de criação metafísica ou de qualquer dádiva sobrenatural. Seu núcleo definidor é resultado da atividade (*práxis*) humana na terra. O homem, capaz de transformar e criar o seu ambiente material, produz, igualmente, as ideias, a arte, as teorias etc., que integram este complexo de relações.

É neste instante que o conceito de “modo de produção” ganha relevância, ao passo que se refere à maneira pela qual os homens conformam as condições materiais e espirituais de sua existência. Marta Harnecker elucidada que, ao contrário do presumível, modo de produção não é uma definição que abrange apenas a instância econômica, sendo esta uma visão parcial²⁵.

23 GUARESCHI, Pedrinho; RAMOS, Roberto. *A Máquina Capitalista*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 35-36.

24 Cf. HARNECKER, Marta. *Os Conceitos Elementais do Materialismo Histórico*. 1973, p. 215-216.

25 “[...] não se deve confundir a expressão ‘modo de produção de bens materiais’ com o conceito de MODO DE PRODUÇÃO. A primeira é uma noção descritiva e se refere apenas à estrutura econômica da sociedade; o segundo, pelo contrário, é um conceito teórico e se refere à totalidade social global, isto é, tanto à estrutura econômica como aos demais níveis da totalidade social: jurídico-político e ideológico”. HARNECKER, Marta. *op. cit.*, p. 134. Nesse mesmo sentido, aponta Michel Miaille: “É justamente o que Marx propõe sobre de uma maneira global sob a expressão, que ele cria, de ‘modo de produção’. É necessário, sobre isto, evitar desde já um erro,

Em linhas gerais, não obstante deixe de constituir objeto direto de estudo, as noções de infra e superestrutura devem ser mencionadas sob pena de se perder o fio condutor do argumento. Para Marx²⁶, o universo social é composto dessas duas partes. A infraestrutura da sociedade é a esfera social em que os homens atuam sobre a base econômica, produzindo os bens materiais e imateriais consumíveis. Ou seja, é o *locus* em que relações são contraídas independentemente da vontade dos agentes envolvidos com o fim precípua de produzir e reproduzir os bens materiais. A base remete, portanto, à totalidade das relações de produção econômica.

A superestrutura, por sua vez, é o reflexo dessa totalidade de relações sociais de produção econômica. Nela estão abarcadas as ciências, as concepções políticas, jurídicas, filosóficas, culturais, religiosas etc. Por decorrência disso, os vínculos firmados na base social, ao menos na concepção dialética da história, determinam, em última análise, a consciência dos indivíduos e a forma pela qual estes tomam conta de apreender os fenômenos cotidianos.

Postas as premissas, o primeiro entrelaçamento que pode ser efetuado entre o homem e a natureza no universo social se situa no fato de que a natureza possui uma dualidade em relação às esferas sociais. Esta dualidade somente se torna possível por meio de uma categoria denominada “trabalho”, que atua na infraestrutura como modificadora da natureza e, ao mesmo tempo, porta ingente carga superestrutural ideológica que reflete na relação do homem com a natureza e dele consigo.

Parte dessa relação com a superestrutura foi abordada no tópico precedente, sendo válida como exemplo do que aqui se elucidada. Quando se examinou o modo através do qual a categoria de trabalho assalariado é aceita, evidenciou-se que isto nada mais significa do que a existência de uma ideologia²⁷ necessariamente

tanto mais partilhado quanto mais é mantido. O modo de produção não tem de maneira nenhuma o significado unilateral econômico que se lhe costuma dar: é o conceito que designa a maneira como uma sociedade se organiza para produzir a vida social”. MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Estampa, 2005, p. 68.

26Cf. MARX. 1982a, op. cit., p. 530-531.

27 Ideologia, neste contexto, deve ser entendida como na formulação clara de Marcuse: “Para Marx e Engels, a ideologia é uma ilusão (*Schein*), mas uma ilusão necessária, resultante de uma organização social de produção que se apresenta ao homem como um sistema de leis e forças independentes e objetivas. Enquanto ‘reflexo’ da base real, a ideologia compartilha da verdade, mas a expressa de maneira falsa. As idéias da classe dominante tornam-se idéias dominantes, e se arrogam uma validade universal. Mas essa pretensão se baseia numa ‘falsa conscientização’ – falsa porque a conexão real das idéias com sua base econômica e, conseqüentemente, com suas limitações e negações reais não são abrangidas pela conscientização. Um conteúdo histórico específico aparece como universalmente válido e é utilizado como ponto de apoio de um sistema social

superestrutural que legitima a submissão do homem pelo homem na modificação da natureza; isto é, das relações econômicas firmadas na base social.

Neste processo de intermediação do homem com a natureza, o trabalho identifica a natureza humana, pois representa a dinâmica da sua constituição, que somente ocorre mediante um processo de “intercâmbio homem-natureza”. Essa sequência de ações é mediada pela atividade produtiva, no qual há uma intervenção coletiva na natureza biológica (“sociabilização da natureza”) e, simultaneamente, o contrário (“naturalização do homem”)²⁸.

Na perspectiva filosófica materialista de Marx, o homem é ontologicamente um ser social, como já mencionado. O pensador que, certamente, melhor compreendeu e mais aprofundou essa concepção foi György Lukács. Em 1969, concluiu seu livro *Para uma ontologia do ser social*, no qual analisou as principais categorias da obra de Marx, primordialmente, o trabalho, além de outros conceitos como ideologia e alienação.

Lukács focou suas atenções no trabalho como elemento central na formação do ser social. Considerado por ele como a “categoria marxista fundamental”, o trabalho era compreendido como “mediador do metabolismo da sociedade com a natureza”²⁹. Dado que o homem nasce e se constitui em meio à natureza, sua diferenciação quanto às demais espécies se dá por meio da identificação da singularidade das relações que mantém com ela.

É sabido que entre os filósofos contratualistas, especialmente Rousseau, predomina a opinião que o homem se diferencia das demais espécies animais por causa da sua racionalidade. Todavia, Marx acresce que não é fundamentalmente a razão, mas o elemento trabalho distingue os seres humanos das demais espécies animais, como visto no primeiro tópico. Enfatizando a categoria “trabalho”, a singularidade da espécie humana é ilustrada por Marx em uma famosa passagem de *O Capital*, na qual apresenta a metáfora da abelha e do arquiteto:

Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha supera mais de um arquiteto ao construir sua colméia. Mas o que distingue o pior arquiteto da melhor abelha é que ele figura na mente sua construção antes de transformá-la em realidade. No fim do processo do trabalho aparece um resultado que já existia

específico”. MARCUSE, Herbert. *Marxismo Soviético: Uma Análise Crítica*. Rio de Janeiro: Saga, 1969, p. 116-117.

28 RANIERI, Jesus. *A câmara escura: alienação e estranhamento em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2001, p. 57 e 160.

29 LUKÁCS, Gyorgy. *História e consciência de classe*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15.

antes idealmente na imaginação do trabalhador. Ele não transforma apenas o material sobre o qual opera; ele imprime ao material o projeto que tinha conscientemente em mira, o qual constitui a lei determinante do seu modo de operar e ao qual tem de subordinar sua vontade. E essa subordinação não é um ato fortuito.³⁰

Marx reconhece a importância da racionalidade, mas ressalta que é através do trabalho –a intervenção modificativa do homem na natureza– que a natureza humana se caracteriza enquanto tal. Assim, o trabalho porta uma expressão econômica, ao tornar possível a geração da riqueza material, bastando o exame da teoria do valor-trabalho aprimorada por Marx para constatar o firmado.

Conjuntamente ao trabalho, a natureza também é para Marx e Engels fonte de riqueza material, como elucidado nas seguintes passagens: “O trabalho é a fonte de toda riqueza, dizem os economistas políticos. Ele é isso – juntamente com a Natureza, que lhe fornece a matéria [*Stoffe*] que ele transforma em riqueza”.³¹ Nessa mesma direção, Marx explica: “O trabalho *não* é a fonte de toda riqueza. A *Natureza* é tanto fonte dos valores de uso [...] como o trabalho, que não é ele próprio senão a exteriorização de uma força da Natureza, a força de trabalho humana”.³²

Nessa acepção, os fundadores da filosofia da práxis examinam a natureza como fonte de riqueza, sendo o trabalho humano o mediador. Na base social a natureza sofre a ação humana para produzir os bens materiais, sendo também nascedouro da riqueza humana. Tal fato sublima a importância da natureza à produção e reprodução dos bens materiais, além de representar a definição do próprio ser, como abordado.

Atento a tais circunstâncias, a formulação mais precisa da relação do homem com a natureza parece encontrar guarida nas palavras de Karel Kosik, ao referir que a realidade não é autêntica sem o homem, não sendo também a realidade só do homem:

É realidade da natureza como totalidade absoluta, que é independente não só da consciência do homem mas também da sua existência, e é realidade do homem que na natureza e como parte da natureza cria a realidade humano-social, que ultrapassa a natureza

30 MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política*. livro I, vol. 1 (o processo de produção do capital). 24ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 211-212.

31 ENGELS, Friedrich. Quota-parte do Trabalho na Hominização do Macaco. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 3; Lisboa, Moscovo: 1985, p. 71.

32 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 3; Lisboa, Moscovo: 1985, p. 10.

e na histórica define o próprio lugar no universo. O homem não vive em duas esferas diferentes, não habita por uma parte do seu ser, na história, e pela outra, na natureza. *Como homem ele está junta e concomitantemente na natureza e na história.* Como ser histórico e, portanto social, ele humaniza a natureza, mas também a conhece e reconhece como totalidade absoluta, como *causa sui* suficiente a si mesma, como condição e pressuposto da humanização.³³

O ser social e a natureza não podem ser considerados como elementos antagônicos à realidade total. Ao agir sobre ela e sofrer uma retração, o trabalho exerce papel de mediador. Porém, o exercício desta função não acontece em bases de igualdade material, como examinado no tópico precedente. Além disso, a modificação da natureza pelo homem tem consequências práticas para a vida deste, causando o fenômeno que se passa a estudar, denominado alienação.

3.2 As relações de alienação entre homem e natureza na perspectiva marxiana

Além de fornecer uma explicação geral sobre a origem da ontologia do homem como ser social, a centralidade da categoria trabalho no pensamento de Marx também lhe proporcionou o instrumental para compreender o processo de evolução na organização social. Desse modo, Marx pôde identificar como o avanço nos fatores materiais de existência implicou, ao longo dos séculos, nas sucessivas modificações dos sistemas de produção e disposição estrutural das sociedades.

Foi possível a Marx, através da categoria trabalho, desvendar historicamente as origens do sistema moderno de produção capitalista e do seu respectivo sistema de organização social (a sociedade burguesa). Ao lado de um dos vieses da produção social da pobreza, qual seja, a separação radical entre os produtores e os meios de produção, existe um outro fator que conflui para a permanência de tal condição, que é o afastamento dos produtores com o resultado do trabalho. Neste processo, um dos conceitos chaves é o de alienação (“estranhamento”).

O estranhamento pode ser materializado no fato de o produto do trabalho não pertencer ao trabalhador. Em verdade, isto é corolário direto do apartamento destacado entre os produtores e os meios de produção. O objeto do trabalho, o produto, aparece com um poder independente de quem o produziu. O homem objetiva-se na coisa ao trabalhar, no entanto, esta mesma coisa não lhe possui.³⁴

33 KOSIK. *op. cit.*, p. 248-249.

34 MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 81.

Se o próprio produto do trabalho é estranho ao produtor, então a própria atividade laborativa em si deve causar estranhamento. No modo de produção capitalista, o trabalhador não tem identificação com o trabalho, ao passo que contrai relações involuntárias para suprir necessidades alheias ao ambiente laborativo. A sua preocupação está fora do ambiente de trabalho. A conseqüência disso é o produto do trabalho aparecer como se não tivesse sido feito à sua semelhança, como se não lhe pertencesse efetivamente.³⁵ Pode-se afirmar com Konder³⁶ que a origem da alienação, enquanto plêiade de formas de cisão, remonta à divisão social do trabalho, à propriedade privada dos meios de produção e à formação das classes sociais.

A partir da centralidade do trabalho na fundação da sociabilidade humana e da sua percepção acerca das formas de estranhamento das atividades produtivas na sociedade capitalista, Marx assim sistematizou sua teoria da alienação:

Na medida em que o trabalho estranhado 1) estranha do homem a natureza, 2) [e o homem] de si mesmo, de sua própria função ativa, de sua atividade vital; ele estranha do homem o *gênero* [humano]. [...] 3) [...] (o trabalho estranhado) estranha do homem o seu próprio corpo, assim como a natureza fora dele, tal como a sua essência espiritual, a sua essência *humana*. [...] 4) uma conseqüência imediata disto, de o homem estar estranhado do produto do seu trabalho, de sua atividade vital e de seu ser genérico é o *estranhamento do homem* pelo [próprio] *homem*. [...] Em geral, a questão de que o homem está estranhado do seu ser genérico quer dizer que um homem está estranhado do outro, assim como cada um deles [está estranhado] da existência humana. [...] Todo auto-estranhamento (*Selbstentfremdung*) do homem de si e da natureza aparece na relação que ele outorga a si e à natureza par com os outros homens diferenciados de si mesmo.³⁷

De acordo com a descoberta de Marx, a alienação do trabalho funciona como matriz conceitual e operacional do sistema capitalista de produção, criando uma série de outros processos de alienação na sociabilidade humana, de acordo com o aspecto em questão. Assim, tem-se a alienação econômica, a alienação cultural, a alienação política, a alienação religiosa, a alienação social e, inclusive, a alienação jurídica,

35 MARX. *ibidem*, p. 82.

36 KONDER, Leandro. *Marxismo e alienação*: contribuição para um estudo do conceito marxista de alienação. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 248.

37 MARX, 2004. *Op. cit.*, p. 84-87.

A política configura-se como um elemento vital na formação e transformação do Direito e deve ser resgatada nessa perspectiva. Afinal, cabe recordar que na concepção de Gramsci o homem é ontologicamente um ser político:

O homem deve ser concebido como um bloco histórico de elementos puramente subjetivos e individuais e de elementos de massa e objetivos ou materiais, com os quais o indivíduo está em relação ativa. Transformar o mundo exterior, as relações gerais, significa fortalecer a si mesmo, desenvolver a si mesmo. (...) Por isso, é possível dizer que o homem é essencialmente ‘político’, já que a atividade para transformar e dirigir conscientemente os outros homens realiza a sua ‘humanidade’, a sua ‘natureza humana’.³⁸

É possível contextualizar o Direito no campo das influências do fenômeno da alienação do trabalho, como “alienação jurídica”. Consequentemente, ao se pensar o Direito de forma fragmentária e autocentrada em relação à totalidade social, perde-se de vista que a natureza humana, política que é, pode ser utilizada como ponto de partida e motivação para a busca da desalienação, ou, no léxico gramsciano, a reforma moral e cultural da sociedade:

É neste ponto que o conceito do homem deve ser reformado. Ou seja, deve-se conceber o homem como uma série de relações ativas (um processo), no qual se a individualidade tem a máxima importância, não é todavia o único elemento a ser considerado. A humanidade que se reflete em cada individualidade é composta de diversos elementos: 1) o indivíduo; 2) os outros homens; 3) a natureza. Mas o segundo e o terceiro elementos não são simples quanto poderia parecer. O indivíduo não entra em relação com os outros homens por justaposição, mas organicamente, isto é, na medida em que passa a fazer parte de organismos, dos mais simples aos mais complexos. Desta forma, o homem não entra em relações com a natureza simplesmente pelo fato de ser ele mesmo natureza, mas ativamente, por meio do trabalho e da técnica. E mais: estas relações não são mecânicas. São ativas e conscientes, ou seja, correspondem a um grau maior ou menor de inteligibilidade que delas tenha o homem individual. Daí ser possível dizer que cada um transforma a si mesmo, modifica-se, na medida em que transforma e modifica todo o conjunto de relações do qual ele é

38 GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Introdução ao estudo da filosofia. A filosofia de Benedetto Croce. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. vol. 1. p. 405-407.

o centro estruturante. Neste sentido, o verdadeiro filósofo é – e não pode deixar de ser – nada mais do que o político, isto é, o homem ativo que modifica o ambiente, entendido por ambiente o conjunto das relações de que todo indivíduo faz parte.³⁹ (grifou-se)

A apropriação privada da produção coletiva, aliada ao fato da segregação dupla (uma entre os produtores para com os meios de produção e, outra, para como resultado do trabalho), gera não apenas a alienação nas formas descritas. Também ocorre a alienação do homem em relação à natureza, embora na visão marxiana o homem esteja integrado a ela:

Fisicamente o homem vive somente destes produtos da natureza, possam eles aparecer na forma de alimento, aquecimento, vestuário, habitação etc. Praticamente, a universalidade do homem aparece precisamente na universalidade que faz da natureza inteira o seu corpo *inorgânico*, tanto na medida em que ela é 1) um meio de vida imediato, quanto na medida em que ela é o objeto/matéria e o instrumento de sua atividade vital. A natureza é o *corpo inorgânico* do homem, a saber, a natureza enquanto ela mesmo não é corpo humano. O homem *vive* da natureza significa: a natureza é o seu *corpo*, com o qual ele tem de ficar num processo contínuo para não morrer. Que a vida física e mental do homem está interconecta com a natureza não tem outro sentido senão que a natureza está interconectada consigo mesma, pois o homem é parte da natureza.⁴⁰

O mesmo estranhamento do homem ao trabalho e ao resultado dele aparece também em relação à natureza. Embora a dependência necessária do homem a ela para sua subsistência, a natureza aparece como fator alheio ao indivíduo. Este é um dos motivos pelos quais a degradação da natureza não apresenta maiores reflexos na consciência humana, pois não há uma identidade entre ambos, tampouco no ato espoliativo do meio ambiente natural.

Esta mesma atividade elevada a potência produtiva da conjuntura contemporânea culminou na deterioração do ambiente natural. Essa degradação da natureza corresponde à própria degeneração do homem, que objetiva nela suas forças, e, ao mesmo tempo, do produto do trabalho é apartado. Assim, a exploração do trabalho assalariado e da natureza encontram uma vertente comum: o capital e a sua necessidade de reprodução.

39 Ibid., p. 413.

40 MARX, 2004, *op. cit.*, p. 84.

Estabelecendo-se um paralelo com a visão kantiana de dignidade humana, preponderante na Modernidade, pode-se indagar: por que não se conceber que o sistema capitalista viola a existência humana digna ao rebaixar a maioria dos homens à condição de meio instrumental?⁴¹ É exatamente isto que propõe o capitalismo ao submeter a natureza e o homem à condição de meio, para o fim último que é o lucro (sob a forma de manutenção e reprodução do capital). Erich Fromm, em termos análogos, acentua: “La subordinación del individuo como medio para fines económicos se funda en las características del modo capitalista de producción, que hacen de la acumulación del capital el propósito y el objetivo de la actividad económica”.⁴²

Ao modificar a natureza e a si próprio, o homem fica marcado pela alienação e estranhamento. A natureza, por seu vez, tem sofrido a supressão das suas características essenciais em velocidade jamais vista. No modo de produção capitalista a destruição material da natureza corresponde à degeneração material e espiritual do homem, que é levado a crer que não tem forças para romper com essa lógica desigual e alienante. Este quadro corrobora à assertiva de que a pobreza material e espiritual humana encontra guarida também no conceito de alienação humana.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente artigo reforçar a relevância e a atualidade da abordagem marxiana no exame das relações entre homem e natureza à luz da conjuntura atual, marcada pelo binômio desenvolvimento econômico e meio ambiente. Entre os diversos enfoques possíveis que a noção de pobreza propicia, ressaltou-se em pormenor o do trabalhador assalariado.

O fator distintivo desta manifestação de pobreza material e espiritual reside na circunstância de o indivíduo não necessariamente estar excluído do processo

41 “Todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 69. Ingo Sarlet, por sua vez, assimilando a ideia kantiana assim postula: “[...] a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescentar) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69.

42 FROMM, op. cit., p. 136.

produtivo. É uma condição que não pressupõe a exclusão social, a marginalidade ou a miserabilidade. Ela resulta, em verdade, do seu oposto, isto é, justamente do elemento preponderante que firma o elo entre o homem e a natureza: o trabalho na forma assalariada.

Entre as habilidades que o homem desenvolveu ao longo da história, a principal delas, salientada pela teoria marxiana, resulta da capacidade de modificar o ambiente material. Nesse processo transformador emerge a figura do ser social, em uma situação de definição mútua: enquanto a natureza ganha definição pelo homem, o homem é “naturalizado” por ela.

É por meio do trabalho que o indivíduo se diferencia do animal e através dele ocorre a transformação do ambiente natural. Não obstante a astúcia na manipulação da natureza, o modo de produção econômico coloca indivíduos em posição de desigualdade na escala produtiva. Essa desigualdade corresponde às diferenciações de classe, que, em última análise, segrega a humanidade entre os potencialmente ricos (detentores dos meios de produção) e os potencialmente pobres (detentores da força de trabalho).

Essa manifestação de pobreza, a do trabalhador assalariado, é decorrente da segregação entre os produtores e os meios de produção. Com isso, fica o trabalhador condicionado à venda da força de trabalho por toda uma vida, ao passo que o preço da sua força de trabalho (o salário), somente tem validade mensal, devendo o trabalhador perpetuar a venda da sua força de trabalho enquanto houver interessados no mercado.

A pobreza material do sistema capitalista é uma condição social imposta e mantida por este modo de produção ao praticar uma dupla segregação: a) separação radical entre os produtores e os meios de produção; e b) apartamento dos produtores com o resultado do trabalho. A consequência do primeiro, como visto, é o *status* de desigualdade material do trabalhador que lhe resta somente a força de trabalho como forma de sobrevivência; enquanto o último constitui um dos maiores antagonismos do capitalismo, isto é, o fato de o produtor não raro ficar impossibilitado de possuir exatamente aquilo que produz.

A dupla segregação referida tem como reflexo o “estranhamento” ou a alienação, que é justamente o homem não conceber o produto do seu trabalho como algo seu e que partiu de si. Ao gravar a natureza com a sua capacidade transformadora, a própria atividade laborativa não assemelha à sua vida.

O trabalho assalariado degrada espiritualmente o homem e materialmente a natureza. Nesta lógica, a degradação do homem corresponde à degradação da natureza, pois ambos são rebaixados à condição de meio, ao fim último que é a manu-

tenção e reprodução do capital. Assim, o homem por meio do trabalho grava a sua história na natureza, retendo ela parte da história do homem, perdendo ambos em riqueza material e espiritual em nome da manutenção da bonança alheia e estranha: o capital.

5. REFERÊNCIAS

- AFANÁSSIEV, Victor Grigórievitch. *Fundamentos da Filosofia*. Moscovo: Edições Progresso, 1978.
- ARISTÓTELES. *A Política*. 15ª. ed. São Paulo: Escala, 2007.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. 2ª. Ed. São Paulo: 34, 2011.
- EIDT, Paulino. Sociedade de Consumo: uma análise do global para o local. *Conjectura: filosofia e educação*, Caxias do Sul: EDUCS, v. 16, nº 3, set/dez, 2011.
- ENGELS, Friedrich. Quota-parte do Trabalho na Hominização do Macaco. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 3; Lisboa, Moscovo: 1985.
- FEUERBACH, Ludwig. *A Essência do Cristianismo*. 2ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- FROMM, Erich. *Conceito Marxista do Homem*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- _____. *El Miedo a la Libertad*. 4ª. Ed. Buenos Aires: Paidós, 1958.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. vol. 1. Introdução ao estudo da filosofia. A filosofia de Benedetto Croce. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- GUARESCHI, Pedrinho; RAMOS, Roberto. *A Máquina Capitalista*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- HARNECKER, Marta. *Os Conceitos Elementais do Materialismo Histórico*. 1973.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- KONDER, Leandro. *Marxismo e alienação: contribuição para um estudo do conceito marxista de alienação*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- KOSIK, Karel. *A Dialética do Concreto*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- LANGE, Oskar. *Modo de Produção e Formação Social – A concepção materialista da história*. Coimbra: Centelha, 1976.
- LUKÁCS, Gyorgy. *História e consciência de classe*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARCUSE, Herbert. *Marxismo Soviético: Uma Análise Crítica*. Rio de Janeiro: Saga, 1969.
- MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 3; Lisboa, Moscovo: 1985.
- _____. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. *O Capital. Crítica da Economia Política*. livro I, volume 1 (o processo de produção do capital). 24ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- _____. *O Capital*. Vol. I. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- _____. O Capital: Capítulo XXIV – A chamada acumulação original. In: MARX, Karl;

- ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. T. 2; Lisboa, Moscovo: 1983.
- _____. *Prefácio: Para a Crítica da Economia Política*. In: *Obras Escolhidas*. T. 1; Lisboa, Moscovo: 1982a.
- _____. *Trabalho Assalariado e Capital*. In: *MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Obras Escolhidas*. T. 1; Lisboa, Moscovo: 1982b.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Estampa, 2005.
- RANIERI, Jesus. *A câmara escura: alienação e estranhamento em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: CD Editora, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Capítulo 35

O ESTADO E A REPRODUÇÃO DA IDEOLOGIA BURGUESA: UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TST (1998/2008)¹

João Paulo Mota Rosa²

1. INTRODUÇÃO

A construção das ideias das formas de consciência, da própria religião, das instâncias políticas e jurídicas, tudo isso é fruto, historicamente, das relações concretas dos homens, envolvidos no sistema produtivo.

Alysson Leandro Mascaro³

A filosofia do direito moderno reduz o fenômeno jurídico aos limites impostos pelo Estado, o que gera um conservadorismo próprio da sociedade capitalista atual.⁴ Nessa medida, percebe-se a importância do Estado no contexto do capitalismo, pois é este aparelho que reproduz a ideologia que permeia a sociedade e os indivíduos que a constituem, levando-os a reproduzirem também as formas que permitem a dominação de uns pelos outros dentro da mesma sociedade, formas essas estabelecidas, sobretudo, pelo instrumento estatal do direito.

O Estado se apresenta como uma vontade geral abstrata, com o fim de garantir a ordem pública através da prática das normas jurídicas de si próprio emanadas.⁵ Tal papel do Estado, e mais especificamente do Estado burguês, tem sua razão de ser no objetivo de proporcionar as condições necessárias para que haja a dominação e a exploração de uma classe sobre outra na sociedade. Em outras palavras, o Estado reproduz a ideologia, principalmente por meio do direito, que permite e legitima a exploração de forma velada, daqueles que detém os meios de produção sobre aqueles

1 Núcleo de Pesquisa Jurídica “Evgeny Bronislavovich Pachukanis” – Fundação Carmelitana Mário Palmério – FUCAMP, E-mail: joaopaulomota20@hotmail.com

2 Bolsista – FAPEMIG, Orientador: Éder Ferreira.

3 Mascaro, 2010, p.277.

4 Ibidem, p.444

5 NAVES, 2008, p.77

que não os possuem, e que por isso mesmo vendem sua força de trabalho aos primeiros, quando das relações de produção capitalistas.

O direito representa um aspecto fundamental na dominação que a classe exploradora exerce sobre a classe explorada por meio do Estado burguês, por ser sua principal forma de manifestação e ação. Podemos perceber isso a partir das palavras de Pachukanis (1988):

A autoridade pública (Estado) como fiador da troca mercantil não só pode exprimir-se na linguagem do direito, mas revelar-se ela própria, também como direito e somente como direito, ou seja, confundir-se totalmente com a norma abstrata objetiva.⁶

Enfim, o Estado possui em sua própria estrutura o aparelho jurídico, que tem por escopo criar o sistema normativo típico do capitalismo, o qual estabelece as condições propícias à reprodução do modo de produção capitalista, que encobre a dominação e permite sua proliferação, pois conforme assevera o autor supracitado: “o poder de um homem sobre outro expressa-se na realidade como o poder do direito, isto é, como o poder de uma norma objetiva imparcial”.⁷

Na atualidade grassa na sociedade o capitalismo, e conseqüentemente suas formas de expressão: divisão social do trabalho; propriedade privada dos meios de produção; circulação mercantil; compra e venda da força de trabalho; produção de mais-valia; acumulação de capital.

Assim, o Estado burguês cumpre seu papel de instrumento de dominação mediante o direito, principalmente no que concerne aos direitos humanos fundamentais, objeto de estudo do presente trabalho.

A ideologia jurídica contemporânea alça sua influência por meio dos direitos humanos fundamentais, ou mais precisamente, através do discurso dos direitos humanos fundamentais. Isso porque uma ideologia se manifesta como um sistema formalizador, como uma linguagem, ou seja, mediante um discurso.⁸

Dessa forma, apresenta-se-nos como um problema a questão dos direitos humanos fundamentais como um discurso da ideologia propugnada pelo Estado burguês, o qual se mostra um instrumento de dominação de uma classe sobre outra na sociedade capitalista.

Portanto, o objetivo da presente pesquisa se prende à descoberta dos direitos humanos fundamentais expostos pelo direito brasileiro, por meio da coleta

6 PACHUKANIS, 1988, p.93

7Ibidem, p.98

8 CORREAS, 1995, p.32

dos julgados do TST (Tribunal Superior do Trabalho) no sítio eletrônico da referida instituição do Poder Judiciário brasileiro, com o fim de demonstrar os mecanismos de dominação do Estado burguês no Brasil.

A análise das decisões proferidas pelo referido órgão se justifica na medida em que este representa judicialmente a luta expressa na contradição entre capital/trabalho no sistema capitalista, sendo o órgão de maior hierarquia na Justiça do Trabalho brasileira. Por fim, buscou-se, através da pesquisa documental no TST os elementos precisos para o mapeamento dos direitos humanos fundamentais nas decisões judiciais trabalhistas brasileiras; e da pesquisa bibliográfica os subsídios teóricos proveitosos para uma crítica marxista do Estado, do direito, e mais especificamente dos direitos humanos fundamentais, veiculados no TST.

2. ESTADO E DIREITO NO MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA

O modo de produção capitalista se caracteriza pela divisão social do trabalho e pela propriedade privada dos meios de produção. Sem estes dois pressupostos básicos, não se consumaria a razão de ser do capitalismo: a circulação mercantil e o lucro subsequente.⁹

A circulação mercantil permite a aquisição de lucros pelo capitalista (proprietário dos meios de produção), o que implica na acumulação de capital por parte do mesmo.

Por sua vez, o lucro auferido pelo capitalista provém da mais-valia, que é o resultado do sobre trabalho explorado do trabalhador (produtor direto), e gerada quando das relações de produção. É nas relações de produção entre os capitalistas e os trabalhadores que tal exploração se dá, relações estas que constituem o núcleo do referido modo de produção.¹⁰

A produção de mais-valia, através da exploração do sobre trabalho do proprietário dos meios de produção sobre o produtor direto se mostra como uma relação social de produção representada pela forma de compra e venda da força de trabalho; esta, por sua vez, assume a forma de uma mercadoria, que é “adquirida” pelo capitalista mediante a troca por um equivalente: o salário.¹¹

Existem condições segundo as quais é possível a reprodução das relações de produção capitalistas e conseqüentemente da exploração dos trabalhadores pelos capitalistas.

9 FERREIRA, 2011, p.34-35

10 MASCARO, op. cit., p.285

11 SAES, 1998, p.25

Em primeiro lugar, como já fora mencionado, é necessário a relação entre o produtor direto e o proprietário dos meios de produção. Apenas por meio dessa relação o proprietário (não-trabalhador) extorque o produtor direto (não-proprietário), no sobre trabalho deste. Além disso, faz-se preciso a separação entre o produtor direto e os meios de produção. Dessa forma, as condições materiais de trabalho (forças produtivas) são definidas e controladas pelo proprietário, o que provoca a cisão entre o trabalhador e o produto de seu trabalho, que passa a pertencer ao proprietário.¹²

Para que as referidas condições se estabeleçam, imperioso se faz uma ideologia que permeie toda a sociedade, permitindo que as relações de produção capitalistas se reproduzam eficaz e constantemente. Esta ideologia é criada como reflexo das condições materiais existentes, e reproduzidas pelo *Estado burguês*.¹³

Conforme assevera Pachukanis¹⁴, o Estado burguês surge na medida em que as relações mercantis se espalham de forma tal na sociedade, que se torna preciso à burguesia, enquanto organização de classe, o exercício de sua influência através de um aparelho externo à sociedade civil, qual seja, o Estado.

Assim, o poder de classe, ligado às relações privadas por excelência, reveste o caráter de poder público, exercido então pelo Estado, sobre toda a sociedade.¹⁵

Márcio Bilharinho Naves¹⁶ chega à constatação similar, ao asseverar que na sociedade burguesa, que se baseia no modo de produção capitalista, expresso na circulação mercantil, há um momento em que se tem a distinção entre o público e o privado, pois ao lado das relações privadas de troca surge o Estado como aparato público regulador dessas mesmas relações, ao assumir a busca pelo interesse pessoal da ordem, a qual agrada a classe dominante, pela manutenção do estado de coisas que a favorece.

O Estado burguês difunde a ideologia necessária à reprodução do modo capitalista de produção através de sua estrutura jurídico-política, materialmente organizada.¹⁷ Nesse contexto surge o *direito burguês* como sistema de normas impositivas (escritas ou não) que dominam ideologicamente os agentes de produção (proprietários e produtores diretos), disciplinando as múltiplas relações entre os mesmos agentes no processo de produção.¹⁸

12 Ibidem, p.23

13 Ibidem, p.30

14 PACHUKANIS, op. cit., p.92

15 PACHUKANIS, op. cit., p.90

16 NAVES, op. cit., p.75

17 Ibidem, p.34

18 Ibidem, p.36

O direito estabelecido pelo Estado burguês gera a ilusão de que as relações mercantis são realizadas por agentes livres e iguais entre si, dotados de vontade autônoma e proprietários de mercadorias, que serão trocadas no mercado.

O Estado burguês, ao se destacar da sociedade civil e “pairar” sobre a mesma –e sobre das classes sociais em conflito– assume o papel de mediador das relações que ensejam a exploração do trabalho pelo capital, e semelhante mediação se dá através do direito, que faz de todos os indivíduos cidadãos, tornando-os *sujeitos de direito*. Esta lógica ilude a sociedade e proporciona a reprodução do capitalismo.¹⁹

A exploração do capital sobre o trabalho apenas se torna possível nas relações de produção entre produtor direto e proprietário dos meios de produção, com a geração da mais-valia do sobre trabalho do trabalhador, recolhida pelo proprietário na forma de lucro, que se lhe agrega ao capital.

A mais-valia, por sua vez, é produzida por meio da troca desigual entre a força de trabalho fornecida pelo trabalhador e o quanto lhe é pago pelo capitalista (salário), não obstante esta relação se afigure como uma *troca de equivalentes*.

O direito burguês, ao definir os agentes da produção como sujeitos de direito, faz com que a troca desigual entre o uso da força de trabalho e o salário assumam a forma de uma troca de equivalentes, resultante do livre encontro de duas vontades individuais: o contrato de compra e venda da força de trabalho.²⁰

O contrato representa aqui a expressão do direito, a mediar as relações de produção, criando a ideologia jurídica da liberdade e igualdade formais, que mascara a exploração e permite a reprodução do sistema capitalista.

A ideologia jurídica também opera no sentido de anular no homem a sua característica de ser social, impedindo-o de se perceber como integrante de uma classe social, e conseqüentemente de se unir a seus pares na luta contra a exploração. É o que se depreende das palavras de Márcio Bilharinho Naves:

O direito, ao transformar os homens em cidadãos, retira dos trabalhadores os seus aspectos de classe, impossibilitando-os de perceber e lutar pela destruição do Estado burguês.²¹

19 MASCARO, op. cit., p.293

20 SAES, op. cit., p.38

21 NAVES, op. cit., p.83

Os próprios trabalhadores se fazem prisioneiros da ideologia jurídica que lhes domina, através da reprodução da mesma que eles empreendem. Esse processo de dominação se dá, enfim, sob a ação do direito, posto pelo Estado.

O direito, ao regular as relações entre os agentes da produção (proprietários dos meios de produção e produtores diretos), impõe a previsibilidade às relações posteriores entre os próprios agentes, possibilitando a repetição continuada das mesmas, e com isso a reprodução do modo de produção capitalista, calcado na exploração do trabalho humano.²²

O Estado burguês, portanto, é o aparelho jurídico-político derivado das relações de produção, e que tem por finalidade preservar essas mesmas relações, ao criar a ideologia que mascara a exploração na sociedade capitalista, legitimando-as. Essa legitimação ocorre, sobretudo, através do direito, aparato jurídico que torna todos os homens sujeitos de direito, necessidade básica para a reprodução das relações de produção no capitalismo.

3. O LUGAR DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO BURGUÊS

O Estado burguês tem por especificidade a dupla natureza de sua estrutura jurídico-política. Esta estrutura se decompõe em duas partes, quais sejam o direito e o burocratismo.²³

Além do aspecto jurídico, já estudado anteriormente neste trabalho, o Estado constitui-se do aspecto político: o burocratismo.

O burocratismo é a estrutura política do Estado, um sistema particular, tipicamente burguês de organização de suas tarefas, e se manifesta através de duas normas fundamentais: (I) A não-monopolização das tarefas do Estado pela classe exploradora, o que permite o acesso a tais tarefas aos membros da classe explorada. (II) Hierarquização das tarefas do Estado segundo o critério formalizado da competência, o que leva à ao caráter despótico do aparelho estatal.²⁴

Obedecendo-se a essas normas, é possível ao Estado burguês mascarar sua influência sob o véu da democracia e da cidadania, através da representação popular. Ademais, proporciona a divisão do trabalho no seio do próprio Estado.

A constituição do Estado como ente impessoal e abstrato, e a permissão do acesso ao aparelho estatal a membros de todas as classes sociais, conferem-lhe um caráter de justiça a se expressar pela ideologia da cidadania e da democracia.

22 SAES, op. cit., p.36.

23 Ibidem, p.34.

24 Ibidem, p.40.

Contudo, há uma condição mediante a qual é franqueada aos indivíduos a entrada no aparelho do Estado. Para se ter acesso ao Estado é necessário aos indivíduos se despojarem de suas características de representantes de classes e se revestirem da forma universal e jurídica de cidadãos.

Dessa forma, é possível a manutenção do estado de coisas favorável à reprodução do capitalismo, pois como o Estado se mostra um aparato público, a política, portanto, não deverá ser arena de discussões de interesses particulares de classe, mas apenas de interesses gerais dos cidadãos. Assim, a própria estrutura estatal é limitadora das ações dotadas de potencial transformador.

Como a política é realizada apenas no Estado, e no mesmo não há característicos de classe, os trabalhadores, agora cidadãos, não podem lutar por seus interesses, pelo menos não dentro dos limites impostos pelo Estado, através do seu aparato político.

O órgão estatal que representa, ao mesmo tempo, a estrutura jurídica (direito) e a estrutura política (burocratismo) do Estado é o Poder Judiciário.

Essa instituição jurídica estatal, que corresponde a juízes e tribunais, também é política, na medida em que se apresenta como uma organização material e humana do poder do Estado. Isso porque o direito burguês não se reduz à lei, ele abarca também o processo de aplicação da lei, ou seja, a concretização do seu caráter impositivo, processo que se dá com a ação do Poder Judiciário.²⁵

Portanto, o Poder Judiciário é a ferramenta do Estado burguês que expressa claramente o seu duplo aspecto jurídico-político, e representa um papel fundamental em toda a estrutura estatal, inclusive na formulação da ideologia que se lhe resulta, mantendo as condições ideais para a reprodução do modo de produção capitalista.

4. O CASO BRASILEIRO: JULGADOS DO TST (1998/2008)

Em correspondência ao modelo normativo adequado às condições de reprodução das relações de produção capitalistas, mostra-se o direito positivo brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como norma superior do direito pátrio, estabelece as regras gerais a serem aplicadas dentro do território nacional.

Ademais, a CRFB/88, como qualquer outra Constituição, tem por finalidade garantir o cumprimento dos contratos assumidos no espaço físico sobre o qual exerce seu império, no caso, o Brasil.

25 SAES, op. cit., p.38.

No direito positivo, as normas jurídicas apenas são coerentes e se constituem em um ordenamento jurídico, se normas jurídicas hierarquicamente superiores lhes conferirem validade. Dessa forma, no Brasil, as normas do ordenamento jurídico brasileiro somente se mostrarão válidas se se harmonizarem com as determinações das normas constitucionais.²⁶

A Constituição brasileira, portanto, além de designar sobre os vários temas do direito local, cria também as especificações de como deve se organizar o Estado brasileiro, o que se dá em conformidade com o modelo burguês de Estado. Dentro da estrutura estatal brasileira, encontra-se, logicamente, o Poder Judiciário, como representação do aspecto jurídico-político do Estado.²⁷

O Poder Judiciário é organizado de acordo com os termos dos artigos 92 a 126 da CRFB/88, os quais estabelecem como se dará sua constituição e atividade.

Como o objetivo do presente relatório é averiguar a influência do Estado burguês na sociedade brasileira através da veiculação do discurso dos direitos humanos fundamentais nos acórdãos trabalhistas, haja vista que tais sentenças se referem em específico à contradição capital/trabalho inerente ao modo de produção capitalista, ater-nos-emos às decisões proferidas pelo órgão judicial de maior hierarquia dentre aqueles que tratam das lides trabalhistas: o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que tem sua jurisdição definida pelo artigo 111 da CRFB/88.

No período de 1998 a 2008, o referido órgão da Justiça do Trabalho brasileira processou e julgou 1.968 acórdãos que utilizaram a ideologia dos direitos humanos fundamentais em seus argumentos, direitos estes que podem ser divididos em: direitos fundamentais do trabalhador; direitos civis fundamentais; direitos sociais fundamentais; direitos fundamentais; dignidade humana. Os direitos fundamentais do trabalhador são citados em 738 acórdãos (38%); os direitos civis fundamentais são referidos em 734 sentenças (37%); os direitos sociais fundamentais são usados em 273 (14%), os direitos fundamentais em 122 (6%) e a dignidade humana em 101(5%) das decisões judiciais do TST.²⁸

Todos estes direitos expressam, na realidade, pressupostos para a circulação mercantil, consistindo, por esse motivo, em uma ideologia burguesa produzida e veiculada pelo Estado, através de suas instituições, tal qual o TST e seus referidos acórdãos. No que respeita à vantagem granjeada nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, tem-se que os empregadores (burgueses, representantes do capital) são vitoriosos em maior número de processos contra os empregados (trabalhadores, re-

26 MASCARO, op. cit., p.113.

27 SAES, op. cit., p.43.

28 FERREIRA, 2011, p.105.

presentantes do trabalho). Enfim, 49,4% dos acórdãos (totalizando 973 acórdãos) foram favoráveis ao capital, ao passo que 46,7% (919 acórdãos) deram vitória ao trabalho.²⁹

Considerando as ideologias das diferentes categorias de direitos humanos fundamentais, observa-se que em algumas delas o trabalho se mostra vitorioso, enquanto que em outras a vantagem é do capital. No que concerne aos acórdãos que tratam da ideologia dos direitos fundamentais do trabalhador, o capital obtém vitória em 53% dos casos. Quanto aos direitos sociais fundamentais, a vitória do capital se dá em 77% das demandas.³⁰ No que tange aos direitos civis fundamentais, a vitória é do trabalho, e ocorre em 58% dos casos. Já nos direitos fundamentais e na dignidade humana como ideologia, a vitória do trabalho ocorre em 58% e 49% das sentenças, respectivamente.³¹ Os dados acima apresentados podem ser visualizados no gráfico que segue.

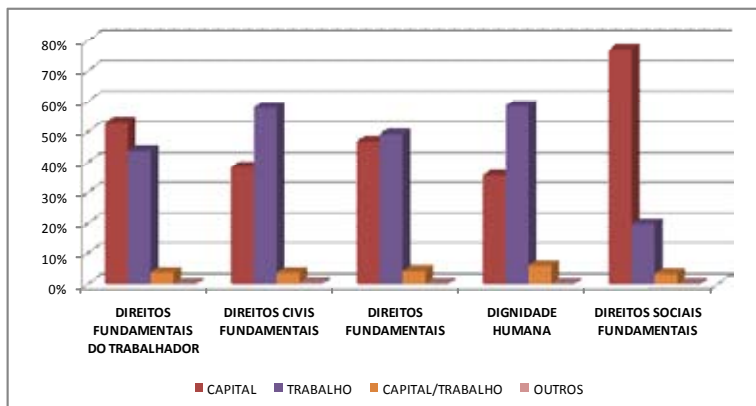


Gráfico 1 Distribuição dos favorecidos por direitos utilizados na motivação dos acórdãos do TST que veiculam a ideologia jurídica dos direitos fundamentais (1998/2008). Fonte: Pesquisa documental na base eletrônica do Tribunal Superior do Trabalho.

Nos acórdãos nos quais a vitória foi do trabalho, observa-se que os direitos almejados nas lides referem-se majoritariamente a garantias processuais (ação: 44% e ampla defesa: 42%). O capital foi o recorrente em 73% desses acórdãos, o que leva ao questionamento se a utilização de tais recursos processuais nas ações trabalhistas não possuiu simplesmente a intenção de embargar o célere curso do processo, o

²⁹ Ibidem, p.107.

³⁰ Ibidem, p.109.

³¹ Ibidem, p.109.

que significaria uma eliminação de despesas constantes do processo de produção, proporcionando o aumento da apropriação da mais-valia.³²

Percebe-se que o trabalho venceu os processos que versavam sobre as matérias referentes aos direitos individuais, como os direitos civis, a dignidade humana e os direitos fundamentais. Por sua vez, o capital foi vitorioso naqueles que continham como discurso os direitos sociais, de natureza coletiva, como os direitos fundamentais do trabalhador e os direitos sociais fundamentais.³³

Enfim, pode-se notar na análise dos dados colhidos no sítio eletrônico do TST que, não obstante o panorama geral do resultado dos embates no campo judicial acerca dos direitos fundamentais indicar pouca diferença entre os vitoriosos (49,4% X 46,7%), com uma vantagem quantitativa ligeira em favor do capital, em um exame mais acurado é patente o largo triunfo do capital no aspecto qualitativo, pois os direitos fundamentais transmitidos nos acórdãos nos quais a vitória é do trabalho referem-se a direitos individuais, por sua vez pressupostos da circulação mercantil, o que significa que em tais casos a tomada dos trabalhadores de seus direitos representa a conquista das condições necessárias aos mesmos para que se relacionem na produção econômica, e para que essas relações se reproduzam, no processo capitalista.

5. CONCLUSÃO

O Estado burguês representa um papel fundamental na reprodução das relações de produção características do modo de produção capitalista. Por sua vez, o referido modo de produção caracteriza-se pela divisão social do trabalho e pela propriedade privada dos meios de produção, o que, a seu turno propicia a circulação mercantil.

A circulação mercantil atende ao sumo objetivo do capitalismo, que é a acumulação do capital através do lucro auferido pelo proprietário dos meios de produção. O lucro advém da mais-valia, que é o excesso do trabalho realizado pelo produtor ou sobre trabalho do mesmo, explorado pelo proprietário na relação entre ambos os agentes da produção, ou relação de produção.

As relações de produção somente são reproduzidas, pois há uma ideologia permeando a sociedade e os indivíduos que a compõe, ideologia esta produzida pelo Estado burguês, sobretudo através do direito, que trata a todos os indivíduos, independentemente da classe a que pertençam, como sujeitos de direito, atribuindo-lhes,

32 FERREIRA, 2011, p.109.

33 Ibidem, p.109.

por isso mesmo, a liberdade e a igualdade formais, o que os dota de capacidade de dispor de suas propriedades no mercado.

A propriedade dos meios de produção é privada aos capitalistas e os produtores diretos possuem como propriedade apenas a força de trabalho, logo esta deve ser vendida no mercado como mercadoria, a qual é adquirida e utilizada pelo proprietário, através do contrato de compra e venda da força de trabalho.

A ideologia jurídica propugnada pelo Estado burguês permite haja a previsibilidade das relações subsequentes, o que garante a reprodução de tais relações.

O Estado burguês também se mostra importante como mantenedor do estado de coisas favorável ao desenvolvimento do capitalismo, pois através de sua estrutura jurídico-política, estabelece os limites de ação dos indivíduos, tornando-os cidadãos, livres dos aspectos de classe, haja vista que o Estado se mostra como um ente abstrato e impessoal a velar pelos interesses gerais da coletividade, Assim, os interesses de classe não se discutem na arena política, o que limita a ação dos representantes das classes, que se dissolvem no conceito de cidadãos.

Dessa forma, a exploração e a dominação de uma classe por outra se mascara sob o véu da ideologia burguesa, que se manifesta pelo Estado e sua ferramenta do direito, quando este universaliza a noção de cidadão e sujeito de direito.

O Poder Judiciário é a instituição peculiar que encerra em si próprio os aspectos jurídico e político do Estado burguês, pois representa ao mesmo tempo o direito em sua aplicação e o aparelho material e humano de organização do Estado, o burocratismo.

Esta instituição se encontra presente também no direito brasileiro, que obedece ao modelo normativo capitalista, e exerce importante função na manutenção e reprodução do capitalismo dentro do território brasileiro, pois colabora para a difusão da ideologia burguesa da universalização do sujeito de direito, que constitui a base das condições propiciadoras da reprodução das relações capitalistas de produção.

No Brasil, a parte do Poder Judiciário que lida mais especificamente com a contradição capital/trabalho inerente ao modo de produção capitalista é a Justiça do Trabalho, que tem como órgão máximo o Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Analisando-se as decisões do TST, no que concerne aos direitos humanos fundamentais (como expressão da ideologia burguesa), no período e 1998 a 2008, é possível perceber a eficiência da dominação da classe detentora do capital sobre a classe trabalhadora através do direito e da ideologia que se lhe dimana.

No panorama geral, tem-se a vitória do capital por uma estreita margem, não obstante partindo-se para uma análise mais acurada compreende-se que a vanta-

gem dos capitalistas, no que respeita ao atendimento de seus interesses, conducentes com as condições para a expansão capitalista, é bem mais larga e vitoriosa.

Do acima exposto, depreende-se que o Estado burguês, mediante, sobretudo, a ferramenta do direito, propugna a ideologia que permeia a consciência social, a qual permite e legitima as formas de exploração típicas do sistema capitalista de produção, através da produção de mais-valia e de sua apropriação pelo capitalista, o proprietário dos meios de produção, em prejuízo do trabalhador, o proprietário da força de trabalho.

Tal estado de coisas se faz presente, como em todo o espaço por onde o capitalismo estende sua influência, no Brasil, e segue os mesmos ditames normativos garantidores da reprodução capitalista, a se refletir no direito brasileiro. Este, por sua vez, é aplicado através do Poder Judiciário, a instância que consolida a influência e importância da ideologia burguesa, por meio das decisões proferidas pelos seus órgãos constituintes e dos discursos que as mesmas veiculam.

No caso específico do presente trabalho, percebe-se a dimensão dos fatos acima relatados nas ações da Justiça do Trabalho brasileira, principalmente as referentes ao TST – Tribunal Superior do Trabalho, instituição na qual as lides trabalhistas são resolvidas e julgadas, quando não com ganho de causa ao capital, pelo menos com vitória velada do mesmo, haja vista que mesmo quando o trabalho sai vitorioso das lutas judiciais, de fato o capital acaba levando vantagem, pois tal circunstância garante os pressupostos para o desenvolvimento do capitalismo, que vão de encontro com as aspirações burguesas.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 05 de out. de 1988. Brasília: Cn, 1988.
- CORREAS, O. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Porto Alegre: Safe, 1995.
- FERREIRA, É. *Crítica da ideologia jurídica dos direitos humanos fundamentais nos acórdãos do TST (1988/2008)*. UFU: Uberlândia, 2011. (Dissertação de Mestrado em Direito Público – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFU).
- MASCARO, A. L. B. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NAVES, M. B. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. UNICAMP: Campinas, 1996. (Tese de Doutorado em Filosofia – Programa de Doutorado do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UNICAMP).
- PACHUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- SAES, Décio. *Estado e democracia: ensaios teóricos*. 2ª ed. Campinas: IFCH/UNICAMP, 1998.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 07/01/2010.

7. APÊNDICE

FICHA DE REGISTRO DOCUMENTAL		
Nº DO PROCESSO:	DATA DO JULGAMENTO:	ORIGEM/ESTADO:
ÓRGÃO JULGADOR:		RELATOR:
RESULTADO DO PROCESSO FAVORÁVEL: () EMPREGADOR () EMPREGADO		TIPO DE AÇÃO: () COLETIVA () INDIVIDUAL
DIREITO EM QUESTÃO:	INSTRUMENTO LEGAL:	INSTRUMENTO JURÍDICO:
RECORRENTE: () EMPREGADOR () EMPREGADO		RECORRIDO: () EMPREGADOR () EMPREGADO
SETOR DE TRABALHO:	TIPO DE VÍNCULO:	
DISCURSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:		
EMENTA:		
OUTRAS INFORMAÇÕES RELEVANTES:		

Capítulo 36

COMUNISMO Y DERECHO: REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS ACTUAL DE LA FORMA JURÍDICA

Carlos Rivera Lugo

1. INTRODUCCIÓN

¿Existe una teoría marxista o comunista del Derecho? Según Hans Kelsen, los intentos de desarrollar una teoría del Derecho sobre la base de la interpretación económica de la sociedad hecha por Marx ha fracasado por completo”. La razón para ello, según éste, es la tendencia a sustituir la norma, como foco primordial de atención, con las condiciones histórico-sociales a partir de las cuales se articula el sistema normativo.¹ La teoría jurídica soviética es descalificada por Kelsen como expresión de “una vergonzosa decadencia” en que se reduce a “una ciencia social que no es capaz de emanciparse de la política”.²

Norberto Bobbio nos señala que si bien en sus años juveniles Carlos Marx le dedica tan sólo algunas líneas al tema jurídico, más bien como crítica del Derecho burgués, ya en sus años de madurez lo vuelve a abordar, aunque parcial y fragmentariamente, a través de su tratamiento de la economía política, como si el Derecho fuera parte de ésta. Sin embargo, ello no es suficiente como para reconocer la existencia de una teoría sistemática en las ideas de Marx sobre el Derecho. En ese sentido, “una verdadera y propia teoría marxista del derecho no existe todavía”. En todo caso, podría hablarse de la existencia de una teoría de la justicia, aunque de “escasa originalidad”.³

Para Renato Treves, Marx hizo algunas importantes contribuciones a la teoría sociológica del Derecho: haber colocado el Derecho en relación al conflicto social;

1 Hans Kelsen, *Teoría comunista del Derecho y el Estado*, EMECÉ, Buenos Aires, 1957, p. 275.

2 *Supra*, p. 14.

3 Norberto Bobbio, *Marx y la teoría del derecho*, traducción al castellano de la intervención del autor en una mesa redonda del XII Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, celebrada en Ferrara, Italia, el 5 de octubre de 1978.

haber relacionado el Derecho con la existencia de una sociedad dividida en clases; haber previsto la extinción del Derecho en una sociedad sin clases, entre otras.⁴

Por su parte, Boaventura de Sousa Santos se une a quienes sostienen que “no existe una teoría marxista del Derecho”, aunque propone que la razón para ello es que “la razón *material* para tal déficit debe hallarse en el hecho de que ninguna de las estrategias dominantes del movimiento obrero ha necesitado, verdaderamente, hasta la fecha, una teoría marxista del Derecho”. Son dos las estrategias principales. En primer lugar, la reformista, la cual se basa en “una extensa utilización del Derecho, ya que la transformación gradual del Estado capitalista en Estado socialista ha de ser llevada a cabo a través de reformas sociales operadas en el interior del armazón constitucional vigente”. La segunda estrategia es la revolucionaria, la que postula la destrucción del Estado burgués. “Y es que, siendo el Derecho un instrumento de dominación capitalista, ha de ser combatido del mismo modo que el Estado burgués”. En particular, alude, como ejemplo, a la teoría general del Derecho elaborada por Eugeny Pashukanis, en función de las necesidades estratégicas de la revolución bolchevique. Bajo ésta, “la teoría marxista del Derecho se transforma en una teoría marxista contra el Derecho”.⁵

Pero, ¿es que una teoría marxista del Derecho podía ser otra cosa que una crítica materialista de la forma jurídica, históricamente determinada, tal y como la abordó Pashukanis? En ese sentido, sostengo que siendo el mayor reto teórico para la crítica marxista del Derecho explicar la razón por la que las relaciones jurídicas asumen, bajo la sociedad capitalista, la forma específica que tienen, ésta está obligada a emprender la articulación de una teoría de la forma jurídica. Sin ésta, no se alcanza entender la especificidad histórico-social del Derecho.

2. PASHUKANIS Y LA CRÍTICA DE LA FORMA JURÍDICA

Más allá de ciertas aporías o imprecisiones conceptuales que hallamos en la primera aproximación de Pashukanis al desarrollo de una teoría general marxista del Derecho, estoy convencido que es éste el que se encargó de darle continuidad a la comprensión inicial de lo jurídico expresado por Marx y Engels, y proponerse la articulación de una teoría crítica sistemática a partir de ésta. Por cierto que él siempre concibió su obra *La teoría general del derecho y del marxismo* (1924) como punto de partida, como una primera propuesta crítica a un tema que había recibido insuficiente

4 Norberto Bobbio, *Ibid*, p. 195.

5 Boaventura de Sousa Santos, “Justicia popular, dualidad de poderes y estrategia socialista”, *Revista de Sociología*, Número 13, 1980, pp. 245-247.

atención por parte del pensamiento marxista, si bien sus raíces se hallaban en Marx mismo. Es por ello que en el segundo prólogo a dicha obra, de 1926, señala que: “Cae por su peso que en este corto bosquejo no podía sino esbozar los grandes rasgos de la evolución histórica y dialéctica de la forma jurídica”. De ahí que, incluso, aclarase posteriormente que no pretendía descalificar las formas embrionarias de lo jurídico que hubo en periodos premercantiles y precapitalistas, como el romano, a pesar de que bajo el capitalismo será que lo jurídico alcance su forma más acabada de desarrollo.⁶ En ese sentido, sólo aspira a que se visualice el Derecho como producto de una evolución histórico-social, el cual adquiere su mayor madurez bajo la sociedad burguesa. Bajo ésta se desarrollan, como nunca antes, las relaciones jurídicas como materialización de las relaciones sociales de producción e intercambio.

Es esa forma histórica más acabada de lo jurídico en la que centra su atención por ser el Derecho burgués objeto de un peligroso resurgir al interior de la revolución bolchevique y el Nuevo Plan Económico (NPE) de 1921, como expresión de la reintroducción de la forma-valor y demás lógicas del mercado capitalista. El repliegue fue una maniobra impulsada por Lenin para contener las serias dificultades económicas que arropaban a Rusia producto de las secuelas de una virulenta guerra civil y ante el hecho que la revolución bolchevique no lograba extender la llama de la revolución proletaria por el resto de Europa. No había manera, por ello, de evitar que se acrecentaran una serie de diferencias al interior del bolchevismo. El mismo Lenin había afirmado en 1917 en su obra *El Estado y la Revolución* que el Derecho, al igual que el Estado, no son instrumentos neutrales o necesarios de regulación social, sino productos históricos de la sociedad de clases. Una vez existe el capital, insistió, domina a la sociedad toda. No hay gobierno que pueda cambiar su naturaleza como relación social y de poder al servicio de la reproducción ampliada del capital.

Lenin fue muy claro en postular que no hay mayor imperativo para una revolución anticapitalista que traspasar todo el poder al pueblo. Es el soberano popular de Rousseau o la *res communis* de Marx producto de la socialización progresiva de la producción y del poder. Se trata de reconstruir las relaciones de poder desde las bases mismas de la sociedad y no meramente apropiarse y reproducir las relaciones de poder existentes. Parafraseando a Martín Fierro: Tanto el Estado como la ley son una tela de araña, cuyo impulso es hacia la reproducción de lo existente. Por ello la urgencia de emanciparse cuanto antes de esas formas jerarquizadas y trascendentes de poder y regulación social.

6 Eugeny Pashukanis, *La teoría general del derecho y del marxismo*, Grijalbo, México, D. F., 1976, pp. 11-12, 22.

De ahí que una vez en el poder, el bolchevismo se propuso la desjuridificación de la sociedad bajo la gobernanza de los soviets y la construcción de una sociedad democráticamente autorregulada. La consigna: ¡Todo el poder a los soviets! Ello significó que en los inicios de la revolución se privilegiara la justicia, como fin ético, por encima de los requerimientos limitativos del Derecho formal. El NPE puso fin a este proceso de gradual extinción del Estado y del Derecho, y abrió el camino para la emergencia de una nueva tendencia, representada crecientemente por la facción dirigida por Stalin: el desarrollo de un Estado y una legalidad socialistas, alegadamente diferenciadas del Estado y el Derecho burgués. Esta nueva tendencia positivista y pragmática contribuyó grandemente a la consolidación de la burocratización creciente del proceso revolucionario y la emergencia y eventual triunfo de la tesis del socialismo en un solo país, promovida activamente por la fracción estalinista. Para ésta la construcción del socialismo en un solo país requería de la estabilidad que ofrecía la forma esencialmente coactiva del Derecho que hacía falta para el control social, económico y político del país.

Sin ánimo de excusar o endiosar a Pashukanis, insisto que a éste hay que abordarlo en el contexto histórico específico en que escribió, sobre todo en función de estos intensos debates suscitados al interior del bolchevismo a partir de la adopción del NPE y sus formas capitalistas de valoración y mando. Él estaba convencido que el bolchevismo asumía peligrosamente el retorno a las formas capitalistas y que éstas terminarían por tragarse el proceso revolucionario. Su preocupación central era el posible retorno del Derecho burgués bajo el manto de un alegado “Derecho socialista”, lo que finalmente ocurrió.

Lo que Pashukanis pretendió esbozar como un acercamiento inicial hacia una nueva teoría general materialista del Derecho y del Estado, pronto se vio atacado por la radicalidad de sus implicaciones para la nueva etapa en que entraba la revolución bolchevique. Temeroso de los efectos nefastos que tendría el retorno, a partir del Nuevo Plan Económico de 1921, de las formas capitalistas de producción e intercambio, entendió imperioso concentrarse en una demitificación de una forma jurídica que regulaba las relaciones sociales entre sujetos abstractamente iguales y autónomos, pero, en realidad, dentro de un contexto estratégico determinado por la forma valor y la forma mercancía que terminaría por reproducir el carácter clasista inherente a dicha forma jurídica. Al igual que Marx, Pashukanis entiende que ante un orden de derechos iguales, al menos formalmente hablando, decide en última instancia la fuerza. Y es que las relaciones sociales capitalistas son inmanentemente violentas y coercitivas. De esta condición opresiva no se puede abstraer la forma jurídica.

En esencia, Pashukanis, aún con las limitaciones teóricas contenidas en su propuesta teórica, tuvo el acierto de identificar lo que constituye sin duda la especificidad del Derecho como modo históricamente determinado de regulación social. Para Pashukanis, el normativismo prevaleciente entre los juristas burgueses no podía explicar por qué razón unas normas resultan válidas y efectivas y otras no. A lo que responde que su fuerza regulatoria radica más bien en la relación social específica que se propone validar y hacer efectiva. En ella se halla la célula primaria de todo el tejido social. Y la contradicción que encierra dicha relación social constituye el fundamento mismo de la forma jurídica. Es por ello que para él todo Derecho es clasista y no puede evitar serlo.

Su teoría acerca de la forma jurídica rechaza la pretensión de reducir el Derecho a fenómeno puramente ideológico, para en cambio insistir en su implicación directa en la regulación de las relaciones sociales determinantes de la vida. El Derecho no puede ser reducido a pura ideología, ya que “el derecho en tanto que forma no existe sólo en el cerebro y en las teorías de los juristas especializados; existe una historia real, paralela, que no se desarrolla como un sistema conceptual, sino como un sistema particular de relaciones”. Y abunda: “la jurídica expresada por abstracciones lógicas es un producto de la forma jurídica real y concreta..., un producto de las relaciones de producción”, las cuales no se reducen a las relaciones de intercambio sino que también incluye “la realización completa de la forma jurídica: el tribunal y el proceso”.⁷

En ese sentido, la forma jurídica posee una carácter dual: económico-jurídico. El jurista bolchevique quiso enfocarse en la realidad y efectividad del Derecho, más que en su comprensión estrictamente abstracta, aunque para llegar a lo primero transitase desde lo general y abstracto. Siguiendo el método utilizado por Marx en su análisis de la economía política para identificar las formas esenciales del capitalismo, el jurista bolchevique aborda el análisis de la forma jurídica a partir de un proceso de abstracción sistemática. Una teoría general marxista del Derecho debe igualmente enfocarse en las fuerzas sociales verdaderas detrás de la forma jurídica, aquellas que en última instancia le son constitutivas, y no perderse entre aquellas que no son determinantes. “La teoría general del Derecho puede ser definida como el desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, los más abstractos”, enuncia.⁸ Lejos de perderse en la abstracción, Pashukanis logra como ningún otro establecer el nexo

7

Eugeny Pashukanis, *ibid*, p. 19.

8 Eugeny Pashukanis, *ibid*, p. 23.

material existente entre la forma jurídica y la relación social específica que predomina bajo el sistema capitalista y la subjetividad resultante.

La trayectoria seguida por el pensamiento jurídico de Pashukanis ha sido una verdadera tragedia intelectual. Por un lado, se pretendió destruir su teoría crítica liquidándolo físicamente en 1937. Por otro lado, la descalificación teórica y la liquidación física ha tenido un impacto duradero aún dentro de los círculos marxistas, a los cuales les sigue costando reconocer su valiosa contribución a partir de posturas bastante reduccionistas y parcializadas que dan testimonio a la ambigua relación que aún tiene un sector importante con la herencia nefasta del estalinismo y las limitaciones ideológicas que le impuso al desarrollo de la teoría marxista en general. En general, ésta ha oscilado, por un lado, entre un instrumentalismo político, bajo el cual al Derecho se le reduce a mero instrumento de dominación y explotación, a partir de una comprensión un tanto esquemática de la relación estructura-superestructura bajo la cual lo jurídico resulta en un reflejo más o menos directo de la estructura económica y los intereses de la clase dominante; y, por otro lado, un formalismo positivista que le asigna al Derecho un autonomía relativa de la lucha de clases y los procesos económicos de producción e intercambio, comprensión ésta afín a perspectivas social-demócratas o liberal-reformistas.

En ese sentido, la teoría crítica de Pashukanis resurge en estos tiempos precisamente debido a su vitalidad y pertinencia, sobre todo ante el hecho de que nadie, hasta el momento, ha podido superar la diferencia cualitativa que representa su crítica materialista del Derecho, la cual propone como eje el análisis de la forma jurídica. Ello incluye, incluso, su crítica a la comprensión sociológica del Derecho, desde la perspectiva de su contenido y como reflejo de las necesidades e intereses de la sociedad, sin abordar como tal la forma que asume la regulación social y su profunda vinculación con la forma mercancía y su proceso de producción e intercambio, del cual es reflejo. Es ésta relación socioeconómica la que determina, en última instancia, el contenido de todo acto jurídico. El fetichismo de la mercancía halla así su equivalente en el fetichismo de lo jurídico.

Bajo el Derecho, la legitimidad de la propiedad privada no está —como en realidad es— en la fuerza sino en el consentimiento. El sujeto jurídico es desencarnado de sus atributos como vida real y concreta, inmerso en relaciones sociales permeadas de desigualdades. Es formalmente portador de derechos iguales a su semejante, aunque en realidad prevalezca la fuerza como criterio discriminador entre éstos. En ese sentido, el Derecho ofrece, con la debida mediación estatal, no sólo una fundación normativa sólida para sostener los derechos propietarios y las desiguales relaciones contractuales que le dan forma. La noción de igualdad que constituye uno de sus

pilares fundamentales se deriva, en última instancia, de la equivalencia de los sujetos y sus intercambios en el seno del mercado. De ahí la centralidad del principio de igualdad dentro del régimen económico-jurídico prevaleciente. El Derecho adviene así en algo así como la expresión del ethos del mercado capitalista, bajo el cual la relación jurídica entre sujetos es simplemente la parte inversa de la relación entre los productos del trabajo convertidos en mercancías.

A modo de resumen, podríamos hablar de los siguientes siete elementos constitutivos de la teoría marxista del Derecho esbozada por Pashukanis:

1. Independientemente de que el Derecho se halla arropado por una bruma ideológica, una teoría general marxista sobre éste debe centrarse en la crítica de la forma jurídica y sus efectos constitutivos de una subjetividad jurídica como reflejo de relaciones sociales específicas.
2. La genealogía de la forma legal y, por ende, de la subjetividad jurídica, se encuentra en las relaciones de intercambio de mercancías, la instancia determinante de las relaciones sociales características de la producción social capitalista según Marx.
3. La forma jurídica es equivalente a la forma mercancía. Así como el sujeto jurídico constituye la célula básica de las relaciones jurídicas, la mercancía es la célula básica de las relaciones económicas. De ahí que su análisis debe tener la forma mercancía como punto de partida.
4. El sujeto jurídico es esencialmente un productor o poseedor de mercancías. Es para esa condición jurídica que el sujeto participa en el proceso de intercambio de mercancías, incluyendo la fuerza de trabajo.
5. El Derecho, a partir de su principio de igualdad, juridifica en última instancia la forma valor. De ahí que las relaciones jurídicas sean la materialización de las relaciones sociales de intercambio.
6. Más que los derechos abstractos de cada sujeto jurídico, lo que prevalece finalmente es el balance real de fuerzas. De ahí que la forma jurídica es en el fondo un modo de regulación social predicado en la coerción y la sanción para compeler la sumisión al orden capitalista prevaleciente.
7. Una teoría general del Derecho, desde una perspectiva marxista, debe asumir la extinción progresiva de la forma jurídica como modo predominante de regulación social cuyo fin es la reproducción de las relaciones sociales prevalecientes bajo el capitalismo. No se puede pretender abrir paso a una nueva sociedad y modo de vida mediante el uso de la forma jurídica. La única manera de emprender la transformación radical hacia la constitución de la sociedad comunista, requerirá otro modo no-

jurídico de regulación social mediante el cual la convivencia social fundamentada en prácticas apuntaladas en una nueva consciencia ética de lo común sustituirá la necesidad de la normatividad clasista y coactiva del Derecho. La autodeterminación sustituye así la sumisión como criterio legitimador de la nueva normatividad comunista.

Lejos de constituir un reduccionismo determinista, como algunos como Kelsen la han caracterizado,⁹ la propuesta teórica de Pashukanis constituye un presagio acerca del proceso de subsunción real por el que atraviesa el Derecho bajo lo económico en nuestros tiempos. Aún su énfasis en el momento del intercambio de mercancías, lejos de tender a la subvaloración de la totalidad del circuito del capital, en particular, el momento de la producción social, lo que hace es confirmar lo que ya Marx y Engels afirmaron en relación a la centralidad del intercambio de mercancías para el modo capitalista de producción social. De ahí que éstos anclaron las relaciones jurídicas en las relaciones de intercambio, como expresión de la predominancia del valor de cambio como nuevo *leitmotif* de la producción social. La forma jurídica sirve para materializar dichas relaciones de intercambio.

El jurista bolchevique nos obliga a confrontar lo jurídico como dispositivo de poder al servicio de la reproducción del capital, una forma reificada de dominación que trasciende nuestra falsa situación como “sujetos de derecho” para intentar controlar nuestra vida toda, desde afuera y desde adentro de cada uno. Asimismo, Pashukanis contraponen la regulación normativa societal, cuyo fin es lo común, a la regulación jurídica, cuyo eje es lo privado. De ahí su insistencia en el imperativo de asumir la extinción progresiva de ésta última, como forma dominante, para la construcción de la sociedad comunista. No obstante, su visión acerca de lo que llamó “regulación técnica”, como modo alternativo a la regulación jurídica, resultó demasiado simplista y burocrática.¹⁰

Ausente un análisis de la forma jurídica y la dialéctica material entre las relaciones jurídicas y las relaciones sociales, cualquier crítica jurídica se queda corta en la medida en que está desprovista de las herramientas teóricas que permitan entender los fundamentos materiales de la crisis actual planteada al Derecho en la presente coyuntura histórica en que una persistente crisis del capitalismo y la progresiva conflictividad social que ha provocado, ha ido forzando su reestructuración autoritaria, muchas veces más allá del Derecho mismo. En ese sentido, estoy convencido en que uno de los principales retos de la propuesta comunista en estos tiempos consiste en mostrar las tendencias que se dan hoy en torno a la emergencia de un nuevo modo de

⁹ Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law*, Praeger, New York, 1955, pp. 89, 93.

¹⁰ Eugeny Pashukanis, *ibid*, p. 63.

regulación social más allá del Derecho burgués y del llamado Derecho socialista. Para ello, tenemos que ir más allá de las comprensiones esencialmente liberales e idealistas del Derecho como cuerpo de normas. Para ello debemos hablar de las normas a partir de la realidad de éstas como representaciones lógico-formales de relaciones sociales históricamente específicas y no la idea *a priori* que tengamos acerca de ellas. El objeto de la crítica marxista es quebrantar los cimientos mismos de toda perspectiva estrictamente lógico-abstracta para desplegar ampliamente el conocimiento de la realidad material de lo particular y su manifestación heterónima.

3. LA FORMA JURÍDICA EN MARX

Marx había estudiado y escrito sobre el derecho en su juventud.¹¹ En correspondencia con su padre dice que “en la expresión concreta del mundo viviente del pensamiento, como lo es el Derecho, el Estado, la naturaleza, como lo es toda la filosofía, el objeto mismo debe ser espiado, debe ser acechado; clasificaciones arbitrarias no deben ser impuestas desde fuera, la razón de la cosa misma debe continuar rodando como algo en pugna consigo mismo y encontrar en sí su unidad”.¹² En febrero de 1843, escribe sobre lo que califica como “el Estado de fuerza” prusiano, de que bajo éste “todas las normas objetivas han desaparecido”.¹³ Sobre la filosofía hegeliana del Derecho, critica su enfoque especulativo por entender que abstrae al hombre real. Lo radical está en partir del hombre concreto, de su realidad material. Y la propiedad privada posee efectos constitutivos dentro de esa realidad material. “Cuando el proletariado reclama *la negación de la propiedad privada* no hace más que elevar a *principio de la sociedad* lo que la sociedad ha elevado a principio *suyo*, lo que ya se ha personificado en *él*, sin su intervención, como resultado negativo de la sociedad”. Insiste en que, en Alemania, “no puede quebrarse ningún tipo de servidumbre sin quebrar todo tipo de servidumbre en general”.¹⁴

Marx insiste en que no es cuestión de superar las deficiencias de las actuales relaciones de propiedad, ni de reglamentarlas según principios racionales. Tras sus reglas racionales yacen leyes económicas ante cuya fría necesidad sucumben todas las

11 Marx fue inicialmente estudiante de Derecho en sus años universitarios, aunque termina concentrándose en el estudio de la filosofía.

12 Carlos Marx, “Carta al padre (Berlín, a 10 de noviembre de 1837)”, en Rubén Jaramillo (ed.), *Karl Marx, Escritos de juventud sobre el Derecho. Textos 1837-1847*, Anthropos, Barcelona, 2008, p. 43.

13 Carlos Marx, “Observaciones sobre la reciente reglamentación de la censura prusiana”, *supra*, p. 77.

14 Carlos Marx, “Contribución a la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel. Introducción”, *supra*, pp. 102 y 109.

leyes de equidad. También la libertad queda limitada y mediada por la ley burguesa y el ser humano reducido a monada aislada. De ahí la necesidad de su transformación, o incluso abolición. Puntualiza que “la *propiedad privada* no es una relación simple y mucho menos un concepto abstracto, un principio, sino que consiste en la totalidad de las relaciones burguesas de producción”.¹⁵

Siento una convicción profunda de que nuestro orden civilizatorio, bajo el capitalismo, ha llegado a una fase determinada de su desarrollo, en que, como dijo Marx en el “Prólogo” a la Contribución a la crítica de la economía política, las fuerzas productivas de la sociedad han entrado “en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo cual no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en cuyo interior se habían movido hasta entonces”. Y abunda: “De formas evolutivas de las fuerzas productivas que eran, estas relaciones se convierten en trabas de estas fuerzas. Entonces se abre una época de revolución social”.

Si hay un elemento distintivo de la crisis actual por la que atraviesan los países que persisten en la reproducción ampliada del capitalismo como base de su orden es la demostración fehaciente del valor predictivo de muchas de las categorías marxistas: el carácter ineludible de la concentración del capital; la inevitabilidad de las crisis cíclicas como testimonio del carácter irracional del sistema; el carácter forzosamente imperial y guerrero del capital; el empobrecimiento de la inmensa mayoría a costa del enriquecimiento de los menos; la subsunción de la vida todo bajo los requerimientos del capital; y la conversión del gobierno en el instrumento ejecutivo del capital. El análisis de Marx, lejos de ser reduccionista, como le han imputado algunos, ha comprobado ser comprensivo. El Derecho no podía ser abordado en abstracción o independientemente de lo económico, en tanto y en cuanto su forma específica es producto de las formas que asume la economía política y de las relaciones sociales que se ocultan bajo dichas formas y son potenciadas por éstas.

Marx entiende que al aquilatar las contradicciones de naturaleza sistémicas que se producen en la base económica de la sociedad, es que se puede valorar el trastocamiento que se efectúa concretamente en las formas jurídicas y políticas. Sólo así se puede adquirir la consciencia precisa del conflicto histórico que se manifiesta a través de dichas formas y proponerse su superación efectiva. Desde mi perspectiva, dicho imperativo se atiende eficazmente hoy sólo en la medida en que se asume la crítica jurídica más radical y total: la que pone en cuestión tanto la función social como la forma y existencia misma del Derecho contemporáneo. En la conceptualización de la normatividad, hay que desechar la tentación de seguir anidándola en la apariencia.

15 Carlos Marx, “La crítica moralizante y la moral crítica” y “Sobre la cuestión judía”, *supra*, pp. 164-165, 190.

Tiene que arraigarse en la realidad. Sólo a partir de ésta es que los seres humanos entramos en relaciones determinadas a partir de la cual producimos socialmente nuestra existencia, incluyendo su dimensión normativa.

¿Constituye el Derecho una relación social en el mismo sentido que el capital es definido como una relación social? El propio Marx encuentra el contenido de la relación jurídica en la relación económica misma: “toda forma de producción produce sus propias relaciones jurídicas”.¹⁶ El Derecho no tiene una historia propia. No puede entenderse a partir de sus propios enunciados lógico-abstractos. El Derecho no nace del Derecho, es decir, de las normas jurídicas. Éste se constituye a partir de las relaciones sociales, históricamente determinadas. No es algo ajeno a éstas que se reduce a enunciar meras ideas y normas. Lo que es la forma jurídica, así como sus contenidos, se remite a una sistema históricamente determinado de relaciones sociales, a su vez relaciones de poder que se apuntalan a partir de un conjunto de aparatos, instituciones, procesos, técnicas reglas y normas.

Según Cerroni, Marx “concibe el derecho moderno como una organización normativa de las relaciones sociales modernas”. Abunda: “La forma jurídica, en su explicación última, en la forma de conexión de las voluntades de individuos socialmente relacionados por la mediación real de las cosas, la forma específica de cohesión de la sociedad moderna”. Para Marx, no se trata de una interpretación “sociológica” de la norma, como sostienen Kelsen y Treves, sino “una reducción metódica de la formación a un tipo de relación social material que, actuando exclusivamente mediante el encuentro de voluntades (intercambio) y no ya mediante la directa vinculación del productor, desarrolla la relación de producción *como cambio*”. “La sistematización normativa del Derecho moderno se da en función de esta trama material objetiva de la sociedad; se conforma sobre ella y, ya que con ella nace, sigue sus pasos y, en todo caso, su decadencia”, puntualiza Cerroni.¹⁷

Marx no habrá escrito una obra específicamente sobre el Derecho, pero lo que resulta innegable es que dondequiera que se refirió en sus escritos a la especificidad histórico-social de la forma jurídica estableció claramente que ésta se debe al hecho de ser expresión de las relaciones sociales de intercambio. En ese sentido, cualquier aproximación teórica de Marx al Derecho sólo podía darse en el contexto específico de su investigación y teorización acerca de unas relaciones sociales históricamente determinadas: las del capitalismo. Su crítica no puede ser, por lo tanto, “una crítica del derecho desde el punto de vista del derecho”, como si éste fuese un

16 Carlos Marx, *El Capital*, Vol. I, Libro I, capítulo II, FCE, México, 2006, p. 48.

17 Umberto Cerroni, *Marx y el Derecho moderno*, Grijalbo, México, D. F., 1975, pp. 93-95.

fenómeno autónomo, sino que una crítica materialista y totalizante de lo jurídico como parte integral de la crítica general de la economía política capitalista.

Ahora bien, el sentido que Marx le otorga al término “forma” parecería coincidir más con una de sus acepciones en el idioma alemán, la palabra nativa alemana *Gestalt*, que estrictamente con la palabra *form*, de origen latino, que también existe en dicho idioma. *Gestalt* se refiere a algo sustantivo que sitúa, conforma o estructura algo.¹⁸ No es una forma abstracta e indiferenciada, sino la configuración histórico-social de algo. A diferencia de *form*, el *Gestalt* no está en oposición al contenido de una cosa sino que la ordena, es decir, la determina. Marx se refiere a ello como la “determinación de la forma” (*formbestimmtheit*).¹⁹

En la dialéctica marxista hay unión orgánica entre forma y contenido. Se rechaza la dicotomía, propia de la filosofía idealista y liberal, entre lo formal y lo material o sustantivo. La forma estructura la realidad empírica. De ahí que hay que comprenderla en su genealogía, en el fluir de su movimiento, en su permanente devenir. La negación dialéctica es una negación real y material. No es metafísica. En cambio, la “forma” en Hegel se refiere a algo secundario, superficial y exterior a la esencia de algo. Su “forma” es mistificadora. Su negación es, por ende, una negación lógica. Por tal motivo, es incapaz de representar una crítica inmanente a la realidad misma.

4. DERECHO Y NO-DERECHO: LOS DOS SENTIDOS DE LA ORDENACIÓN NORMATIVA

Ahora bien, el modo de regulación social prevaleciente —es decir, el imperante bajo el presente orden civilizatorio capitalista— posee una forma dual que refleja el carácter contradictorio del sistema de relaciones sociales y de poder que codifica: el Derecho y el no-Derecho, como representación estratégica de los dos sentidos de ordenación que forcejean en su seno, uno impuesto desde arriba y otro potenciándose desde abajo; el primero trascendente y el segundo inmanente. Son formas diferenciadas de subjetivización y objetivización.

La primera, la forma jurídica —una forma particular de normatividad— está caracterizada por un pesado estatismo, legismo y conflictividad, sobre todo por verse obligada a legitimar el elemento de fuerza que le es consustancial al capital, como re-

18 Al respecto, véase la nota introductoria de Nicolás González Varela, titulada “Karl Marx, lector anómalo de Spinoza”, a la obra Karl Marx, *Cuaderno Spinoza*, Montesinos, Madrid, 2012, p. 44.

19 Isaak Illich Rubin, *Ensayos sobre la teoría marxista del valor*, Cuadernos de Pasado y Presente, Córdoba, 1974, pp. 85-87.

lación social, para compeler a la gente a comportarse de una manera consistente con sus intereses. Regula las relaciones materiales de producción y reproducción mediante la imposición de normas de conducta sancionadas por la fuerza del Estado. La forma jurídica es así una instancia sancionadora de las irradiaciones de esa otra forma, de carácter primordial: la forma-valor y su materialización en la mercancía. Sobre todo, garantiza el más fundamental de los derechos bajo el capitalismo, el de la propiedad privada, lo que incluye además del derecho del capitalista a la apropiación privada, como mercancía, de la fuerza del trabajo, así como del producto de ese trabajo ajeno. Además, mediante el Derecho, se regulan los procesos tanto de producción como de intercambio, según los requerimientos del sistema. Ello le asigna un carácter imperativo a la forma jurídica, sobre todo en la sociedad capitalista. En ese sentido, la implantación de la ley de valor requiere de la constitución del *rule of law*.²⁰ De la forma jurídica y la relación social específica a la que da vida, surge en última instancia la forma jurídica.

La segunda, la forma normativa, se caracteriza por un pluralismo humano y societal, así como de una abierta eticidad. La hegemonía, hasta ahora, de la primera sobre la segunda es más bien expresión de una estrategia discursiva a la que ha acudido el sistema para garantizar su reproducción continua. Responde a un paradigma de poder intimidador, reduccionista y expropiador de la potencia normativa del individuo y de la comunidad. Es la forma bajo la cual la clase dominante ha querido representar normativamente su poder opresivo y excluyente; encausar la lucha de clases a través de un conjunto de dispositivos disciplinarios, es decir, de control. Aquí radica su centralidad como dispositivo de poder.

La norma es, si se quiere, la forma básica, es decir, elemental, primaria y autogestada, y cuya fuente material es societal. Es el resultado de un acto de voluntad de un individuo o una comunidad. Es teleológicamente autónoma e inmanente en su origen. Por ello, resulta más personal e inmediata en su alcance. No emana del Estado, por más que bajo el idealismo hegeliano se le privilegie como fuente e instancia determinante de la regulación social.

20 Dice Oscar Correas que “las normas jurídicas de una sociedad que intercambia *dependen*, encuentran su explicación, su ser *así* y no de otra manera, en la ley del valor”. Oscar Correas, Introducción crítica del Derecho Moderno (Esbozo), Fonatamara, México, D. F., 2000, p. 30. Sobre el particular, véase también a Bernard Blanke, Ulrich Jürgens & Hans Kastendiek, “On the Current Marxist Discussion of the Analysis of Form and Function of the Bourgeois State”, en John Holloway y Sol Picciotto (ed.), *State and Capital: A Marxist Debate*, Edward Arnold, London, 1978, p. 123.

Por su parte, la ley es la forma secundaria cuya fuente material es el Estado autonomizado de la sociedad, y como tal se presenta, por medio de la *fictio juris*, como un objeto externo y trascendente al individuo y la sociedad, portadora de una jerarquización social que propende a la desigualdad real. Bajo ésta, la norma jurídica se presenta, formalmente al menos, como el marco cualificador y validador del *actio*.

La normatividad del no-Derecho²¹ es, en cambio, immanente al individuo y la sociedad. Es esta forma simple, local e inmediata en la que radica realmente el corazón de la regulación social. Está basada en la autodeterminación, la cooperación, la solidaridad o la afectividad, así como la igualdad real.

¿De dónde procede el carácter de cada una? Emerge de la forma específica e históricamente determinada que asume. Cada forma está llena, pues de sutilezas valorativas y tensiones dialécticas, aunque en el caso de la forma jurídica ésta asume, además, un carácter alienante que expropia al individuo y a la sociedad de su libertad inalienable y poder normativo para trocársela en derecho relativo a los dictados de unos poderes externos ocultos tras la *fictio juris*, su materialidad espectral en torno al cual se teje todo un fetichismo similar al que se traba en torno a la mercancía.

Tan pronto la regulación social asume la forma jurídica, ésta no puede sino representar la relación social y de poder específica que codifica. Constituye así una subjetividad específica, la del “sujeto de derecho” como propietario privado y la de las relaciones jurídicas -en la forma de esos magistrales artificios suyos que son el contractualismo privado y la autonomía de la voluntad- como relación social (y de poder) en las que se producen intercambios entre propietarios privados. Como bien puntualiza Marx en *El Capital*, Vol. I, al inicio del Capítulo II, titulado “El proceso de cambio”: “El contenido de esta relación jurídica o de voluntad lo da la relación económica misma”. Y si cabía alguna duda acerca de esto en el periodo de subsunción formal de la que nos habla Marx en *Los Grundrisse*, ya no cabe alguna a partir de la presente subsunción real de la vida toda bajo el capital. Han saltado efectivamente todas las mediaciones que existían bajo la subsunción meramente formal. Economía, sociedad, política, Estado y Derecho se han compenetrado. La vida se ha impuesto sobre la ficción.

Para Kelsen, la norma jurídica no es idéntica a la relación social específica; en todo caso, lo que hace es reflejarla. En parte tiene razón pues no se puede, hasta cierto punto, reducir el Derecho exclusivamente a hecho. No todo hecho es fuente material de normatividad. No todo hecho es un *hecho normativo* (Gurvitch), es decir,

21 Véase al respecto de Jean Carbonnier, *Derecho flexible*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 13-63. Refiérase también a mi trabajo “El tiempo del no-Derecho”, *Youkali*, número 13, Madrid, julio de 2012.

una realidad que forja materialmente la forma y el contenido del Derecho cónsono con los fines que le animan.

Sin embargo, aquí corremos el peligro de caer en el dualismo kantiano entre idea y realidad que tanto critica Marx. De no ver el Derecho por lo que en última instancia es. La hipostatización de la categoría jurídica que se tiende a dar, por ejemplo, en Kelsen propende a cierta autonomización del Derecho, es decir, la localización del fundamento u origen del Derecho en el Derecho mismo. Se trata de encontrar en el Derecho mismo, como sistema “puro” de normas, su razón de ser y fuente de validez.

Sin embargo, a lo que Marx nos convida es a todo lo contrario, a un sistema más bien “impuro”, para tomar prestado un término gramsciano. Nos pide sacar a la superficie lo que la forma jurídica, en su proceso de mistificación metafísica, hace todo lo posible por encubrir, ocultar: las relaciones sociales y las luchas reales que se dan a partir de éstas. Hay que salirse de las “alturas etéreas”, puntualiza, para tratar de comprender “lo que encuentro en la calle”. Hay que fundar la idea, incluyendo en nuestro caso la norma, en la realidad misma.

5. EL ESTADO DE LA SUBSUNCIÓN REAL

Ahora bien, hay otro aspecto de la cuestión que deseo puntualizar, sobre todo por ser la causa inmediata de la actual transubstanciación de la normatividad contemporánea. Se trata de un nuevo desarrollo del fenómeno del poder bajo el *Estado de la subsunción real*,²² como la nueva forma que asume el “Estado” y los procesos sociales de prescripción normativa bajo el notorio modelo neoliberal de acumulación. El capital se ha hecho directamente Estado. Ha sido de facto privatizado y corporativizado. Asimismo ha ocurrido con el llamado Derecho público, el cual nunca rompió realmente con el sistema capitalista, aún dentro de la función social conciliadora y reformista que pretendió imponerle al capital.

Puntualizo en ello: La separación entre política y economía, sociedad política y sociedad civil, se ha desvanecido. La verdad efectiva del Estado se realiza ya abiertamente en la socioeconomía capitalista. Las vetustas instituciones que garantizaban la soberanía del Estado y la obediencia o sumisión de sus ciudadanos, se han ido desplomando. Como resultado, el Estado neoliberal ya no le interesa limitarse a los “sujetos de derecho”, sino que, fiel a las lógicas actuales del capital, pretende extenderse sobre la vida toda. La función principal que desempeña este poder omnicomprensivo, por no decir abiertamente totalitario, es invadir y subordinar la vida

22 Toni Negri, *Fin de siglo*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 29.

toda, colectiva e individual, a los controles y regulaciones procedentes del capital y su normatividad, determinada en última instancia por la forma-valor.

La sociedad toda se erige en un taller ampliado de producción social e intercambio de mercancías. Y dentro de éste una parte cada vez mayor del trabajo se hace precario, difuso y poco remunerado. Por lo tanto, la existencia social de las personas es como parte de una masa proletaria ampliada, más allá de sus señas clásicas, que se ve forzada a sobrevivir en los márgenes de la economía capitalista. De allí su singularidad, su particularidad, su novedad, como participantes de un proceso de producción social que lo reduce crecientemente a la *nuda vida*,²³ condición ésta que potencia su negación mediante una creciente conflictividad social que asume múltiples formas, desde las ocupaciones de plazas y centro laborales y educativos, hasta huelgas y paros e insurgencias civiles.

Insisto en que la vida social y política bajo el neoliberalismo ya no gira en torno a ese artificioso “sujeto de derecho” sino en torno a seres vivos y concretos para los cuales ya no le basta una regulación social desde el Derecho y sus dispositivos debilitados de control, sino que ahora debe abarcar la regulación de la vida toda desde cada una de sus manifestaciones sociales e individuales.²⁴ Junto a ello se potencia una nueva política contestataria desde cada uno de los espacios que padece el asedio neoliberal y su amenaza a la vida toda. En parte ello explica la declinante efectividad del Derecho precedente al interior del actual modo de regulación social y la creciente criminalización de la protesta social. Pero, también la declinante legitimidad, así como creciente indeterminación del Derecho para la inmensa mayoría de la sociedad neoliberal. Ello ha contribuido a potenciar la forma del no-Derecho, es decir, la producción normativa alternativa, desde múltiples focos y espacios, ajenos al Estado.

Ya lo dijo Marx: “La sociedad no consiste en individuos, sino que expresa la suma de relaciones y condiciones en los que esos individuos se encuentran recíprocamente situados”.²⁵ Y una estructura de poder cuyos forcejeos sociales giran en torno a la vida concreta y sus relaciones de poder, no alrededor de la *fictio juris*, necesita de un nuevo modo de producción social de normatividad que atienda efectivamente las necesidades fundamentales de los seres vivos, sobre todo la de la libertad, hoy amenazada bajo el *Estado de la subsunción real*. Bajo éste, hemos sido reducidos a la *vita nuda*,

23 Sobre el concepto de la nuda vida, véase a Giorgio Agamben, *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1998.

24 Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, Vol. 1- “La voluntad de saber”, Siglo XXI Editores, México, D. F., 1996, pp. 175-176.

25 Karl Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858*, Siglo XXI Editores, México D. F., Tomo I, p. 204.

a merced de su poder desnudo, con poca o ninguna mediación de parte del “Estado de Derecho”. Del Estado de Derecho se ha pasado a la razón de Estado, cuya matriz oculta la encontramos en la *norma-capital* (la ley del valor) y cuyas “leyes” pretenden ser inculcadas ya no como prescripciones externas sino invisibles e internalizadas. A partir de los cambios acaecidos en los circuitos del capital, sobre todo la producción social, se pretende rehacer la vida toda a su imagen y semejanza.

El gran reto que confrontamos los anticapitalistas y en especial, los comunistas, es cómo forjar un modo antidisciplinario y no alienante, es decir, no-jurídico, y radicalmente democrático de regulación social que no repita las lamentables experiencias de mando y regulación que se vivieron bajo el socialismo real europeo. Además, si de lo que se trata es de romper efectivamente con el capital, ello incluye su modo de regulación social: el Derecho, cuya existencia está en función de su continua reproducción. Para ello hay que aprender que el poder, como decía Foucault, no constituye una realidad externa a la propia vida, sino que se constituye desde cada ser viviente y desde cada una de sus manifestaciones más locales, incluyendo los procesos sociales de producción, incluyendo los normativos.

Es en ese sentido que necesariamente hay que incorporar la paradigmática contribución de Foucault a nuestra comprensión del Derecho. Para éste, hay que dejar atrás la concepción esencialmente hobbesiana del poder soberano cuasi-absoluto que en términos generales han seguido los liberales y los socialistas marxistas por igual, es decir, un poder centrado en el Estado y un Derecho como producto exclusivo de éste ante la incapacidad natural del ser humano de gobernarse a sí mismo y darse su propia normatividad. El poder jurídico constituye al sujeto como transgresor real o potencial que requiere ser disciplinado y, si necesario, reprimido. En ese proceso construye subjetividades sometidas al orden establecido, bajo la ficción de la existencia de un vínculo contractual. Bajo la ficción jurídica es el consentimiento el origen de la sumisión a la autoridad estatal y no la represión. El Derecho cumple así una función colonizadora o normalizadora del sujeto. De ahí que sus normas y reglas sean mecanismos de poder con efectos de verdad, es decir, efectos justificadores del ejercicio de ese poder. Para Foucault, el Derecho, como instrumento de dominación que incluye no sólo la ley sino que también el entramado de aparatos, instituciones, procedimientos y reglamentos que lo aplican, sólo puede entenderse desde una perspectiva estratégica, como parte de un orden civil de batalla. Así nos advierte Foucault:

La ley no es la pacificación, puesto que debajo de ella la guerra continúa causando estragos en todos los mecanismos

de poder, aún los más regulares. La guerra es el motor de las instituciones y el orden: la paz hace sordamente la guerra hasta en el más mínimo de los engranajes. En otras palabras, hay que descifrar la guerra debajo de la paz: aquella es la cifra misma de ésta. Así pues, estamos en guerra unos contra otros; un frente de batalla atraviesa toda la sociedad, continua y permanentemente, y sitúa a cada uno en un campo o en el otro.²⁶

Ahora bien, la razón neoliberal de Estado ya no encuentra su criterio de legitimidad en el Derecho. Su orden regulativo surge de la economía política. Éste se convierte en su principal fuente de normatividad y el Estado queda subsumido bajo el mercado.

Según Foucault, la economía política se ha erigido así, ya abiertamente, en la nueva razón de Estado. De ahí que deprecia el valor de las ficciones jurídicas ante el valor de los hechos económicos. La economía política neoliberal se ha erigido en el nuevo régimen de producción de verdad, normatividad y poder en las sociedades capitalistas contemporáneas. Cónsono con ello, ha procedido también a la devaluación del Derecho, en general, mediante su privatización de facto. De paso, se ha devaluado el Derecho público, excepto para fortalecer cualquier normativa o procedimiento de control o represión. En todo caso, la economía política neoliberal se ha constituido, para todos los fines prácticos, en el nuevo Derecho público del Estado de la subsunción real.²⁷ El sistema capitalista ha llegado a un grado nunca antes visto de penetración de nuestra existencia, la sobre-explotación actual sólo es posible a través del establecimiento de “una trama de poder microscópico, capilar”.²⁸ En ese sentido, Foucault articula en la alternativa una *economía política de la fuerza* desde la cual abordar la posibilidad de la transformación de lo existente. Ello requiere la constitución de sujetos libres, los únicos que “tienen siempre la posibilidad de cambiar la situación”, ya que “esta posibilidad existe siempre”.²⁹

Sin decirlo, el pensamiento de Foucault tiene mucho de marxista. Así lo expresó él mismo cuando aceptó que en el presente es imposible abordar la crítica histórico-social sin acudir al pensamiento de Marx y situarse dentro de su “horizonte

26 Michel Foucault, *Defender la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2000, p. 56.

27 Michel Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2007, pp. 23-58.

28 Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995, pp. 138-139.

29 Véase al respecto a Maurizio Lazzarato, “Del biopoder a la biopolítica”, *Multitudes*, No. 1, marzo de 2000.

de pensamiento”, aunque haya que seguir construyendo más allá de él para explicarse, en toda su complejidad contemporánea, el fenómeno del poder y cómo se ejerce hoy para garantizar la reproducción de la sociedad capitalista. Su contribución se inscribe como una vertiente de un *marxismo abierto*, el que entiende la lucha contra el capital como el *movimiento real* por la negación y superación de las formas dominantes de dominación y la refundación de la sociedad toda desde la refundación de nosotros mismos. Foucault entiende que estamos ante el reto histórico de producir una contestación cuya verdadera radicalidad estriba en la constitución de otra forma de gobernanza, de producción de normatividad, de otra subjetividad, ya no jurídica sino que basada en la vida real de cada uno y una. Se trata de la constitución de otra política y otra normatividad que parta de una subjetividad autodeterminada, es decir, con un poder propio de producción de saber y de normatividad. De ahí que la forma jurídica, de carácter estadocéntrica y legicéntrica, debe desaparecer para verse progresivamente sustituida por una normatividad autogestada y no disciplinaria. Sólo a partir del ejercicio por el sujeto de un poder normativo autónomo es que puede constituirse realmente en sujeto libre dentro de una comunidad de iguales.

En fin, es desde allí, la instancia material más personal e inmediata, que se traba, implanta y potencia toda relación de poder. Si es desde cada sujeto que se reproduce en última instancia las formas de dominación, desde éste es que hay que producir la ruptura radical. Sólo se logra desde un sujeto potenciado y no ausente o subordinado. Ahora bien, la construcción de ese “afuera” del Derecho, como del Estado, es harto contradictoria, pues no queda otra que forjarla desde la presente situación problemática -¡esquizoide le llaman algunos!- de estar a la vez irremediablemente “adentro”. Sin embargo, estamos “adentro” de una forma-Estado cuya “extinción” es facilitada por la grieta abierta de su creciente autonomización de la sociedad frente a ella y su potenciación como fuente material de normatividad. Claro está, es por ello que la sociedad se torna hoy cada vez más abiertamente en un orden civil de batalla entre burgueses y proletarios, mercados y comunidades/movimientos, poderes constituidos y poderes constituyentes, en la cual se debate los fines éticos y la forma de gobernanza que habrán de animar dicha autonomización hacia el futuro. El reto histórico: ¡Comunización o barbarie!

¿Cómo entender el actual proceso ampliado de prescripción normativa y constitución de positividad bajo el Estado de la subsunción real en que el Derecho es un hecho de fuerza cuya eficacia le asigna efectos normativos o en que el *rule of Law*, en todo caso, está determinado por las relaciones contractuales privadas que interactúan en el mercado, como nueva fuente de normatividad? ¿Qué hacer ante la presencia asimétrica y contradictoria de flujos normativos plurales, relativamen-

te autogestionados y autónomos, que desbordan el marco del Derecho moderno? ¿Cómo caracterizar este muchas veces caótico y desordenado proceso constitutivo de normatividad que se mueve dentro de un marco de excepcionalidad creciente? Sin embargo, estoy convencido que su caracterización y ordenación nos compele a reconocer la imposibilidad de restaurar lo que hasta ahora entendíamos por Estado, gobernabilidad y regulación social, tanto bajo el liberalismo como del socialismo.

En ese sentido al hablar hoy de la forma Estado, hay que partir de su dimensión temporal y espacial. Al igual que el Derecho, el Estado es producto de una relación social específica e históricamente determinada: la subsunción real de la vida toda bajo las relaciones de poder características del capital.

Estamos en medio de un quiebre epocal. Marx y Engels advirtieron magistralmente en *El Manifiesto Comunista* el sentido transformador que trae aparejado el capitalismo: “Todo lo sólido se desvanece en el aire; todo lo sagrado es profanado, y los hombres, al fin, se ven forzados a considerar serenamente sus condiciones de existencia y sus relaciones recíprocas”. El capitalismo ha reconformado el mundo en dirección a una identidad totalizante que se evidencia cada vez más como mentira, desde sus pretensiones de supeditar al estado-nación y sus estructuras gubernamentales al mando global de un capital salvaje y prepotente, operando desde una institucionalidad supranacional (FMI, OMC, BM, BCE, CE, OTAN, entre otros), ajeno a cualquier control democrático por parte de los pueblos y sociedades. Sin embargo, no se puede soslayar que este nuevo siglo ha traído aparejado la potenciación de formaciones socio-históricas abigarradas, en que la pluralidad emerge con fuerza para contestar la falsa identidad del mundo globalizado. De ahí que hablar del “Estado”, en particular en su forma primordial como Estado de la subsunción real, es referirse a un campo minado de contradicciones, sobre todo de luchas.

Claro está, Adorno nos diría que estamos irremediablemente sujetos a esa dialéctica negativa como ontología de la falsa situación histórica en que se nos ha insertado.³⁰ Como tal, estamos forzados a anidar más en la negación crítica que en la afirmación acrítica. Por eso hay que quitarle las vendas a la falsa situación y al concepto tras el cual se pretende ocultar la contradicción. Hay que desmitologizarlas en su engañosa identidad.

6. CONCLUSIÓN

En fin, la teoría marxista o, mejor aún, comunista del Derecho no sólo existe, si no que está en permanente devenir, como lo está su objeto de estudio: el

30 Theodor Adorno, *Dialéctica negativa*, Taurus, Madrid, 1984, pp. 18-19.

Derecho como relación social y de poder. En ese sentido, el reto que se confronta en la presente coyuntura histórica de crisis sistémica e, incluso, civilizatoria del orden capitalista consiste en redescubrir el horizonte teórico que representa el marxismo desde sus orígenes y, a partir de ello, actualizar la crítica jurídica comunista a partir de las pertinentes contribuciones de figuras como Pashukanis y Foucault, entre otros.³¹

A base de lo antes expuesto deseo proponer los siguientes diez elementos básicos para la articulación hoy de una teoría marxista o comunista del Derecho:

- (1) Debe verse como una teoría crítica total, es decir, un crítica que aborda la realidad social no desde la abstracción lógico-formal -como ficción ideológica- sino que desde su comprensión como totalidad compleja, contradictoria e interactuante, a partir de la cual el Derecho se conoce efectivamente mediante su *movimiento real* o desarrollo concreto y efectivo, como sería, por ejemplo, con el nuevo constitucionalismo latinoamericano y sus determinaciones reales, más allá de los textos constitucionales, en la situación real de fuerzas que lo materializa;
- (2) Debe visualizarse como una teoría dinámica a partir de la comprensión dialéctica de esa totalidad social y sus contradicciones permanentes, la cual impone la negación crítica de la falsa situación actual bajo el capitalismo en tanto la afirmación acrítica o ingenua de ésta lo único que logro es entronizar una falsa conciencia de la realidad;

31 Entre éstos deseo destacar la extensa obra de crítica jurídica marxista, conciliada con un kelsenismo crítico, realizada por el argentino-mexicano Oscar Correas. Véase, por ejemplo, la antes citada Introducción a la crítica del Derecho moderno (Esbozo), nota 18, y Kelsen y los marxistas, Ediciones Coyoacán, México, D. F., 1994. Correas sostiene la tesis de que en la América Latina “una parte del pensamiento jurídico marxista se reconcilió con Kelsen de modo tal, que hoy puede decirse que la crítica jurídica marxista tiene dos vías de acceso: el filósofo vienés y Pashukanis. Y debe recordarse que Kelsen ajustó sus cuentas con Pashukanis, con mucho respeto. La reconciliación con Kelsen vino de la mano con la comprensión de que la teoría de éste no impide la reflexión sobre los contenidos del derecho”. Oscar Correas, “Marxismo, Derecho y crítica jurídica”, en Luis Santiago Flores Valtierra y Raymundo Espinoza Hernández (ed.), Para una crítica jurídica marxista, CEIICH-UNAM, México, D. F., 2010, p. 27. Ahora bien, la contribución valiosa del compañero trasciende, sin embargo, sus interesantes y controvertibles esfuerzos por deshacer los entuertos teóricos de la teoría pura de Kelsen. En particular, sus trabajos en relación al pluralismo jurídico y, particularmente, los sistemas normativos de los pueblos indígenas, han sido reconocidas como singulares aportaciones a la crítica jurídica marxista en Nuestra América. Véase, por ejemplo, su trabajo titulado “Teoría del Derecho y mundo indígena”, en Oscar Correas (coord.), Derecho indígena mexicano I, CEIICH-UNAM y Ediciones Coyoacán, México, D. F., 2007, pp. 15-188.

(3) Debe ser una teoría que parte de una ruptura epistémica en relación a las fuentes de producción de conocimiento y normatividad que han prevalecido bajo el Derecho burgués, en particular mediante la potenciación exponencial de actos autoritativos o constitutivos de prescripciones normativas desde una multiplicidad de focos populares. La *revolución* se convierte en fuente material determinante y directa de la normatividad. Bajo esta ruptura epistémica, la libertad es inmanente, es decir, se afirma a partir de una normatividad producto de la autodeterminación y no se ruega desde la sobredeterminación de un Derecho estadocéntrico. No hay que confundir, pues, libertades con derechos.

(4) Se trata de una teoría para la cual el Derecho es una relación social y de fuerza históricamente determinada, en la que los modos de producción social y las relaciones sociales y de poder correspondientes son claves para entender la realidad social. Se traba una relación íntima entre Derecho y la socioeconomía, la cual es determinante, siendo el primero expresión reificada del primero. Una teoría así es, por su propia naturaleza, una crítica anticapitalista y comunista, y en ese sentido se plantea la negación y superación de la forma-valor como principal fuente de normatividad.

(5) Es una teoría que concibe que detrás del Estado de Derecho anida siempre un Estado de hecho. Ello se hace cada vez más evidente ante el actual proceso de subsunción real que viven las sociedades capitalistas, lo que se traduce en el debilitamiento de las mediaciones acostumbradas entre hecho y derecho, mercado y Estado, así como por sus procesos expansivos y totalitarios de ampliación de la dominación del capital como fuente cuasi-absoluta de normatividad. El Estado de hecho es hoy el Estado de la subsunción real.

(6) Hablamos de una teoría que se plantea la descolonización total de la vida como respuesta efectiva al actual proceso de subsunción real de esa misma vida en todos sus ámbitos bajo el dominio actual del capital. Se trata de la destrucción de todas las relaciones de dominio, en todas sus formas y manifestaciones, desde las capitalistas y las colonialistas hasta las patriarcales y las racistas, entre otras.

(7) Se refiere a una teoría para la cual las categorías de clase social, lucha de clases y balance real de fuerzas resultan claves. El conflicto es central a cualquier comprensión de lo jurídico pues sin éste no habría necesidad de Derecho para la regulación de las relaciones sociales y de poder. La relación jurídica es una relación dinámica y compleja entre voluntades, con su fuerza

concomitante producto de su situación de clase y el grado de poder efectivo a su disposición.

(8) Debe constituir una teoría que afirme la importancia del no-Derecho para así sacar de su invisibilización actual a ese otro modo de regulación social donde podemos reconocer otras vía de normatividad, alternativa y autodeterminada, es decir, un modo de socialidad basada en relaciones de reciprocidad solidaria cuyos fundamentos están en el amor comprensivo, la afectividad y la cooperación. Se trata de un pluralismo normativo bajo el cual el no-Derecho se erige en la forma realmente primaria de regulación de una sociedad dada, por ser esencialmente una forma inmanente, no adversativa y moralmente sensible. De ahí que una teoría comunista del Derecho sea, a su vez, una teoría del no-Derecho, en la medida en que se plantea la extinción gradual del Derecho como modo predominante de regulación social y la socialización y democratización progresiva de los procesos de producción normativa y decisión política. De igual modo, el Estado y los procesos de gobernanza necesitan socializarse y democratizarse, más bien transfigurarse, haciéndose más humildes, encarnándose en la *comunidad*.

(9) Una teoría comunista del Derecho debe reconocer, pues, como los modos de regulación social se mueven necesariamente más allá del Derecho y su positividad jurídica, hacia un horizonte más bien normativo al cual nos encaminamos por medio de una ética viva de lo común. Es allí que anida hoy la posibilidad de una estructura alternativa de existencia para la ordenación normativa..

(10) Finalmente, se trata de una teoría crítica que tiene su razón de ser en la práctica revolucionaria anticapitalista, es decir, en la transformación radical de nuestras circunstancias actuales y no en la mera comprensión o reforma de éstas.

Estando el Derecho atravesado por la economía política del capitalismo, sobre todo en esta era de la subsunción real de la vida en todos sus ámbitos a las lógicas dominadoras del capital y su norma-capital, ¿constituye el Derecho una trinchera desde la cual se puedan promover transformaciones radicales? El Derecho no puede dejar de ser Derecho, es decir, un modo de regulación social jerarquizado y coercitivo, no importa su contenido enunciativo, pues está fatalmente marcado por esa relación social y de poder históricamente determinada que es el capital. La violencia es inmanente a las relaciones sociales y de poder bajo el capitalismo. Más allá incluso de la pretendida igualdad de derechos, lo que existe siempre, de manera irremediable,

es el balance real de fuerzas.³² El Derecho es una realidad de fuerza. Nació como fuerza y sobrevive como fuerza. En ese sentido, la violencia siempre está implícita, pues el Estado, al menos en su expresión actual, no constituye un árbitro neutral cuyo objetivo sea la conciliación y paz social sino que pretende ejercer el monopolio sobre la violencia con el propósito de asegurar la sujeción al marco prevaleciente de relaciones sociales y de poder. La violencia resulta fundamental para la forma jurídica y es realmente sorprendente que se piense lo contrario, es decir, la violencia como algo ajeno a la forma jurídica. Sus prohibiciones son restricciones a la *voluntad de vivir*, de la que nos habla Dussel,³³ como tendencia originaria del ser humano. Éstas tienden a la dominación y opresión de unos seres humanos sobre otros, así como a la obstrucción de la potenciación del sujeto libremente determinado.

En todo caso, es la lucha de clases el verdadero contenido oculto tras la forma jurídica, siendo mayormente el Derecho el instrumento que usa el capitalismo para el ejercicio y reproducción permanente de su dominio. No puede servir a dos amos. De ello da testimonio el destino actual del Estado social o de bienestar en la medida en que se propuso, demasiado tímidamente, la socialización progresiva de los intereses y derechos patrimoniales y la materialización creciente de la igualdad jurídica, sin romper con el sistema que procura la reproducción de la propiedad privada a partir de un contexto en que la desigualdad le es consustancial. Para ello privilegió la juridificación de sus conquistas sociales y como castillos en el aire son progresivamente demolidas por la realidad obcecada de ese mismo Derecho que se debe, en última instancia, a un solo amo: el capital. El neoliberalismo ha constituido un contragolpe estratégico para restaurar el poder cuasi-absoluto de la burguesía, para desechar la posibilidad tan siquiera de la conciliación de clases al interior de la sociedad capitalista y restablecer unas condiciones de acumulación similares a las preexistentes al Estado social. De esa manera, ha redefinido el sentido de su poder político y normativo para que garantice la reproducción permanente del capital en esas nuevas circunstancias.

Está claro quién es el amo del Derecho y por qué razón no puede pretenderse contestar y destruir su poder con las mismas herramientas con que éste garantiza su normalidad y reproducción continua. De ahí que el Estado de Derecho no puede constituir un fin en sí mismo y menos un incontrovertible bien, pues oculta las inequidades sustantivas del poder. Y luego del desmantelamiento progresivo de

32 Véase por ejemplo a Enoque Feitosa, “Forma jurídica e método dialético: A crítica marxista ao directo”, en Lorena Freitas y Enoque Feitosa (org.), *Marxismo, Realismo e Direitos Humanos*, Editora Universitaria UFPB, Paraíba, 2012, p. 147.

33 Enrique Dussel, *20 tesis de política*, Siglo XXI, México D. F., 2006, pp. 23-24.

aquella parte de éste que pretendió la conciliación entre las clases sociales, y la vuelta forzosa a la burda exclusión y criminalización de las contestaciones de las clases y grupos subalternos, ¿qué sentido tiene insistir en la vuelta atrás como única opción, cuando lo que estamos es definitivamente ante el reto de traspasarlo y superarlo como modo predominante de regulación social caracterizado por una dialéctica concreta de progresión-regresión? Por ello, no se trata de volver temerariamente a la estrategia reformista de mejorar los contenidos actuales del Derecho sin romper esencialmente con las determinaciones materiales de su forma. De lo que sí se trata es de encarar la producción de una nueva normatividad liberadora fuera de las determinaciones fatales de la forma-jurídica.

En fin, el Derecho, repito, es una relación social entre sujetos abstraídos de su contexto real, forcejeando entre ellos en un espacio social caracterizado por el intercambio de mercancías, la propiedad privada y la distribución desigual de riqueza, todo ello apuntalado por la violencia, tanto la física como la institucionalizada, es decir, la alegadamente consentida. Es por ello que tendríamos que preguntarnos si acaso hablar de un Derecho alternativo no sería algo realmente ingenuo o quimérico, ya que ¿no será la crisis actual, con todas sus violencias y sus atisbos de barbarie, al fin y a la postre, producto del mismo Derecho? Por más que se nos dificulte a los juristas críticos entenderlo y emprender la imperativa revisión histórica de nuestra visión esencialmente juricista, la lucha anticapitalista no puede ser la lucha por el Derecho ni por medio de éste, sobre todo cuando está comprobado que la persistencia del Derecho sólo lleva a la reproducción del capitalismo. Si a lo que aspiramos es a construir una nueva sociedad, un nuevo orden civilizatorio dedicado a la constitución de lo común como horizonte de potenciación material de la libertad y la igualdad, ¿no debemos reencaminarnos hacia la desjuridificación de las formas de regulación social? Para ello, no hay más vuelta que darle: hay que atreverse a asumir el reto teórico y práctico lanzado por Pashukanis.

Este artículo está basado en la ponencia que ofreció el autor, Catedrático de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos (Mayagüez, Puerto Rico) y miembro del Consejo Editorial de la revista Crítica Jurídica, en la Tercera Jornada de la VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, celebrada del 16 al 19 de octubre de 2012, en la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Brasil.

Capítulo 37

RELEYENDO A PASHUKANIS Y SU TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO

Romero Escalante Víctor Fernando¹

1. INTRODUCCIÓN

En la última se ha visto un sorprendente retorno del marxismo como teoría explicativa y revolucionaria de la realidad. En parte porque su estudio se ha revalorizando frente al dogmatismo que prevaleció durante muchos provocado por el “socialismo real” de la URSS. Pero también la nueva crisis en la que ha entrado el capitalismo nos vuelve a demostrar que dicho sistema no tiene solución y que su derecho tampoco.

Por eso la recuperación de un pensamiento crítico revolucionario del derecho es fundamental para comprender la realidad actual y no podemos entender una teoría de estas características, sino estudiamos a los clásicos rusos, y en esté caso específicamente a Pashukanis, un abogado y jurista revolucionario socialista que fue elemental para el derecho soviético en la etapa postrevolucionaria.

Sus tesis que va acorde a la teoría marxista, comienza explicando un método totalmente novedoso para el estudio del derecho, que es la economía política (esbozado en la *Crítica de la Economía Política* y completado en *El Capital*), para luego continuar con una redefinición total del concepto de derecho identificándolo en principio con una relación social y más específicamente con el intercambio de mercancías, en contra de la clásica delimitación de corte normativista.

Para continuar luego, con una caracterización del derecho como “derecho burgués” y negándole cualquier otro adjetivo. Debido a su naturaleza de equivalencia y dominación que en él se contiene, ahora bien se acepta que el derecho puede ser usado en favor del proletariado para su victoria final sobre el capitalismo. Por ejemplo

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho UNAM. Colaborador del grupo de investigación *Derecho y Sociedad* coordinado por el Dr. Oscar Correas, correo electrónico: victor_escalante1089@hotmail.com

facilitando la circulación de mercancías o defendiendo la propiedad socializada contra los intentos privatizadores del capital.

Finalizada la idea de que el derecho al ser producto de una sociedad de intercambio de equivalentes y de contradicciones de clase desaparecerá junto con el Estado en la fase superior del comunismo.

2. DATOS BIOGRÁFICOS DE PASHUKANIS

Recuperar la tradición teórica-revolucionaria-marxistas de los juristas rusos en todos los aspectos y específicamente en el terreno jurídico, su fundamental importancia radica en crear nuevas teorías jurídicas críticas para la nueva época que ofrezcan una alternativa a los oprimidos de todos los países del mundo.

Para empezar hay que ubicar a Pashukanis tal como era, un militante bolchevique revolucionario, esto antes que verlo como el teórico del derecho en el que se convirtió. Si comprendemos este principio entenderemos muchos porqués de su teoría en el sentido de que los bolcheviques necesitaban mantener a flote la revolución en contra la fuerzas de la reacción. Y el derecho no estuvo al margen de esta necesidad.

Evgueni Bronislavovich Pashukanis nació en el Imperio Ruso en la región Staritsa el 10 de febrero de 1891. Proveniente de una familia acomodada que le da la oportunidad de estudiar Derecho en la universidad de San Petersburgo.

Es en este ambiente intelectual tiene por primera vez contacto con las ideas socialista para luego conocer a miembros del partido bolchevique que lo convencen a unirse a ellos en 1912.²

Luego de la revolución de octubre de 1917 Pashukanis pasa a ocupar diversos puestos dentro del nuevo régimen, aunque luego se abocará a trabajos más académicos como Director del Instituto Jurídico de Moscú, vicepresidente de la Academia Comunista y Presidente de su sección jurídica. Para 1924 publica su principal obra "La teoría general del Derecho y el marxismo"³. Es digno de mencionar que éste libro es donde Pashukanis desarrolla de mejor manera la idea sobre la esencia del derecho en general, pero más en particular sobre el Derecho que se estaba desarrollando en la unión soviética en ese momento.

2 PASHUKANIS, E.B., *La teoría general del derecho y el marxismo*, traduc. Carlos Castro, México D.F., EDITORIAL GRIJALBO S.A., 1976, p.III

3 *Ibíd.*, p. III

Es alrededor de estos años y ya publicada su obra, cuando se abre la polémica con su colega y camarada Pëtr Ivanovic Stucka⁴ comisionado del pueblo para la justicia (el máximo cargo jurídico en la URSS en ese momento histórico) la cual versa esencialmente en el carácter clasista del derecho, su definición y su función en la nueva sociedad que pretenden construir los bolcheviques.

En el año de 1930 publica un nuevo trabajo titulado “El Estado soviético y la revolución en el derecho”. Reflexiona críticamente sus ideas sobre el Derecho pero muy especialmente con lo referente a la extinción del Estado, esta afirmación empezaba a ir en contra de la nueva política impulsada por Stalin que afirmaba que era necesario el fortalecimiento del Estado socialista ruso para la victoria sobre el capitalismo⁵.

En 1936 bajo el régimen de terror Stalinista, Pashukanis es tachado como enemigo del pueblo por parte del Procurador Vishinsky de la URSS e incondicional de Stalin y es víctima de la desaparición. En el vigésimo congreso de la URSS se le exonera de todos los cargos pero se sigue afirmando lo erróneo de sus ideas, lo que lleva a un olvido injustificado de sus preceptos hasta ya muy entrado el siglo XX⁶.

Es claro que la URSS se quiso deslindar de parte de su herencia stalinista, pero siguieron conservando la concepción de derecho de Stalin, lo que incito naturalmente que no se estudiara a Pashukanis con la seriedad que se merecía y que fuera en países de América Latina que se retomara su estudio, como por ejemplo con el Dr. Oscar Correas.

3. CONTEXTO HISTÓRICO

Los tres primeros años que siguieron a la revolución fueron de guerra civil franca y encarnizada donde la vida económica se subordinó por completo a las necesidades del frente. En presencia de una extrema escases de los recursos la vida cultural⁷ y jurídica pasaron a un segundo plano, a este periodo se le denominó “comunismo de guerra”.

Toda la reglamentación pasa a cubrir las necesidades de una fortaleza sitiada⁸ lo que en el fondo significa que el derecho ayudaría a regular la mejor forma de distribuidor los recursos de todo un país en guerra total.

4 *Ibíd.*, p.VI

5 *Ibíd.*, p. IV

6 *Ibíd.*, p. IV

7 TROTSKY, León, *La revolución traicionada*, 2º edición, traduc. L. Trotsky, Madrid, editorial Fundación Federico Engels, 2001, p 55

8 *Ídem.*.

La hambruna resultó del efecto combinado de la interrupción de la producción agrícola durante la Primera Guerra Mundial y siguió por las perturbaciones de la Revolución rusa de 1917 y la Guerra Civil rusa. Luego sobrevino una serie de severas sequías intermitentes en Rusia que acontecieron en 1921 agravando la situación a nivel de catástrofe nacional. El escenario fue especialmente grave en la región del Volga (y más grave aún en el Óblast de Samara), así como en el sur de Ucrania y Crimea, algunas fuentes estiman las víctimas en 5.000.000 de muertos.

Con lo anteriormente citado se demuestra que Rusia era un autentico desastre social, por la cantidad de muertos y la demolición de la infraestructura provocaban que en lo último que se pensará fuera en teoría del derecho, mas bien lo que se necesitaba eran leyes y decretos que agilizarán el transito de víveres a las tropas del frente y a la población en general.

En lo referente a lo económico, la producción no cesaba de bajar y esto no se debía solamente a las consecuencias de las hostilidades, sino también a la desaparición del estímulo del interés individual entre los productores. La producción industrial de 1921, año que siguió al fin de la guerra civil, se elevó, en el mejor de los casos, a una quinta parte de lo que había sido antes de la guerra, la producción del acero cayó de 4,2 millones de toneladas a 183.00, o sea, 23 veces menos. La cosecha cayó de 801 millones de quintales a 503 en 1922. El comercio exterior se desmoronó de 2.900 millones de rublos a 30 millones. La ruina de las fuerzas productivas sobrepasaba a todo lo que se conoce en la historia. A partir del año crucial de 1923, las divergencias de opiniones sobre las relaciones entre la industria y la agricultura, divergencias que ya se habían manifestado antes, se agravaron en el partido dirigente.

Para que la industria pudiera desarrollarse en un país que había agotado sus reservas, fue ineludible tomar empréstitos a los campesinos en cuestiones de cereales y materias primas. “Empréstitos forzados” muchos consideraban que sofocaba el estímulo del trabajo y los campesinos no creían en la felicidad futura y respondían a las requisas con la huelga de los sembradores⁹.

En lo relativo a la situación internacional las cosas no iban mejor. Los bolcheviques debían lidiar con el imperialismo alemán, que sintiéndose fuerte amenazaba a la Rusia de los soviets y como único instrumento de contención a dicho imperialismo, se negoció el tratado de “Bres-Litovsk”¹⁰ que establecía primero la salida de Rusia de la guerra, la anexión de territorios para Alemania y pago de indemnizaciones.

⁹ Ibid., p.56-57

¹⁰ LUXEMBURGO, Rosa, Sobre la revolución Rusa, traduc. Manuel Sacristán, México DF, Editorial Grijalbo, 1980, colección Textos Vivos p.25

4. EL MÉTODO DE MARX APLICADO AL DERECHO

En este apartado trataremos la forma en que Pashukanis retoma el método de Marx y específicamente la metodología expuesta en *La contribución a la crítica de la economía política de 1859(CEP)* para aplicarlo al derecho.

Ya antes de Pashukanis, Reisner intento hacer una sistematización del estudio jurídico con principios marxistas en su principal obra *El derecho, nuestro derecho, el derecho extranjero, el derecho en general*¹¹ donde elementalmente reducía al derecho a un mero fenómeno ideológico, santificando el principio de justicia en favor de la sociedad de clases.

El problema de su concepción es una aplicación limitada del método marxista, así como su reduccionismo al considerar al derecho como una “simple idea” o como diría Karl Korsch “Reisner sólo ve la fetichización lingüística del derecho o sea los imperativos jurídicos”¹²

También podemos encontrar la obra de Stucka *La función revolucionaria del derecho y el Estado* que es quizá el primer intento serio por aplicar los principios de la CEP a lo jurídico. En dicho libro Stucka nos dice que los intereses de clase se manifiestan en forma de relaciones económicas y con formas jurídicas concretas mientras que las relaciones jurídicas abstractas son las que ocultan los intereses y dominación de la burguesía sobre el proletariado¹³. Como es posible apreciar Stucka menciona las relaciones económicas, pero no las considera como las condicionantes del fondo del problema sino como producto del principal problema, que para él es el interés de clase.

Bajo la reflexión anterior podemos notar que el propio Stucka tiene limitaciones al aplicar el método del CEP debido a su concepción de las relaciones sociales de producción que son modificables por la simple voluntad política. Esta visión “voluntarista” limita la dialéctica a que lo político sólo afecte a lo económico, pero al momento de ver lo inverso de la relación se le deja en un segundo plano.

Por los breves conceptos ya expuesto de autores que intentaron de forma fallida aplicar la CEP es la enorme importancia de Pashukanis por la forma en que lleva el razonamiento a un siguiente nivel, al identificar al derecho como objeto de ser analizado por el método marxista.

11 Ibid., p. II

12 KORSCH, Karl, Teoría marxista y acción política, traduc. Alfonso García Ruíz, Stella Mastrángelo José, México DF, Edito. Cuadernos del pasado y el presente, 1979, p. 134

13 STUCKA, P.I., La teoría revolucionaria del derecho y del Estado, 2º Edición, traduc. Juan Ramón Capella Barcelona, Ediciones península, 1974,p.9

En el capítulo primero de su libro titulado *Los métodos de construcción de lo concreto en las ciencias abstractas*, Pashukanis hace una reconstrucción (a su entender) de la CEP para el derecho. De donde extrae 3 puntos metodológicos fundamentales que usará a lo largo de su pensamiento.

El primer punto que extrae es el principio de ir lo más complejo a los más simple y viceversa con abstracciones de partes de la realidad para luego llegar a la totalidad concreta¹⁴. Aquí toma lo más general que contienen las partes mejor desarrolladas de ese “todo concreto” y luego se les retoma en su forma de particularidad para observar dialécticamente como se afectaron mutuamente.

El segundo punto es un riguroso análisis materialista histórico de los conceptos jurídicos fundamentales¹⁵. Atienza considera en el mismo sentido esta idea, ya que el profesor ibérico dice que las categorías como sujeto jurídico, ley, contrato, derecho humanos sólo pueden ser entendidas con un seguimiento histórico de dichos conceptos¹⁶.

Digno de cualquier conocimiento que se pretenda relacionar con Marx, Pashukanis observa que la constante tautología que se ejerce en el derecho no es suficiente para explicarlo, ni tampoco es suficiente una simple lista historicista de las leyes que han existido, su número de artículos o si su cuestión procesal ha variado gran cosa. De lo que se trata es observar como los conceptos jurídicos han ido cambiando a lo largo del tiempo, según el medio de producción en el cual les ha tocado estar. De esta forma no es lo mismo pensar en la personalidad jurídica en la época del esclavismo, en la cual, un esclavo no tenía derecho alguno (personal o real) y todas las relaciones de juricidad sólo se podían entablar entre ciudadanos romanos (claro sin mencionar a los extranjeros) con plenos derechos. Con la personalidad jurídica del capitalismo en el siglo XX, en el nivel abstracto a toda persona se le reconocen derechos dentro del sistema, cumpliendo ciertos requisitos como son: mayoría de edad, capacidad, modo honesto de vivir, etc. Y algunos derechos que se otorgan que son: derechos políticos, civiles, sociales, humanos, etc. (puntualizando que se debe tomar en cuenta los ámbitos espacial y temporal de validez)

De esta manera, a cada época o mejor dicho forma de producción específica le corresponde sus propias formas jurídicas particulares esto no significa que se desprecie el concepto jurídico original, sino simplemente que se debe comprender a cabalidad que ese precepto fundamental no posee la misma esencia que cuando fue

14 PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 46

15 *Ibid.*, p. 52

16 ATIENZA, Manuel, *Marxismo y filosofía del derecho*, Distribuciones Ruiz Manero, Fontamara S.A., México DF, 1993, p. 88

creado. Para resumir, es necesario rastrear y entender en que contextos y condiciones económicos, políticos y sociales de existencia se desarrollaron cada uno de los conceptos que llamamos “jurídicos”.

El tercer y último punto metodológico de arranque que se nos enuncia es el siguiente. Donde Pashukanis nos dice que al tener las formas más complejas es posible entender de mejor manera a las más simples, ya que las primeras son las síntesis de las segundas¹⁷. Por ejemplo, cuando se comprende la renta, dice Marx en la CEP, se comprende igualmente el tributo, el diezmo y el impuesto feudal. La forma más desarrollada nos permite comprender las etapas pasadas donde aparece sólo de manera embrionaria esto nos lleva por supuesto al razonamiento de que si la sociedad capitalista moderna es la organización histórica de la producción más avanzada y sus categorías se expresan en relaciones sociales y a su vez estas relaciones heredan de los sistemas anteriores a ellas características que seguirán arrastrando por un muy largo tiempo en la rueda de la historia.

Y citando al propio Marx:

*Debe considerarse el punto inicial y final, para luego considerar la relación recíproca, por lo tanto no se trata de estudiarlo en su orden cronológico sino en su conexión con la forma más desarrollada o sea la sociedad burguesa*¹⁸

Ya con estas resumidas reflexiones podemos entender como Pashukanis piensa y reflexiona el derecho desde una posición marxista. Si bien, nuestro autor ruso será muy criticado posteriormente por su lectura del método de Marx que lo lleva a hacer afirmaciones muy polémicas (como por ejemplo decir que el derecho romano no es autentico derecho) nadie le puede quitar el merito de hacer un estudio detenido de la CEP para tratar de hacer una interpretación científica del derecho.

5. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Cuando se entra a la mayoría de las facultades de derecho, lo primero que se le indica a los alumnos es que se aprendan la clásica definición de derecho que dice que el derecho es un conjunto de normas que imponen deberes, pero además conceden facultades donde una autoridad política las declara obligatorias y tiene la facultad de hacerlas cumplir por la fuerza.¹⁹

17 PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 53

18 MARX, K., *Contribución a la crítica de la economía política, introducción a la crítica de la economía política*, 4ª edición, Editó. Fondo de cultura popular, México DF, 1973, p.12

19 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 5ª edición, EDITORIAL PORRÚA, México DF, 2008, pp. 36-37

De inmediato cualquier persona se percata que la definición es de lo más abstracta, general e incluso vacía ya que ve al derecho simplemente como reglas impuestas por la voluntad de la autoridad (o mejor dicho quién este facultado para emitir las) y que tiene la posibilidad de recurrir a la fuerza para hacerlas cumplir, también se nota nuevamente lo tautológico de la definición, debido a la nula explicación de las causas primeras de porque se llega a dicha afirmación y como se desarrolla dicho concepto.

Pashukanis encontró el mismo problema al ver dicha definición, así que se decidió a estudiar el problema para darle respuesta satisfactoria de acuerdo al materialismo histórico.

Al indagar encontró la definición que más se podía acercar a la realidad, era la de su camarada Stucka en la cual define al derecho como un conjunto de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y se halla tutelada por la fuerza organizada de esta clase²⁰

Pero para Pashukanis esta definición tampoco explica lo suficiente la especificidad del derecho respecto a las demás relaciones sociales que se dan en el capitalismo, por lo tanto a Pashukanis sólo le quedo hacer su propia definición de derecho tomando como base el método de la CEP.

Nuestro autor reconoce que efectivamente el derecho es una relación social, pero lo que lo hace diferentemente y específico es su contexto histórico de intercambio de mercancías. Así se puede concluir que el derecho es la relación de propietarios de mercancías entre sí²¹ La razón de esta idea, es que Pashukanis traslado la idea central de *El Capital* de Marx de la mercancía y su concepto de valor, que mueve todo en el capitalismo, *ergo* también es el motor fundamental de la relación jurídica.

Se parte de que en la sociedad donde lo predominante es el intercambio de mercancías, los propietarios de estas necesitan reconocerse mutuamente como garantes de derechos y obligaciones para poder intercambiar dichos objetos, y a la vez invisibilidad la relación que existen entre sujetos. Lo podemos llevar a palabras del gran pensador italiano Antonio Negri que dice: “Las personas existen la una para la otra sólo como representante de mercancías y por lo tanto, como poseedoras de ellas”²². Por esta razón, es que las personas no se dan cuenta de forma consiente de esa relación que han construido y que le atribuye características mágicas que no les es posible explicar.

20 STUCKA, P.I., *op. cit.*, p. 45

21 PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 68

22 NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, Edito. Akal cuestiones de antagonismos, traduc. Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, 2003, pp. 257-258

Si seguimos la idea de que el derecho es expresión y facilitar el cambio de equivalencias podemos decir que todo derecho privado no es más que la expresión del intercambio de equivalentes y tiene por objeto garantizar tanto la circulación, como su carácter equivalencial. De esta manera la función del derecho civil es garantizar la equivalencia de los intercambios. Por ejemplo el enriquecimiento sin causa no es otra cosa que la “injusticia” que significa obtener una mercancía sin entregar su equivalente. Es decir y en último término la única causa de las obligaciones es la inexistencia de equivalente puesto que los contratos engendran obligaciones precisamente porque son intercambio de equivalente.

La originalidad de Pashukanis no termina sólo en el concepto de mercancía aplicado al derecho, sino que aplica la frase muy importante: “fetichismo de lo jurídico”²³ El derecho separado totalmente de las relaciones económicas, políticas y sociales que le dan origen. Se eleva por encima de la sociedad para efectuar un mandato indicándole que debe hacer, en vez, de que sea al revés y la sociedad le diga que hacer al derecho.

En este mismo sentido volvemos a Manuel Atienza, el cual considera que lo económico no determina a lo jurídico (eso sería caer en un reduccionismo economicista) sino la efectiva existencia de una interacción entre ambos conceptos²⁴ Pero lo que nosotros contestaríamos al pensador ibérico, es que realmente sucede una relación dialéctica que condiciona pero nunca determina.

Debido a la lógica del capital es el intercambio de equivalentes, se necesita de una relación jurídica entre iguales, el problema es que todos como sujetos tenemos diferencias, pero la más grande de ellas es la sociedad dividida en clases. De lo anterior podemos deducir la no existencia de la igualdad real, sino sólo ficticia en el mundo ideal de lo jurídico y hace pensar a nuestro autor que sólo puede existir derecho burgués (tema que tocaremos mas adelante).

Como se ha explicado, se ha equiparado la forma derecho con la forma mercancía lo que da una originalidad sin precedentes al pensamiento de Pashukanis. Que si bien es cierto que al momento de estudiar la teoría del ruso, se encuentran varios defectos (en parte justificados debido al objetivo principal de la teoría no era establecer como idea académica, sino responder a la necesidad concreta que presentaba mantener en pie a la revolución rusa ante un cerco capitalista) tanto metodológicos (ya que se le acusa de exceso de economicismo), como de proyecciones sobre el derecho, también tiene el merito de el primero en la historia de la humanidad que

23 PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 114

24 ATIENZA, Manuel, *Marxismo y filosofía del derecho*, México DF, Distribuciones Ruiz Manero, Fontamara S.A., 1993p. 17

lleva al derecho al terreno del estudio de la totalidad concreta y no como un simple fenómeno normativo y de voluntad.

También podríamos criticar al ruso en el sentido de identificar al derecho sólo con el nivel de la circulación de la mercancía, en vez de meterse de lleno al problema de la producción y la reproducción, pero no profundizaremos en este problema ya que es demasiado extenso para el objetivo de este modesto ensayo.

6. EL DERECHO MEJOR DESARROLLADO ES EL BURGUÉS

Como se ha mencionado ya, Pashukanis parte de varios puntos metodológicos para construir su teoría, siendo uno de ellos el de partir de formas más desarrolladas que contiene señas de las estructuras precedentes a ella y por lo tanto nos permite entender a cabalidad de las formas en su manifestación de unidades aisladas.

Con el razonamiento anterior Pashukanis asegura que todo derecho es burgués hasta su desaparición final, fundamentándolo en el concepto de la forma más desarrollada de la idea de lo jurídico alcanzo su máxima expresión en la sociedad capitalista²⁵. De la afirmación primera podemos reflexionar que todos los sistemas normativos anteriores, no son derecho.

Por supuesto tal declaración provocaría toda una lluvia de críticas contra el jurista soviético, las cuales Pashukanis sólo retomaría en parte, ya que por el resto de su vida seguiría sosteniendo tal postura.

Antes de seguir, es pertinente señalar que si bien el derecho era caracterizado de esta forma (como burgués), también se reconocía su potencial para ser usado como arma o instrumento a favor de la clase trabajadora. En el nuevo Estado soviético se pretenderá usar contra sus enemigos de clase de esta interpretación tenemos lo siguiente: un derecho burgués pero sin burguesía.

Otro argumento que se esgrime para defender la tesis anterior es el siguiente. Cuando se avance de la primera fase del comunismo al comunismo desarrollado, el concepto de “valor” que es central para la economía capitalista, no será sustituido por un nuevo concepto de valor “comunista”, sino por el contrario el concepto mismo y su contenido desaparecerá. Lo mismo pasa con el derecho, no se le sustituirá sino que se le destruirá²⁶, de tal suerte Pashukanis liga el destino del derecho irremediablemente con el capitalismo.

Pashukanis no se lanza a tales tesis sin una base que a su juicio fueran suficientemente solidas y menos en una época que el consideraba como la transición

25 PASHUKANIS, *op. cit.*, XI

26 *Ibid.*, pp. XVI-XVII

del capitalismo al comunismo. Por eso busco en Lenin y en su libro *El Estado y la revolución* de 1917 respuestas al problema del derecho. De este libro se retoman la idea del Estado bajo el poder de los obreros, o traducido en términos marxistas “la dictadura del proletariado” que se ejerce sobre la burguesía que se resiste al cambio²⁷. Por lo tanto, mientras que el proletariado necesite al Estado y su derecho para reprimir a sus enemigos de clase se usará pero cuando ya no haya necesidad del derecho por no existir división de clases, esté desaparecerá.

Pero siendo congruente con su definición de derecho que algunos solamente identifican con la fuerza, también Pashukanis se esfuerza por demostrar que el derecho es clasista, no sólo donde el privilegio para la clase dominante es evidente, sino también en aquellos caso donde ninguna ventaja es sancionada por la desigualdad de condiciones. Se trataría de afirmar que el derecho es el tratamiento igual de situaciones desiguales²⁸ por ejemplo, en algún tramite de orden administrativo alguna persona que no posea más que el conocimiento básico en derecho tiene la necesidad de llevarlo acabo, se vera en la penuria de recurrir a un especialistas en la materia (es decir un abogado) para lograr hacer valer un derecho sustantivo con difíciles y agotadores tramites (pasos a seguir con sin número de autoridades de todas la jerarquias) hasta conseguir que se le cumpla dicho derecho sustantivo. El problema se halla en si estas personas comunes es decir trabajadores que apenas ganan para vivir logrará que se le cumpla dicho derecho, la respuesta es que nunca lograra llevar acabo ese derecho, a comparación de un sujeto de una clase social con una posición privilegiada en la cadena de producción que si podrá ejercitar su derecho. Es evidente que el derecho no reconoció ninguna prerrogativa especial, al menos en lo jurídico, pero en lo económico la diferencia de clase fue aplastante.

El soviético indiscutiblemente recurre a Marx y más específicamente a su celebre texto con referencia a la cuestión jurídica conocida como la *Crítica al programa de Gotha*. Con esto Pashukanis se da cuenta de la relación jurídica surge de la relación económica²⁹ Donde el derecho burgués tiene como principio rector tomar una medida igual para seres humanos que son desiguales, por eso lo que se requiere es un derecho desigual, o sea que tenga como medida el reconocimiento de la diferencia de todas las personas. Este tipo de derecho subsistirá durante la primera fase del comunismo (mejor conocida como socialismo)³⁰.

27 LENIN, V.I., *El Estado y la revolución*, Pekín, EDICIONES DE LENGUA EXTRANJERA, 1974, pp. 105-109

28 ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 129

29 MARX, ENGELS, *Obras escogidas*, Moscú, EDITORIAL PROGRESO, 1955, p. 355

30 *Ibid.*, p.348

La sociedad dividida en clases siempre tendrá diferencias no declaradas, y no reconocidas por la juricidad. (Por ejemplo todas las constituciones modernas prescriben que todos somos iguales ante la ley) La aplicación de normas iguales impone desventajas para la mayoría, debido a las exigencias de la ley que pueden estar muy lejos de las condiciones reales en las que viven y se reproducen. Para ponerlo en un ejemplo, el artículo 31 fracción primera de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos dice:

SON OBLIGACIONES DE LOS MEXICANOS:

I. HACER QUE SUS HIJOS O PUPUILOS CONCURRAN A LAS ESCUELAS PUBLICAS O PRIVADAS, PARA OBTENER LA EDUCACION PREESCOLAR, PRIMARIA, SECUNDARIA, MEDIA SUPERIOR Y RECIBAN LA MILITAR, EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY³¹.

Como se podrá apreciar, la ley hace la suposición de que todos los padres de familia tienen recursos para que sus hijos reciban una educación de calidad. Lo que la ley no es capaz de aclarar, es cómo una persona que tiene tres hijos y gana seis mil pesos al mes, puede ofrecer educación de calidad, cuando apenas gana para subsistir junto con su familia. La cosa cambia, cuando el sujeto gana quinientos mil al mes y no tiene mayor preocupación por la buena educación que recibirán sus hijos.

Al cavilar al derecho como el intercambio de propietarios de mercancías entre sí, y en la sociedad capitalista estamos regidos por el intercambio de equivalentes, en una sociedad que no tiene la necesidad del intercambio de productos, ni de dirimir controversias por el conflicto de intereses privados, debido a su desaparición, tampoco bajo el razonamiento del ruso tendremos necesidad del derecho y lo único que conservaremos son simples reglas técnicas³²

El Estado es fundamental para entender este carácter clasista del derecho, debido a que los rusos lo ven ligado insolublemente al derecho. Pero por razón de la naturaleza del trabajo tampoco nos detendremos a analizar a fondo sus características y lógica interna. Pero si es importante señalar algunos puntos. Primero al ser el Estado producto de las contradicciones de clase, toma la forma de organización social específica que tiene la tarea fundamental mantener estable esa relación de represión de una clase sobre otra. El Estado es consecuencia de las relaciones económicas existentes, nace como respuesta necesaria para la acumulación de capital. Y como tal su organización y funcionamiento interno esta diseñado para establecer una relación

31 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial ISEF, 2011 p. 7

32 PASHUKANIS, *op. cit.*, p.XVI

de dominación, *ergo* es imposible pretender cambiar esa lógica de dominio (claro esta, que el sujeto víctima de la represión y el dominio puede cambiar de posición por eso los marxistas en general reconocen una función revolucionaria del Estado en la etapa llamada socialismo)

De esta manera, terminamos de forma muy sintética el porqué de Pashukanis de considerar sólo al derecho burgués como autentico derecho y su importante caracterización clasista del mismo.

7. EL DERECHO EN LA URSS EN LA ÉPOCA DE PASHUKANIS

En 1924 la guerra civil y la invasión extranjera habían terminado lo que dejó el país en ruinas. En esta situación, el derecho se trató de fundar en principios diferentes, sin embargo la estructura que conservó era muy similar a la familia romanista que predominaba en la mayoría de los países occidentales. O como bien señala el investigador inglés E.L. Johnson, se promulgaron códigos de derecho civil y de enjuiciamiento en 1922 y 1923, que sólo se podían modificar por decreto del comité central del partido comunista ruso, el problema se hallaba en que a veces estas decisiones no eran del agrado de los soviets locales que deseaban profundizar las conquistas del al revolución³³

Nuevamente retomando la perspectiva marxista que nos dice que el viejo régimen zarista aún esta muy enquistado en el pensamiento en general y en particular en el jurídico, como Marx bien decía: la nueva sociedad que nazca de la revolución aun conservara muchas de las características de la vieja. Pero si también lo vemos desde un sentido puramente pragmático, los nuevos organizadores de la justicia podía tener las intenciones más revolucionarias y socialistas, pero si la única forma de organización que conocían era la de tipo judicial, es imposible que inventarán de la nada toda una nueva organización, esta es una de las razones de porque las formas seguían siendo las mismas que en los países occidentales.

Es tanto el parecido que Johnson se atreve afirmar que:

El código de 1922 da pocos motivos de sorpresa ya que no cabe considerarlo original y menos a quién se halle familiarizados con los códigos civiles continentales... se limita el derecho de la propiedad. Pero la organización del código es tradicional: contratos, responsabilidad civil y sucesiones. Esto se debe a que mayor parte del código es el proyecto del código civil sometido a la дума imperial rusa en 1913 pero que no llegó a promulgarse. Y se solía decir que el código

33 JOHNSON, E.L., El sistema jurídico soviético, traduc. J.R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, ediciones península, 1974, p. 55

civil era el “derecho capitalista dentro de un Estado socialista³⁴”

Otro ejemplo que podemos encontrar es que al triunfo de la revolución de octubre, el nuevo régimen autorizó el uso de las normas anteriores a la revolución, mientras que cumplieran con las siguientes condiciones: 1) No hubieran sido nulificadas por la revolución y 2) no fueran contrarios a los principios de ésta³⁵. A manera de ejemplo, varias de las fábricas que no representaban recursos estratégicos para el gobierno, no fueron inmediatamente nacionalizadas, se les permitió a sus dueños que siguieran conservando la propiedad sobre ellas, pero el dueño estaba obligado a seguir los dictados de administración de los representantes de los obreros³⁶.

Algunos podrían extrañarse de lo aparentemente contradictorio de dicha acción de parte del gobierno bolchevique, ya que se declaraban socialistas ¿verdad? La respuesta es que efectivamente, si se declaraban socialistas y esa era su intención, pero también se percataron de que les era imposible tomar bajo su control todas las fábricas de Rusia, así que primero tomaron las que consideraban estratégicas y momentáneamente dejaron en manos de sus patrones a las que consideraban menos indispensables, claro que con supervisión de los obreros.

Como ya se dijo antes, Pashukanis reconoce y acepta este uso del derecho además de que refuerza su propia teoría jurídica, pero probando el uso de códigos burgueses al servicio del gobierno bolchevique.

8. AGOTAMIENTO DEL DERECHO Y EL ESTADO

En esta parte del ensayo se intentará resumir de la mejor manera la tesis sobre la extinción del Estado de parte del más grande jurista soviético de todos los tiempos, Pashukanis. Asimismo arribamos a un tema en que la mayoría de los marxistas coinciden y es en la extinción del Estado y el derecho, pero como si fuera una broma cruel de la historia, es también la parte de la teoría que condenaría al jurista soviético a sufrir el asesinato de parte de las huestes stalinistas, debido a que contradecía la doctrina oficial.

Pashukanis plantea el problema teórico y al mismo tiempo vital del destino del Estado en el periodo de transición, que incluye la desaparición del derecho y por consiguiente del Estado luego del periodo de transición. Pero no sólo se queda ahí, sino que afirma la desaparición de ciertas categorías del derecho burgués, esto por

34 *Ibid.*, p. 56

35 *Ibid.*, p. 52

36 *Ibid.*, p. 45

supuesto no significa en ningún caso su remplazo por nuevas categorías del derecho proletario³⁷

Esta afirmación tan contundente se fundamente en la doctrina original desarrollada por Marx y Engels referente a la desaparición del Estado y el derecho. El ruso retoma la tesis casi literalmente porque comprende que el Estado se levanta a veces sobre las clases para salvar los antagonismos existentes que amenazan con destruir a la sociedad y su orden, de tal suerte, si las contradicciones desaparecen en la fase del comunismo desarrollado y dado que no habrá necesidad de reprimir a nadie, ni de controlar los antagonismos clasistas en colisión, tampoco necesitaremos al Estado y esté ser irá extinguiendo.

Pero en el comunismo la contradicción entre valor *vs* trabajo será superado totalmente³⁸ Esté punto es fundamental recordar la definición de Pashukanis del derecho “La relación de intercambio de mercancías entre sí” notamos que el corazón de la definición se basa en el intercambio de mercancías, o sea, el intercambio de valores (trabajo acumulado) cuya antinomia en forma muy resumida es la centralización de la relación en la mercancía, en lugar (cómo debería ser) de que sea el sujeto el eje principal de la relación. También el derecho perdería todo sentido, debido a que en el capitalismo las necesidades que se cubren son las del capital al valorizar al mismo valor (como luego a desarrollar Bolívar Echeverría) en lugar de cubrir las necesidades de los seres humanos en su conjunto. De todo lo anterior podemos concluir que la relación que da vida al derecho dejará de existir.

A la pregunta de ¿cómo nos regularemos sin derecho? Pashukanis responde (retomando nuevamente a Lenin) con la idea de “reglas técnicas” lo que quiere decir que los intereses opuestos desaparecerán, todos tendremos objetivos comunes, lo que nos lleva a que sólo necesitamos procedimientos para cumplir eficientemente nuestras metas³⁹.

Pero ¿y si alguien viola alguna regla de convivencia básica? La repuesta es muy sencilla, los obreros armados y en consejo permanente juzgaran y reprimirán a ese individuo que haya cometido conducta impropia a la nueva sociedad.⁴⁰

Todo el escrito anterior, intento resumir de forma concisa el pensamiento de Evgueni Bronislavovich Pashukanis, es obvio que si se desea profundizar en su pensamiento hay que recurrir a la fuente directa, sin olvidar que existen una cantidad considerable sobre su Obra. El objetivo fue (y espero sinceramente que se cumpla)

37 PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 40

38 NEGRI, *op. cit.*, p.280

39 LENIN, El estado y..., p. 116

40 *Ibíd.*, p. 126

difundir sus ideas entre todo público, para que se habrá un debate de sus aseveraciones mas controversiales enriqueciendo el debate colectivo sobre propuestas emancipatorias revolucionarias para nuestro tiempo.

9. CONCLUSIONES

Después de todo lo anteriormente expuesto, ¿a que conclusiones (no acabadas) podríamos llegar para motivar el debate de las ideas y no un injusto carpetazo de las mismas?

Primero, aunque suene trillado, sería la recuperación de la metodología de la CEP para el análisis concreto de la realidad ya que es una herramienta que nos permite el estudio de la realidad desde todos sus ángulos posibles. Porque nos abre la puerta a la crítica (entendiendo la crítica como el reconocimiento de los límites de la realidad y superándola hasta el final) y ofrecer soluciones concretas a problemas que aquejan a millones de seres humanos producidas por el capitalismo. Y que no basta con el *criticonismo* que les fascina a varias corrientes que sólo ven los “defectos del sistema” y que no ofrecen soluciones reales a la problemática.

La solución que propondría Marx (y por supuesto Pashukanis) es la “superación del estrecho horizonte del derecho burgués” o dicho de otra forma, la extinción total de la forma de producción capitalista.

Pashukanis demostró que el derecho es un fenómeno con raíces económicas que esta constantemente condicionado a las necesidades de la circulación de mercancías. Sin embargo, debemos ser cuidadosos de no caer en un exceso de economicismo, ya que nos hundiríamos en un dogmatismo que nos llevaría a conclusiones deterministas equivocadas sobre el derecho, en lugar de entender la totalidad de la que forma parte.

Bajo esta lógica es que podemos comprender porque se escribió lo que se escribió, en el sentido de que la guerra, hambruna, cerco capitalista y los viejos vicios de la sociedad pasada llevan a los diseñadores (probablemente de forma inconsciente) del nuevo sistema soviético a tomar como modelo los sistemas de los países capitalistas, pero enunciando principios rectores diferentes a los de la mayoría de los países occidentales.

Si bien el ruso reconoce el carácter clasista del derecho, ve en el un arma excelente para la clase trabajadora contra sus enemigos y recomienda su uso para reprimir a la antigua clase explotadora hasta su completa extinción.

Por otra parte, Pashukanis razona que sólo puede existir derecho con Estado y a la desaparición de éste último el derecho correrá con la misma suerte que es

la extinción ya que las contradicciones de clase y contradicción de valor-trabajo a las que va dirigido el derecho desaparecerán y por consiguiente los conceptos jurídicos perderán razón de ser, y serán sustituidas por simples reglas técnicas.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Marxismo y filosofía del derecho*, México DF, Distribuciones Ruiz Manero, Fontamara S.A., 1993.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo., *Introducción al estudio del derecho*, 5º edición, México DF, EDITORIAL PORRÚA, 2008.
- JOHNSON, E.L., *El sistema jurídico soviético*, traduc. J.R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, ediciones península, 1974.
- KORSCH, Karl, *Teoría marxista y acción política*, traduc. Alfonso García Ruíz, José Stella Mastrángelo, México DF, Edito. Cuadernos del pasado y el presente, 1979.
- LUXEMBURGO, Rosa, *Sobre la revolución Rusa*, traduc. Manuel Sacristán, México DF, Editorial Grijalbo, , colección Textos Vivos, 1980.
- LENIN, VI., *El Estado y la revolución*, Pekín, EDICIONES DE LENGUA EXTRANJERA, 1974.
- MARX, ENGELS, *Obras escogidas*, Moscú, EDITORIAL PROGRESO, 1955.
- MARX, K., *Contribución a la crítica de la economía política, introducción a la crítica de la economía política*, 4º edición, México DF, Edito. Fondo de cultura popular, 1973.
- NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, traduc. Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Edito. Akal cuestiones de antagonismos, 2003.
- PASHUKANIS, E.B., *La teoría general del derecho y el marxismo*, traduc. Carlos Castro, México D.F., EDITORIAL GRIJALBO S.A., 1976.
- STUCKA, PI., *La teoría revolucionaria del derecho y del Estado*, 2º Edición, traduc. Juan Ramón Capella Barcelona, Ediciones península, 1974.
- TROTSKY, León, *La revolución traicionada*, 2º edición, traduc. L. Trotsky, Madrid, editorial Fundación Federico Engels, 2001.

Capítulo 38

REFLEXIONES SOBRE LA DIALÉCTICA DOMINACIÓN/EMANCI- PACIÓN EN EL DERECHO DESDE EL PENSAMIENTO MARXISTA

Mylai Burgos Matamoros¹

1. INTRODUCCIÓN

Hablar sobre algún tema en el pensamiento marxista trae casi siempre consigo un ánimo de reivindicación de este cuerpo de ideas tan aportadoras al debate teórico moderno. Como parte del espíritu de dichas doctrinas muchas veces se emprende un camino crítico hacia lo que se ha planteado en el marxismo y sus interpretaciones intentando debatir no desde el intelecto racional, sino hacia la praxis transformadora de nuestro quehacer social.

Este trabajo pretende realizar algunas reflexiones generales sobre la concepción del derecho en el pensamiento marxista clásico y el neomarxista gramsciano. Qué es el fenómeno jurídico y cuáles son sus dimensiones en los dos clásicos –Marx y Engels- y en el italiano Antonio Gramsci son las bases para realizar un ejercicio crítico, dialéctico y hermenéutico que rescata desde los propios autores consideraciones sobre el derecho, en un diálogo con el presente, sobre todo, con nuestro presente norteamericano.

Considero relevante el tema porque el tópico *derecho* es un tema marginal entre los estudiosos marxistas o interesados en dicha doctrina, más centrados en aspectos filosóficos, económicos y políticos. Esta omisión ha traído consecuencias como la poca presencia de la esencia del pensamiento marxista en el ámbito teórico jurídico, lo cual nos priva de análisis materialistas, históricos y dialécticos del derecho como fenómeno social, más aún, con el papel fundamental que tiene en las

1 Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM y C. Dra. en Estudios Latinoamericanos UNAM en el área de Filosofía e Historia de las ideas en América Latina. Miembro del Colectivo de Estudios Jurídicos Críticos, RADAR. Este trabajo es también fruto de los debates en el proyecto de investigación “Espacio, Dialéctica y Cuerpo. Hacia una simbólica desde nuestra América” (DGAPA-PAPIIT IN400511) Responsable: Dr. Horacio Cerutti Guldberg en el que participo mediante mis estudios doctorales.

sociedades actuales. Además, tampoco abundan las investigaciones desde categorías marxistas -mercancía, fetichismo, alienación, contradicción de la lucha de clases, propiedad, etc.- hacia el desenvolvimiento de lo jurídico. Creo que una de las causas de esta falta de interés de los marxistas está fundada en que los clásicos del marxismo y el exponente del neomarxismo en la primera mitad del siglo XX, Antonio Gramsci, no centraron sus escritos en analizar el fenómeno jurídico. Pero por otra parte, en América Latina, han predominado las perspectivas liberales en el ámbito de la teoría y la filosofía del derecho. Esto ha provocado que los estudios iusmarxistas quedaran en un segundo plano, relegados y hasta invalidados en un sentido epistémico y metodológico pues no abarcaban ni el ámbito formativo ni investigativo de los juristas.

Ahora, esto no quiere decir que no ha habido autores que hicieron del marxismo su fuente teórica fundamental para el estudio del derecho, lo mismo epistémica, metodológicamente que con el uso de sus categorías internas, e incluso algunos que no siendo marxistas estudiaran también las concepciones de los clásicos y del filósofo italiano sobre lo jurídico. En aras de este artículo habría que destacar que nos interesan los estudios que hubieran tenido el objetivo de historizar ideas, en este caso, dialogar con las concepciones de Marx, Engels y Gramsci sobre el derecho y sus diferentes dimensiones. Revisados los trabajos interpretativos de referencia² hemos

2 A saber, los estudios más completos encontrados y más conocidos sobre el pensamiento marxiano y gramsciano referentes al derecho son; del italiano Umberto Cerroni; del argentino mexicano Oscar Correas; la Colección de Crítica Jurídica que refiere algunos artículos al respecto, pero sobre todo, los trabajos sobre el léxico jurídico de Marx -liberal y fehuerbachiano- y otros en relación al autor y la filosofía del derecho de Ricardo Guastini; el texto sobre las concepciones políticas del derecho en relación con el Estado, la democracia, la organización estatal y los derechos en los Marx y Engels de José Enrique Molina Vega, oriundo de Venezuela -de lo más exegético encontrado dentro de estos estudios-; sobre la concepción de estado de Marx en textos de Juan Ramón Capella y Nicos Poulantzas, algunos autores brasileños como Edmundo Lima de Arruda Jr. y Luciano Oliveira sobre el derecho y los derechos humanos respectivamente, al igual que Enoque Feistosa sobre Derecho y humanismo en las obras de Marx de 1839-1845 y, el análisis de la justicia en Marx de Jesús Antonio de la Torre Rangel, todos anteriores a 1990. Ya en las últimas décadas, encontramos el análisis de Manuel Atienza sobre las concepciones de los derechos humanos en Marx de 1993, el de Julio Fernández Bulté sobre los planteamientos jurídicos de la obra marxiana en su texto de Filosofía del Derecho de finales de los 90. Por último, el capítulo en *Apuntes de Filosofía del Derecho*, de Arturo Berumen sobre el derecho y el capital analizando cuestiones laborales, civiles, constitucionales, administrativas y penales en referencia a la teoría de la economía política y el capítulo sobre la filosofía del derecho en Marx de Antonio Carlos Wolkmer en su texto *Historia de las ideas jurídicas*. Nos hemos referido hasta aquí de una mayoría de pensadores críticos, con marcadas excepciones, claro, si nos ponemos a revisar cada Manual de Filosofía del Derecho escrito, con suerte, podríamos obtener algunas referencias, acertadas o no sobre Marx, Engels y el

encontrado una interpretación bastante común³ sobre la concepción del derecho que es objeto de debate de este escrito. Nos referimos al concepto de que el derecho es un *instrumento de dominación de la clase en el poder*, donde en su relación con la política y el estado se expresa como parte del mismo y por ende, su carácter es eminentemente dominador y por tanto hegemónico⁴. Este argumento validado por escritos tan famosos como el Manifiesto Comunista —entre otros que comentaremos más adelante— no es un concepto para nada desacertado, pero creo que está coartado desde el punto de vista material histórico-dialéctico y refleja la cara de una sola moneda en la realidad social.

Al dialogar sobre el funcionamiento social desde el materialismo histórico-dialéctico una de las cosas que percibimos son las constantes relaciones de contradicción que se dan en el funcionamiento social, y por ende, como las manifestaciones de dominación llevan consigo a su vez, procesos de emancipación o liberación⁵. Esto se expresa en cada contexto espacio temporal con diferencias y peculiaridades, con multiplicidad de expresiones, pero pensar al fenómeno jurídico en su única relación dominadora es coartar su propia capacidad contradictoria en el funcionar social donde se generan también relaciones de transformación, que implican ciertas liberaciones de la opresión. Además, es también negar las realidades de nuestros pueblos, es no hacer la historia completa de los procesos sociales —al menos la moderna— donde el derecho ha tenido y tiene un papel relevante en los cambios sociales.

Es así, que el otro objetivo de este artículo es incluir dentro de estas reflexiones generales cierta desmitificación sobre esta *única* interpretación teórica jurídica que ha predominado en la doctrina jurídica marxista, donde el derecho sólo

derecho, menos de Gramsci. Sumado a esto, existe un cúmulo de artículos dispersos sobre temas específicos y que realmente son poco conocidos, lo cual hace difícil darles continuidad investigativa. Por último, no dejar de mencionar los estudios de Hans Kelsen y Norberto Bobbio sobre el pensamiento de Marx, ligados en específico al derecho, el estado, socialismo y la dialéctica.

3 Hemos de señalar que esta percepción es generalizada más no totalizada en los autores referidos en la cita 2. Por ejemplo, el caso de Julio Fernández Bulté que comenta la importancia del derecho a nivel educativo para la transformación de las sociedades y sus destinos emancipatorios, análisis que realiza desde el propio Gramsci y que abordaremos más adelante.

4 La diferenciación de estos dos conceptos, dominación y hegemonía, la trataremos más adelante en el acápite de estudio sobre Gramsci.

5 Aunque sabemos de la diferencia de estos dos conceptos, emancipación y liberación, sobre todo en sus devenires históricos; uno, más ligado al derecho romano y también a las filosofías europeas siendo parte del marxismo; el otro, latinoamericano, emergido por las filosofías de Nuestra América, los igualamos por un sentido de interés global conceptual en el artículo, donde no es de interés abundar sobre el tema, sino sobre las concepciones del derecho.

se desenvuelve en el ámbito de la dominación. Rescatando entonces con un sentido histórico-dialéctico, desde el propio pensamiento marxista clásico y gramsciano, que también existen ciertos caminos emancipadores y liberadores en el uso y por tanto, en las conceptualizaciones de lo jurídico.

2. DE LOS CLÁSICOS DEL MARXISMO Y EL DERECHO

Carlos Marx y Federico Engels no fueron unos estudiosos profundos del problema jurídico, como ya mencionamos. Esta afirmación la asumen muchos como verdadera. Yo diría lo contrario, que los iniciadores de la teoría marxista analizaban todo el tiempo el fenómeno jurídico. No porque Marx hubiera estudiado derecho en la Universidad de Bonn y de Berlín y Engels viera un referente en su compañero intelectual, sino porque las claves de su pensamiento, -la comprensión de la sociedades históricamente en contradicción por las luchas de clases y de sus procesos materiales relacionales- abarcan todos los fenómenos sociales, incluido el jurídico. Pensarlo de otra manera es sesgar la epistemología y metodología materialista, histórica y dialéctica en la cual se enfundan.

Sin embargo, Marx, más bien se apasionó por la filosofía, la economía, la historia y la política. Esta última, la estudió pero también la ejerció como activo militante, no sólo de una organización⁶, sino desde la acción teórica-práctica contra la explotación y la miseria de la humanidad por el capital. Bien expresó en su juventud, en el ensayo, *Reflexiones de un joven al elegir su profesión*, que el derecho no regiría su vida; “pero no siempre podemos abrazar la profesión para la que nos sentimos llamados, hasta cierto punto nuestras relaciones con la sociedad ya han comenzado antes de que estemos en condiciones de determinarlas”⁷. Lo que reinó en el intelectual del socialismo científico fue la solidaridad y el humanismo, por tanto el derecho podría tener un lugar en su pensamiento, pero no un espacio cimero. Al culminar el ensayo mencionado deja plasmado con claridad sus objetivos, con tan sólo 17 años:

Pero el principio que debe orientarnos en la elección de una profesión es el bienestar de la sociedad, nuestra

6 Marx militó o participó en la Liga Comunista (1847-1852), en la Sociedad Democrática para la Unión de todos los países, 1847, en la Primera Internacional Comunista, organización obrera mundial, desde su fundación en 1864. Fernández Estrada, Julio Antonio, *Carlos Marx. Vidas rebeldes*, Ocean Sur, México, 2010 y la biografía clásica sobre Marx de Franz Mehring, *Carlos Marx*, Ciencias Sociales, La Habana, 2002.

7 Marx, Karl, *Escritos de juventud sobre el derecho. Textos 1837-1847*, Edición de Rubén Jaramillo, Anthropos, 2008, p. 5

propia realización. Sería equivocado creer que estos dos intereses se contraponen hostilmente, que el uno debe anular al otro; la naturaleza del hombre está de tal modo conformada que sólo puede alcanzar su perfección cuando actúa para la perfección, para el bienestar de sus congéneres. Si actúa sólo para sí mismo, puede quizás llegar a ser un erudito famoso, un gran sabio, un excelso poeta, pero nunca un hombre completo, verdaderamente grande. La historia sólo nombra como grandes hombres a quienes, al trabajar para el bien común, se han ennoblecido a sí mismos, la experiencia reconoce como los más felices a aquellos que han hecho felices a la mayor parte de los hombres⁸.

A pesar del descentramiento jurídico del joven Marx, siempre tuvo intereses al respecto. Cuando cursaba estudios de Bachiller realizó un trabajo sobre el principado de Augusto, analizando las causas de la crisis de la República, sus luchas internas y los logros políticos jurídicos de tan fecunda época. Ya en la Universidad tradujo el Libro I y II del *Digesto de Justiniano*⁹. ¿Deslumbrado por el mundo románico?, no se puede afirmar, pero evidentemente sabía dónde encontrar el buen derecho y sus historias para pensarlo, sobre todo lo referente a la *res pública*, elementos antiguos muy ocultados por el derecho público moderno¹⁰. También en su juventud realizó escritos sobre los derechos, ocupando un lugar importante sus reflexiones sobre la libertad de prensa y la censura en medio de críticas al estado prusiano y sus actitudes autoritarias.

8 *Ibidem*, p. 6-7.

9 Fernández Estrada, *ob. Cit.*, p. 4.

10 Para un estudio del modelo iuspublicístico romano y sus sentidos democráticos, coartados por la modernidad liberal capitalista se puede revisar a; Doménech, Antoni, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Crítica, Barcelona, 2004, ver capítulos 1 y 2; Fernández Bulté, Julio, “Democracia y república. Vacuidades y falsificaciones”, en *Revista Temas*, No. 36, enero-marzo de 2004, La Habana, Cuba, <http://www.temas.cult.cu/revistas/36/36094.pdf>, consultado abril 2013; Fernández Estrada, Julio Antonio, *El Tribunalado; sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico*, Tesis doctoral discutida y aprobada en 2005, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba, s/p; González Quevedo, Joanna, “El Republicanismo democrático romano. Su impronta para el diseño estructural del modelo clásico de participación política del ciudadano en Roma”, en *Revista Redhes*, Año IV, No. 7, enero-junio 2012, Facultad de Derecho, UASLP, México; <http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%207/Redhes7-03.pdf>, consultado abril 2013.

Hacer una revisión exhaustiva de todo lo que Marx y Engels pensaron y dijeron sobre el derecho en el decursar de su pensamiento, no solamente por la amplitud, sino sobre todo, por sus lógicos devenires de profundización epistémica, llevaría un estudio de mayor profundidad que este artículo. Igual, tendría que tomarse un pulso fino al análisis, porque recopilar exegética o cronológicamente todo lo que comentaron al respecto, no es tan relevante como un análisis del derecho desde el propio aparato teórico epistémico marxiano. Como argumenta Cerroni en uno de sus escritos que no se trataba “de amontonar con filológica exactitud todos los textos en el que Marx –y en ocasiones Engels-, nos habla del derecho para construir pieza por pieza, un mosaico cuyo dibujo estaba ya perfectamente contenido en la mente de Marx, sino de comprobar si, y en qué modo, es posible, a partir de la metodología elaborada por Marx, establecer una línea de investigación y reconstrucción histórico-teórica en torno al derecho que sea en cierto modo comparable, por su valor crítico, a la seguida por Marx en la economía política de *El Capital*”¹¹.

La obra sobre la doctrina jurídica marxiana y engelsiana específicamente es poca como ya mencionamos, pero también dispersa. Me refiero a estudios sobre su pensamiento relacionado a lo jurídico –que es nuestro objeto de estudio- no la aplicación de su doctrina en función del derecho, de lo cual podemos encontrar un poco más en el paso del siglo XX.

Aunque suscribimos lo antes dicho, después de hacer estudios de la obra marxiana, de pensarla y dialogarla, me parece oportuno -sin caer en literalismos- comentar lo que considero fenoménicamente relevante como concepciones del derecho en los clásicos, las cuales están indisolublemente ligadas al Estado, la política, la ideología y al decursar histórico, por su propia lógica dialéctica-histórica y material.

En mi criterio hay dos perspectivas sobre el fenómeno jurídico en la obra de los clásicos del marxismo. Partiendo de sus propias lógicas, se percibe el problema jurídico como un fenómeno sociopolítico, ideológico y normativo que puede manifestarse complejamente en una sociedad como instrumento de dominación pero también de emancipación. Evidentemente el derecho desde su construcción, su contenido hasta su práctica lleva consigo elementos que nos pueden llevar entre unos fines u otros al ser parte del conjunto de mediaciones que funcionan en la sociedad dialécticamente. Incluso, procesos jurídicos liberadores y dominadores no se manifiestan de manera excluyente, pueden expresarse a la vez, es entonces que podemos afirmar que el derecho en la medida que domina, emancipa, sin causa efecto, sino como interrelación contradictoria del funcionar dialéctico social.

11 Cerroni, Umberto, *La libertad de los modernos*, Barcelona, Martínez Roca, 1972, p. 127-128.

Evidentemente esto tiene muchísimas dimensiones, intentaremos comentarlas de manera muy general ubicando las vertientes en las propias formaciones socioeconómicas que los autores trabajaron en mayor o menor medida, la capitalista, la socialista y el comunismo como sociedad futura a construir.

El derecho como un instrumento de dominación implica para el capitalismo, un derecho sujeto a las relaciones sociales-económicas de explotación, las relaciones jurídicas responden condicionadamente a estas relaciones que generan dominación, es decir, donde media el capital como relación social de explotación. En este sentido, las libertades económicas -como la autonomía de la voluntad- y los derechos patrimoniales emergidas de ellas, reguladas constitucionalmente como derechos fundamentales, son un reflejo-espejo discursivo normativo de este proceso relacional hegemónico. Estos derechos, por su propia naturaleza jurídica no son universales, aunque le haya dado la doctrina liberal este rango jurídico, porque son excluyentes en la práctica. Se decretan potencialmente para todos, pero en la realidad social, son exclusivamente para algunos¹². Esta realidad económica jurídica bajo los signos del capitalismo es un *continuum*, es decir la universalidad económica es una falacia y un imposible, porque la naturaleza del capital como sustrato esencial sistémico, no es distributiva, sino acumulativa *in crescendo*, de prorrato privilegiado. Es decir, no hay otra cosa que la acumulación de pocos *vs* la sobrevivencia de muchos y la insatisfacción de las necesidades básicas de estos muchos, que traducido al derecho significa, el incumplimiento de la mayoría de los derechos. En este sentido, lo jurídico como espejo y formalización de la dominación económica, no se expresaría solamente en el ámbito constitucional de los derechos, sino también en los diferentes campos que regula donde interactúa lo socioeconómico; el derecho administrativo, laboral, comercial-mercantil y civil, por mencionar sólo los fundamentales para esta explicación.

Este motor de relaciones socioeconómicas reflejadas en el derecho se encuentra en una relación de unidad y contradicción con los campos políticos y culturales de una sociedad dada. En el campo político, podríamos destacar entre sus principales actores, al Estado, -mediación política fundamental de la modernidad- pero también, los denominados factores reales de poder, que no son otros que las clases sociales

12 Sobre la conflictividad de los derechos del *hombre*, libertad, igualdad y seguridad, reconocidos sólo para garantizar la libertad económica y el derecho de propiedad, lo cual constituye a su vez la limitación de la verdadera libertad, es analizado en el texto marxiano “Sobre la cuestión judía”, Bruno Bauer, *La cuestión judía*. Braunschweig, 1843. <http://www.marxismoeducar.cl/sobre%20la%20cuestion%20judia%20me.htm>. También sobre el carácter excluyente de la propiedad privada ver “El Manifiesto Comunista” en, Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas*, 3 Tomos, Tomo I, Edic. Quinto Sol, México, s/f, p. 123 y 124.

rectoras de las relaciones sociales de explotación antes enunciadas. ¿Qué papel juega el derecho en estas relaciones con los actores políticos? Desde la perspectiva del derecho como instrumento de dominación, este regula el interés de las clases dominantes, y el estado responde a estos intereses. Es un hecho que los factores reales de poder, pueden ser parte del estado o no, es decir, pueden ser parte de la voluntad estatal o usarla como mediación en aras de sus objetivos¹³.

Desde el punto de vista cultural-ideológico, el derecho es el reducto -en la expresión normativa y en su aplicación- de los valores que fundamentan todas estas relaciones, el individualismo abstracto, la fragmentación de los seres humanos, la acumulación de la riqueza de algunos en detrimento de otros y la emancipación fundada en la ganancia material, para lo cual se usan bienes como la libertad abstracta, fundada en la propiedad excluyente, donde la minoría tendría el real acceso y sólo se queda en la potencia abstracta de la autonomía de la voluntad. Además, desde el punto de vista organizativo político estatal, se recogen los principios de la representación limitada al voto electoral -cuestión que no fue universal hasta bien entrado el siglo XX en muchos países del mundo-, la soberanía popular reflejada desde esta representatividad sin control popular, la división de poderes como una forma de control del poder desde las élites siempre frenando el acceso popular, entre otras muchas instituciones que puedan dirigirse hacia estos fines en un orden jurídico.

Los tres campos analizados tienen un nivel de interrelación tal, que su mención subsecuente es por fines didácticos explicativos, pero no se puede obviar que la economía, la política y la ideología como cultura funcionan como una madeja inseparable en el devenir social.

Pasando al análisis en un sistema de transición socialista, se supone que las relaciones socioeconómicas varían, estas se van transformando en aras de que el trabajo adquiera su valor real, además que la producción y distribución de la riqueza se intenta otorgar de manera equitativa, bajo el principio de *“a cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo”*. El trabajo continúa siendo una mercancía que se cambia por salario, la diferencia está en que se modifica el intercambio capitalista explotador trabajo-salario-plusvalor por un *“intercambio de mercancías equivalentes”*, relación trabajo-salario. El derecho, tendría el mismo papel de reflejar y formalizar estas relaciones que a su vez, estarían en concordancia con los intereses de la clase

13 Sobre el derecho como instrumento de la clase dominante se puede ver el análisis que realiza Marx del proceso de la Constituyente, la Constitución y el derecho en su texto “Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850”, Marx, Carlos y Engels, Federico, *ob. Cit.*, Tomo II, p. 229 y ss. Igual, pero enfatizado en el derecho como instrumento de la clase dominante burguesa en “El Manifiesto Comunista” en, Marx, Carlos, *ob. Cit.*, Tomo I, p. 124.

dominante en el poder político, en este caso, la proletaria¹⁴. Serían todavía relaciones jurídicas de dominación pero acotadas hacia los nuevos procesos socioeconómicos¹⁵. Un ejemplo de esto, es el derecho de propiedad privada excluyente y las libertades económicas, que serían direccionadas del proceso de acumulación individualista hacia la socialización de los medios de producción¹⁶, que implica, hacerlo *común*, socializar la producción, distribución y apropiación de las riquezas. En este sentido, se prevé la propiedad personal como el derecho de los seres humanos a los bienes para el desarrollo de su vida, pero que no implique “el poder de sojuzgar por medio de esta apropiación el trabajo ajeno”¹⁷. Por último, destacar que Marx y Engels en muchas ocasiones destacan al derecho en el socialismo como el lugar donde se reflejarían los medios para una forma de gobierno democrática, por supuesto dirigido por la dictadura del proletariado, pero como dominio de una clase social sobre otra, no por prácticas dictatoriales. En este sentido, comentaron sobre la elección por sufragio universal de los cargos públicos, la posibilidad de la revocación de mandato de todos los cargos electos en todo momento, atravesado por la concepción del poder como mandato imperativo y no representativo y, el pago de salarios equitativos respecto a sus labores¹⁸. No sólo los clásicos del marxismo, también Lenin tiene escritos inte-

14 Este es el término que usaron principalmente Marx y Engels para la denominación de la clase que haría la revolución, llegaría al poder y defendería los intereses de los desposeídos, que no es otra que la clase obrera. Pero, nos queda claro que las clases despojadas de riqueza y explotadas no es única y exclusivamente la proletaria, sino también los campesinos, estudiantes, incluso una clase media burócrata y trabajadora, semiproletaria. El primero que enfatizó y amplió los sujetos que deberían unirse al proletariado en el proceso de construcción revolucionaria sería Lenin en su texto “El estado y la revolución” en *Obras Escogidas en tres tomos*, Vol. 2, Edit. Progreso, Moscú, p. 293 y ss. En la realidad latinoamericana, un sujeto relevante que nos interesara develar para estas concepciones serían los grupos indígenas, que nunca aparecieron en el léxico marxista clásico producto de sus vivencias y desconocimiento de otros contextos históricos como el de Nuestra América.

15 Marx, Carlos y Engels, Federico, “Crítica del Programa de Gotha”, en *ob. Cit.*, Tomo III, p. 14 y 15. Aquí expone Marx con claridad lo que él cree del papel del derecho socialista, todavía burgués, por ser el reflejo de relaciones mercantiles de producción que todavía existen en esta etapa del proceso social. De hecho este texto es una de las bases de la discusión acerca del condicionamiento económico del derecho de los juristas soviéticos Stucka y Pashukanis en la década del veinte del siglo entrante. También en “El Manifiesto...”, *ob. Cit.*, Tomo I, p. 128, se plantea el uso del derecho por la dictadura del proletariado para dominar políticamente y transformar el modo de producción.

16 Marx, Carlos y Engels, Federico, “Crítica...”, *ob. Cit.*, Tomo III, p. 13.

17 Marx, Carlos y Engels, Federico, “El Manifiesto...”, *ob. Cit.*, Tomo I, p. 124.

18 Sobre los elementos de la democracia representativa liberal y las acciones de un nuevo estado en la “Introducción” escrita por Federico Engels de “La Guerra Civil en Francia”, p. 179-181 y

resantes entre lo que representa y es la democracia representativa liberal, burguesa, frente a lo que podría ser la democracia socialista donde el ejercicio del gobierno por la dictadura del proletariado debería ser completamente democrática y con el goce pleno de derechos¹⁹.

La última vertiente del derecho como instrumento de dominación se puede rescatar de la concepción de la sociedad comunista de los clásicos, la cual fue poco profundizada por ser -y seguir siendo- completamente especulativa. Este tipo de sociedad sería la forma de convivencia que sustituiría definitivamente al capitalismo, posterior a la transición socialista. Esto sucedería cuando fueran eliminadas las relaciones y formas de dominación que traen consigo los antagonismos de clases y con ellas, las mediaciones que imponen control y orden como el estado y el derecho. Lo explica mejor Marx en la “Crítica del Programa de Gotha” en 1875:

En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora, de los individuos a la división del trabajo, y con ella, la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, solo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera. ¡De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades!²⁰.

En este pasaje, se refiere al derecho socialista como el orden jurídico que todavía tiene características burguesas, según Marx, y que debe extinguirse junto al estado, una vez que han cambiado las condiciones antagónicas de dominación en una sociedad sin clases²¹.

el Capítulo III del propio texto escrito por Carlos Marx, p. 213-227, en Marx, Carlos y Engels, Federico, *ob. Cit.*, Tomo II.

19 Lenin en su texto “Tesis e Informe sobre la democracia burguesa y la dictadura del proletariado, presentados en 4 de marzo” en *Ob. cit.*, Vol. 3, p. 151 y ss, realiza un análisis de la democracia representativa liberal y lo que sería la forma del ejercicio del gobierno en la dictadura del proletariado donde destaca realización democrática y goce pleno de derechos.

20 Marx, Carlos y Engels, Federico, “Crítica...”, *ob. Cit.*, Tomo III, p. 15.

21 Al respecto en el Capítulo 1 del conocido texto de Lenin, “El estado y la revolución”, el intelectual revolucionario hace un análisis exhaustivo de como prevén esto los clásicos y como lo percibe él, en el mismo sentido, y con cierta aplicación a su perspectiva desde la Rusia soviética. Lenin, Vladimir I. “El estado y la revolución” en, *ob. Cit.*

Estas aristas antes mencionadas, son apreciadas por la mayoría de los filósofos del derecho marxistas-leninistas como la *verdad* sobre el derecho en su relación con la sociedad y sus respectivos modos de producción. Esa verdad se expresa en el capitalismo y en los socialismos que han existido o existen, plantean los teóricos. Aunque no negamos la funcionabilidad dominante de lo jurídico, afirmar que tampoco podríamos negar el carácter emancipador/liberador que se puede encontrar en estos mecanismos normativos. Esto querría decir que mediante el derecho se podrían realizar disímiles acciones contra las propias relaciones hegemónicas/dominadoras, incluso no sólo desde el punto de vista de la aplicación normativa, sino que en su contenido encontremos axiologías, ideologías, la cual nos sirva de guía para aspirar y construir una sociedad diferente a la del capital. Claro, pensar que se puede derribar/transformar un sistema político mediante el derecho podría ser menos probable, pero la historia hoy nos está diciendo lo contrario. En América Latina actualmente se han gestado cambios políticos más o menos profundos en algunos países que incluso se declaran por el camino del socialismo del siglo XXI²². La llegada al poder político y el decursar de las transformaciones ha tenido un gran peso jurídico, porque fue mediante elecciones y posteriores procesos constituyentes que se han realizado los mismos. No está de más decir, que ni los cambios sólo son jurídicos, ni podríamos afirmar que son sociedades socialistas, aunque esto es algo que no está definido en ningún lugar, no más en la historia futura. Además, lo principal ha sido –como siempre- la lucha de los pueblos contra las dominaciones y hegemonías que los oprimen, las cuales han derivado en estos procesos institucionales. La materialidad histórica de estos pueblos hoy -su realidad contradictoria social- nos puede decir que el derecho ha sido una mediación transformadora en sentido liberador. También la historia dirá que trascendencia contrahegemónica tendrán estos procesos, aún no se puede saber.

Esta materialidad histórica antes enunciada tiene fundamentos en los clásicos del marxismo-leninismo. Pero no vendría sola, sino junto al devenir dialéctico de las sociedades. En este sentido, el derecho, para cualquier sociedad, puede ser una

22 En este caso están los países de Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2007). Aunque cada cual con sus peculiaridades y contradicciones propias de un proceso social en transformación, incluso, con las miradas particulares del sujeto indígena obviado por el marxismo en sus discursos, podríamos decir, que son sociedades en procesos de cambios liberadores de ciertas dominaciones, donde el detonante mediador ha sido jurídico político y no mediante un proceso revolucionario armado, como el de Cuba, por ejemplo. La declaración del socialismo del siglo XXI es una conformación política jurídica y económica que se está ejecutando en los hechos y mediante el discurso en Venezuela. En Ecuador se le denomina Revolución Ciudadana y en Bolivia bajo los signos del Estado Plurinacional se han enfocado hacia lo que algunos han denominado socialismo comunitario.

mediación transformadora/liberadora como cara de la misma moneda de sus propias características hegemónicas/dominadoras. Es decir, en el derecho como mediación institucional se da el proceso de unidad y lucha de contrarios, negarlo, sería antidia-léctico. Pero esto no es propio del derecho en sí, sino de todo el funcionamiento social, del cual es parte; siempre que hay articulaciones dominadoras se generan en las propias relaciones sociales, dispositivos emancipatorios, como lógicas propias de la interrelación societal. Un orden jurídico, en cualquier espacio que funcione -país o comunidad- tiene dentro de su propio accionar social la característica intrínseca de la contradicción, puede servir para dominar como para lograr espacios de transformación emancipadora. Bajo estas deducciones, entonces, no podríamos negar su carácter dominador/emancipador en cualquier sociedad dada.

En los clásicos del marxismo-leninismo, incluso, aunque no encontremos una afirmación tácita al respecto si existen cuantiosos análisis de como el derecho podría tener un papel transformador como mecanismo liberador de poderes dominantes en algunos momentos históricos. El análisis se dio donde era necesario el cambio jurídico, como factor determinante para el cambio social y económico en el que se estaba inmerso. Y ahora si menciono *determinante* porque la causa concedía el efecto. Las referencias encontradas están relacionadas a varias temáticas; respecto a cambios jurídicos que querría y necesitaba hacer la burguesía ante estructuras todavía feudales en Alemania²³; las modificaciones legales logradas por las luchas obreras ante la burguesía como la jornada laboral de diez horas en Inglaterra²⁴, sobre el uso por un nuevo estado de mecanismos jurídicos y sus instituciones para las transformaciones necesarias al analizar la Comuna de París en Francia²⁵ y por último, las declaraciones de Federico Engels en aquella famosa carta a José Bloch de 1890 donde declara que el derecho es parte de todo un entramado complejo de relaciones sociales dentro de los elementos superestructurales políticos, culturales e ideológicos, pero no separado

23 Engels, Frederick, *The Constitutional Question in Germany*, march-april, 1847, <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1847/04/01.htm>.

24 Marx, Carlos, “Manifiesto Inaugural de la Asociación Internacional de los Trabajadores”, fundada el 28 de septiembre de 1864 en una Asamblea Pública celebrada en Saint Martin’s Hall de Long Acre, Londres, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/1864fait.htm> y Marx, Carlos, *El Capital*, Tomo I, Editorial Librerías Allende, México, 1977. Engels, Federico, “Reseña del primer tomo de El Capital de Carlos Marx para el Demokratisches Wochenblatt”, Marzo 1868, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/resena.htm> y Engels, Frederick, *The Condition of the Working Class in England*, September 1844 to March 1845, <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1845/condition-working-class/>.

25 Marx, Carlos, “La guerra civil en Francia” de 1871 y también la Introducción de Engels de este mismo texto en 1891. Ver cita 26.

de la base económica estructural, y con incidencia en las luchas y en el nuevo estado que pueda surgir producto de ellas:

....Según la concepción materialista de la historia, el factor que en última instancia condiciona la historia es la producción y la reproducción de la vida real. Ni Marx ni yo hemos afirmado nunca más que esto. Si alguien lo tergiversa diciendo que el factor económico es el único determinante, convertirá aquella tesis en una frase vacua, abstracta, absurda. La situación económica es la base, pero los diversos factores de la superestructura que sobre ella se levanta -las formas políticas de la lucha de clases y sus resultados, las Constituciones que, después de ganada una batalla, redacta la clase triunfante, etc., las formas jurídicas, e incluso los reflejos de todas estas luchas reales en el cerebro de los participantes, las teorías políticas, jurídicas, filosóficas, las ideas religiosas y el desarrollo ulterior de éstas hasta convertirlas en un sistema de dogmas- ejercen también su influencia sobre el curso de las luchas históricas y condicionan, predominantemente en muchos casos, su forma. Es un juego mutuo de acciones y reacciones entre todos estos factores, en el que, a través de toda la muchedumbre infinita de casualidades (es decir, de cosas y acaecimientos cuya trabazón interna es tan remota o tan difícil de probar, que podemos considerarla como inexistente, no hacer caso de ella), acaba siempre imponiéndose como necesidad el movimiento económico. De otro modo, aplicar la teoría a una época histórica cualquiera sería más fácil que resolver una simple ecuación de primer grado.

Somos nosotros mismos quienes hacemos nuestra historia, pero la hacemos, en primer lugar con arreglo a premisas y condiciones muy concretas. Entre ellas, son las económicas las que deciden en última instancia. Pero también desempeñan su papel, aunque no sea decisivo, las condiciones políticas, y hasta la tradición, que merodea como un duende en las cabezas de los hombres.²⁶

Este acápite podría continuar, pero es mejor dejarlo para un estudio de historia de las ideas de estos intelectuales militantes, porque sus supuestos nunca fueron dogmas, sino ideas en movimiento, que emergían de la realidad social, de su actividad política, de la necesidad espiritual y material que tuvieron en cada momento, como praxis transformadora. Un estudio de los clásicos del marxismo que nos descubra

26 Engels, Federico, "Carta a José Bloch. En Königsberg, Londres, 21- [22] de setiembre de 1890", en *ob. Cit.* Tomo III, p. 469.

los motivos, las necesidades, la historia relacionada con el contenido narrativo de lo jurídico es tarea pendiente y no puede ser abarcado en un artículo. Esta referencia sistemática muy general en relación al fenómeno jurídico de los clásicos del marxismo con mención mínima al leninismo, tiene una expresión en las concepciones que han tenido los juristas marxistas para realizar sus escritos, análisis y teorías. Pero sus afirmaciones han sido mucho más enfáticas en el carácter dominador del derecho ante la sociedad del capital. Esto es innegable pero enfatizamos su percepción coartada del verdadero funcionamiento político jurídico que se ha dado en la historia moderna sobre todo, dónde la mediación jurídica ha jugado un papel relevante en la transformación de las condiciones de opresión.

Un último elemento a destacar es que los clásicos del marxismo no se quedan en estos tres autores, Marx, Engels y lo poco que referimos de Lenin. Poco sabemos de Rosa Luxemburgo, Trosky, el propio Stalin o el italiano Togliatti, en cuanto a cómo concebían al derecho y su desenvolvimiento en las sociedades en luchas contra el capital y en la nueva sociedad socialista que se desarrollaba en la URSS. Nos guste más o menos un pensamiento, no quiere decir que no fuera significativo para su época y sobre todo que incidiera en la realidad sociojurídica de la misma y por ende, en la doctrina jurídica marxista, que es nuestro interés. Todos, y quizás muchos más, ameritan estudios de historia de las ideas jurídicas para seguir rastreando la radicalidad, no como violencia, como muchos predicán, sino como raíz, ser radical es ir a la raíz, como dijera el propio Marx en sus críticas a Hegel.

3. NEOMARXISMO GRAMSCIANO Y LO JURÍDICO

Antonio Gramsci tampoco se dedicó al pensamiento iusfilosófico. Pero al parecer, el sardo que había sido fundador del Partido Comunista Italiano en 1921, es una de las influencias del marxismo jurídico latinoamericano, sobre todo en Cuba, después de la caída del campo socialista. Eric Hobsbawm confirma tal comentario al plantear que el intelectual italiano ha sido objeto de una creciente atención en la segunda mitad del siglo XX, “ante todo como pensador comunista que ofrecía una estrategia marxista apropiada para países en los cuales la Revolución de Octubre podía servir de inspiración, pero no representar un modelo”²⁷. Para los cubanos el sistema soviético fue modelo en muchos sentidos, más en lo jurídico político, pero al llegar la década de los noventa se cayeron los referentes, y la necesidad hizo abreviar de otras fuentes.

27 Acanda, Jorge Luis, y Ramos, Gerardo, (comp.), *Gramsci y la filosofía de la praxis*, Ciencias Sociales, La Habana, 1997, p. VII (Prólogo de Luigi Pestalozza).

Gramsci es ante todo un marxista, pero no seguidor dogmático de principios inamovibles, sino un revitalizador de lo que constituye la esencia del marxismo: develar los mecanismos de dominación y construir nuevas nociones de emancipación para los pueblos. En ese sentido, como buen materialista histórico y dialéctico, leyó desde la realidad –en hechos pero también en las subjetividades– los retos de las cambiantes sociedades del inicio del siglo XX. El nacimiento y triunfo del fascismo, los descalabros y fragmentaciones del movimiento obrero, la fetichización del poder soviético después de la muerte de Lenin, hacen un conjunto circunstancial trágico pero enriquecedor para que el comunista italiano construyera nuevas perspectivas del marxismo. Afirmaría que el pensamiento gramsciano es mucho más que nuevas aristas marxistas, sino el complemento necesario político que Marx y Engels no les dio tiempo construir, no sólo por temporalidad absoluta, sino por contextualidad histórica. En este sentido, se le ha llamado neomarxismo, por lo nuevo que aporta a estas ricas teorías.

El intelectual italiano centró sus diálogos y debates sobre la denominada *superestructura política jurídica*, se podría alegar que hace una teoría política marxista, la cual no estaba profundizada desde los clásicos del siglo XIX. Sus preocupaciones se mueven entre la política y la cultura, y pasa así, por el derecho. No es sólo doctrina lo que elabora, todo el tiempo sus derroteros son el desarrollo de estrategias revolucionarias para la emancipación, donde la acción humana consciente tiene un peso más que significativo. Desde la cárcel polemiza contra los economicismos objetivistas y sus evolucionismos interminables como marcos interpretativos del marxismo²⁸ y contra el fragmentado “materialismo dialéctico” DIAMAT, recién expuesto por los soviéticos. Sus objetivos seguían siendo los mismos que originó la crítica marxista al capital, desde el materialismo histórico dialéctico, pero pretendía construir un nuevo camino de transformación revolucionaria donde la esfera ideológica-cultural fuera actor fundamental, aunque no única. En este sentido, reivindica la autonomía del ámbito de las ideas rechazando la visión que esta fuera apariencia o *reflejo* de la base económica. Un ejemplo son sus impugnaciones sobre el objetivismo las cuales se reflejan en este pasaje de los Cuadernos de la Cárcel:

28 Un ejemplo claro en sus Cuadernos de la Cárcel son sus críticas a Bujarin por su primer intento de manualización del marxismo soviético condicionados por objetividades y economicismos irreales para construir filosofía y conocimiento, que se reflejan en el llamado *Ensayo Popular de Sociología*, como le denominó el intelectual italiano al texto *Teoría del materialismo histórico* del autor de la era soviética. Ver en “<17> La llamada realidad del mundo externo” y “<21> La ciencia y los instrumentos científicos”, Cuaderno 11 (XVIII) 1932-1933 <Introducción al estudio de la filosofía>, en Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la Cárcel*, Edición crítica del Instituto Gramsci. A cargo de Valentino Gerratana, Tomo IV, Ediciones Era, México, 1999, p. 273 y 280 respectivamente.

La realidad “objetiva”: ¿Qué significa “objetivo”? ¿No significará “humanamente objetivo” y no será por eso mismo, también, *humanamente* “subjetivo”? Lo *objetivo* sería entonces lo *universal subjetivo*, o sea: el sujeto conoce objetivamente en cuanto que el conocimiento es real para todo el género humano *históricamente* unificado en un sistema cultural unitario. La lucha por la objetividad sería, pues, la lucha por la unificación cultural del género humano; el proceso de esta unificación sería el proceso de objetivación del sujeto, que se vuelve cada vez más un universal concreto, históricamente concreto. (...)

El concepto de *objetivo* de la filosofía materialista vulgar parece querer entender una objetividad superior al hombre, que podría ser conocida incluso fuera del hombre: se trata pues de una forma banal de misticismo y de metafisiquería. Cuando se dice que una cierta *cosa* existiría aunque no existiese el hombre, o se hace una metáfora o se cae, precisamente, en el misticismo. Nosotros conocemos los fenómenos en relación con el hombre y puesto que el hombre es un devenir, también el conocimiento es un devenir, por lo tanto también la objetividad es un devenir, etcétera²⁹.

Sus valoraciones le dan un gran peso a la subjetividad, la pone en el centro del proceso histórico, pero no como un ente racional abstracto, sino como el ser que siente, padece, se apasiona y tiene voluntad para cambiar y hacer cosas por la vida, negando así la separación entre lo objetivo y lo subjetivo, la cual tiene para él fines didácticos.

Analiza así las sociedades capitalistas más o menos desarrolladas europeas de esa época, con énfasis en la italiana, y va profundizando categorías como la sociedad política, sociedad civil y el estado, esta última, como la suma de todas ellas. Redimensiona así la categoría estado, y dice que su noción tergiversada radica en pensar lo estatal sólo como el *gobierno de los funcionarios*, a lo que le llamó *estadolatría*, que no es otra cosa que la “actitud de cada distinto grupo social con respecto a su propio estado” y nos aclara:

El análisis no sería exacto si no se tomasen en cuenta las dos formas en que el Estado se presenta en el lenguaje y la cultura en

29 Gramsci, Antonio, “<177> La realidad ‘objetiva’” en Cuaderno 8, (XXVIII) 1931-1932 <Miscelánea y Apuntes de filosofía III>, *ob. Cit.*, Tomo III, Ediciones Era, México, 1984, p. 307.

épocas determinadas, o sea como sociedad civil y como sociedad política, como “autogobierno” y como “gobierno de funcionarios”.³⁰

Estamos siempre en el terreno de la identificación de Estado y Gobierno, identificación que, precisamente, es una representación de la forma corporativa-económica, o sea de la confusión entre sociedad civil y sociedad política, porque hay que observar que en la noción general de Estado entran elementos que deben reconducirse a la noción de sociedad civil (en el sentido, podría decirse, de que Estado = sociedad política + sociedad civil, o sea hegemonía acorazada de coerción).³¹

Aquí nos delimita con claridad donde se mueven sus conceptos básicos, siendo el estado la suma de la sociedad civil y la sociedad política³², denominándolo *estado ampliado*, concepto mucho más abarcador que el estado jurídico-político conocido moderno. En la sociedad civil es donde se dan las relaciones socioeconómicas, pero también todo el proceso identitario cultural, por lo que es donde se construye el consenso. Mientras, la sociedad política es el ámbito de lo político jurídico, donde hay dominación mediante los aparatos represivos. Pero ellas, para Gramsci, son dos grandes planos superestructurales que se interrelacionan de manera dialéctica/histórica sintetizando mediante el consenso y la dominación, la hegemonía en la sociedad.

Como ya comentamos, en la sociedad civil no se limita a las relaciones materiales estructurales sino que en ella están las más intrincadas y complejas relaciones espirituales, los valores, las identidades, las tradiciones, etc. Su importancia y su peso en el devenir social implica que las relaciones de dominación, no se dan única y exclusivamente mediante la sociedad política con sus aparatos coercitivos y coactivos, sino también por vías consensuales que se reproducen en la sociedad civil, y ambas en interrelación dialéctica, generan la hegemonía del sistema. Para demostrar tales afirmaciones podemos abundar comentando que la sociedad civil debe y quiere absorber, según nuestro autor, el estado jurídico-político, pues es ella la depositaria

30 Gramsci, Antonio, “<130>. Nociones enciclopédicas y temas de cultura. Estadolatría”, en Cuaderno 8, (XXVIII) 1931-1932 <Miscelánea y Apuntes de filosofía III>, *Ob. Cit.*, Tomo III, p. 282.

31 *Ibidem*, “<88>. Estado gendarme-vigilante nocturno, etcétera”, en Cuaderno 6 (VIII) 1930-1932, *Ob. Cit.*, Tomo III, p. 76.

32 No obstante, hay momentos en que el autor iguala sociedad política y estado, como mecanismos políticos jurídicos. Pero estas ambigüedades son propias de un pensamiento escrito capsularmente, desde la cárcel, y no sólo por lo que implica en condiciones físicas y psicológicas, sino por la violencia estructural a la que estaba sometido por las autoridades fascistas como militante comunista.

de la expresión dominante de las clases sociales. Pero a la vez, organismos que no son “estado” -jurídicamente hablando- pueden serlo por la función que cumplen, por su asociación a la reproducción de la sociedad civil en su conjunto, por ejemplo los medios de difusión masiva. Es así como la sociedad civil y política se pasean por el “estado jurídico político” formando el *estado ampliado*, mediante mecanismos consensuales y dominadores, consolidando hegemonía, como ya mencionamos.

¿Y qué papel juega el derecho en todo este lúcido entramado? Lo primero, es que este seguiría siendo ese *instrumento de dominación* como ya hemos hablado, por tener mecanismos coercitivos y coactivos como respuesta para la potencialidad permanente de ilegalidad pero también para los actos que se puedan ejecutar como tales. Y evidentemente el derecho es reflejo de todos los aspectos socioeconómicos como planteaba los clásicos, explicado en el acápite anterior. Sin embargo, a su vez, tendría una función política educativa, más allá de lo represivo, pues el derecho es reservorio de axiologías sociales que se pueden encontrar en su cuerpo normativo, pero también en sus procederes de creación y aplicación. Evidentemente, siguiendo a Gramsci, en una sociedad civil dada se articularan consensos mediante sus ideologías, tradiciones y culturas históricas y estas irán también de la mano –para no olvidar a Marx-, de las aspiraciones y formas de vida que tenga esa sociedad materialmente. En este sentido, el derecho puede ser un mecanismo educativo político porque reproducirá valores de la sociedad dada, sea capitalista o socialista en un momento histórico determinado. Donde hay consenso, hay aceptación predominante, por tanto el derecho será respetado y a su vez, efectivo, en una colectividad social dada, que a la vez producirá o no hegemonía mediante su interrelación con la sociedad política, como ya explicamos. Como diría el propio Gramsci:

El Estado y la concepción del derecho. La revolución aportada por la clase burguesa a la concepción del derecho y por lo tanto a la función del Estado, consiste especialmente en la voluntad de conformismo (de ahí la eticidad del derecho y del Estado). Las clases dominantes precedentes eran esencialmente conservadoras en el sentido de que no tendían a elaborar un paso orgánico de las otras clases a la suya, esto es, a ampliar su esfera de clase “técnicamente” e ideológicamente: la concepción de casta cerrada. La clase burguesa se postula a sí misma como un organismo en continuo movimiento, capaz de absorber a toda la sociedad, asimilándola a su nivel cultural y económico: toda la función del Estado es transformada: el Estado se vuelve “educador”, etcétera. Cómo se produce una detención y se vuelve a la concepción del Estado como pura fuerza, etcétera. La clase burguesa está “saturada”: no sólo no se difunde, sino que

se disgrega; no sólo no asimila nuevos elementos, sino que desasimila una parte de sí misma (o al menos las desasimilaciones son enormemente más numerosas que las asimilaciones). Una clase que se postule a sí misma como capaz de asimilar a toda la sociedad, y sea al mismo tiempo capaz de llevar a cabo este proceso, lleva a la perfección esta concepción del Estado y del derecho, hasta el punto de concebir el fin del Estado y del derecho, inútiles a fui de cuentas por haber agotado su misión y haber sido absorbidos por la sociedad civil.³³

Ahora, conocido el factor educativo que tiene el estado y el derecho, las diferencias en cada tipo de sociedad se mostrarán en dos elementos interrelacionados; en la forma de construir los consensos y en los contenidos de esas axiologías sociales mencionadas, que son a la vez, los objetivos de las sociedades en mención, sus aspiraciones, sus ambiciones, sus sueños o sus utopías. El derecho, como fenómeno normativo, contiene estos objetivos, los lleva consigo y los va articulando mediante su devenir práctico. He aquí su carácter transformador, claro, la liberación y la dominación estarán regidas por los valores consensuados en cada sociedad. Para resumir, vemos que el neomarxismo gramsciano nos devela la ambivalente naturaleza política del derecho por su carácter coercitivo y coactivo pero también educativo, por lo que tiene una posible función transformadora en la sociedad.

Siguiendo los ejemplos expuestos en el acápite anterior de algunos procesos políticos en América Latina en el siglo XXI podemos comentar que un análisis de los cuerpos normativos pero sin dejar de rastrear todo el proceso histórico constituyente que vivieron los tres países, Venezuela, Ecuador y Bolivia, nos hace meditar sobre lo anteriormente planteado. Desde los propios procesos de reformas constitucionales que se realizaron con caracteres participativos, incluyentes, plurales, donde participaron los actores siempre excluidos de la vida política como los indígenas. Hasta todo lo recogido en sus contenidos normativos que reflejan las realidades pluriculturales nacionales de estos países, mecanismos de poder político participativo y realmente democráticos y toda la doctrina más avanzada de los derechos humanos y sus garantías, hoy dotada de gran consenso internacional. Estas constituciones con sus textos poéticos, se encuentran llenas de valores a los cuáles esas sociedades quieren aspirar, como el estado plurinacional y el pluralismo jurídico—categorías que de por sí rompen toda la concepción moderna del estado y el derecho-, los derechos de la madre natu-

33 Gramsci, Antonio, “<2> El Estado y la concepción del derecho” en Cuaderno 7 (VII) 1930-1931 <Apuntes de filosofía II y Miscelánea>, *ob. Cit.*, Tomo III, Ediciones Era, México, 1984, p. 214.

raleza como nuevo sujeto de derecho para defender no sólo la vida de los seres humanos, sino de todos los seres vivos y la naturaleza de la cual somos parte y las múltiples formas del ejercicio de una política participativa, democrática, controlada desde el poder popular, rompiendo los esquemas de la división y tripartición de poderes fetichizada, donde el momento constituyente se insta y es parte fundamental del proceso constitucional que se ha vuelto constante, donde el poder de lo común es proyectado en aras de la construcción de la política como la vida misma. Estos valores, contenidos en las constituciones hoy bregan entre la lucha político jurídica y las realidades socioeconómicas, no se pueden decir que son realidad, sino que como todo proceso en flujo, movimiento contradictorio social, se intentan llevar en la construcción de las nuevas sociedades, donde a la vez se dan retrocesos propios y fetichizaciones. Es así como el derecho –como fenómeno político, social y normativo- se constituye un reservorio educativo para caminar hacia la transformación de una sociedad diferente, al menos a la que prima del capital.

Por último, sólo mencionar que respecto a estudios sobre las historias de las ideas jurídicas en Gramsci hay muy pocos, más bien, los juristas han utilizado su pensamiento en los últimos tiempos para ir articulando nociones jurídicas neomarxistas³⁴, aunque tampoco son muchos. Desde la cultura y la política, por suerte para el marxismo, es uno de los caminos más frecuentados por la doctrina crítica.

4. CONCLUSIONES

Hasta aquí hemos referido un análisis condensado de Marx, Engels, Gramsci, con mención básica de Lenin, sobre cómo concibieron el derecho, pero sobre todo, realizando un ejercicio crítico, dialéctico, hermenéutico que nos permita rescatar desde los propios marxistas elementos para enriquecer nuestras nociones de derecho en el mundo actual.

Realmente, cualquiera se preguntaría que funcionalidad podría tener este análisis si partimos de la materialidad histórica de nuestras sociedades. Primero, no olvidar que estos autores escribieron desde sus propios contextos históricos, y el marxismo ante su elaboración teórica práctica, no se convierte en una sociología

34 Entre alguna historia de las ideas y pensar el neomarxismo gramsciano para el derecho tenemos a; Umberto Cerroni con su *Léxico gramsciano* de 1981, Oscar Correas en su análisis de Kelsen y los marxistas, Nicolás López Calera desde el pensamiento crítico con su artículo “Gramsci y el derecho” en, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 32, 1979, Julio Fernández Bulté desde la Filosofía del Derecho en Cuba pero de los años 90 y Arturo Berumen Campos en sus *Apuntes de Filosofía del Derecho*, con sus referencias a pensar el sistema jurídico bajo las categorías de bloque histórico y demás enunciadas previamente.

empirista simplemente sino es una construcción de mayor complejidad donde los elementos históricos tanto factuales como doctrinales aportan tanto, como los procesos sociales en contexto, en un devenir del pasado al presente, y del presente al pasado sin causalidad ni devenir lineal.

Este trabajo intenta demostrar todo lo que nos pueden todavía aportar los iniciadores del marxismo y su más completo complemento gramsciano. En este rescate, el análisis de dichas doctrinas críticas al capitalismo por excelencia, pero también a las fetichizaciones del denominado socialismo real, nos hace dialogar con nuestro acontecer otorgándonos herramientas para develar mecanismos dominadores del derecho pero también los elementos liberadores que pueden encontrarse en el mismo, dígame tanto en sus procesos de creación, normativos como aplicativos del fenómeno jurídico.

Por último, destacar que no es un ejercicio sólo de rescate doctrinal, sino que hoy en los pueblos de América Latina estos dos fenómenos están más vivos que nunca, la dominación se apropia del derecho y se pasea hilvanando las relaciones socioeconómicas en que vivimos, pero a la vez, los pueblos, oprimidos, excluidos, invisibilizados, usan los mecanismos jurídicos como herramientas para frenar la opresión y generar una vez más y continuamente espacios de liberación, de mayores o menores alcances y no cómo único elemento de lucha, pero presente en este actuar por la vida en este devenir social lleno de contradicciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Acanda, Jorge Luis, y Ramos, Gerardo, (comp.), *Gramsci y la filosofía de la praxis*, Ciencias Sociales, La Habana, 1997.
- Cerroni, Umberto, *La libertad de los modernos*, Barcelona, Martínez Roca, 1972.
- Doménech, Antoni, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Crítica, Barcelona, 2004.
- Engels, Federico, “Carta a José Bloch. En Königsberg, Londres, 21- [22] de setiembre de 1890”, en Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas, 3 Tomos*, Tomo III, Edic. Quinto Sol, México, s/f.
- _____, Introducción a “La Guerra Civil en Francia”, en Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas, 3 Tomos*, Tomo II, Edic. Quinto Sol, México, s/f.
- _____, “Reseña del primer tomo de El Capital de Carlos Marx para el Demokratisches Wochenblatt”, Marzo 1868, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/resena.htm>
- _____, *The Condition of the Working Class in England*, September 1844 to March 1845, <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1845/condition-working-class/>.
- _____, *The Constitutional Question in Germany*, march-april, 1847, <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1847/04/01.htm>.

- Fernández Bulté, Julio, “Democracia y república. Vacuidades y falsificaciones”, en *Revista Temas*, No. 36, enero-marzo de 2004, La Habana, Cuba, <http://www.temas.cult.cu/revistas/36/36094.pdf>
- Fernández Estrada, Julio Antonio, *Carlos Marx. Vidas rebeldes*, Ocean Sur, México, 2010.
- _____, *El Tribunalado; sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo inspublicístico*, Tesis doctoral discutida y aprobada en 2005, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba, s/p.
- González Quevedo, Joanna, “El Republicanismo democrático romano. Su impronta para el diseño estructural del modelo clásico de participación política del ciudadano en Roma”, en *Revista Redbes*, Año IV, No. 7, enero-junio 2012, Facultad de Derecho, UASLP, México; <http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%207/Redhes7-03.pdf>.
- Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la Cárcel*, Edición crítica del Instituto Gramsci. A cargo de Valentino Gerratana, Tomo III, Ediciones Era, México, 1984.
- Gramsci, A, *Cuadernos de la Cárcel*, Edición crítica del Instituto Gramsci. A cargo de Valentino Gerratana, Tomo IV, Ediciones Era, México, 1999.
- Lenin, Vladímir I., “El estado y la revolución” en *Obras Escogidas en tres tomos*, Vol. 2, Edit. Progreso, Moscú.
- _____, “Tesis e Informe sobre la democracia burguesa y la dictadura del proletariado, presentados en 4 de marzo” en *Obras Escogidas en tres tomos*, Vol. 3, Edit. Progreso, Moscú.
- Marx, Carlos, *El Capital*, Tomo I, Editorial Librerías Allende, México, 1977.
- _____, “El Manifiesto Comunista” en Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas, 3 Tomos*, Tomo I, Edic. Quinto Sol, México, s/f.
- _____, “La Guerra Civil en Francia”, en Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas, 3 Tomos*, Tomo II, Edic. Quinto Sol, México, s/f.
- _____, “Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850”, en Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas, 3 Tomos*, Tomo II, Edic. Quinto Sol, México, s/f.
- _____, “Manifiesto Inaugural de la Asociación Internacional de los Trabajadores”, fundada el 28 de septiembre de 1864 en una Asamblea Pública celebrada en Saint Martin’s Hall de Long Acre, Londres, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/1864fait.htm>
- _____, “Sobre la cuestión judía”, *Bruno Bauer, La cuestión judía. Braunschweig, 1843*. <http://www.marxismoeducar.cl/sobre%20la%20cuestion%20judia%20me.htm>.
- Mehring, Franz, *Carlos Marx*, Ciencias Sociales, La Habana, 2002.

PARTE 5

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

Capítulo 39

RESISTÊNCIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM CONTRAPONTO ENTRE O JURÍDICO E O FACTUAL

Antonio Dias De Oliveira Neto¹
Gabriela Maia Rebouças²

1. INTRODUÇÃO

Observa-se, atualmente, uma tendência da sociedade e do poder público a “criminalizar” ou “marginalizar” os movimentos sociais de resistência que buscam um acesso mais justo aos bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna de ser vivida, ou seja, a real efetivação dos direitos humanos. Essa situação de passividade e impotência em relação aos problemas existentes no mundo contemporâneo se dá em razão do afastamento entre o homem e o espaço da política, que é causado pela ordem econômica neoliberal vigente, criadora de uma sociedade individualista e que eleva o consumo como meta-valor.

Este ensaio pretende discutir a respeito dos fundamentos e possibilidades da implementação de processos lutas e de resistência por parte da sociedade civil. E não somente, é nossa intenção questionar a teoria do direito de resistência na ordem jurídica constitucional brasileira, com o escopo de ampliar a resistência para além do discurso jurídico-formal. Ou seja, está entre as finalidades perseguidas neste ensaio a proposição da resistência como um meio democrático de luta em defesa dos direitos humanos, rompendo com a concepção universal (ocidental) – que os apresentam como produtos de essências imutáveis, não passíveis de modificação por parte dos processos de luta da sociedade.

Olhando para a realidade, percebe-se que a concepção universalista dos direitos humanos não é suficiente para uma eficaz concretização da dignidade humana,

1 Graduando do Curso de Direito pela Universidade Tiradentes (Unit). Endereço eletrônico: toni.dias88@gmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Atualmente é professora Titular da Universidade Tiradentes (Unit) e membro do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD/Unit), atuando como pesquisadora na área de direitos humanos, subjetividade e resolução de conflitos. Endereço eletrônico: gabriela_maia@unit.br.

mostrando-se extremamente necessária uma nova abordagem dos direitos humanos, sensível e mais próxima dos problemas reais da nossa sociedade.

Assim, diante da diversidade não somente brasileira, mas latino-americana, que reflete igualmente um movimento por reconhecimento em toda a ordem mundial e culturas, é preciso adotarmos uma nova forma de pensar os direitos humanos e a resistência, a fim de ampliar o espaço comunitário e a força da sociedade para uma efetivação da pluralidade democrática como instrumento de luta contra os processos de dominação e exclusão causados pela globalização e pelo neoliberalismo.³

2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO CONCEITO DE RESISTÊNCIA

Durante a trajetória histórica da vida social foi possível identificar, em diferentes épocas, o anseio das pessoas por liberdade, igualdade e respeito em face das injustiças, da tirania e da opressão. Sempre houve filósofos, líderes, antecipadores, profetas, além de grandes pensadores que fizeram planos, mesmo que utópicos ou prematuros, com o objetivo de trazer melhoria ao convívio social e à vida das pessoas.

Além disso, em épocas distintas, ocorreram diversos processos de luta e resistência que proporcionaram grandes transformações nas esferas políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, revelando a importância do papel da luta e da resistência, tanto simbólico quanto efetivo, no quadro mais geral de transformações das sociedades.

O campo do poder, atravessado pelas forças de dominação, encontra na organização da resistência uma força contra-hegemônica capaz de tensionar e gerar novos espaços e oportunidades de realização da liberdade, da autonomia e da emancipação. Portanto, não há como negar a importância da mobilização através da resistência e de processos de luta em defesa dos direitos humanos na sociedade contemporânea.

Uma das primeiras manifestações em torno da resistência está presente nos registros de Sófocles (496-406 a.C.), e sua tão famosa tragédia grega *Antígona*. Em seu enredo, o tragediógrafo grego expõe a possibilidade de um conflito entre as leis naturais divinas e as leis da pólis, o qual justifica a atitude de desobediência de Antígona à ordem despótica de Creonte, rei de Tebas, de não conceder um funeral com as devi-

3 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos, 2010. p. 37-50. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

das honrarias ao seu irmão Polinice.⁴ Antígona resiste fisicamente, ao lançar sobre o corpo de seu irmão terra, e resiste ideologicamente, ao assumir as consequências de enfrentar a tirania de Creonte.

Durante a antiguidade também foi muito comum a prática do tiranicídio, que consistia na possibilidade de remoção do governante por meio do assassinio, quando houvesse o abuso de poder contra as pessoas e contra o bem público. A despeito destes registros acerca da resistência, foi apenas na Idade Média que passou-se a discutir, no âmbito jurídico e filosófico, o direito de resistir, embora essa concepção de resistência tenha sido por muitas vezes relacionada ao tiranicídio.

Não obstante tenha sido superada na Idade Moderna por outras doutrinas e instrumentos de resistência mais amplos, a prática do tiranicídio foi um instrumento de legítima defesa da população durante a Idade Média contra o tirano, uma vez que a tirania era uma extrema ameaça à ordem social. Diversas doutrinas defenderam a prática do tiranicídio durante o medievo, a exemplo de Santo Tomás de Aquino (1225-1274), em especial nas obras *De Regimini Principum* e *Summa Theológica*, além de João de Salisbury (1120-1180), Marsílio de Pádua (1275-1343), Coluccio Salutati (1331-1406), entre outros.⁵

A transição da Idade Média para a modernidade representou o declínio do discurso teocêntrico em torno do poder e do tiranicídio, e a substituição por outras formas de resistência que visavam não apenas conter a tirania do governante, mas todo o aparelho estatal opressor. Característica marcante da época moderna é a substituição do poder divino pela razão humana, que passa a ser o motor explicativo do mundo e da humanidade.⁶

A construção teórica do Estado moderno se desenvolve por meio de uma perspectiva jusnaturalista e racionalista. Antes da formação da sociedade política e da formação do direito positivo existem as leis naturais, não oriundas da vontade de Deus, mas provenientes da razão, da existência humana no estado de natureza, que se transforma em Estado político visando a sua conservação. Em uma visão contratualista, as normas criadas pelo Estado devem ter concordância com as leis naturais, uma vez que a conservação dos direitos naturais é o fundamento para a transição do estado de natureza para a sociedade política.

4 ÉSQUILO; SÓFOCLES; EURÍPIDES (Et al.) *Teatro grego*. São Paulo: Paumape, 1993. p. 117-129.

5 BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 05.

6 MONTEIRO, Maurício Gentil. *O direito de resistência na ordem jurídica constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13.

Assim, na formação da sociedade política e da construção do pensamento político moderno, os pensadores contratualistas acabam por reconhecer em suas teorias a possibilidade do exercício da resistência ao soberano ou ao governante por parte da sociedade política, a exemplo de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804), todos com suas particularidades e contribuições a respeito da problemática da resistência.

Na modernidade, os contratualistas dirigiram a atenção para o problema da justificação da obrigação política, embora cada um deles o tenha feito de maneira diferente e com posições distantes, ou até contrárias. Não obstante as divergências teóricas, todos acabam por admitir a possibilidade da resistência como um freio ao poder político, que não é absoluto nem imutável, podendo ser transformado quando não atender aos objetivos para o qual foi formado.

Nesse ínterim, diversos documentos que marcaram o constitucionalismo a partir do declínio da Idade Média passaram a afirmar direitos inalienáveis ou indisponíveis e, também, a resistência como um direito inerente ao homem, a exemplo da *Magna Carta* de João Sem-Terra (1215), A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) entre outros. Todos estes diplomas históricos são antecedentes para a construção dos direitos humanos na contemporaneidade, que seguem exigindo diuturnamente a vigília para sua efetivação.

Como se percebe, até então os teóricos preocuparam-se em estudar a resistência no âmbito da filosofia política, sem a preocupação com a juridicidade do tema, que será tratada mais adiante, a partir do século XX, dando atenção especial à influência que a concepção tradicional dos direitos humanos, conforme a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 (ONU) e o neoconstitucionalismo tiveram para a interpretação contemporânea da resistência, seja ela um direito positivado ou não.

3. LIMITAÇÕES E INSUFICIÊNCIAS DA RESISTÊNCIA COMO DIREITO

Os estudos contemporâneos em torno do direito de resistência podem ser relacionados à grande discussão sobre a proteção dos direitos humanos. Os impactos causados pelas duas grandes guerras mundiais, em nível internacional, e nos anos da ditadura militar, no Brasil, como de resto em toda a América Latina, fizeram com que cada vez mais fosse discutida a possibilidade de garantir à sociedade civil o direito de resistir e lutar por direitos ou contra qualquer espécie de injustiça e opressão. Todavia,

essa defesa se deu apenas por meio da positivação de direitos e da criação de um ideal de justiça a ser alcançado.

O discurso dos direitos humanos nos últimos dois séculos, em sua concepção tradicional, passa a ser desenvolvido no âmbito internacional, e tem como marco normativo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento concebido pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, com o objetivo de deplorar os “atos bárbaros” resultantes da Segunda Guerra Mundial, reconhecer a dignidade humana inerente a todas as pessoas, e criar a ideia de direitos humanos universais, indivisíveis e inalienáveis.

Ao mesmo tempo, o preâmbulo da DUDH proclamou a essencialidade da proteção dos direitos humanos pelo “império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”. Assim, a resistência contemporânea surge como um direito, positivado e com proteção jurídico-constitucional. Porém, esse direito de resistir é muitas vezes apresentado como última alternativa da sociedade civil contra o retrocesso rumo ao autoritarismo que existiu durante o início do Século XX.

Na segunda metade do século XX, também se enfrenta a questão da efetividade pela aparente diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Partindo de uma natureza humana centrada na ideia de dignidade, e tendo em vista a união dos povos (estabelecida definitivamente como valor após a segunda grande guerra), os direitos humanos aparecem com um sentido político forte, de resistência e revolução, enquanto os direitos fundamentais vão se afirmar enquanto estabilização e consolidação de uma ordem institucionalizada. No entanto, o pragmatismo da concretização os direitos fundamentais via ordem nacional reforça ainda mais o sentido dos direitos humanos e em especial, do direito de resistência, como uma última razão, alternativa de exceção para o alcance dos direitos humanos.

Nesse ambiente de ploriferação de pactos e universalização dos direitos humanos em todo o ocidente, diversos países passaram a adotar, explícita e/ou implicitamente, a resistência civil como um direito institucionalizado e amparado constitucionalmente. Todavia, essa afirmação do direito de resistência sofreu diferentes limitações e interpretações, por vezes contraditórias, à medida que foi institucionalizado por diferentes países.⁷

7 BUZANELLO, op. cit., p. 102-103. O autor apresenta alguns países que adotaram o direito de resistência após a Segunda Guerra Mundial em suas cartas constitucionais. Algumas constituições previram o direito de resistência de forma explícita, a exemplo da Argentina, Cuba, Alemanha e Portugal, enquanto outros países apenas o fizeram de forma implícita, como a França e o Brasil, que na Constituição Federal de 1988 instituiu algumas formas de resistência, como a greve

Pode ser citado como exemplo de “direito de resistência” positivado a Lei fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, no seu Artigo 20, alínea 4, quando dispõe que “contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa”. Konrad Hesse apresenta o direito de resistência “como extremo e último meio de defesa da ordem fundamental liberal democrática da Lei Fundamental”.⁸ Logo, esse direito de resistência revela-se não apenas extremamente limitado constitucionalmente, pois só pode ser utilizado em situações de emergência, como também é contraditório, uma vez que existe para manter a ordem estabelecida, não abrindo possibilidades para que a sociedade possa questionar e modificar essa ordem, mostrando-se, em verdade, um “direito de obediência”.

Em Portugal é possível encontrar mais um exemplo da adoção da resistência como um direito na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 21.º, ao dispor que “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”. A constituição lusitana prevê, ainda, o direito “à insurreição contra todas as formas de opressão” (artigo 7.º, item 3).

Sobre o direito de resistência na constituição portuguesa, J. J. Gomes Canotilho afirma que o direito de resistência, como meio individual de defesa não jurisdiccional, “é a *ultima ratio* do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público ou por acções de entidades privadas”.⁹

Embora o direito de resistência previsto na constituição portuguesa não se refira a um “direito de obediência” à ordem fundamental liberal democrática, como ocorre na Alemanha, não deixa de ser, também, um direito limitado e ineficaz, uma vez que é dotado de carácter subsidiário, não podendo ser exercido pelo indivíduo e pela coletividade de imediato em face da não concretização cotidiana dos direitos básicos a uma vida digna. É, portanto, o último recurso constitucional cabível aos indivíduos, que devem se utilizar de todos os meios institucionais existentes de forma exaustiva, antes de terem o direito de resistir legitimado.

e a objeção de consciência, além de admitir, no art. 5º, §2º que “ Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

8 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 547.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 478.

No Brasil, conforme explicita Maurício Gentil Monteiro, é possível extrair o direito de resistência da Constituição Federal de 1988 a partir dos dispositivos constitucionais presentes no preâmbulo, artigo 1º, *caput*, incisos e parágrafo único, artigo 4º, inciso II, artigo 5º, inciso II e parágrafos 1º e 2º, artigo 9º, artigo 14, *caput* e seus incisos, combinados com os dispositivos do preâmbulo, do artigo 28 e item 2 do artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dessa forma, afirma que o direito de resistência, mesmo não expresso no texto constitucional, através de métodos interpretativos, é assegurado com caráter de direito fundamental, podendo, inclusive, ser utilizado como instrumento de luta contra a não efetivação imediata dos direitos fundamentais contidos na *carta magna*.¹⁰

José Carlos Buzanello, por sua vez, vai mais adiante e defende a necessidade de inclusão do direito de resistência por meio de emenda constitucional para que os conflitos possam ser decididos dentro da ordem jurídica, ou seja, a resistência via institucional. Eis o texto da emenda proposta pelo autor: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem ou omissão que ofenda os direitos, liberdades e garantias e de repelir qualquer agressão, inclusive quando proveniente de autoridade pública”.¹¹

A resistência como um direito, portanto, é atualmente defendida como última alternativa da sociedade contra as injustiças do Estado e das leis por ele criadas, ou até como um instrumento de luta contra a tirania e a opressão, a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais quando o poder público não o faz.

Logo, percebe-se que a defesa do direito de resistência segue a mesma linha da afirmação dos direitos humanos segundo sua concepção tradicional e hegemônica. Cada vez mais se busca justificar a resistência dentro da ordem jurídica sem levar em consideração o contexto social em que estamos inseridos, da mesma forma em que os direitos humanos são proclamados por décadas, ao tempo em que as violações permanecem a se multiplicar. Em outras palavras, os direitos humanos e a resistência adquirem caráter de direitos fundamentais, ganham o status de normatividade e reforçam sua dimensão simbólica, antes mesmo de serem efetivados na prática.

A realidade econômica, social, política e cultural do tempo presente é muito mais complexa do que no contexto do pós-guerra em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 fora elaborada, com o objetivo de repudiar o autoritarismo, a tirania e a opressão. No contexto atual, a opressão ocorre em um ambiente de aparente estabilidade política, dentro de um Estado Democrático de Direito, onde o retorno a regimes autoritários parece ser inimaginável por grande parte da sociedade.

10 MONTEIRO, op. cit., p. 158-159.

11 BUZANELLO, op. cit., p. 259.

Mesmo assim, vivemos em um mundo extremamente desigual, em que os direitos necessários a uma vida digna não são garantidos à grande parte da população mundial.

Atualmente a injustiça e a opressão se dão em razão do neoliberalismo, cuja principal novidade “consiste precisamente no abandono, em favor da eficiência econômica, de princípios éticos fundamentais, dos quais resultam relevantes consequências políticas e jurídicas”.¹² A soberania estatal desloca-se para o domínio do mercado competitivo, a cidadania vem perdendo seu sentido transformando os indivíduos em meros consumidores e a democracia vem perdendo o seu valor político e se submete à esfera econômica.

Assim, a tirania e a opressão, tão repudiadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que influenciou diversos textos constitucionais contemporâneos, não são as mesmas dos dias atuais, ocasionadas pelo sistema econômico vigente. Hoje, a tirania é econômica e a opressão é exclusão social. Se o modelo neoliberal é identificado por muitos como o “fim da história” e com caráter de naturalidade, logo, o direito de resistência, defendido como última alternativa do indivíduo e da sociedade quando os mecanismos institucionais não forem suficientes para a garantia da dignidade humana, mostra-se totalmente contraditório e ineficaz.

Trazendo a discussão acerca dos direitos humanos e da resistência para o contexto da *República da Bruzundanga*¹³ o problema não é dissemelhante. Embora diversos juristas defendam a existência de um direito de resistência previsto na ordem jurídica constitucional brasileira, passaram-se mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e inúmeros são os casos de criminalização dos movimentos sociais e repressão das lutas populares em busca de amparo estatal e conquista de direitos necessários a uma vida digna. Não fosse bastante, o Brasil comporta uma das populações mais díspares do mundo, ocupando o 3º pior índice de desigualdade social segundo dados fornecidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.¹⁴

12 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito. p. 116. In: SÁNCHEZ RUBÍO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2010. Disponível em: <<<http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>>>. Acesso em: 20 out. 2012.

13 Breve alusão ao romance *Os Bruzundangas*, de autoria do escritor brasileiro Lima Barreto, publicado postumamente em 1923. Não obstante as épocas diferentes, a obra de Lima Barreto faz fortes críticas à realidade social brasileira e às injustiças, ainda presentes nos dias atuais.

14 Os dados ora mencionados podem ser extraídos do primeiro relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) sobre América Latina e Caribe. Disponível em:

Aliada a essa triste realidade, passamos por um processo de judicialização da política, em que todos os conflitos devem passar pela chancela do Poder Judiciário, inclusive no que diz respeito à não efetivação dos direitos fundamentais por parte do poder público. Esse fenômeno de supervalorização do Poder Judiciário, embora pareça inovador e progressista, acaba por criar “um processo de silenciamento da população, na medida em que o Judiciário confere decisões de caráter político-populista, que satisfazem a necessidade individual do cidadão, e leva ao esquecimento das mazelas em âmbito geral”.¹⁵

Em verdade, o Poder Judiciário brasileiro vive um isolamento social¹⁶, por ser um sistema cada vez mais fechado que não acompanha a diversificação da sociedade, tampouco atende por completo toda a pluralidade de demandas existentes. O judiciário brasileiro, que é extremamente ativista em relação a demandas individuais, como o fornecimento de medicamentos e atendimento médico-hospitalar, quando não fornecidos de imediato pelo poder público, é o mesmo que não atende de forma satisfatória as demandas dos movimentos sociais, razão pela qual sofre críticas severas especialmente do movimento indígena e dos sem-terra, que há anos lutam incessantemente pela garantia de seus direitos básicos para uma vida digna.

Boaventura de Sousa Santos, ao propor uma “revolução democrática da justiça”, ressalta a importância de uma maior aproximação e articulação entre o sistema judiciário e os movimentos sociais. Segundo o autor, “o potencial emancipatório de utilização do direito e da justiça só se confirma se os tribunais se virem como parte de uma coalizão política que leve a democracia a sério acima dos mercados e da concepção possessiva e individualista de direitos”.¹⁷

Nesse contexto, nos deparamos com a criminalização das lutas indígenas, acompanhadas de assassinatos de índios, enquanto os processos de demarcação de suas terras são extremamente morosos, por culpa do judiciário e do poder público,

<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/Latin%20America%20and%20Caribbean%20HDR/rhdr_lac_en_2010.pdf>. Acesso em: 22 setembro 2012.

15 SANTANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. p. 223. In: COELHO NETO, Ubirajara. *Temas de direito constitucional: estudos em homenagem ao prof.º Osório de Araújo Ramos Filho*. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012. p. 200-234.

16 Reconhecemos que embora existam iniciativas de abertura interpretativa, numa alusão às audiências públicas ou aos mecanismos elencados por Peter Häberle (1997) em sua “Sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, estas são insuficientes para que o Judiciário ganhe legitimidade popular e represente a sociedade.

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011. p. 102.

além dos interesses da classe dominante. O processo frequente de criminalização e repressão dos movimentos sociais também ocorre em relação aos movimentos quilombolas e, especialmente, em relação ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e a luta pela reforma agrária.¹⁸

Assim, esse direito de resistência fundamental, da forma como é aparentemente reconhecido na ordem jurídica constitucional brasileira, mostra-se completamente afastado da realidade social e sofre uma série de limitações e divergências quando posto em prática, uma vez que reconhecido como última opção da sociedade contra a opressão ou inércia do Estado. Enquanto isso, nos deparamos diariamente com a ineficiência do poder público e de suas instituições em garantir de maneira equânime à sociedade o acesso aos bens necessários a uma vida digna.

Se todo o substrato jurídico existente em relação aos direitos humanos não é suficiente para uma eficaz concretização da dignidade humana, como o reconhecimento da resistência como um direito fundamental seria capaz de proporcionar às pessoas maior liberdade de luta e ação política? A resistência, ao ser institucionalizada, acaba por se tornar um direito anestesiado, limitado e descontextualizado da realidade em constante transformação.

Ademais, a resistência entendida como *ultima ratio* do ser humano contra as injustiças é insuficiente para garantir uma real participação da sociedade na luta pela implementação de direitos básicos que são, há muito tempo, negados à grande parte da população.

Ao defender a importância de processos de resistência por parte da sociedade civil em busca da efetivação e conquista dos direitos humanos se faz necessário, portanto, pensar a resistência de uma forma diferente do discurso estritamente jurídico, não atrelada à concepção tradicional dos direitos humanos, que é conformista, limitada e panfletária.

É necessário adotarmos um pensamento crítico e não conformista em relação aos direitos, que reconheça a resistência não como direito implícito ou que

18 A respeito da luta pela reforma agrária, Boaventura de Sousa Santos fornece uma notícia veiculada pela Comissão Pastoral da Terra, que traz fatos reais da frequente criminalização dos movimentos de luta pela reforma agrária, como a condenação à prisão de líderes do Movimento Terra, Trabalho e Liberdade (MTL), em Alagoas, por crime de formação de quadrilha, dano ao patrimônio, roubo qualificado e extorsão. O caso mais gritante foi a ação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, instituição responsável pela “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme disciplina o artigo 127 da Constituição Federal de 1988. Em 2008 o *parquet* gaúcho propôs a dissolução do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e a decretação de sua ilegalidade. Cf. SANTOS, op. cit., p. 110.

deva ser reconhecido normativamente, mas como potência humana, factual, capaz de transformar a realidade e construir novos paradigmas.

4. RESISTIR AO DIREITO DE RESISTÊNCIA: PARA POTENCIALIZAR A CRÍTICA E OS DIREITOS HUMANOS

Feitos os primeiros esclarecimentos a respeito das incompatibilidades do discurso jurídico-formal dos direitos humanos e do direito de resistência com a realidade brasileira, passamos a discutir a urgência em problematizar a realidade e repensar a resistência e os direitos humanos na contemporaneidade. Para tanto, é importante adotarmos um pensamento crítico e libertador em relação à concepção tradicional, “na busca de libertar o sujeito de sua condição histórica de um ser negado e de um ser excluído do mundo da vida com dignidade”.¹⁹

David Sánchez Rubio propõe repensar os direitos humanos. Ele parte da perspectiva que se encontram os direitos humanos hoje, tanto em sua prática quanto em sua construção teórica, anestesiados. Fazendo referência a Eduardo Galeano quando afirma sobre o abismo entre o que se diz e o que se faz em termos de direitos humanos, Sanchez Rubio chama a atenção para o fato de que “*em la época actual, y dentro del contexto de la cultura occidental, El imaginário sobre el cual se fundamenta y se asienta nuestra manera de entender derechos humanos es insuficiente, bastante reducido y demasiado estrecho*”²⁰.

No mesmo sentido, Joaquín Herrera Flores, em sua teoria crítica dos direitos humanos, propõe uma mudança de perspectiva, de maneira a pensar os direitos humanos como “a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades vitais em que está situado”.²¹ Assim, contrapõe-se a categorizar os direitos humanos como privilégios, declarações de intenções ou postulados metafísicos apriorísticos. Contrapõe-se a identificar o universal como transcendência ou racionalidade lógico-dedutiva. Antes, o universal dos direitos humanos deve ser compreendido na imanência do fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações que buscam acesso a bens que fazem com que a vida seja digna de ser vivida.

Para tanto, é preciso superar o discurso evangelizador dos direitos inalienáveis, de uma concepção clássica de direitos humanos como o direito de ter direitos,

19 WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 202-203.

20 RUBIO, *Repensar derechos humanos*. De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial MAD, 2007. p. 11.

21 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.25.

que em ambos os casos, encerram a discussão dos direitos humanos num catálogo ou plataforma de direitos reconhecidos formalmente ou normativamente. Mas, se esses direitos não são transformados em empoderamento dos sujeitos envolvidos nos processos de luta, o que adianta vê-los reconhecidos retoricamente em diplomas legais ou textos jurídicos? Este simplismo de visão sobre os direitos humanos é denunciado por Herrera Flores como um círculo vicioso²², paralisante, para conectar com a poética de David Sánchez Rubio.

O marco filosófico e político da teoria crítica apresenta, pois, uma visão complexa dos direitos humanos, com novas reflexões e novas práticas que assegurem uma visão realista do mundo, com um papel conscientizador, voltado à coletividade e em busca permanente de exterioridade ao sistema dominante, através da incorporação de diferentes contextos, de modo a promover interpretações e reinterpretções acerca dos direitos humanos, criando condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Ao defender a necessidade da construção de uma racionalidade de resistência, busca-se romper não apenas com a visão abstrata e universalista dos direitos humanos, como também com a visão localista e particularizada. Nesse sentido, propõe Joaquín Herrera Flores uma (re)invenção dos direitos humanos, através de práticas interculturais, respeitando, assim, as diversas concepções culturais existentes no mundo, conduzindo a um diálogo pacífico em busca de melhores resultados práticos. Por isso, afirma o autor

[...] nossa visão complexa dos direitos aposta em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que se possa chegar a uma síntese universal das diferentes opções ante os direitos e também não descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que não aceitamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal, há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo de luta discursivo, de diálogo ou de confrontação em que se rompem os preconceitos e as linhas paralelas [...].²³

Importa, neste ponto, sintonizar com as afirmações de Antonio Carlos Wolkmer a respeito do pluralismo jurídico, da alteridade e da emancipação, em razão do declínio da representação política tradicional e da ineficácia das estruturas jurídi-

22 Ibidem, p. 33.

23 HERRERA FLORES, op. cit., p. 163.

cas estatais, especialmente no contexto latino-americano. O autor defende ser necessário o reconhecimento de outra cultura jurídica, mais democrática e antidogmática, marcada pelo pluralismo de tipo comunitário-participativo, aberto a novas formas de criação de normas jurídicas, “com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação de necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos”.²⁴

O Estado não é a única fonte de produção jurídica. Essa afirmação não visa minimizar a atuação estatal. Pelo contrário, a partir da crítica a respeito da insuficiência do Direito Estatal, busca-se, com o pluralismo jurídico, ampliar a ação política através de práticas emancipatórias autônomas, em diferentes contextos, que podem, ou não, ser reconhecidas ou incorporadas pelo Estado.

Assim, adotando uma teoria crítica do direito, a reflexão sobre o pluralismo jurídico, os direitos humanos e a interculturalidade conduz a uma resistência ativa contra o rumo que está tomando esse tema nos debates contemporâneos. Se em toda a história da humanidade existiram processos de luta em busca de uma vida digna, e contra as injustiças dos governantes, o estudo crítico e aprofundado do direito de resistência nos dias atuais pode ser um meio (não o único) de implementação de processos de luta contra injustiças e em busca de um gozo efetivo dos direitos necessários a uma vida digna, buscando uma redução das desigualdades e dos problemas políticos, econômicos e sociais que atormentam a maioria da população.

A resistência e as lutas aqui defendidas não pretendem afastar ou desconsiderar os mecanismos institucionais existentes de participação política e de acesso à justiça por parte da sociedade em busca de melhorias de vida. Todavia, convém reconhecer que tais mecanismos são insuficientes para promover a conquista de direitos e a emancipação de grande parte da população oprimida pela pressão da globalização e do neoliberalismo, que a cada dia diminui os espaços de participação política.

O próprio Joaquín Herrera Flores reconhecia que as lutas pelo acesso aos bens necessários a uma vida digna também devem se apoiar em sistemas de garantias já formalizados, não descartando a luta jurídica. Todavia, muitas vezes as lutas não poderão se apoiar em normas e estarão situadas no plano da “alegalidade”. Dessa forma, ao explicar o “quê” dos direitos humanos, “falamos de dinâmicas sociais que *tendem* a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito”.²⁵

Logo, para efetivar os direitos humanos, os processos de luta devem ser praticados através de instrumentos políticos, sociais, econômicos, culturais, e não

24 WOLKMER, 2010, op. cit.

25 HERRERA FLORES, op. cit., p. 35.

somente jurídicos. A emancipação não deve vir tão-somente por parte do Estado, mas deve ser também diretamente conquistada pela sociedade, através de uma recuperação da política, que nas palavras de Boaventura de Sousa Santos

Não me parece que possa ser de outra forma senão por meio de uma pressão de baixo para cima, vinda dos movimentos, e com outra característica: deve ser legal e ilegal. Não pode ser somente uma luta institucional, tem de ser uma luta institucional e uma luta direta. Além disso, em alguns contextos tem de ser cada vez mais direta, porque com a criminalização da contestação está se reduzindo a possibilidade de uma luta institucional, e se esta se reduz temos de abrir espaços para a possibilidade de uma luta direta, ilegal e pacífica.²⁶

Neste sentido, é preciso lembrar que Foucault pensou poder extrair pontos de um manifesto à vida não fascista do anti-édipo de Guattari e Deleuze²⁷: (i) liberar a ação política de toda forma de paranóia unitária e totalizante; (ii) fazer crescer a ação, o pensamento e os desejos por proliferação, justaposição e disjunção, mais do que por subdivisão e hierarquização piramidal; (iii) liberar-se das velhas categorias do Negativo (a lei, o limite, a castração, a falta, a lacuna), que o pensamento ocidental, por um longo tempo, sacralizou como forma do poder e modo de acesso à realidade; (iv) ligar o desejo com a realidade (e não sua fuga, nas formas da representação); (v) utilizar a prática política como um intensificador do pensamento, e a análise como um multiplicador das formas e dos domínios de intervenção da ação política; e (vi) não exigir da ação política que ela restabeleça os “direitos” do indivíduo, tal como a filosofia os definiu.

Portanto, a resistência, aqui posta como elemento de uma teoria crítica dos direitos humanos, é entendida como mecanismo de luta pela conquista dos direitos humanos e não se limita à sua previsão e reconhecimento em declarações de direitos, tratados internacionais e textos constitucionais. Deve ser compreendida como a ação resultante da necessidade de um processo contínuo de construção de espaços que permitam à sociedade lutar por um maior acesso a direitos básicos, que lhes proporcionem uma vida digna de ser vivida.

26 SANTOS, 2007. op. cit., p. 97.

27 FOUCAULT, M. Préface (Introdução à vida não fascista). Gilles Deleuze e Félix Guattari. *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*, New York, Viking Press, 1977, p. XI-XIV. In: FOUCAULT, M. Dits et écrits II, Paris: quarto Gallimard, 2001, p.133-136.

5. CONCLUSÃO

Para nós, o importante não é discutir como a resistência pode se tornar ou se tornou um direito, mas como os processos de luta e resistência contra-hegemônicos que são colocados em prática por parte da sociedade em defesa dos direitos humanos podem transformá-los em direitos concretos, pressionando o aparato estatal e social por reconhecimento e para uma maior efetividade. Assim, a resistência não é um direito, mas um meio para se obter direitos.

A resistência sob essa perspectiva, portanto, é factual e não se restringe simplesmente à sua positivação e proteção jurídica, tampouco possui caráter subsidiário.

Em outras palavras, a resistência fora do direito é fazê-la como ação política, liberando-a das velhas categorias do negativo e da interdição, fazendo crescer a ação, potencializando a capacidade crítica. Ela não pode ser vista como força bruta, mas em sua vinculação com a teoria crítica dos direitos humanos, que joga a resistência no campo da imanência da ação, no campo da vida, a faz como força crítica e insurgente, força de transformação. A resistência, para além do direito, é a potência da vida que se suporta viver, que se quer viver, uma resistência emancipada das amarras do normativo, portanto, mais uma vez dito, imanente, dinâmica e viva, e não transcendente (norma).

6. REFERÊNCIAS

- BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- ÉSQUILO; SÓFOCLES; EURÍPIDES (et al.) *Teatro grego*. São Paulo: Paumape, 1993.
- FOUCAULT, M. Préface (Introdução à vida não fascista). Gilles Deleuze e Félix Guattari. *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*, New York, Viking Press, 1977, p. XI-XIV. In: FOUCAULT, M. Dits et écrits II, Paris: quarto Gallimard, 2001, p.133-136.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito. In: SÁNCHEZ RUBÍO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2010. Disponível em: <<<http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>>>. Acesso em: 20 out. 2012.
- MONTEIRO, Maurício Gentil. *O direito de resistência na ordem jurídica constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RUBIO, David Sánchez *Repensar derechos humanos*. De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial MAD, 2007.
- SANTANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. In: COELHO NETO, Ubirajara. *Temas de direito constitucional: estudos em homenagem ao prof.º Osório de Araújo Ramos Filho*. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012. p. 200-234.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.
- _____. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. p. 37-50. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Capítulo 40

CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DO EMPODERAMENTO DOS CIDADÃOS

Eduarda Reckziegel²⁸

Elisa Girotti Celmer²⁹

Sheila Stolz³⁰

1. INTRODUÇÃO

Segundo o Relatório sobre Desenvolvimento Humano elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2003)³¹ o Brasil registrava, em 2003, um dos maiores graus de desigualdade social no mundo. A desigualdade de rendimentos, educação, saúde e outros indicadores persistem, ademais, de uma geração à outra e se apresentam, no caso brasileiro, num contexto de baixa mobilidade socioeconômica. Enquanto para a grande maioria dos países a renda de um indivíduo do grupo dos 20% mais ricos é em média até dez vezes maior do que de um indivíduo do grupo dos 20% mais pobres, no Brasil, essa proporção é infinitamente mais injusta – a renda média dos 20% mais ricos é 25,5 vezes maior que a renda média dos 20% mais pobres, ficando atrás de alguns poucos países. Esse Relatório destaca, igualmente, que tais desigualdades sociais são acrescidas de fatores

28 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

29 Professora Assistente da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2008), especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2006) e graduada em Direito pela FURG (2004).

30 Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FADir/FURG, Rio Grande/RS. Mestre em Direito pela Universitat Pompeu Fabra – UPF, Barcelona, Espanha. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPE-DH/FURG, Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos – PGEDH/FURG-UAB-CAPEs e do Centro de Referência em Direitos Humanos – CEREDH/FURG.

31 Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2003.

concernentes a *transversalidade racial, etária, e de identidades de gênero*.³² No Brasil, por exemplo, apenas 5,1% dos descendentes de europeus vivem com menos de 1 US\$ por dia. O percentual sobe para 10,6% em relação aos indígenas e afro-descendentes.³³

Se o olhar recai sobre a *transversalidade etária* pode-se afirmar que a pobreza no Brasil tem cara de criança. Dos mais de 50 milhões de brasileiras/os que vivem na pobreza, quase 30 milhões são crianças e adolescentes, ou seja, 47,6% da população de meninos e meninas.

Não obstante os significativos avanços normativos e de políticas públicas sociais e afirmativas ocorridas a partir da promulgação da Constituição Federal em

32 No que concerne a *transversalidade racial* somada ao *gênero*, um arquétipo paradigmático do que se está aqui afirmando pode ser encontrada nos dados apresentados pelo Boletim Dieese 2003 que revelou um quadro dramático que não está apenas situado nas precárias condições sócio-econômicas em que vivem, mas, sobretudo, na negação cotidiana de ser mulher negra, através do racismo e do sexismo que permeiam todas as esferas de sua vida. As mulheres negras estão expostas à violência, à pobreza, às distintas formas de discriminações no mercado de trabalho e à precariedade dos serviços de saúde e educacionais, o que resulta em uma precarização geral da vida. Apóia esta constatação o fato de que a esperança de vida para as mulheres brancas é de 71 anos, enquanto 40,7% das mulheres negras morrem antes dos 50 anos. Associam-se a essas condições desigualmente precárias, um sentimento de inferioridade, de baixa auto-estima e de semi-escravidão vivenciado por muitas.

33 Corroboram as constatações do PNUD os indicadores sociais publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2008, com base nas informações prestadas pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, obtidos durante o ano de 2007 (em todo território nacional) e que apontam, em se tratando *transversalidade racial*, que em números absolutos tinha-se no ano de 2007 cerca de 14 milhões de analfabetas/os brasileiras/os e que destes –aproximadamente 9 milhões – correspondiam a população de pretos e pardos, o que comprova que para os grupos sociais de afro-descendentes essa situação persiste em sua extrema gravidade, principalmente porque dito grupo social corresponde a quase metade da população brasileira. O Censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística do ano de 2000 revelou que as/os negras/os representavam, a época, 45% da população brasileira, correspondendo, ademais, a cerca de 65% da população pobre e a 70% da população em extrema pobreza. Enquanto que, os brancos representavam 54% da população total sendo nesta parcela 35% correspondia aos pobres e 30% aos extremamente pobres. Segundo o IBGE, “Em termos relativos, a taxa de analfabetismo da população branca é de 6,1% para as pessoas de 15 anos ou mais de idade, sendo que estas mesmas taxas para pretos e pardos superam 14%, ou seja, mais que o dobro que a de brancos. (IBGE, 2008, p. 211)”. Cabe registrar na linha da pesquisa realizada pelo IBGE que: “[...] o analfabetismo é um fator de marginalização, que exclui e impede a mobilidade social da criança, do jovem, do homem e da mulher. As elevadas taxas de analfabetismo que ainda subsistem em diversas áreas é um indicador de exclusão de expressivas camadas da população mundial e refletem as dificuldades enfrentadas pelos governos para erradicação deste sério problema. (IBGE, 2008, p. 41)”.

1988, no que diz respeito aos *grupos vulneráveis*³⁴ ainda vigoram padrões, atitudes e valores discriminatórios. O termo discriminação em sentido amplo é aqui utilizado para mencionar a qualquer tipo de distinção, exclusão, restrição ou violação dos Direitos Humanos de uma pessoa circunstâncias que impedem sua autonomia e reconhecimento como também que a comunidade política em seu conjunto alcance padrões viáveis de justiça social. Constatar a existência dessas discriminações e atuar de forma propositiva para sua superação tem sido uma árdua tarefa assumida pelos movimentos sociais, pelas organizações não-governamentais, pelos defensores dos Direitos Humanos, pelas Universidades e pelo próprio Estado. Este tipo de visão acerca das políticas públicas considera que a efetividade dos programas dirigidos aos *grupos vulneráveis* somente será alcançada se em sua elaboração e execução se envolver as/os próprias/os afetadas/os, reforçando, desta forma, sua autonomia nos planos individual, familiar e social e suas capacidades mediante a organização, o acesso aos recursos materiais, o fortalecimento de redes sociais e o desenvolvimento de qualificações para participar no controle social das políticas públicas. Este enfoque é empregado, dentre outros, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento³⁵, pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), pelo Instituto das Nações Unidas de Pesquisa do Desenvolvimento Social (UNRISD) e pela equipe do Centro de Referência em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande (CEREDH/FURG), conforme tratar-se-á de demonstrar no que segue.

Ainda, importa romper com os alicerces do Estado, no que tange ao conceito de necessidade. Ora, as políticas públicas, quando existentes, baseiam-se não na real demanda de uma comunidade, não se atendo às particularidades de seus conflitos, mas somente são caracterizadas por ações superficiais, de baixo impacto. Devemos romper, pois o conceito de necessidade parte de uma origem economicista, no qual

34 Entende-se por *grupos vulneráveis* aqueles grupos sociais que estão em relação de *desigualdade* com o restante da comunidade política. Sendo assim, o respeito à dignidade humana exige não somente a proteção dos indivíduos que pertencem a ditos grupos, mas também a superação das desigualdades sofridas por estes através da criação e implantação de medidas gerais e de natureza transitória de não-discriminação e de discriminação positiva.

35 ELSON, Diane. 1998; ELSON, Diane; CAGATAY, Nillufer. El contenido social de las políticas macroeconómicas. In: VILLOTA, Paloma de (Org.). *Economía y género: macroeconomía, política fiscal y liberalización: análisis de su impacto sobre las mujeres*. Barcelona: Icaria, 2003. p. 75-110 e PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Informe sobre Desarrollo Humano*. New York: Mundi Prensa, 2002.

o que hoje é atendido pelas políticas públicas estatais é oriundo de demandas de um sistema capitalista de produção.³⁶

2. CARACTERIZAÇÃO DO ENTORNO

A cidade do Rio Grande possui uma população de 194.351 habitantes, distribuídos em um território de 2.814 Km². Localizada no extremo sul do Brasil região mais pobre do Rio Grande do Sul e onde vivem 3,6 milhões pessoas que sobrevivem com menos de R\$ 149,00 por mês³⁷.

O município, sede da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), está situado às margens do Estuário da Lagoa dos Patos a 312 km da capital do Estado, Porto Alegre, sendo uma das principais cidades do Estado do Rio Grande do Sul. A economia é caracterizada por acentuada predominância do setor secundário, numa ampla interação com o sistema viário, liderado pelas instalações portuárias. Outrossim, a cidade está vivendo um momento de crescimento populacional bastante acelerado devido ao aporte de grandes investimentos, como, por exemplo, a construção da Plataforma P53 e do Dique Seco, projetos que objetivam a criação de um pólo naval no município que irá gerar cerca de 8.000 empregos diretos e indiretos e ampliar as atividades portuárias, base da economia local.

Rio Grande possui o quarto maior PIB do Estado, mas esta pujança econômica pouco ou quase nada reflete nos índices de desenvolvimento humano e no poder aquisitivo da população, haja vista sua inclusão no programa governamental **Território da Cidadania – Zona Sul do Rio Grande do Sul** – que abrange aqueles municípios com IDEB médio de 0,79. Constatação confirmada, entre outros aspectos, pelo cadastro perante a Secretaria Municipal de Cidadania e Assistência Social de aproximadamente 20.000 pessoas em situação de miséria, sendo que atualmente recebem pelo Programa de Renda Mínima - Bolsa Família, 10.500 famílias. Estes dados gerais são corroborados por outros micro dados dos censos de 1991 e de 2000 do IBGE que, ao disponibilizarem informações sobre o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) e 124 outros indicadores georreferenciados de população, educação, habitação, longevidade, renda, desigualdade social e características físicas do território apresentam, no que tange a cidade do Rio Grande, os seguintes dados:

36 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Novo Paradigma de Legitimação*. Disponível em: <<<http://www.mundojuridico.adv.br>>>. Acesso em 27 ago. 2012.

37 Índice que configura pobreza segundo padrões da Organização Mundial de Saúde (OMS).

UNIDADE GE- OGRÁFICA	IDHM	IDHM - Renda	IDHM- Longevidade	IDHM – Educação
Rio Grande	0.739	0.793	0.727	0,918

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Os números acima permitem uma visão global sobre alguns aspectos do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal, no entanto, as disparidades entre as diversas localizações (bairros) do município atingem amplitudes muito mais significativas. Certificam esta assertiva alguns dados expostos na sequência e que evidenciam as especificidades de alguns bairros do entorno do Campus Carreiros da FURG – e que somam aproximadamente 28.000 mil habitantes que residem em regiões de extrema pobreza e vulnerabilidade – onde, ademais, as atividades de Centro de Referência em Direitos Humanos estão mais concentradas:

RIO GRAN- DE/ BAIRROS	ESCOLA	POSTO DE SAÚDE	TEMPLOS DE RELIGIÕES DIVERSAS	ÁREAS DE LA- ZER
Cidade de Ágeda	1	1	1	0
Castelo Branco	2	1	4	0
Vila Maria	0	1	7	0
Profilurb	2	1	11	1
São Miguel	2	2	25	0
Dom Bosquinho	0	0	0	0

Dados obtidos com a Secretária Municipal de Saúde (SMS/Rio Grande).

Apesar da articulação visível dos movimentos sociais, no que tange as diversas políticas públicas, a Cidade conta com uma rede pública de atendimento ainda deficitária, sobretudo, se pensada desde o ponto de vista do aumento populacional que tem ocasionado um grande impacto social, o que enseja, acreditamos, a necessidade de prepararmos-nos para esta nova realidade.

Igualmente, um dos grandes problemas que tem assolado Rio Grande, e o Rio Grande do Sul como um todo, são as diferentes expressões de violência contra

mulheres, crianças e adolescentes e outros grupos vulneráveis e o avanço do consumo de drogas entre a adolescência e juventude, principalmente diante da inexistência de políticas públicas que apresentem alternativas sócio-culturais saudáveis nas comunidades e bairros mais carentes. Desde o ponto de vista da equipe multi e interdisciplinar do CEREDH, o enfrentamento da violência perpassa pelo acesso a toda uma gama de políticas, bens e serviços sociais, como também, qualificação cidadã, ocupacional e profissional, fortalecendo o tecido social, ativando o vínculo entre os sujeitos e o contexto socioambiental em que estão inseridos, propiciando-lhes o seu “empowerment”.³⁸

Luís Alberto Warat (2010) é mestre ao tratar daquele direito clamado pelas minorias: “A rua grita. A rua grita e não é escutada pelos juízes, advogados, teóricos do Direito, professores (...) temos que reaprender a escutar a rua enquanto produtora do novo. O Direito Achado Na Rua, movimento que Warat foi idealizador, vem para arrematar o que objetivamos com a prática do empoderamento. Não basta somente que aquele, oriundo de uma comunidade subalterna empodere-se, tornando-se consciente do seu papel como sujeito de direito, dos seus próprios direitos e dos meios para reivindicá-los. É imprescindível que o Estado também alinhe suas normas, a fim de que se efetive o empoderamento de tais comunidades em sua totalidade. Por isso, Warat, em seus ensinamentos, não só nos explica que é necessário entender e atender às particularidades de uma sociedade, como também criar meios efetivos para que as

38 Segundo STOLZ, “O termo foi traduzido para o português como “empoderamento”. Chama a atenção nesse termo o radical “*power*” de *poder* que, desde a Ciência Política, costuma ser vinculado ao Estado –instituição que muitas vezes constitui-se em fonte de opressão, autoritarismo, abuso e dominação. Não obstante, no que aqui concerne, o termo *empoderar* é utilizado para definir o resultado do processo de repasse de informações, ferramentas e outros recursos para que a sociedade tenha acesso ao poder (ampli sensu), seja ele político, econômico, social ou cultural. Dessa forma, pode-se arguir que o conceito de *empoderamento* vai além da simples participação social, pois pressupõe: 1) uma participação crítica, informada e ativa que não pode ser confundida com a simples “presença” do indivíduo ao longo dos processos de decisão; 2) a inclusão da possibilidade de que o sujeito compreenda a realidade do seu meio social, político, econômico, ecológico e cultural, refletindo sobre os fatores que lhe dão forma, bem como a tomada de iniciativas no sentido de que, tanto individual como coletivamente, possa efetivamente melhorar dita realidade. Esse é um conceito sistêmico que reconhece que a tomada de decisões e controle por parte daqueles que antes não possuíam qualquer tipo de poder constitui-se, definitivamente, em uma necessária alteração e inclusive transformação do próprio sistema. Na proposta em tela, o termo *empoderamento*, constitui-se em uma forma de resistência, de luta, em uma fonte de emancipação.empoderamento”. STOLZ, Sheila. *O caráter universal, indivisível e interdependente dos Direitos Humanos: A exigibilidade/justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais previstos pelo Direito Internacional*, 2010.

demandas sejam alcançadas. É necessário, portanto, escutar todas as classes, desde teóricos do direito até líderes de comunidades, entrelaçando seus conhecimentos e experiências em busca de uma harmonização e de um efetivo estado democrático de direito.³⁹

Fundamentado no conceito de *transversalidade racial*, de *gênero*,⁴⁰ *etérea* e de *diversidades*⁴¹ e no entendimento de que os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados e, portanto, essenciais a dignidade e humanidade de cada pessoa, as atividades do CEREDH estão voltadas à promoção e defesa dos Direitos Humanos e de Cidadania, entre outros, das crianças e adolescentes, posto que são inúmeras as pesquisas que revelam índices elevados de exclusão, pauperização, discriminação⁴² e violência a que está expostos estes *grupos vulneráveis*⁴³. Tais fatores, ademais, dificultam a permanência na escola, o acesso ao trabalho, ao emprego e aos diversos serviços públicos e, dentre eles, a Justiça (Poder Judiciário), Instituição fundamental para a garantia efetiva dos direitos violados e/ou não cumpridos.

Neste diapasão, cabe salientar que o exercício pleno da cidadania e suas consequências práticas exigem a incorporação por todas/os as/os envolvidas/os de noções mais amplas sobre liberdade, autonomia, igualdade, solidariedade e respeito e no qual tanto os indivíduos pertencentes aos *grupos vulneráveis* como os demais tenham a mesma importância no seu valor humano, social e político. Em outros termos, busca-se, através das ações desenvolvidas pelo CEREDH, o efetivo empoderamento do público alvo por ele atendido.

39 WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

40 O conceito de *transversalidade de gênero* é tido aqui como sinônimo de *gender mainstreaming*, sobre sua origem histórica e raízes conceituais a partir dos feminismos.

41 A transversalidade de diversidades abrange a orientação sexual e afetiva dos indivíduos. Dita orientação é compreendida aqui como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

42 Em sentido amplo o termo discriminação é utilizado para mencionar a qualquer tipo de distinção, exclusão, restrição ou violação dos direitos humanos de uma pessoa e que impede, outrossim, que a comunidade política alcance a justiça social.

43 Entende-se por *grupos vulneráveis* aqueles grupos sociais que estão em relação de *desigualdade* com o restante da comunidade política. Sendo assim, o respeito a dignidade humana exige não somente a proteção dos indivíduos que pertencem a ditos grupos, mas também a superação das desigualdades sofridas por estes através da criação e implantação de medidas gerais e de natureza transitória de não-discriminação e de discriminação positiva.

3.1 Políticas públicas infante-juvenis

Os pressupostos que constituem as bases das políticas públicas sociais brasileiras destinadas à população infante-juvenil mudaram de forma significativa nas últimas décadas – particularmente a partir das décadas de 80 e 90 – tanto no que concerne ao enfoque como nas ações promovidas.

Parte desta nova perspectiva se deve, em âmbito interno, a promulgação da Constituição Federal de 1988 com a retomada da democracia e do respectivo estabelecimento do Estado de Direito Democrático, mas, principalmente, com a elaboração e publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) fruto de uma mobilização de diferentes setores da sociedade⁴⁴ que deu origem ao Fórum Nacional de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Fórum DCA). Desde o ponto de vista jurídico, a Lei nº 8.069/1990 propõe, tomando como base preceitos de garantia de direitos preconizados pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Organização das Nações Unidas, 1989) e da qual o Brasil é signatário⁴⁵, novos paradigmas de atenção à infância e adolescência estipulando normas que visam sua proteção e desenvolvimento integral conclamando, para tal fim, o envolvimento da família, da sociedade e do Estado a proverem ações acordes com seus objetivos precípuos e sem qualquer tipo de distinção ou discriminação.

Dentro desta perspectiva de ruptura com o velho paradigma proveniente da *doutrina da situação irregular dos “menores”* repudiam-se as práticas centralistas, unilaterais, assistencialistas, estigmatizadoras e segregadoras que sustentaram, por muitas décadas, a divisão entre “crianças e adolescentes” e “menores” – aqueles em situação de abandono e/ou em conflito com a lei.

Procura-se, com o advento da *doutrina da proteção integral*, ademais de redefinir os grupos de “crianças e adolescentes” sobre os quais as políticas públicas e ações sociais devem incidir⁴⁶, reconstruir o significado de tais grupos passando

44 Movimento que recolheu, no período de elaboração da Constituição Federal pela Assembléia Constituinte, mais de seis milhões de assinaturas com o intuito de garantir a criação de um artigo em âmbito constitucional que estabelecesse os direitos humanos de meninos e meninas.

45 Segundo o Decreto N.º. 99.710 de 21 de novembro de 1990.

46 Ainda que uma redefinição destes grupos tenha sido adotada, a realidade social não mudou substancialmente, pois continuam sendo majoritariamente as “crianças e os adolescentes” mais vulneráveis aos efeitos da pobreza e da exclusão social e os que representam algum tipo de ameaça à sociedade. Quase a metade dos 60 milhões de crianças e jovens brasileiros (até os 17 anos) nasce em famílias pobres, as quais encontram dificuldades em prover cuidados básicos adequados para seus filhos e filhas.

a considerá-los sujeitos de direito enfatizando-se, por conseguinte, seus superiores interesses e sua inclusão prioritária numa nova política de atendimento em rede e com práticas descentralizadoras.

Na ruptura com a centralização do atendimento e no respectivo comprometimento familiar, comunitário, bem como da sociedade civil e do Estado na direção da proteção integral à criança e ao adolescente, em efeito, na mudança de paradigmas jurídicos, jurisdicionais, políticos, sociais, psicológicos e pedagógicos com destaque para as possibilidades operacionais de proteção pela rede de garantias, como sistema, é que se encontra o foco de nosso trabalho. Tratar-se-á de expor, no que segue e de forma breve os fundamentos teóricos no qual se fundamenta a prática concretizada para, logo a seguir, averiguar a importância de adotar esta nova tendência bem como os meios possíveis de melhorar as oportunidades de vida para a população infantil e jovem de baixa renda no contexto urbano.

3.2 Sistema de apoio com vistas ao desenvolvimento integral das crianças e adolescentes:

A preocupação com o crescente aumento – no decorrer dos anos 80 – de meninas e meninos moradores/es de rua conduziu à criação de inúmeras organizações com o propósito de ajudá-las. Entre estas, está o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, uma rede nacional dedicada à advocacia e também ao treinamento dos chamados educadores de rua. Além das ações do Movimento, um grande número de projetos governamentais e não-governamentais veio ao encontro das/os meninas e meninos moradores/es de rua, procurando atender as suas necessidades e denunciando as situações de descaso e violência das quais eram e continuam sendo vítimas. Um dos ensinamentos mais importantes adquiridos com a concretização dos programas a eles destinados, foi a ênfase dada à capacidade das crianças e adolescentes em serem as/os agentes de seu próprio desenvolvimento e, portanto, de mudanças nas próprias vidas.⁴⁷ Outra importante contribuição de tais programas foi o desenvolvimento de uma metodologia de trabalho flexível e criativa no trato com este grupo social e que se revelou particularmente respeitosa com suas especificidades.⁴⁸

47 MYERS, W. Alternative services for street children: the brazilian approach. In: BEQUELE, A.; BOYDEN, J. *Combating child labour*. Geneva: International Labour Office, 1988.

48 CASTRO, M. R. de. *Retóricas da rua*: educador, criança e diálogos [Street rethorics: the educator, the child and dialogues]. Rio de Janeiro: EDUSU/AMAIS, 1997.

Não obstante, constatou-se a necessidade de ampliar o campo de ações para atuar com as crianças e adolescentes que ainda não estão vivendo ou trabalhando nas ruas, mas que possivelmente serão levadas a fazê-lo. Portanto, uma das questões que as políticas públicas e os programas sociais passaram a se dedicar tanto com recursos como através de ações próprias foi precisamente à prevenção de problemas e/à promoção de suporte visando o desenvolvimento integral de todas as crianças e jovens enquanto, todavia, ligadas às suas famílias, escolas e comunidades.

Tomando como base a geração de condições mais adequadas ao desenvolvimento integral de todas as crianças e jovens a equipe do CEREDH adotou, como ponto de partida, a inclusão dos pais e/ou demais responsáveis, bem como as próprias envolvidas no processo de identificação dos tipos de apoio a serem priorizados no seu atendimento. Entende-se, neste sentido, que qualquer pessoa, independente de seu nível educacional, econômico e etário é capaz de dizer o que gostaria para si própria, para seus filh@s, para as/os afetos sobre sua guarda e responsabilidade, para as/os amig@s, para sua vizinhança e chegar, portanto, a um consenso junto com a família e a comunidade – escolar e de moradia – do que seria mais importante focalizar e fazer. Ações interventivas de redes de proteção social são fundamentais e legitimadas pela situação de vulnerabilidade e inexistência de oportunidades igualitárias de acesso a bens e serviços. O CEREDH tem por escopo a prevenção de situações de risco, por intermédio do desenvolvimento das potencialidades de cada indivíduo e o fortalecimento de seus vínculos familiares e comunitários. Fundamentado na defesa dos Direitos Humanos e na busca da Proteção Integral da Criança e do Adolescente o trabalho realizado pelo CEREDH é mediado pelos seguintes procedimentos: triagem; entrevista individual; visitas domiciliares; acompanhamento psicossocial; avaliação psicológica, psicodiagnóstico e diagnóstico social; oficinas temáticas e itinerantes com crianças e adolescentes; reuniões de orientações a pais e familiares e ações comunitárias. Além de atendimentos de conciliação e resolução de conflitos e, quando couber, de interposição de ações judiciais.

A equipe do CEREDH depara-se em seu cotidiano de trabalho com diversas expressões da marginalização e exclusão social que refletem na vida de cada usuário. No que concerne as demandas, entre os vários motivos de encaminhamento destacam-se: dificuldades interpessoais entre os familiares; dificuldades de aprendizagem; transtorno de déficit de atenção e/ou hiperatividade; comportamento agressivo da criança/adolescente, tanto na escola quanto na família; dependência química no contexto familiar – seguidos de suspeita de violência doméstica e/ou psicológica; histórico de abandono ; abuso sexual; familiar apenado; casos de negligência; bullying; suspeita de transtorno alimentar; suspeita de transtorno de conduta; risco e/ou idéias

suicidas. Neste contexto, se intervém na defesa do direito humano à singularidade e na tarefa de mostrar à sociedade novas possibilidades de atuação, de forma a romper com sistemas e paradigmas.

Nessa perspectiva, a atuação interdisciplinar possibilita o apoio e o desenvolvimento de habilidades, tanto para a criança e adolescente, quanto para a família desta, que poderá assim lidar com o seu adoecimento e buscar uma melhor qualidade de vida. Assim, os atendimentos psico-sociais (e também jurídicos) realizados buscam propiciar a construção de espaços viabilizadores de acolhimento e a construção dos vínculos, contribuindo para a reflexão e a problematização de práticas que se propõem coletivas. Tal atuação investe no fortalecimento das relações locais, propondo-se a reconhecer e legitimar a diversidade nesses espaços de encontro resgatando, consequentemente, a cidadania dos atores sociais envolvidos.

É importante ressaltar que o desenvolvimento das diversas ações que o CEREDH vem realizando se materializa em função das importantes parcerias com outros Centros e Núcleos que formam, no âmbito da FURG, a rede de apoio à comunidade. Estas parcerias aprofundam os diferentes olhares e potencializam a busca de novas estratégias que proporcionem o exercício efetivo da cidadania dos sujeitos, pois a construção das novas cidadanias começa por aquilo que se tem, projetando a reflexão, as idéias e as ações para o futuro (Ibernón, 2006).

3.3. Vulnerabilidade social e violência doméstica

Segundo Katzman (2005) os lugares vulneráveis são aqueles que apresentam riscos para os indivíduos, com a impossibilidade de acesso e condições habitacionais, sanitárias, educacionais e de trabalho. Conforme Ayres (1999), a vulnerabilidade está na falta ou na não-condição de acesso a bens materiais e bens de serviço que possam suprir aquilo que pode tornar o indivíduo vulnerável. Dessa forma, a condição de baixo salário, falta de acesso a água potável encanada, a ausência de saneamento básico, o baixo grau de instrução escolar somado a não participação em canais deliberativos das políticas públicas ou em outros espaços públicos de participação os tornam sujeitos em condição de vulnerabilidade social. No caso da população infanto-juvenil, Malvasi (2008) afirma que a vulnerabilidade está associada a alguns aspectos negativos, como por exemplo: a carência e/ou deficiência de garantia dos direitos e oportunidades nas áreas de educação, saúde e proteção social, o envolvimento com drogas e situações de violência (doméstica e comunitária), a situação de rua, a exploração sexual, o trabalho infantil, dentre outras.

A reversão dessa condição vivenciada pelo público que reside no entorno do Campus Carreiros da FURG implica na formação de uma complexa rede de serviços voltada à garantia dos direitos fundamentais, articulando as diversas políticas setoriais, buscando a integração de ações com vistas ao atendimento às necessidades e possibilitando que os vários tipos de atendimentos, indispensáveis ao pleno desenvolvimento do ser humano, sejam prestados no momento adequado, simultâneo e articuladamente. No ano de 2011 parte da comunidade residente no entorno do Campus Carreiros da FURG foi contemplada com uma pesquisa desenvolvida pelo Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente (CAIC/FURG) que objetivou identificar e conhecer as demandas da população. A pesquisa compreendeu um detalhamento contextual da comunidade, suas características, problemas socioeconômicos, desemprego e renda, déficit habitacional, estratégias de sobrevivência e degradação ambiental, isto é, enumerou exaustivamente as diversas precariedades de suas condições de vida. Os indicadores socioeconômicos e ambientais revelaram a acentuada situação de vulnerabilidade social e pessoal na que está submersa e exposta esta comunidade.

Fatores de riscos sociais para crianças, adolescentes e demais moradoras/es também foram dados relevantes da pesquisa. Foram registrados relatos de ameaças e mortes nas comunidades, o que evidencia risco social importante – entende-se por situação de risco as circunstâncias de vida a qual as pessoas estão expostas à violência, ao uso de drogas e a um conjunto de experiências relacionadas às privações de ordem afetiva, cultural, socioeconômica e ambiental que desfavorecem o pleno desenvolvimento bio-psico-social. Quanto às ameaças, o bairro São Miguel, por exemplo, obteve os registros mais preocupantes já que 93% dos moradores se sentem ameaçados. Com relação às mortes na comunidade, destaca-se o bairro Castelo Branco com 16% de casos.

No que concerne a violência doméstica e, em particular, a exercida contra crianças e adolescentes, ela é identificada frequentemente nos casos atendidos pela equipe do CEREDH. Neste sentido, se está implementando um trabalho de prevenção, detecção e minimização da violência doméstica através de oficinas temáticas e itinerantes com crianças e adolescentes⁴⁹.

49 Abordando temas como Direitos Humanos, preconceito racial, gênero, cidadania, saúde, consciência ambiental, identidade pessoal, auto-estima, fortalecimento dos vínculos grupais tem-se realizado Oficinas de Vivências que abordam desde a dimensão afetivo-emocional da pessoa, como também, a desconstrução e reconstrução social dos valores, das crenças, dos preconceitos e dos tabus sociais e historicamente construídos. Efetivamente o grupo participante das Oficinas de

4. CONCLUSÃO

Embora comunidades em situação de risco façam parte de um grupo com muitas necessidades precisamente por suas condições de vida acabam tendo dificuldades de acesso aos serviços públicos existentes em seus bairros de origem, agravando a situação de risco em que se encontram. Neste âmbito, as ações desenvolvidas pelo CEREDH, a partir do acolhimento das comunidades, estão focadas em facilitar o acesso e a permanência do/no serviço.

Em síntese, o programa tem pretendido desenvolver e articular ações de ampliação e garantia dos direitos individuais, socioassistenciais e do exercício pleno da cidadania formando, através de propostas multi e interdisciplinares realizadas por meio de ações de pesquisa, extensão e ensino intervenções efetivas na Zona Oeste do município do Rio Grande/RS. Sendo assim, as diversas ações levadas a termo pelo CEREDH estão focadas em potencializar os sujeitos corroborando para a transformação de suas realidades e, conseqüentemente, para o desenvolvimento pleno de suas capacidades individuais e cidadãs.

Em concordância com WOLKMER (2012), é preciso, portanto, “realçar o processo de formação da normatividade em função das contradições, interesses e necessidades de sujeitos sociais emergentes.” Nossa busca, através do projeto, não é só de uma mudança de visão, quebrando paradigmas e desfazendo amarras de um conhecimento hegemônico imposto como se fosse por osmose. Buscamos, mesmo que de modo singelo, a mudança na normatividade de nosso Estado. Buscamos, na verdade, o alcance de um pluralismo jurídico.

5. REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. G.; PINHEIRO, I. C.; (et.al). *Juventude, violência e Vulnerabilidade social na américa latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: Unesco, 2002.
- AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V.N.A. *Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder*. São Paulo: IGLU, 1989.
- AYRES, J.R; (Et al.) Vulnerabilidade e prevenção em tempo de aids. In: BARBOSA, R.M., PARKER, R. (Orgs). *Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ, 1999, p. 49-72.
- CASTRO, M. R. de. *Retóricas da rua: educador, criança e diálogos* [Street rethorics: the educator, the child and dialogues]. Rio de Janeiro: EDUSU/AMAI, 1997.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). *Código de Ética do Psicólogo*. Brasília, 2005.

Vivências se torna, por algumas horas, a possibilidade real de experimentação de novos padrões de relacionamento e de problematização dos papéis sociais.

- ELSON, Diane; CAGATAY, Nillufer. El contenido social de las políticas macroeconómicas. In: VILLOTA, Paloma de (Org). *Economía y género: macroeconomía, política fiscal y liberalización: análisis de su impacto sobre las mujeres*. Barcelona: Icaria, 2003. p. 75-110.
- GOMES, Romeu et al. Por que as crianças são maltratadas?: Explicações para a prática de maus-tratos infantis na literatura. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, June 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311-X2002000300019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 Jun. 2013.
- IBGE. *Síntese dos Indicadores Sociais de 2008*. Disponível em <<<http://www.ibge.gov.br>>>. Acesso em 11 jun. 2011.
- IBGE. *Censo Demográfico 2000: Dados da amostra*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <<<http://www.ibge.gov.br>>>. Acesso em: 12 abr. 2011.
- IMBERNÓN, F. As cidadanias como eixos fundamentais da educação. In: Educação e Cidadania. *Revista Pedagógica*, novembro 2005/janeiro 2006.
- KAZTMAN, R. Vulnerabilidad y exclusión social: una propuesta metodológica para el Estudio de las condiciones de vida de los hogares. *Documento de Trabajo 107*. Chile: Oficina Internacional del Trabajo (OIT)Fundación Ford, 2005.
- MALVASI, P.A. Ongo, vulnerabilidade juvenil e reconhecimento cultural: eficácia simbólica e dilemas. Interface comunicação, saúde e educação. *Interface (Botucatu)* [online],2008, vol.12, n.26, p. 605-617.
- MYERS, W. Alternative services for street children: the brazilian approach. In: BEQUELE, A.; BOYDEN, J. *Combating child labour*. Geneva: International Labour Office, 1988.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Informe sobre Desarrollo Humano*. New York: Mundi Prensa, 2002.
- SOUZA, E. R. Processos, sistemas e métodos de informação em acidentes e violências no âmbito da saúde pública. In: Minayo M. C. S., Deslandes S. F., organizadoras. *Caminhos do pensamento: epistemologia e método*. Rio de Janeiro, 2002.
- STOLZ, Sheila. *O caráter universal, indivisível e interdependente dos Direitos Humanos: A exigibilidade/justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais previstos pelo Direito Internacional*, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Novo Paradigma de Legitimação*. Disponível em: <<<http://www.mundojuridico.adv.br>>>. Acesso em 27 ago. 2012

Capítulo 41

A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO ÂMBITO DAS ORGANIZAÇÕES SUPRA-NACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A SUA RESPECTIVA INFLUÊNCIA NA PROMULGAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA¹

Rafaela Seixas Fontes²

1. INTRODUÇÃO

Direitos humanos das mulheres nem sempre foram uma espécie do gênero direitos humanos. Muito pelo contrário, a primeira Declaração Universal dos Direitos do Homem Cidadão (1789) não concebia as mulheres enquanto sujeitos de direitos, sendo guilhotinada a primeira mulher que publicou a declaração de igualdade e liberdade das mulheres.³ O que nos leva a considerar que o nascimento do conceito mesmo de direitos humanos, enquanto que parte de uma tradição iluminista, surge já de forma excludente.

Enquanto que uma construção histórica particular, porque ocidental, mas que não se reconhece como tal, pois aspira a universalidade abstrata, o conceito de direitos humanos privilegia certos comportamentos em detrimento do reconhecimento e da promoção das diversas subjetividades. Assim, aqueles tornam-se, enquanto discurso, uma fonte duvidosa para a libertação⁴ dos diferentes grupos de oprimidos em geral e em específico das diferentes mulheres em diversas partes do mundo.

1 Este artigo foi desenvolvido no bojo da execução do projeto de iniciação científica intitulado: “A política criminal da lei Maria da Penha em uma perspectiva comparada entre Brasil e Europa” e financiada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) durante os meses de outubro de 2011 a julho de 2012.

2 Universidade Federal da Bahia (UFBA). Endereço eletrônico: rafaela.fontes@gmail.com.

3 Em 1791, na França, Marie Gouze, sob o pseudônimo de Olympe de Gouges, publicou a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. Em 6 de novembro de 1793, em pleno período jacobino, Gouze foi guilhotinada devido as suas idéias abolicionistas e feministas. Apesar da proclamação da igualdade e da liberdade desde 1789, a França foi um dos últimos países do mundo a adotar o voto feminino, em 1945.

4 Ver o conceito de libertação em: FREIRE, Paulo. *Conscientização: Teoria e Prática da Libertação*. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

Ainda que o conceito inicial de direitos humanos, enquanto liberdades civis e políticas (direitos de barreira), tenha sido ampliado com os direitos prestacionais de ordem econômica e social, a dificuldade em harmonizar ambos persiste devido, muitas vezes, ao caráter contraditório dos mesmos. Como ressalta Popovic e Pinheiro (1996), a igualdade traduzida em direitos sociais impõe limites as liberdades individuais, especialmente ao direito de propriedade. Assim, por se tratar de uma ordem capitalista, a qual pende sempre para uma maior acumulação de renda, em detrimento da distribuição, os direitos humanos prestacionais e redistributivos tendem a ter a sua realização limitada. O que, em última instância, representa, como já reconheceu a própria ONU (1993), a realização limitada também das liberdades e dos direitos civis, já que existe uma interdependência e indivisibilidade entre os direitos de primeira e segunda geração.

A violência contra a mulher, enquanto que um padrão de discriminação específico e sistemático, o qual atinge particularmente aquela, só começou a ser debatida a nível global muito recentemente, a partir de 1975, quando a ONU criou o dia Internacional da Mulher (Blay, 2003). Poucos anos depois, em 1979, a primeira convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) fora assinada. Mas, foi somente em 1993, na reunião da Comissão de Direitos Humanos, em Viena, que as violências sofridas pelas mulheres foram, pela primeira vez, reconhecidas como uma violação aos direitos humanos (ONU, 1993). Logo após, em 1995, fora adotada, também no âmbito das Nações Unidas, a declaração e a plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada em Pequim. Neste mesmo ano, o PNUD lança o primeiro e até agora o único relatório temático sobre gênero e desenvolvimento (PNUD, 1995).

A problematização da violência contra a mulher como um assunto incontornável nas discussões sobre direitos humanos é, sem dúvida, um inquestionável progresso para a desnaturalização das diferentes dimensões desses constrangimentos. Um inquestionável progresso ainda para o desenvolvimento do conceito mesmo de direitos humanos, uma vez que a aproximação com o movimento feminista permitiu a problematização do universalismo abstrato em que aquele se baseava. Afinal, a promoção da igualdade entre homens e mulheres perpassa também por ações específicas (de titularidade determinada), as quais, longe de promoverem o “bem comum”, buscam, sobretudo, a desconstrução de estereótipos e o reconhecimento das identidades subjugadas. Entretanto, faz-se necessário o questionamento do contexto e das condições em que esse reconhecimento, a nível internacional, ocorreu. A época que marca a inserção da questão de gênero no contexto político internacional e nos debates sobre direitos humanos, é, sobretudo, a década de 1990. Este é, coincidentemente,

o momento de penetração da racionalidade do Banco Mundial nas instâncias supra-nacionais de proteção aos direitos humanos, sobretudo nas questões de gênero⁵. Ou seja, trata-se do abandono ou da descrença no papel do estado como impulsionador de políticas macroeconômicas redistributivas como o contexto propício para o reconhecimento da transversalidade da questão de gênero nas questões relativas ao desenvolvimento e a promoção da paz na comunidade internacional.

A bibliografia nacional consultada (Santos, 2006, 2007; Blay, 2003; Sardenberg, Tavares, Gomes, 2011), que trata da influência dessas instâncias supra-nacionais de direitos humanos com a criação da lei Maria da Penha⁶ (BRASIL, 2006), é silente sobre este contexto neoliberal que, a partir da década de 1990, influencia o conceito mesmo de direitos humanos das mulheres.

O que é ressaltado de maneira geral é o efeito positivo da utilização dessas jurisdições supra-nacionais não apenas com vistas à solução do caso individual em concreto, mas principalmente para se criar precedentes que tenham impacto na política, cultura e sociedade brasileira. Através da repolitização interna da questão, existiria uma reconstrução do conceito de direitos humanos das mulheres, saindo da perspectiva de uma litigância individual, na qual se busca a reparação do direito da vítima, para uma perspectiva de garantia de direitos difusos e coletivos.

O que este artigo busca demonstrar, entretanto, é a influência da racionalidade do Banco Mundial, na agenda e na mobilização das instituições supra-nacionais de garantias dos direitos humanos, especificamente a ONU e a OEA, e como esse contexto influenciou na criação da atual lei 113.40/06. Tal racionalidade, a nosso entender, vai de encontro aos ideais do próprio movimento feminista, o qual caracterizou, nos anos 1960 e 1970, a violência contra a mulher enquanto problema sistêmico, necessitando, para a sua superação, de políticas macro, as quais promovessem a redistribuição de bens e a libertação em todas as esferas da sociedade. Problematizamos, assim, o atual conceito de direitos humanos das mulheres através do marco da justiça de gênero.⁷

5 CHOSSUDOVSKEY, Michel. The World Bank derogates women's rights: outcomes from Beijing. *Development in Practice*, Vol.6, N°1 (Feb., 1996). P.65-67; TREILLET, Stéphanie, L'instrumentalisation du genre dans le nouveau consensus de Washington, *Actuel Marx*, 2008/2 n° 44, p. 53-67.

6 A lei Maria da Penha (lei 11.340/2006) é a primeira lei federal específica a trazer um programa integrado de políticas públicas para o enfrentamento da violência contra a mulher, no Brasil. As medidas prescritas na lei se dividem entre prevenção, assistência à mulher e criminalização da violência.

7 FRASER, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*. Éditions La Découverte, Paris. 2011; FRASER, Nancy. *Marchandisation, protection sociale et émancipation: Les ambi-*

2. A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DE GÊNERO: ENTRE RECONHECIMENTO E REDISTRIBUIÇÃO

A longa história de subordinação da mulher, segundo Segato (2003), acompanha mesmo a própria história da humanidade. A instituição do primeiro tabu⁸ - a proibição do incesto - traria consigo o primeiro ato de violência contra a mulher - a coisificação do corpo da mesma e o estupro, uma vez que esta seria trocada como tributo entre as tribos, sendo assim, a condição *sine qua non* para a criação do primeiro tabu do incesto.

Com o objetivo de problematizar essa subordinação, baseada em uma divisão de papéis fixos e no estabelecimento de condutas determinadas para o homem e para a mulher, a segunda onda⁹ do movimento feminista formulou o conceito de

valences du féminisme dans la crise du capitalisme. *Revue de l'OFCE*, 2010/3. N° 114; FRASER, Nancy. "Feminism, capitalism and the cunning of history". *New Left Review*. n° 56. Mar/Apr 2009. p.11-28.

8 O incesto, o primeiro tabu, é situado pelos antropólogos como o elemento que distingue a espécie humana dos outros animais, sendo aquele demarcador do surgimento da cultura. Segato (2003) questiona entretanto que o estabelecimento de um contrato instituinte da igualdade entre os pares - os homens - só é possível mediante a troca/coisificação das mulheres como um tributo. Assim, "sólo la primera ley no biológica, nos dice persuasivamente Lévi-Strauss, puede ser una ley humana, puede ser una ley en sociedad, y esta ley es la misma ley del padre en el vocabulario laciano: la prohibición del incesto (...). En el plano a la vez mítico y lógico en que Pateman formula su modelo, es justamente la violación -y no el asesinato del padre, como en el modelo freudiano de Tótem y tabú- la que instaura la primera ley, el orden del estatus. En este contexto argumentativo, en el cual se señala el hecho de que las relaciones de género obedecen a estructuras de orden muy arcaico y responden a un tiempo extraordinariamente lento. (...) Sin embargo, afirma Pateman, la estructura de género nunca adquiere un carácter completamente contractual, y su régimen permanente es el estatus. A autora concluyó que: "Es solamente al ultrapasar la estructura simbólica patriarcal (baseada em um regime hierárquico de status e poder, e não no contrato social) que la humanidad saldrá, finalmente, de su prehistoria". SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementales de la violencia: Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos* - 1° ed.- Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

9 A "segunda onda" pode ser entendida como a retomada do movimento feminista nos anos 1960 e 1970. Surge, assim, no bojo dos movimentos de contra-cultura. Podemos afirmar que enquanto a primeira onda do feminismo queria a ampliação do contrato social para as mulheres, a segunda buscava uma transformação radical, questionando mesmo os fundamentos desse contrato. Essa caracterizou-se, então, como uma crítica sistêmica do modo como a sociedade estava organizada. Assim, a segunda onda apontou as contradições androcêntricas, westphalianas, economicistas e estatistas (ver Fraser, 2009, op. cit.) do estado de bem-estar social e nos estados desenvolvimentistas. A crítica feminista dos anos 1960 e 1970 também se ancorou no questiona-

gênero. Este pode ser entendido como uma construção arbitrária do biológico, sobretudo do corpo, atribuindo-lhe funções, diferenciações e hierarquias para distinguir o masculino do feminino, o público do privado, a razão da sensibilidade, o ativo do passivo, o forte do frágil e assim por diante.

Apesar do enfoque dado para a desconstrução de padrões e estereótipos, o enfrentamento das desigualdades baseadas no gênero exige uma concepção de justiça que ataque as desigualdades tanto no plano material, quanto a nível simbólico. Utilizamo-nos, assim, da concepção de justiça social de Fraser (2009, 2011), tendo em vista que aquela se baseia nas reivindicações da segunda onda do movimento feminista.

A realização da justiça de gênero perpassa, então, pelas reivindicações de *reconhecimento* da diferença no campo cultural e simbólico, e de *redistribuição* de renda e de bens no campo da economia política.

Em relação a necessidade de reconhecimento, os padrões androcêntricos (a construção autoritária de normas que privilegiam as características associadas ao masculino e desvalorizam os comportamentos definidos como femininos) são excluídos na medida em que primeiro impõem um estereótipo rígido a cada qual e em seguida inferiorizam os comportamentos que se distanciam daquilo que é associado com o masculino, negando, portanto, importância e valor às condutas que se distanciam da norma universalista. Esta última, longe de ser abstrata e neutra, representa a generalização de particularismos, quais sejam, os símbolos arbitrariamente associados com a masculinidade. Por sua vez, a negação de reconhecimento passa a constituir um princípio organizador da economia política, fundando uma relação institucionalizada de subordinação social. Ou seja, a desvalorização dos comportamentos que se distanciam do padrão androcêntrico não é somente veiculada enquanto um discurso cultural difuso, mas através de instituições que operam por meio desses padrões culturais dominantes.¹⁰

A necessidade da redistribuição e do reconhecimento estão, na prática, imbricadas, pois não existe uma desigualdade material que não possua a sua simbologia e significação, que não se reproduza por meio da cultura, ao mesmo que, por mais cultural que uma desigualdade seja, ela é sempre uma representação sobre uma realidade fática (ou ao menos passível de materialização).

mento da centralidade da questão de classe e, através das diferentes ramificações do feminismo (negro, socialista, anti-imperialista), lutou-se insistentemente contra a centralidade do conceito de gênero. Daí aquele ser um movimento pioneiro nas análises que focam na interseccionalidade das injustiças sociais.

10 FRASER, 2011, op. cit.

Deste modo, a segunda onda do feminismo nos alertou que a injustiça econômica e a injustiça cultural estão conectadas de tal forma que acabam por se reforçar mutuamente. A questão de gênero é assim concebida como uma questão “mista”, pois deve a sua existência tanto a dimensão econômica quanto a dimensão cultural da sociedade. Ou seja, é uma questão afetada tanto pela má distribuição de bens e recursos como pela negação, pelo não reconhecimento das identidades. Assim, o gênero é um princípio organizador da economia política, a que denominamos de divisão sexual do trabalho. Aquele é o pilar de sustentação da divisão fundamental entre trabalho produtivo e remunerado e o trabalho reprodutivo, doméstico e gratuito. Gênero ainda estrutura a divisão entre atividades profissionais bem remuneradas e o setor de serviços e o mercado de trabalho informal e mal remunerado¹¹. Neste aspecto, é possível uma analogia com a questão de classe, “a justiça entre os sexos requer uma transformação da economia política que não seja estruturada no gênero”,¹² ou seja, que não esteja estruturada na divisão sexual do trabalho.

Por outro lado, o androcentrismo, como vimos, não deixa de constituir também um fator preponderante das desigualdades de gênero. Sair de uma cultura androcêntrica implica o reconhecimento positivo do gênero desvalorizado, bem como a desconstrução dos estereótipos.

Deste modo, nem as políticas redistributivas nem as políticas de reconhecimento e desconstrução das hierarquias culturais e simbólicas, quando tomadas isoladamente, podem constituir uma proposição séria para o enfrentamento da desigualdade de gênero.

O movimento feminista dos anos 60 e 70 soube muito bem demonstrar o androcentrismo marcante das políticas de estado. A construção dos programas sociais e da economia destinava-se ao homem, trabalhador e provedor da família, corroborando, assim, para a manutenção da divisão sexual do trabalho. E, ao mesmo tempo em que legitimava essa divisão, a economia política também desvalorizava os estereótipos associados ao feminino. Uma vez que ao valorizar o trabalho assalariado, a cultura do fordismo obscureceu a importância social do trabalho doméstico e reprodutivo. As feministas também apontaram que tanto o estado desenvolvimentista (nos países assim chamados de terceiro mundo) como o providência (nos países considerados como de primeiro mundo) tratavam os cidadãos como clientes, despolitizando as questões ligadas ao trabalho e relegando-as a técnica e a burocracia de especialistas. O Estado desenvolvimentista também era justamente mencionado como westphaliano, pois as obrigações de justiça eram devidas somente aos nacionais. Finalmente, o

11 Ver gráfico 1 e 2 do anexo sobre a realidade brasileira.

12 FRASER, 2011, op. cit., 26.

estado providência e o Estado Desenvolvimentista reduziam a questão da injustiça social à desigualdade de classe.¹³

As críticas do movimento feminista dos anos 1960 e 1970 demonstraram o quanto o pacto capital e trabalho era uma política excludente para as mulheres e como a realização da justiça social ia muito além da questão econômica. A segunda onda do movimento feminista caracterizou-se, então, como uma crítica política e cultural ao estado e a sociedade, a qual propunha além da redistribuição, o reconhecimento da desigualdade de gênero e a representação política das mulheres.

Era primeiramente necessário desvelar as injustiças e as explorações praticadas em outros lugares (que não necessariamente nas relações de trabalho) para trazer a tona a questão de gênero. Assim, politiza-se a família, as tradições culturais e a sociedade civil como espaços de tensões e conflitos até então naturalizados como espaços de autonomia política, fora da intervenção estatal. Por isso hoje, fala-se não apenas na desigualdade econômica, mas em hierarquias e assimetrias. Rejeita-se a centralidade da categoria classe, procurando, então, não trabalhar mais com nenhuma centralidade. Ao invés de se buscar a centralidade de gênero, busca-se a transversalidade desta questão, a qual perpassa diversas outras. A submissão da mulher é assim entendida enquanto que sistêmica, arraigada nas diferentes estruturas da sociedade. Foi esta percepção do feminismo, de transformação radical da sociedade, (única que possibilitaria a libertação das mulheres) que colocou o movimento na mais ampla concepção de emancipação de todos os tempos.

3. O CONTEXTO NEOLIBERAL E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Hoje, entretanto, no atual contexto neoliberal, não se trata somente de criticar as políticas públicas de caráter androcêntrico, westphaliano e economicista, mas, sobretudo, de reivindicar a existência mesmo de políticas públicas redistributivas. Tal reivindicação, ao que nos parece, vem sendo deixada de lado no discurso das organizações internacionais e dos movimentos feministas a elas articuladas, no tocante a promoção da justiça de gênero.

Assim, no discurso do Banco Mundial, instituição econômica dedicada a diretrizes macro para a promoção do (sub)desenvolvimento, o enfrentamento das desigualdades de gênero seria compatível com um conjunto de políticas, a nível ma-

13 FRASER, 2009, op. cit.

cro-econômico, as quais configuram o que aqui denominamos de neoliberalismo¹⁴: a privatização¹⁵; a desregulação¹⁶; a estabilidade macro-econômica¹⁷ e a compressão

14 Chossudovsky, 1996, *op. cit.*, CHOSSUDOVSKY, Michel. Global Poverty in the Late 20th Century. *Journal of International Affairs*, Outono de 1998, 52, n°1. CIDH. *Relatório N° 54/01.Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes X Brasil. Em 4 de abril de 2001*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/120_51.htm>>. Acesso em 02 de abr de 2012.; Treillet, *op. cit.*

15 Frequentemente acompanhada da desnacionalização, a privatização representa a quebra de monopólio da exploração de setores antes de competência e titularidade do Estado, por serem considerados estratégicos para a economia; ou no âmbito dos serviços públicos, representando a destruição desse conceito, uma vez que este deixa de ser entendido como direitos básicos da população e passam a ser percebidos como um produto de consumo, ainda que diferenciado, pois sob o regime de contratos administrativos especiais que prezam pela supremacia do interesse público. A privatização (destruição) dos serviços públicos implica o encarecimento destes e a restrição de seu acesso para a parcela da população que pode por eles pagar. Isso interfere diretamente na (não) garantia dos direitos fundamentais, principalmente aqueles de ordem econômica e social. Já a quebra de monopólio de setores estratégicos da economia faz referência a venda de indústrias de base como a mineração, a siderurgia, a indústria petroquímica, dentre outras. A quebra de monopólio, no Brasil, dá-se, no ordenamento jurídico, com a emenda constitucional (EC) de n°9/1995, a qual prevê a contratação de empresas privadas para a realização das atividades que constituem monopólio da União. De titular, a União passa a ser um mero gestor.

16A desregulação é a outra face da privatização. Quebra-se o monopólio ou extingue-se um serviço público e através de novas figuras do contrato administrativo como a concessão, permissões, convênios e consórcios, desregula-se a atividade. Se anteriormente o estado desenvolvimentista possuía o monopólio para, através deste, regular minimamente a economia, influenciando as áreas estratégicas que o setor privado deveria investir, hoje, as formas contratuais que permitem ao Estado fiscalizar a atividade das empresas contratadas não possuem um artigo que privilegie o interesse nacional. O lucro, a produtividade e a eficiência são, sobretudo, os fins visados.

17 A estabilidade macroeconômica é representada especialmente pela política de redução e controle da inflação. A qual, no caso brasileiro, foi construída sob a base de um lastro fictício, ou melhor, de um capital especulativo. Através do incentivo de juros altos, atraíu-se especuladores de todo o mundo. Por exemplo, segundo o documento “Estabilidade Macroeconômica e Crescimento” publicado pelo Banco Central (2010), o valor do câmbio flutuante e das reservas internacionais do Brasil em fevereiro de 2010 eram de 241 bilhões de reais. Assim, por um lado, aumenta-se os juros, por outro abre-se a economia para investidores estrangeiros na bolsa de valores. Também no que se refere a abertura, Pinheiro et al (2001) apud Fochezatto (2003) afirmam que no período de 1988 a 1995, a tarifa média sobre as importações baixou de 51% para 12%, a maioria das barreiras não tarifárias foi eliminada, o que facilitou o acesso do capital estrangeiro e debilitou a indústria nacional. Entretanto, esta política de estabilidade, abertura do país e aumento dos juros, se por um lado mantém a inflação baixa e possibilita o aumento da demanda doméstica, por outro mantém constante juros exorbitantes que prejudicam o consumo, destroem a indústria nacional, e, conseqüentemente, o crescimento da economia.

orçamentária¹⁸. Através dessas receitas, que ficaram conhecidas sob o nome de “reajuste estrutural”, o neoliberalismo propõe a eliminação das ferramentas de controle do capitalismo.

Neste novo contexto, o papel do estado não é mais o de propulsor de políticas públicas universais, macroeconômicas, mas o de mero gestor do mercado. O próprio lugar da política é redesenhado e as decisões passam a seguir a lógica não mais do interesse nacional, como no Estado desenvolvimentista, mas sim à lógica de um suposto interesse “global” (ou melhor, o interesse dos investidores estrangeiros).¹⁹

De universal, a atuação estatal passa a ser residual e pontual. Este novo papel reflete-se, sobretudo, na reformulação das políticas públicas, as quais perdem o seu aspecto de estratégias macro-econômicas, passando a ser pontuais e designadas para um segmento ínfimo da população.

Fraser (2009) aponta como um dos principais impactos do neoliberalismo no movimento feminista, a pressão daquele para transformar este último em uma política identitária que luta somente para o reconhecimento das diferenças. Como bem ilustra,

o capitalismo prefere muito mais confrontar o clamor de reconhecimento do que os clamores de redistribuição, quando estar-se a construir um novo regime de acumulação que tem como base o trabalho assalariado das mulheres, e busca desconectar os mercados da regulação social para operar mais livremente na escala global.²⁰

18 Compressão orçamentária é a redução de gastos públicos. Ou seja, parte-se de uma perspectiva em que investimentos na educação, na saúde, na moradia são considerados gastos.

19 É assim que, por exemplo, dos R\$ 2.257.289.322.537,00 (dois trilhões, duzentos e cinquenta e sete bilhões, duzentos e oitenta e nove milhões, trezentos e vinte e dois mil quinhentos e trinta e sete reais) aprovados pela lei orçamentária anual de 2012, 47,19% deste valor destina-se aos juros e as arrotizações da dívida pública (externa e interna, mas, desde meados de 2005, principalmente a dívida interna) brasileira. Totalizando um gasto de R\$ 1.014.737.844.451,00 (um trilhão, quatorze bilhões, setecentos e trinta e sete milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e um reais). A parcela do orçamento prevista para “direitos da cidadania” (cujos programas de prevenção da violência doméstica e assistência à mulher estão incluídos) é de 0,07%. O equivalente destinado à habitação foi de 0,05%, ao trabalho 1,97% e 0,43% para Segurança Pública. Segundo documento “A dívida e a questão de gênero”, publicado pela ONG “Auditoria Cidadã da Dívida” (2011), em 2010, o valor anual gasto com ações de proteção à mulher foi 78 vezes menor que o destinado diariamente para a dívida pública. Para informação mais detalhada sobre a divisão do orçamento público em 2012, ver gráfico 3 e tabela 4, em anexo.

20 FRASER, 2009, op. cit. 115.

4. O SEGUNDO CONSENSO DE WASHINGTON

A partir de 1990, o Banco Mundial, pela primeira vez, começa a incorporar as críticas das feministas, sobretudo dos países anglo-saxões, em seus projetos e programas de empréstimos (Treillet, 2008). Essas críticas foram feitas a primeira geração dos planos de reajuste estrutural do Banco, na década de 1980, os quais desconsideravam o desigual acesso das mulheres latino/afro-americanas e africanas ao crédito, à terra, a propriedade, etc.

Assim, assimtos, a uma transformação e mesmo uma redefinição do Consenso de Washington²¹ (Stiglitz, 2000 apud Treillet, 2008). As discriminações passam a ser consideradas como entraves a produtividade. A questão de gênero é instrumentalizada e a sua relevância é sempre associada a um investimento rentável.

Na mesma perspectiva, o relatório do Banco Interamericano de Desenvolvimento (1999) apud Treillet (2008) sobre o enfrentamento das desigualdades na América Latina coloca em primeiro plano a educação e a família como os canais privilegiados de reprodução das desigualdades. A questão da distribuição de renda não é problematizada.

Ao mesmo tempo em que o Banco Mundial encoraja o micro-crédito a nível individual, nega a relação entre as reformas macro-econômicas (reajustes estruturais) e as causas da pobreza. Por exemplo, através do Programa *Letting Girls Learn*, o Banco financiou, na década de 1990, a compra de livros e material escolar para as meninas de escola secundária e primária, sob a condição que o Ministério da Educação dos respectivos países reduzisse o número de professores e aumentasse a proporção de número de alunos em sala de aula²². O micro-crédito coincide com a redução do estado nas áreas de desenvolvimento econômico, proteção social, educação, etc. Ou

21 No final dos anos 1980, em um seminário em Washington DC, um grupo de economistas e especialistas do FMI e do Banco Mundial desenvolveram uma série de receitas destinadas a estabilizar as economias emergentes da América Latina. Dentre as principais medidas: a abertura de mercados através da eliminação de barreiras alfandegárias; privatização; controle da inflação; desregulamentação dos mercados e cortes orçamentários através da disciplina fiscal. John Williamson, economista do *Institute of International Economics*, denominou esta reunião e este conjunto de receitas (que na verdade já haviam sido propagados uma década antes por Milton Firedman e pela escola de Chicago, bem como por Reagan e Thatcher) de consenso de Washington.

22 Processo semelhante vem passado as universidades federais do Brasil, desde o lançamento do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais, mais conhecido como REUNI (decreto nº 6096 de 24 de abril de 2007) que em seu artigo 1º § 1º declara como meta global a elevação gradual da taxa de conclusão média dos cursos de graduação presenciais e a elevação do número de alunos em relação ao número de professores.

seja, o microcrédito coincide com o abandono de esforços macro-estruturais de luta contra a pobreza.

Na estratégia conhecida como *Women in Development (WID)*, o Banco Mundial definiu as diretrizes das políticas públicas para as mulheres: uma abordagem orientada para o mercado e guiada a partir de uma relação custo-benefício: “*Investments in women are vital in achieving economic efficiency and growth*”.²³ A intervenção estatal é somente prevista quando o mercado falhar. Finalmente, o banco afirma que o empoderamento econômico seria alcançado através das receitas macroeconômicas usuais: austeridade, aumento das taxas de juros, privatização de serviços públicos e aplicação de taxas para os *consumidores dos serviços* de educação e saúde; liberalização do comércio, dentre outros.²⁴

O consentimento de crédito do Banco para programas de gênero são assim condicionados ao prévio cumprimento desses programas macroeconômicos, ou seja, a liberação do crédito é condicionada a prévia derrogação dos direitos sociais e econômicos das mulheres. Em todos os lugares onde essa política foi aplicada, ela aprofundou a exclusão social de grande parte da população. É neste sentido que a CLADEM (2003) reconhece que na América Latina, laboratório de implementação das políticas neoliberais, não houve redução da pobreza. Ademais, o número de mulheres dentre os pobres e miseráveis tem aumentado na região²⁵ e no mundo²⁶, o que nos leva a questionar sobre a feminização da pobreza enquanto consequência das políticas neo-

23 BANCO MUNDIAL, 1995 apud CHOSSODOVSKY, 1996, op. cit.

24 CHUSSODOVSKY, 1996, op. cit.

25 GIRÓN, Alicia (Org). *Género y globalización*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2009.

26 Em 1997, o relatório anual sobre o desenvolvimento humano estimou que 70% dos pobres do mundo são mulheres (PNUD, 1997) O mesmo relatório afirma que as mulheres representam cerca de 60% da mão de obra/produção da riqueza global, entretanto, a elas são destinadas apenas um décimo dessa riqueza produzida. Ainda segundo o mesmo relatório, as mulheres são proprietárias de menos de 1% de todas as propriedades privadas do mundo. Recente comunicado da UNIFEM atualizou este dado para menos de 2% e ressaltou que em diferentes países, menos de 10% dessas mulheres demonstrou o título de propriedade. Por fim, o mesmo relatório revela que a maioria do trabalho realizado pelas mulheres é não remunerado e, por isso, não captado nos censos nacionais. Todavia, o relatório sobre o desenvolvimento humano de 1995 estimou em um total de U\$ 11 trilhões a contribuição do trabalho “invisível” realizado majoritariamente pela mulher para o PIB Mundial estimado, na época, em torno de U\$ 23 trilhões. Segundo o *Gender Thematic Guidance Note*, também uma publicação da ONU, em 2003, dois terços da população analfabeta mundial eram mulheres. Mais do que isso, o mesmo relatório citado de 1995 revela que o índice de desemprego, em todas as regiões do mundo pesquisadas, é muito maior entre a população feminina do que entre a masculina.

liberais. O mesmo relatório da CLADEM também afirma que, atualmente, a América Latina é considerada a região mais desigual do mundo. O trabalho precário, informal, que traz renda insuficiente é o que mais cresce nessa região, deixando, assim, grande parte da população fora dos sistemas de previdência e proteção ao empregado. No grupo dos miseráveis estão sempre presentes mulheres²⁷, especialmente aquelas que são chefes de família. Como afirma Gohn (2008),

promove-se uma modernização conservadora na qual a inclusão deixou de ser um direito de todos, e a pobreza perdeu o caráter universal e subdividiu-se entre pobres e miseráveis. Somente parcelas ínfimas destes últimos têm sido incluídos como ‘usuários’ do sistema público, dentro de um atendimento setorializado.²⁸

5. AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A PLATAFORMA DE AÇÃO DE PEQUIM (1995) E A CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ (1994).

Ao analisar o texto da plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada em Pequim e promovida pela ONU em 1995, a qual pode ser considerada como um dos marcos da mobilização transnacional em torno da questão de gênero, observa-se explícita e textualmente o discurso neoliberal e a perspectiva de gênero do Banco Mundial.

Por exemplo, o parágrafo 17 da plataforma afirma a pobreza absoluta e a feminização da pobreza, a exclusão da mulher de instâncias de decisões políticas, a violência contra a mulher dentre outros problemas como grandes obstáculos à igualdade de gênero. Entretanto, o mesmo parágrafo propõe como solução a cooperação internacional em um ambiente econômico e socialmente equilibrado e a radical transformação da relação entre homens e mulheres como a condição para que essa cooperação internacional seja possível. Ou seja, a violência contra a mulher e a feminização da pobreza são vistos como fenômenos que requerem, para a sua mudança, a transformação da relação entre homem e mulher. Em outras palavras, a subordinação feminina é vista de uma forma atomista e individualizada, já que dependente somente

27 A exemplo disso, podemos citar que 70% dos integrantes do Movimento dos Sem-Teto da Bahia (MSTB) são mulheres e meninas. Este é um dado colhido pela coordenação estadual do movimento e divulgado para autora, em sede de entrevista, em fevereiro de 2009. Aliás, é importante ressaltar que o MSTB surgiu em 2003 como o “Movimento das Mães e Mulheres de Vila Verde”.

28 GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e Redes Solidárias*. 2 ed. São Paulo, Cortez, 2008. p.11.

de uma nova forma de interação entre homens e mulheres. A injustiça fundamental não seria a exploração econômica das mulheres, mas tão somente a dominação cultural. Por isso, a mudança das relações individuais entre homens e mulheres seria condição necessária e suficiente para o empoderamento das mesmas. Tal perspectiva desconsidera completamente a divisão sexual do trabalho, o que torna a questão de gênero híbrida entre reconhecimento e redistribuição, não podendo ser resolvida pela priorização de um eixo apenas.

Mais além, o parágrafo 59, incisos (e) e (f) dispõem das ações a serem empreendidas por instituições multilaterais de financiamento e desenvolvimento, incluindo o Banco Mundial, o FMI, instituições de desenvolvimento regional dentre outras cooperações bilaterais:

59. Através de instituições multilaterais financeiras e para o desenvolvimento, incluindo o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e outras instituições regionais para o desenvolvimento, e através da cooperação bilateral para o desenvolvimento: [...] (e) assegurar que os programas de reajuste estrutural tenham os seus efeitos minimizados para com os grupos e comunidades vulneráveis. Assegurar os efeitos positivos nesses grupos, através da prevenção da sua marginalização econômica e social e a elaboração de medidas para garantir que estes grupos tenham acesso e controle das atividades econômicas e sociais; tomar medidas para reduzir a desigualdade e a disparidade econômica. (f) rever o impacto de programas de reajuste estruturais no desenvolvimento através de indicadores de gênero dentre outros métodos relevantes para reduzir os efeitos negativos dos reajustes estruturais, promovendo os seus efeitos positivos e assegurando que as mulheres não suportem desproporcionalmente os custos da transição; empréstimos de ajuste complementar com reforço, social direcionada empréstimos para o desenvolvimento²⁹ (ONU, 1995) (grifos nossos)

Ou seja, os programas de reajuste estrutural do Banco Mundial que colocaram em crise, na América Latina, países como a Argentina e Brasil, são tidos como uma realidade incontestada pela plataforma de ação da ONU que discute a superação das desigualdades de gênero. Esta é uma amostra de como o discurso neoliberal penetrou e influenciou a construção mesmo do conceito de “direitos humanos das mulheres” na esfera supra-nacional, na década de 1990.

29 Tradução da autora do parágrafo 59 (e) (f) da Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres (Plataforma de Ação de Pequim) (1995).

Em um relatório de 2003, “A questão de gênero no Brasil”, o Banco Mundial volta a apresentar os ajustes estruturais bem como a deslocalização de empresas devido a concorrência global como fatos incontestáveis e inevitáveis.³⁰ O relatório chega a afirmar que a precarização do trabalho das mulheres, juntamente com o crescimento da participação destas na economia informal foi um “gatilho importante” impulsionado pelas crises econômicas durante as décadas de 1980 e 1990 (período que coincide com a implementação dos planos de reajuste estrutural no Brasil): “Historicamente, as crises econômicas foram um gatilho importante para as mulheres entrarem na força de trabalho no Brasil.”³¹

O sistema globalizado de comércio e finanças, bem como as suas principais instituições, a OMC, o Banco Mundial e o FMI, nunca são postas em questão quando o assunto é desigualdade de gênero. Esse é o contexto neoliberal em que nasce, mundialmente, o reconhecimento das violências contra a mulher. A agenda política do Banco não é problematizada. Ao contrário, esta é legitimada pela plataforma de ação da ONU que se auto-define, em seu parágrafo primeiro, como uma agenda para o empoderamento das mulheres.

Seguindo o mesmo raciocínio, em 2010, o Relatório Anual sobre o Desenvolvimento Humano do PNUD sugere que às mulheres seja dada prioridade na formulação e execução de políticas públicas. Afinal, elas tenderiam a investir mais nas crianças e na família:

A large body of evidence suggests that women have a higher marginal propensity to invest in their children than do men, so policies to empower women should improve health and education outcomes for children. One recent study drawing on rich data collected over 35 years in Guatemala finds that a mother’s educational attainment, cognitive skills and nutritional status have large impacts on children’s human capital and nutrition. In South Africa grandmothers who received a pension had better nourished granddaughters, while pensions given to men did not affect their grandchildren’s nutrition. And in China mother’s schooling had an important effect on child health for natural born and adopted children.³²

30 BANCO MUNDIAL, CEPIA. *A questão de gênero no Brasil*. Banco Mundial, Brasília. 2003. Parágrafo 81.

31 BANCO MUNDIAL, op. cit. p. 92

32 PNUD. *Human Development Report: “The Real Wealth of nations: Pathways to Human Development”*. Annual Report 2010. New York, UNDP 2010. p. 56 e 57.

Assim, o empoderamento da mulher estaria sendo instrumentalizado e condicionado ao cuidado dos filhos. Esta abordagem vai de encontro as concepções feministas, uma vez que instrumentaliza-se a garantia de direitos das mulheres em função do bem estar da família e das crianças. O que corrobora a manutenção de estereótipos, os quais sustentam a divisão sexual do trabalho, na qual a mulher é encarregada do trabalho não remunerado de cuidado dos filhos e da casa. Assim, o acesso ao crédito e a priorização da mulheres na formulação de políticas públicas não necessariamente as empodera, uma vez que tais programas não estariam questionando, pelo ao contrário, estariam se baseando na divisão sexual do trabalho para a formulação de políticas mínimas.

Tal recomendação de priorizar as mulheres para o investimento público e privado não necessita da associação para com o cuidado com os filhos e com a família. Esta prioridade poderia ser simplesmente explicada como uma ação afirmativa que visa reconhecer a injustiça histórica do empobrecimento sistemático das mulheres através da não remuneração do trabalho a elas historicamente associado. E através de leis discriminatórias que restringiam o direito ao trabalho fora do ambiente doméstico da mulher à autorização do marido e não reconheciam ou limitavam o direito de herança da mesma.³³ Não é, portanto, por mero acaso que menos de 2% da propriedade privada do mundo esteja hoje sob o domínio das mulheres (UNIFEM, 2012). A recente igualdade formal e jurídica conquistada, como era de se esperar, não é medida suficiente para garantir a igualdade material daquelas. A mera afirmação de direitos sem políticas públicas que obriguem a realização daqueles e se proponham a reverter desigualdades históricas, não passa de uma mera declaração, da qual suspeita-se ser desmobilizadora dos movimentos que buscam uma transformação real no mundo do ser (e não um mero reconhecimento do dever-ser). A mera declaração de igualdade é ainda uma afronta ao próprio conceito de norma jurídica, a qual necessita de um ato que a faça valer.

33 No Brasil, só a partir de 1988, a constituição declarou a igualdade de homens e mulheres perante a lei. Até 1962, quando da criação do estatuto da mulher casada (lei 4121/62), os arts. 6, II do código civil de 1916 instituíam a incapacidade relativa desta. O art. 233, IV do mesmo código subordinava o trabalho não doméstico da mulher a autorização do marido, como uma medida protetora da família. O ato realizado sem a autorização do marido poderia sofrer ação anulatória em um prazo de até 2 anos. O inciso II do mesmo artigo também previa a administração dos bens comuns e particulares da mulher ao marido. O art. 1741, III previa a possibilidade de deserdação de filha desonesta. Ou seja o acesso da mulher ao patrimônio estava condicionado a vigilância permanente do não exercício da sua sexualidade. E o art. 1579, parágrafo 1º do mesmo CC-16 restringia o direito à herança da esposa que não convivesse mais com o marido, não existindo a mesma restrição para o esposo.

A convenção de Belém do Pará, de 1994, cuja lei 11.340/06 faz referência expressa em seu texto, se diferencia dos outros documentos internacionais ao reconhecer o estado como protagonista das políticas ali descritas, rechaçando, portanto, uma atuação residual daquele. Entretanto, também nesta convenção, encontra-se completamente ausente a perspectiva de políticas públicas redistributivas. Dos seus 25 artigos, nenhum faz referência a divisão sexual do trabalho tampouco a conexão com políticas macroeconômicas para enfrentar e desconstituir as desigualdades de gênero. No cap.3, que trata dos Deveres do Estado, o art. 8 (f) é o único que menciona de forma vaga e imprecisa o dever do estado em proporcionar à mulher sujeita à violência (e somente a esta) acesso à programas eficazes de reabilitação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social. Ou seja, considera-se que a agressão sofrida dentro do ambiente doméstico seria o único impedimento para a mulher participar ativamente da vida pública, uma vez que só sob esta condição que a convenção prevê a obrigação do estado em facilitar o acesso desta mulher ao espaço público através da criação de programas. Em nenhum momento esta convenção trata de questões materiais como a questão do acesso à moradia e uma eventual reforma urbana, a questão do acesso à terra e e uma eventual reforma agrária como formas de empoderamento e autonomia da mulher.

A ausência da perspectiva redistributiva é ainda mais evidente quando comparamos a declaração de Belém do Pará com a proposta de declaração dos direitos humanos desde uma perspectiva de gênero formulada pelo CLADEM (2002). Os art.12, 13 e 14 desta última tratam especificamente sobre a obrigação do estado de ter como prioridade nacional, quando da designação orçamentária, a erradicação da pobreza e à plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; bem como da necessidade de se pensar o trabalho doméstico, a provisão das necessidades da família, a criação e educação de filhas e filhos como um direito e dever de toda mulher e de todo homem, abordando, portanto, desta forma, a divisão sexual do trabalho.

A jurisdição da corte se mostra ainda mais restritiva do que a convenção, uma vez que o art. 12 desta última prevê que somente enseja o direito de petição a CIDH as denúncias e as queixas referentes as violações do art. 7. Os arts. 7 e 8 estão classificados como deveres do estado. Todas as medidas previstas no art. 7 podem ser classificadas como direitos de barreira, ou seja, o estado tem a obrigação de não intervir e não permitir que ninguém intervenha no direito da mulher a uma vida sem violência através, sobretudo, de remédios judiciais eficazes e em tempo hábil. Enquanto que o art. 8, o qual não está sujeito a jurisdição da CIDH, aborda sobretudo as obrigações prestacionais do Estado, ou seja, o compromisso para com os direitos humanos de segunda geração através de ações que promovam esses direitos. Fica,

assim rechaçada a possibilidade de se acionar a CIDH, denunciando o estado que não cumprir com, por exemplo a promoção de educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela implementação da lei (art. 8 (c)), tampouco pela ausência de programas eficazes de reabilitação e treinamento para a mulher (art. 8(f)). Además a ausência da perspectiva redistributiva na convenção, constata-se a impossibilidade jurídica do pedido de efetivação dos direitos prestacionais ainda que estes estejam previstos na convenções interamericanas. A convenção interamericana insere-se, portanto, juntamente com os outros documentos analisados, no mesmo paradigma neoliberal do segundo consenso de Washington, ao discutir políticas que promovam a igualdade de gênero ignorando a questão da economia e a reivindicação de direitos prestacionais redistributivos.

O que remete a violência e a discriminação contra a mulher a esfera simbólica, cultural e penal. Por mais importante que sejam os serviços de casa-abrigo e de orientação familiar, previstos, por exemplo, no art. 8 (d), desta convenção, estas são medidas de urgência que não oferecem respostas a longo prazo contra a reprodução da violência contra a mulher, a qual também perpassa pela economia política.

Nesta perspectiva neoliberal de direitos humanos, as assimetrias existentes entre homens e mulheres, bem como as lutas para o reconhecimento de direitos de negros, homossexuais, travestis, etc, sobretudo a nível individual, tornam-se, a causa única de todo conflito social. A questão da redistribuição econômica é para sempre varrida dessa sociedade, idealizada pelo Banco Mundial, na qual não existem serviços públicos, o mercado atua livremente e o estado só poderia interferir no caso de falha daquele.

Este é o contexto de internacionalização do movimento feminista brasileiro dos anos 1990. Este busca o apoio de instâncias supra-nacionais de proteção dos direitos humanos, dentre outras estratégias, para colocar na agenda política nacional o grave problema da violência baseada no gênero. A influência da concepção de direitos humanos do banco Mundial e a penetração desses discurso no plano de ação da ONU para o empoderamento as mulheres nos anos 1990 não pode e não deve ser omitida, a risco de ler-se acriticamente as declarações e os tratados sobre os direitos das mulheres que daí resultaram.

6. A LEI 11.340/06: O RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Em 2001, o Brasil sofreu uma condenção no âmbito da Comissão Inter-Americana de Direitos humanos. Durante o processo, o estado brasileiro mostrou

total descaso, uma vez que foi réu revel. Fato que impossibilitou o andamento do processo durante três anos. As ONGs petionárias, Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e a Comissão Latino-Americana de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), tiveram como objeto central da sua argumentação a impunidade no caso de duas tentativas de homicídio sofridas pela cidadã Maria da Penha, no Brasil, chamando a atenção para a impunidade geral relativa aos casos de violência doméstica em todo o país, uma vez que a maioria das denúncias não chegavam a converter-se em processos criminais. E quando aquelas eram convertidas, as vítimas sofriam pela morosidade da justiça brasileira³⁴. Deste modo, o estado, através do seu órgão judiciário, tolerava e contribuía para a reprodução da violência doméstica. A ação foi iniciada em em 1998 e, somente em 2001, a comissão pronunciou a sentença condenatória, concluindo que o estado brasileiro havia violado o direito da cidadã Maria da Penha Maia Fernandes ao devido processo legal. Também havia descumprido a obrigação geral de respeito e promoção dos direitos humanos, assim como a obrigação de adotar políticas públicas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

A comissão concluiu ainda que o caso sugeria um padrão de discriminação evidenciado pela tolerância para com a violência doméstica através de ações judiciais inefetivas. Foi a primeira vez que a CIDH aplicou a convenção de Belém do Pará, criando um precedente inédito no sistema inter-americano de proteção dos direitos humanos, em que um país signatário foi responsabilizado- pela negligência, ineficiência e omissão do poder judiciário- pela violência doméstica contra um particular.

Tal decisão e recomendação foram ignoradas pelo governo de FHC (1994-2002). O presidente Lula (2003-2010), também ignorou as recomendações da comissão durante o primeiro ano de seu primeiro mandato. Apenas em 2004, sob a pressão dos movimentos feministas, o processo contra o réu foi concluído, sendo o mesmo condenado 19 anos após a tentativa de homicídio e alguns meses antes da prescrição do crime. Neste mesmo ano, as ONGs CEJIL, CLADEM e AGENDE enviaram uma petição para o comitê da CEDAW, denunciando o estado brasileiro pelo não cumprimento das recomendações vinculantes feitas pela CIDH para com a prevenção e a erradicação da violência contra a mulher. Foi então que o governo finalmente saiu da inércia e criou o grupo de trabalho interministerial para a elaboração de um anteprojeto de lei. Coordenado pela SPM, o anteprojeto foi quase integralmente redigido pelas ONGs feministas Advocacy, Agende, Themis, Cladem/Ipê, Cepia e Cfemea. Assim, a proposta de lei para o enfretamento a violência doméstica foi en-

34 Parágrafos 19 e 20 da decisão de condenação da CIDH de 4 de abril de 2011. Relatório N° 54/01.

caminhada para a Câmara dos Deputados. Como um ato de reparação simbólica pela morosidade do sistema judiciário brasileiro e pela negação do acesso à justiça, a lei foi denominada Maria da Penha.

Por um lado, a lei representa uma grande conquista do movimento e das mulheres brasileiras. Pela primeira vez é prescrita uma atuação integrada com a saúde, assistência social, centros de referência, casas-abrigo e sistema de justiça criminal para o enfrentamento do problema. E não é qualquer atuação integrada, é uma atuação que vislumbra a participação da sociedade civil através da mobilização que se estrutura em forma de rede³⁵.

Por outro lado, nas disposições preliminares da lei Maria da Penha, somente o artigo terceiro assegura de forma genérica e abstrata o direito à educação, cultura, moradia, trabalho, educação, etc. Não prevendo, entretanto, no decorrer do seu texto, nenhum remédio para que esses direitos relativos a cidadania sejam efetivamente exercidos pelas mulheres em situação de violência. O que nos leva a questionar da própria natureza jurídica desta norma, já que uma norma prescricional deve ter a previsão de algum remédio para obrigar (neste caso o Estado) a uma prestação (positiva). O artigo 9º, parágrafo 1º da lei prevê que o juiz pode determinar, por um período determinado, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal. Todavia, tais programas, como o próprio texto da lei faz referência, são de natureza assistencial, com duração determinada, não sendo, portanto, de forma alguma, capazes de garantir a cidadania plena que o artigo terceiro da mesma lei assegura.

O art. 35 e incisos prevêm a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para a criação de serviços emergenciais, não abordando o eixo da redistribuição na desigualdade de gênero. Assim, o artigo prevê a criação de centros de referência, casa-abrigos, delegacias, núcleos da defensoria pública, serviços de saúde, programas e campanhas de enfrentamento à violência doméstica e familiar, bem como os centros de educação e de reabilitação para os agressores.

O artigo 8º, I, único ao incluir as esferas da educação, saúde, trabalho e habitação em uma atuação conjunta com o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria, é muito vago e amplo, não especificando como, através de qual programa esta atuação seria empreendida. Assim, as políticas de prevenção da violência doméstica e assistência à mulher em situação de violência, previstas na lei Maria da Penha, não abordam, por exemplo, a questão de moradia e não enfrentam o problema da feminização da pobreza. Fala-se sobretudo em educação como uma forma de pre-

35 Ou seja prescreve-se uma articulação horizontal e não burocratizada entre os diversos serviços previstos para o enfrentamento à violência doméstica.

venção da reprodução da desigualdade de gênero. A lei é silente em relação ao acesso da mulher à terra, à moradia, a propriedade como um todo. Bem como ao acesso da mulher ao mercado formal de trabalho. Não existe um inciso sequer que problematize a divisão sexual do trabalho e apresente medidas para o seu enfrentamento, como se esta questão não tivesse qualquer relação com a violência doméstica.

7. CONCLUSÃO

Ao considerarmos a estratégia de militância de ONGs feministas brasileiras e latino-americanas em foros internacionais de proteção aos direitos humanos, podemos, primeiramente, avaliar como positiva a influência dessas convenções, tratados e desse “ativismo judicial transnacional” na elaboração da lei Maria da Penha. Afinal, trata-se da primeira lei federal brasileira a instituir um programa de políticas públicas integrado, nas áreas da saúde, assistência social, psicologia, previdência, etc para o enfrentamento da violência (doméstica) contra a mulher, retirando a questão da esfera exclusivamente criminal. Avaliamos também como positiva a intersecção do movimento feminista e do movimento de direitos humanos, na medida em que aquele contribui para a problematização do universalismo abstrato em que este conceito vem se baseando. Ao mesmo tempo, avaliamos que esta estratégia de litigância em foros internacionais também influencia o não posicionamento da questão de gênero como uma questão “mista”, ou seja, situada nos eixos da redistribuição e do reconhecimento. O que, em última instância, impede mesmo uma resposta adequada e eficaz para o problema. Os dados analisados neste artigo apontam para uma feminização da pobreza, fenômeno este que estaria sendo incorretamente abordado através de políticas de reconhecimento específicas e isoladas. O eixo e a reivindicação de políticas redistributivas não pode, em absoluto, passar despercebido pelas organizações feministas e pelos movimentos de mulheres, os quais fazem uso da estratégia de militância em organizações intergovernamentais e que buscam a justiça de gênero.

8. REFERÊNCIAS

- A DÍVIDA E A QUESTÃO DE GÊNERO. *Auditoria da dívida cidadã*. Brasília. 15 de Setembro de 2011. Disponível em: <<<http://www.dividaauditoriacidada.org.br/%2Fconfig%20FPanfletoGenero2011.pdf%2Fdownload&ei=sRVnUM2rNIIma9gTW7oGICg&usq=AFQjCNHLYrwAJ1vzI74madvpxnUSzJrxQ>>>. Acesso em: 12 de jun. 2012.
- BANCO MUNDIAL, CEPIA. *A questão de gênero no Brasil*. Banco Mundial, Brasília. 2003.

- BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. *Estudos Avançados* 17 (49), 2003. P 87-98.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [Constituição Federal]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7a_o.htm>> Acesso em: 16 jun. 2012.
- _____. *Lei 11.340/06 de 07 de agosto de 2006* [Lei Maria da Penha]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>>. Acesso em 07 jul. 2012.
- CHOSSUDOVSKY, Michel. The World Bank derogates women's rights: outcomes from Beijing. *Development in Practice*, Vol.6, N°1 (Feb., 1996). P.65-67.
- _____. Global Poverty in the Late 20th Century. *Journal of International Affairs*, Outono de 1998, 52, n°1.
- CIDH. *Relatório N° 54/01.Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes X Brasil. Em 4 de abril de 2001*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/120_51.htm>>. Acesso em 02 de abr de 2012.
- _____. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e erradicar a Violência contra a Mulher*. Em 9 de junho de 1994. [Convenção de Belém do Pará]. Disponível em: <<<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>>. Acesso em: 30 jun. 2012.
- CLADEM. *Cidadania e direitos em uma nova era: os direitos econômicos e sociais das mulheres como desafio*. 2003.
- _____. *Declaração dos Direitos Humanos desde uma Perspectiva de gênero*. 2002.
- FRASER, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*. Éditions La Découverte, Paris. 2011.
- _____. Marchandisation, protection sociale et émancipation: Les ambivalences du féminisme dans la crise du capitalisme. *Revue de l'OFCE*, 2010/3. N° 114.
- _____. "Feminism, capitalism and the cunning of history". *New Left Review*. n° 56.Mar/Apr 2009. P.11-28
- FREIRE, Paulo. *Conscientização: Teoria e Prática da Libertação*. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.
- GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e Redes Solidárias*. 2 ed. São Paulo, Cortez, 2008.
- GIRÓN, Alicia (Org). *Género y globalización*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2009.
- ONU. *IV Plataforma de Ação de Pequim de 17 de outubro de 1995*. Disponível em inglês em: <<<http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/off/a--20.en>>>. Acesso em 09 de maio de 2012.
- _____. *Declaração de Viena e Programa de Ação de 12 de julho de 1993*. Disponível em inglês em: <<<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/be26ac5be3286d86802567c9004b2dad?OpenDocument>>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2012.
- _____. *Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher [CEDAW] de 18 de dezembro de 1979*. Disponível em inglês em: <<<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>>. Acesso em 6 jul. 2012.

- PNUD. *Human Development Report: "The Real Wealth of nations: Pathways to Human Development"*. Annual Report 2010. New York, UNDP 2010.
- _____. *Human Development Report: "Ending Poverty and Building Peace through Sustainable Human Development"*. Annual Report 1996/1997. New York, UNDP, 1997.
- _____. *Human Development Report: "Gender and Human Development"*. Annual Report 1995. New York, UNDP/Oxford University Press, 1995.
- POPOVIC, Malak El-Chichini; PINHEIRO, Paulo Sérgio. Pauvreté, Droits de l'homme et Processus Démocratique. In: *Droit et Société*. N°34, 1996. P.635-648.
- SANTOS, Cecília MacDowell. Transnational Legal Activism and Counter-Hegemonic Globalization: Brazil and the Inter-American Human Rights System. In: *Oficina do CES n° 257*. Setembro de 2006.
- _____. Direitos Humanos das Mulheres e Violência contra as Mulheres: Avanços e Limites da Lei "Maria da Penha". In: *Delegacias da Mulher: Violência, Gênero e Justiça em São Paulo, Brasil*. São Paulo, Hucitec. 2007.
- SARDENBERG, Cecília M.B; TAVARES, Márcia Santana; GOMES, Márcia de Queiroz. Feminismo, Estado e Políticas de Enfrentamento à Violência Contrás às Mulheres: Monitorando a Lei Maria da Penha. In: *Revista Labrys*. N° 20-21
- SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementares de la violencia: Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos* - 1° ed.- Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n°48. Junho de 1997: P.11-32.
- TREILLET, Stéphanie, L'instrumentalisation du genre dans le nouveau consensus de Washington, *Actuel Marx*, 2008/2 n° 44, p. 53-67.

Capítulo 42

A JUDICIALIZAÇÃO DA “VIOLÊNCIA DE GÊNERO”

Ísis De Jesus Garcia¹

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho pretendo discutir a judicialização das relações sociais, especialmente no que se refere à Lei n.º 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Trata-se de uma pesquisa cujo enfoque teórico recai no entrelaçamento da judicialização da “violência de gênero”² e a rede estabelecida entre diversos elementos (discursos, apontamentos institucionais, formas legais e não-legais, posicionamentos de juristas e teóricos, decisões, medidas protetivas, medidas administrativas, proposi-

1 Doutoranda em Antropologia Social na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CAPES. E-mail: hycso@yahoo.com.br

2 Utilizarei ao longo deste artigo a expressão “violência de gênero”, posteriormente, irei realizar uma discussão a respeito de qual a melhor categoria a adotar. Nesse sentido, interessante o artigo de Miriam Grossi (GROSSI, Miriam. Novas/velhas violências contra a mulher no Brasil. *Revista estudos feministas*. Rio de Janeiro: CIEC/ECO/UFRJ, Número Especial, p.473-484,1994.p.473-474), no qual a autora analisa a construção do tema violência contra a mulher através de “[...] quatro categorizações do conceito de violência contra a mulher: violência conjugal, abuso sexual infantil, assédio sexual e violência contra a mulher de grupos étnicos não brancos no Brasil”. Também é relevante a discussão levantada por Debert (DEBERT, Guita Grin. Conflitos Éticos nas Delegacias de Defesa da Mulher. In: DEBERT, Guita G; GREGORI, Maria Filomena; PISCITELLI, Adriana (Org.) *Gênero e distribuição de justiça: as delegacias de defesa da mulher e a construção das diferenças*. Campinas: PAGU/ Núcleo de Estudos de Gênero da UNICAMP, v. 1, p. 13-56, 2006a.

DEBERT, Guita Grin. As Delegacias de Defesa da Mulher: judicialização das relações sociais ou politização da justiça? In: CORRÊA, Mariza (Org.) *Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”*. Campinas: Pagu/Unicamp, p. 15-39, 2006b) e Gregori (GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: mulheres e relações violentas*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993). Por fim, cabe destacar a definição de Joan Scott (SCOTT, Joan. *Genderandthepoliticsofhistory*. New York: Columbia University Press. 1988. p. 42-44), “[...] gênero é um elemento constitutivo das relações sociais baseados em diferenças percebidas entre os sexos [...] e também é um campo primário no qual ou através do qual o poder é articulado”.

ções morais, etc.) presentes em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que constitui um “dispositivo de poder”³.

Após a aprovação da Lei nº 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, novos questionamentos sobre a judicialização das relações sociais, especialmente aquelas que dizem respeito à “violência de gênero” surgem na cena nacional.

2. DAS DELEGACIAS DA MULHER AOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Com o objetivo de situar a problemática deste trabalho irei, sumariamente, realizar uma recuperação histórica das lutas contra a “violência de gênero”. A partir da década de 1970 a visibilidade da politização da “violência de gênero” intensificou-se nos movimentos feministas, tanto em esfera internacional, quanto local, o que ocasionou a implementação de diversas políticas sociais e estratégias de intervenção na tentativa de reduzir a incidência da “violência de gênero”.⁴

Em 1979 é aprovada pelas Nações Unidas a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), e é ratificada pelo Brasil em 1984. Trata-se de um momento importante para a implementação das políticas públicas que visam o combate da “violência de gênero”.⁵

3 Saliento que ao longo deste projeto irei aprofundar as categorias: “dispositivo de poder” e “judicialização”.

4 Ver também: Azevedo (AZEVEDO, Maria Amélia. *Mulheres Espancadas*. São Paulo: Cortez Ed. 1985); Corrêa (CORRÊA, Marisa. *Os crimes da paixão*. São Paulo: Brasiliense, 1987); Grossi, op. cit. e Grossi (GROSSI, Miriam. Entrevista com Joan W Scot. *Revista de Estudos feministas*. Rio de Janeiro, 1 semestre, p. 114-124, 1998); Grossi, Minella e Losso (GROSSI, Miriam; MINELLA, Luzinete Simões; LOSSO, Juliana Cavilha Mendes. *Gênero e Violência: pesquisas acadêmicas brasileiras (1975 – 2005)*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2006); Bandeira & Suárez (BANDEIRA, Lourdes; SUÁREZ, Mireya (Orgs). *Violência, Gênero e Crimes no Distrito Federal*. Brasília: Paralelo 15. Editora UNB, 1999); Heilborn (HEILBORN, M.L. Violência e mulher. In: VELHO, G.; ALVITO, M. (Orgs) *Cidadania e violência*, Rio de Janeiro: UFRJ/FGV, p. 89- 98, 1996); Gregori, op. cit.; Blay (BLAY, Eva Alterman. Gênero e Políticas Públicas ou Sociedade Civil, Gênero e Relações de Poder: SILVA, Alcione Leite da; LAGO, Mara Coelho de Souza; RAMOS, Tânia Regina Oliveira. *Falas de Gênero: teorias, análises, leituras*. Florianópolis, Ed. Mulheres, 1999 e BLAY, Eva Alterman. *Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos*. São Paulo: USP, Ed. 34, 2008.).

5 Diversas conferências foram realizadas no mundo e incentivaram a implementação de políticas para as mulheres, entre elas, destaque: a II Conferência sobre direitos humanos, em Viena, que defendeu ser a “violência de gênero” uma violação dos direitos humanos, em 1993; a Convenção Interamericana para prevenir, sancionar e erradicar a “violência de gênero”, em Belém do Pará, em 1994; no ano seguinte ocorre a Conferência Mundial sobre a mulher, em Bejing; (VIANNA,

No Brasil os movimentos feministas passam a ganhar maior visibilidade a partir da década de 1970. O processo de resistência se fortaleceu por meio de estratégias de luta, como, por exemplo, a denominação da expressão violência contra a mulher, com a posterior implementação de políticas públicas com o objetivo de coibi-la⁶.

Segundo Carla de Castro Gomes⁷, forma-se um movimento social bastante diversificado, reunindo “feminismos” em disputa, mas prósperos em relação aos resultados, que conseguem construir unidade identitária em relação a algumas exigências políticas. Para Sorj (2002), as lutas feministas foram ressignificadas no Brasil, por conta das diferenças locais, ou seja, aqui havia uma grande desigualdade social, bem como uma vinculação entre valores contraditórios: hierarquia e igualdade, autoritarismo e democracia, personalismo e individualismo.⁸

Muito embora se trate de uma análise parcial, destaco três marcos legais de extrema importância no Brasil. O primeiro se deu a partir da criação das chamadas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) em 1986. O segundo grande passo ocorreu com a promulgação da Lei n° 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) competentes para julgarem crimes de “menor potencial ofensivo”, ou seja, ameaça, lesão corporal leve, injúria, entre outros. Por fim, a criação da Lei n.º 11.340, chamada de Lei Maria da Penha (LMP), em agosto de 2006.

As Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) foram criadas com o objetivo de alterar o tratamento dado pelos policiais às mulheres que procuravam as delegacias para relatarem agressões de seus companheiros ou des-

Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004)

6 BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. *Sociedade Estado*. vol. 24, n.2, p. 401-438, 2009; Ver também: IZUMINO, Wânia Pasinato.SANTOS, Cecília MacDowell. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil*. 2005. Disponível em: <<<http://www.nev.usp.org/downloads/down083.pdf>>>. Acesso em: 02 out. 2011.

7 GOMES, Carla de Castro. *A Lei Maria da Penha e as práticas de construção social da “violência contra a mulher” em um juizado do Rio de Janeiro*. 2010. 204f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em sociologia e antropologia. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2010., p. 17

8 Não há um feminismo, assim como não há uma crítica feminista do direito, mas várias críticas. A expressão “teoria feminista do direito” (feminist legal theory) é empregada por Carol Smart, Frances Olsen, Katherine Barlett, Nancy Levit. Catharine MacKinnon e Patrícia Smith utilizam a denominação *feministjurisprudence*. (CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011)

conhecidos. Tratava-se de uma reivindicação das “feministas”, já que as delegacias não estavam preparadas para receberem as mulheres que sofriam violência. Com o objetivo de oferecer um atendimento mais especializado às mulheres, os profissionais das DEAMs deveriam ser treinados para valorizarem a escuta e os direitos destas.⁹

Para os movimentos feministas, inicialmente, as DEAMs foram vistas como uma ferramenta importante, por meio da qual a “violência de gênero” receberia o tratamento adequado, ou seja, seria tratada como crime. No entanto, constatou-se que havia uma relação enredada e apreensiva entre as delegacias, os feminismos e as mulheres.

Elaine Reis Brandão (1998) verificou que as mulheres que realizavam boletins de ocorrência contra seus companheiros na DEAM do Rio de Janeiro “[...] não compartilhavam a concepção de violência como algo que fira a integridade (física e moral) individual, conforme dispõem os preceitos jurídicos”¹⁰. Segundo a autora¹¹, estas mulheres procuravam a delegacia como um “recurso simbólico”, visando à renegociação com seus parceiros de seus relacionamentos. Além disso, a criminalização do companheiro não era o objetivo principal do registro do boletim de ocorrência.

Miriam Grossi (1994) destaca que havia uma semelhança entre os problemas enfrentados pelas delegacias e aqueles que os SOS Mulher de São Paulo e Porto Alegre já haviam enfrentado.¹² Foi verificado que as mulheres que procuravam os SOS e as delegacias não tinham a intenção de alterar suas relações drasticamente, ou seja, não queriam se separar de seus companheiros, almejavam apenas um apoio para possíveis novas agressões. Dessa forma, a autora¹³ irá dizer que o papel “[...] das Delegacias de Mulheres era de uma “escuta” dos problemas afetivo-conjugais, cumprindo um papel talvez similar ao dos espaços psicanalíticos para as mulheres de classe média”.

9 SUÁREZ E BANDEIRA, op. cit.; FARAH, Marta F. S. Gênero e políticas públicas. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis: UFSC, 12 (1), 2004.

10 BRANDÃO, Elaine Reis. Violência Conjugal e o Recurso feminino à polícia. In: BRUSCHINI, Cristina; HOLANDA, Heloísa Buarque de (Org.), *Horizontes plurais: novos estudos de gênero no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, Fundação Carlos Chagas, p. 51-84, 1998. p. 65.

11 Idem, 1998.

12 Segundo a autora (GROSSI, 1994, op. cit. p.474), “[...] estes grupos de atendimento gratuito às mulheres cumpriram um papel fundamental na luta contra a violência, mas tiveram vida curta, pois na sua quase maioria existiram apenas entre 1981 e 1983”.

13 Ibidem.

Para Debert e Gregori¹⁴, o objetivo de algumas “feministas” não se concretizou em relação às delegacias, já que acreditavam que estas instituições desempenhariam um papel pedagógico, ou seja, seria um local propício para discussão, aprendizado e exercício da cidadania. No entanto, para as autoras¹⁵, as delegacias não conscientizavam as mulheres a cerca de seus direitos.¹⁶

Moraes e Gomes (2009) destacam que os policiais atribuíam sentidos centrífugos a “violência contra a mulher”, ou seja, para os policiais havia uma vinculação ao alcoolismo, a pobreza, a ignorância, a desestruturação familiar, ao machismo, a dependência emocional, as disputas por bens e filhos, entre outros. Dessa forma, a solução não poderia ser encontrada apenas nos trabalhos dos policiais, mas havia a necessidade de um apoio “extra-policial”, por meio de aconselhamentos, encaminhamentos a serviços e profissionais da psicologia e da assistência social. O problema destas mulheres não poderia ser resolvido exclusivamente pela esfera criminal, para estes policiais os problemas eram de ordem social e pessoal e não criminal.

Assim, as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher criadas para garantir direitos, segundo Debert (2006a), caracterizavam os “clientes” como “cidadãos malogrados” e incapazes de exercerem seus direitos. Para a autora, o atendimento realizado nas DEAMs buscava a “renovação da família”, o que caracterizava um processo de “reprivatização de questões políticas”¹⁷. Dessa forma, ao invés de se proteger a mulher, defendia-se à família, isto é, preservava-se a família em detrimento dos direitos da mulher.¹⁸

14 DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e Gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 23, p. 165-185, 2008. p.169

15 Ibidem.

16 Para Grossi, 1994, op. cit., p. 475: “A crítica a este papel terapêutico das delegacias tem sido feita por feministas, pesquisadoras, militantes e mesmo por uma pequena parcela de delegadas.”

17 DEBERT, 2006a, op. cit. p. 18

18 Em relação as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher ver também: MUNIZ, Jaqueline. Os direitos dos outros e outros direitos: um estudo sobre negociação de conflitos nas DEAMs/RJ. In: SOARES, L. E. (Org). *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, p.125-164,1996; SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis*. Violência conjugal e novas políticas de segurança. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999; SOARES, Bárbara Musumeci. Delegacias de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau. In Soares, L.E. et al. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará, p. 107-124, 1996; RIFOTIS, Theophilos ; SANTOS, V.R. Programme de soutien psychologique dans le commissariat de protection de la femme de la ville de Florianópolis (Brésil). *Bulletin de l'Association Québécoise Plaidoyer Victimes*. v.11, n. 4, p.2-4, 2002 e MACHADO, Lia Zanotta. Eficácia e desafios das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres: o futuro dos direitos à não-violência. *Boletim Cndm*. Brasília – DF, v.1, p. 33-53, 2001.

A complexidade das questões relacionadas à “violência de gênero” também foram verificadas em relação ao seu processamento pelo Poder Judiciário. Carrara, Vianna e Enne (2002) realizaram uma pesquisa nos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) na cidade do Rio de Janeiro e constataram que os operadores do direito relativizavam as situações de “violência de gênero”, caracterizando-as através das expressões “incidente doméstico”, “discussão rotineira” ou “mero desentendimento conjugal”¹⁹. Segundo as autoras²⁰, parece que havia sempre um nível aceitável de “violência de gênero”, tanto nas DEAMs, quanto nos JECRIMs. Em outras palavras, existia a sensação de que para estas instituições os casos de “violência de gênero” não deveriam ser resolvidos na esfera pública, mas na esfera privada.

A Lei n.º 9.099 de 1995²¹ criou os Juizados Especiais Criminais com o objetivo de promover maior acesso à população ao Poder Judiciário, por meio de princípios, como, por exemplo, economia processual, simplicidade, oralidade, informalidade e celeridade²². Assim, os crimes envolvendo “menor potencial ofensivo”²³ eram da competência destes juizados.

Tendo em vista que a maioria das ocorrências realizadas nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher dizia respeito a estes crimes, como ameaça, lesões corporais leves e injúria, a vinculação entre delegacia e juizados era um fato. Em outras palavras, a Lei n.º 9.099/95 apresentava uma forma mais acessível de ingresso ao Poder Judiciário pelas mulheres que recorriam às Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, já que proporcionava o acesso gratuito e menos formal ao Judiciário.

Assim, os juizados especiais criminais possibilitaram um maior acesso às mulheres que sofriam violência ao Poder Judiciário, já que antes da Lei n.º 9.099/95, tinham pouco acesso a ele. Wânia Pasinato Izumino (2004a) constatou que a aplica-

19 CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana R. B.; ENNE, Ana Lúcia. Crimes de Bagatela: a violência contra a mulher na justiça do Rio de Janeiro. In: CORRÊA, Mariza (Org.) *Gênero e cidadania*. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero/Unicamp, p. 71-106, 2002. p. 83-84

20 Ibidem.

21 Saliento que os Juizados Especiais Criminais não foram criados com o objetivo de processar os casos de “violência de gênero”, mas se tornaram o lugar central para a discussão destes conflitos.

22 AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcel; KANT de LIMA, Roberto. Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 40, ano 10, out/dez, p. 255-281, 2002.

23 Conforme o artigo 61, Lei n.º 9.099/95: “Consideram-se *infrações penais de menor potencial ofensivo*, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL, grifei)

ção da Lei n.º 9.099/95 pelo Poder Judiciário de São Paulo, para os casos de “violência de gênero”, demonstrou ser um instrumento de exercício de poder feminino. A autora²⁴ salienta que as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher e os Juizados Especiais Criminais se tornaram locais importantes para as mulheres no combate contra a violência.²⁵

No entanto, para Amorim²⁶, a Lei n.º 9.099/95 foi muito festejada desde sua implementação, tendo em vista que pretendia aumentar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, através do incentivo do acordo entre as partes, além de propor medidas despenalizadoras, por meio de penas alternativas, e a realização da transação penal. Contudo, após cinco anos de vigência, já recebia severas críticas.

Muitos estudos criticaram as consequências do processamento da “violência de gênero” pelos Juizados Especiais Criminais, principalmente ao fenômeno comumente chamado de banalização da violência, através da prática cotidiana da aplicação de medidas alternativas, ou seja, o pagamento de uma cesta básica pelo suposto agressor. Para Marcela Beraldo de Oliveira (2006; 2008), os JECRIMs “reprivatizaram” e “inviabilizaram” os casos envolvendo “violência de gênero”, tendo em vista que eram considerados pelos operadores do direito, como tensões familiares, não cabendo à esfera pública resolver.

Dessa forma, os movimentos feministas passaram a criticar constantemente a atuação dos JECRIMs. Organizações não governamentais feministas elaboraram um projeto de lei visando combater a “violência de gênero”. Essas articulações resultaram na promulgação da Lei n.º 11.340 de 2006, chamada Lei Maria da Penha.²⁷

Segundo Maria Del Carmen Cortizo e Priscila Larratea Goyeneche, a Lei Maria da Penha representa um novo marco na luta pelo respeito dos direitos das mulheres. Para as autoras²⁸, trata-se de um avanço legal, já que possui um tratamento diferenciado aos casos de “violência de gênero”.

24 IZUMINO, 2004a

25 Nesse sentido também os apontamentos de Izumino (2004b) no artigo: “Violência contra a mulher no Brasil: acesso à Justiça e construção da cidadania de gênero”.

26 AMORIM, 2003, p. 114

27 CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados especiais criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos feministas*. Vol. 11, n. 1. Florianópolis. Jan/June, 2003.; A lei n.º 11.340 de 2006 é conhecida como “Lei Maria da Penha”, em homenagem a Maria da Penha, ou seja, uma mulher que sofreu “violência de gênero” durante muitos anos. Seu caso ficou conhecido mundialmente, fato que ocasionou a condenação por omissão do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2001.

28 CORTIZO, Mariadel Carmem; GOYENECHÉ, Priscila Larratea. Judicialização do privado e violência contra a mulher. *Revista Katál*. Florianópolis, v.13, n.1, jan/jun, p.102-109, 2010, p.103

A “violência de gênero” deixou de ser considerada crime de menor potencial ofensivo, e, conseqüentemente, deixou de ser remetida aos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs). Além disso, há a disposição a respeito da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e o estabelecimento de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, segundo o seu artigo 1º.

Para Amorim (2008), contudo, com a Lei Maria da Pena corre-se o risco de cair nos mesmos erros da Lei nº 9.099/95. A autora²⁹ questiona:

[...] Se o Jecrim falhou por falta de políticas auxiliares no combate desta violência [...], a Lei n.º 11.340/06 amparou-se em uma rede de proteção do Judiciário, do Ministério Público, [...] estará esse extenso manto protetor suficientemente articulado para conceder proteção à mulher vítima da violência doméstica e familiar?

Sem poder dar uma resposta à questão acima, outras podem ser feitas: Como tem atuado os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher? É a mulher sujeito de direitos ou são as formas esperadas no desempenho por homens e mulheres do *script* familiar que orientarão as decisões dos juizes? Estas e outras questões foram feitas por Debert e Beraldo de Oliveira (2007), no entanto, segundo as autoras qualquer resposta generalizante seria apressada, dada às diferenças locais e a atuação diversificada do Poder Judiciário.³⁰

Saliento que, para María del Carmen Cortizo e Priscila Larratea Goyeneche (2010, p. 105), a interpretação da Lei Maria da Pena pelo Poder Judiciário já tem se mostrado um obstáculo na concretização dos direitos das mulheres. As autoras³¹ relembram o caso publicamente conhecido de um juiz que negou 60 (sessenta) solicitações de medidas protetivas amparadas pela Lei n.º 11.340/06, entre os meses de junho e julho de 2008, sob o argumento de serem inconstitucionais. Para este juiz a Lei Maria da Pena feria o *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), segundo o qual: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações [...]”.³²

29 AMORIM, Maria Stella de. Despenalização e penalização da violência contra a mulher. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n.22,p.111-128, 2008, p. 123

30 Em relação a Lei Maria da Pena indico o atual trabalho organizado por Carmen Hein de Campos (CAMPOS, 2011, op. cit.).

31 CORTIZO; GOYENECHÉ, 2010, op. cit. p. 105

32 Saliento que o Supremo Tribunal Federal declarou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 em 09 de fevereiro de 2012, ou seja, para o STF a Lei Maria da Pena

Assim, o que temos presenciado no decorrer dos anos em relação à “violência de gênero” e a sua relação com as políticas públicas é que há sempre algo que “re-privatiza”, “inviabiliza”, “banaliza” e “relativiza” estes casos. Portanto, meu interesse está centralizado nos fundamentos, nos modos de operar e nos efeitos das práticas próprias de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.³³ Busquei trazer algumas análises de autoras (es) com a pretensão de deixar vislumbrar a complexidade destas tensas e profícuas relações, em críticas que retornam à antigas questões.

3. O DISPOSITIVO DE PODER E O JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é uma recomendação prevista no artigo 1.º da Lei Maria da Penha. Estes Juizados possuem competência cível e criminal para processarem, julgarem e executarem as causas envolvendo “violência de gênero”.³⁴ Além disso, segundo o artigo 29º da Lei Maria da Penha, os juizados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, com profissionais das áreas da psicologia, do direito e da saúde.³⁵

A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher também é uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁶, cujo objetivo é a concretização da Lei n.º 11.340/2006, e recebe incentivos financeiros do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI). No entanto, há poucos Juizados Especializados em funcionamento no país. De acordo com os

é constitucional.

33 Nesse sentido, ver o trabalho de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. Sociedade e Estado*, Brasília, v.23, n.1, jan/abr. p.113-135, 2008.).

34 Segundo o Art. 14 da LMP: “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.” (BRASIL. *Lei n.º 11.340 de 2006*. Disponível em: <<<http://www.presidencia.gov.br>>>, acesso em: 03 mar. 2008).

35 Conforme o artigo 29 da LMP: “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.” (Ibidem)

36 Conforme a Recomendação nº 9 de março de 2007. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus>>>. Acessado em 08 de setembro de 2010.

dados da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), entre agosto de 2006 a fevereiro de 2010, 35 Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher foram criados no Brasil e 40 varas³⁷ foram adaptadas para receberem os casos de “violência de gênero”.

Segundo a Lei n.º 11.340/2006, há a orientação para a aplicação de medidas de punição (previstas no Código Penal e no Código de Processo Penal), medidas de proteção de direitos civis (previstas no Código Civil e Código de Processo Civil), medidas de assistência e proteção à integridade física da mulher, através da vinculação entre os Juizados e os serviços de atendimento a mulheres em situação de violência, além das medidas e ações voltadas à prevenção, visando impedir a “violência de gênero”.³⁸

Assim, de acordo com a Lei Maria da Penha, o que se pode perceber é que o (a) juiz(a) nestes casos possui competência dupla, isto é, ele (a) é quem irá julgar as causas envolvendo questões cíveis (de família) e criminais. A proposta é de que haja um local unificado no mesmo espaço físico (juizado) e temporal (a audiência) para o acesso às medidas de proteção, de assistência e a garantia de seus direitos.³⁹

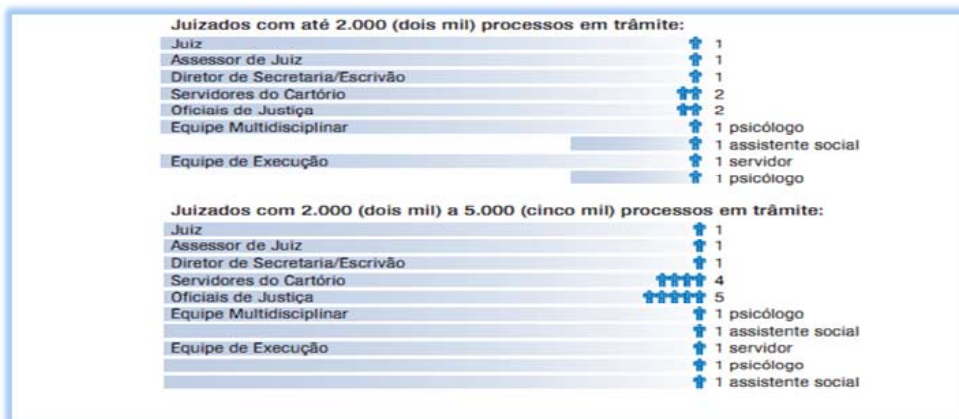
Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou o “Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, propondo uma estrutura mínima para o funcionamento de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

Para Juizados com até 2.000 (dois mil) processos em tramite:

37 Art. 33 da LMP: “Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.” (BRASIL, op. cit.)

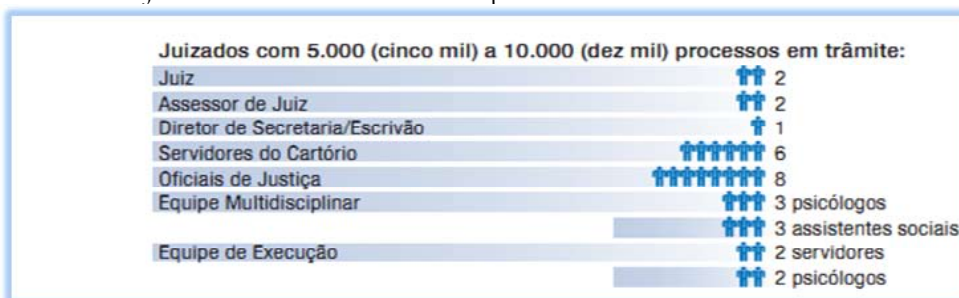
38 OBSERVE. *Pesquisa sobre Condições de aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento a Mulher (DEAMS) e Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e DF*. Relatório Final. Dezembro de 2010. Salvador: UFBA.

39 OBSERVE, op. cit.



Fonte: CNJ, 2010.

Para Juizados com 5.000 a 10.000 processos em trâmite:



Fonte: CNJ, 2010.

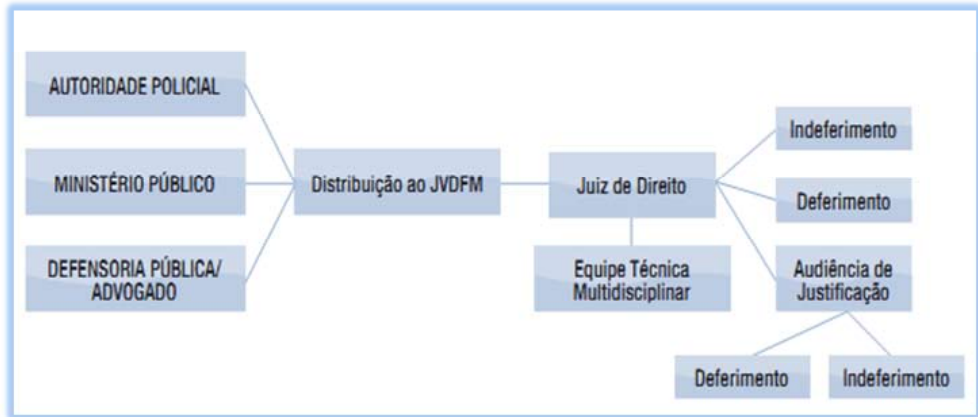
Além da estrutura pessoal, há ainda a recomendação para uma estrutura física mínima, segundo o manual⁴⁰, um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher deve ter:

Uma secretária; uma sala de audiências; gabinetes dos magistrados titular e substituto; sala da defensoria pública da vítima; sala da defensoria pública do agressor; sala da equipe de atendimento multidisciplinar; sala da equipe de apoio à execução penal; sala de reunião para a realização de grupos reflexivos; sala reservada ao

40 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Disponível em: <<<http://www.cnj.br>>>. Acesso em: 30 maio 2011., p.21

Ministério Público; sala dos estagiários; sala dos oficiais de justiça; brinquedoteca; carceragem e parlatório.

No que diz respeito aos procedimentos realizados em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cabe salientar, ainda que rapidamente, o que prevê o Manual do CNJ (2010). Em relação às medidas protetivas de urgência, em regra, o processamento ocorre da seguinte forma:



Geralmente os pedidos de medidas protetivas de urgências chegam ao juizado através de autoridade policial a pedido da mulher submetida à “violência de gênero”; também há casos em que o juiz concede uma medida, devendo a equipe do cartório expedir mandado de citação ao agressor para responder, em cinco dias, bem como mandado de notificação para a “vítima”. Há ainda a possibilidade de a medida ser requerida pelo Ministério Público.⁴¹

Ainda em se tratando da fase pré-processual encontramos o inquérito policial. Em tese, a tramitação do inquérito se dá entre o órgão da polícia e do Ministério Público visando à investigação⁴². Na fase processual, a Lei Maria da Penha não menciona qual deve ser o rito a ser seguido. Assim, a determinação do procedimento dependerá do crime cometido, aplicando-se o Código de Processo Penal.

41 Ibidem, p. 25

42 Ibidem, p.26

Segundo o CNJ⁴³, os crimes mais comuns julgados nos Juizados são:

CRIME	PENA	RITO
LESÃO CORPORAL LEVE (CP, artigo 129, §9º)	3 meses a 3 anos	SUMÁRIO
LESÃO CORPORAL GRAVE (CP, Art. 129, §1º)	1 a 5 anos	ORDINÁRIO
LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA (CP, Art. 129, §2º)	2 a 8 anos	ORDINÁRIO
LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE (CP, Art. 129, §3º)	4 a 12 anos	ORDINÁRIO
AMEAÇA (CP, Art. 147)	1 a 6 meses ou multa	SUMÁRIO
ESTUPRO (CP, Art. 213)	6 a 10 anos	ORDINÁRIO
CRIMES CONTRA A HONRA (INJÚRIA, DIFAMAÇÃO, CALÚNIA)		Art. 519 do CPP

Como se pode perceber, além dos atos meramente processuais, muitas outras experiências são realizadas em um Juizado. Dessa forma, identificar como atua o “dispositivo de poder⁴⁴” em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher pode nos oferecer dados importantes para descrever como a “justiça” esta sendo construída.

Em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher há uma rede estabelecida entre diversos elementos que constitui um “dispositivo de poder”. Para além da subsunção, lei e fato, encontramos um conjunto heterogêneo que engloba discursos, apontamentos institucionais, formas legais e não-legais, posicionamentos de juristas e teóricos, decisões, medidas protetivas, medidas administrativas, proposições morais, etc. Em outras palavras, o “dito e o não-dito” que compõem um “dispositivo de poder”.

Talvez, a primeira vez que Foucault (2001) utilizou a terminologia “dispositivo” foi em uma entrevista publicada em *Ditos e Escritos*, V. 3, na década de 1970. Dizia respeito às técnicas, estratégias e formas de assujeitamento que o poder usava.

43 Ibidem, p. 29

44 Importante destacar uma mudança na obra de Foucault, segundo Edgardo Castro (CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. Ingrid Müller Xavier, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 125): “[...] A *épisteme* era o objeto da descrição arqueológica; o dispositivo, por sua vez, o é da descrição genealógica”. [...] O dispositivo é, em definitivo, mais geral do que a *épisteme*, que poderia ser definida como um dispositivo exclusivamente discursivo. [...]”. Nesse sentido Foucault (FOUCAULT, Michel. *Sobre a História da Sexualidade*. In.: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, p.243-276, 2008, p. 246) irá dizer: “[...] agora gostaria de mostrar que o que chamo de dispositivo é algo muito mais geral que compreende a *épistémè*. Ou melhor, que a *épistémè* é um dispositivo especificamente discursivo, diferentemente do dispositivo, que é discursivo e não discursivo, seus elementos sendo muito mais heterogêneos”.

Assim, o autor⁴⁵, ao focalizar o poder, passa a problematizar não o edifício jurídico da soberania, dos aparelhos do Estado, das ideologias que o acompanham, mas sim as estratégias de dominação.

Foucault menciona que há vários dispositivos: “dispositivo de poder”, “dispositivo de saber”, “dispositivos disciplinares”, “dispositivo de sexualidade”, etc. Segundo o autor(2008, p. 244, grifei), o termo dispositivo quer dizer:

[...] em primeiro lugar, [ele é] um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. **Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos.** [...] entre estes elementos, discursivos ou não, existe um tipo de jogo, ou seja, mudanças de posições, modificações de funções, que também podem ser muito diferentes. Em terceiro lugar, entendo o dispositivo como um tipo de formação que, em um determinado momento histórico, teve como função principal responder a uma urgência. O dispositivo tem, portanto, uma função estratégica dominante. [...]

Em um Juizado Especializado há muitos elementos (discursos, apontamentos institucionais, formas legais e não-legais, posicionamentos de juristas e teóricos, decisões, medidas protetivas, medidas administrativas, proposições morais, aconselhamentos psicológicos, encaminhamentos assistenciais, etc.) que fazem parte de um dispositivo de poder, ou seja, o “dito” e o “não-dito”. O dispositivo que será encontrado em um Juizado é a rede que se estabelece entre estes diversos elementos – alertas, explicações, esclarecimentos, informações, solicitações à Equipe Técnica, encaminhamentos aos órgãos governamentais e não governamentais para o atendimento das demandas apresentadas, etc.(CNJ, 2010)

Por isso, se torna imprescindível identificar “como”os (as)juízes (as) constroem suas práticas de poder e seus “jogos de verdade”; bem como, analisar as estratégias discursivas e não-discursivas que são construídas no Juizado e que constituem práticas dinâmicas e/ou estáticas.

O “dispositivo de poder” encontrado em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher pode ultrapassar a ideia de repressão e de lei, podendo

45 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

muitas vezes se tornar emancipatório e libertador. Aqui gostaríamos de destacar também a terminologia “dispositivo” enquanto produtividade, ou seja, positividade.⁴⁶

Para Deleuze (1990), os dispositivos são caracterizados por possuírem: “[...] linhas de força, linhas de subjetivação, linhas de ruptura, de fissura, de fratura que se entrecruzam e se misturam, enquanto umas suscitam, através de variações ou mesmo mutações de disposição”.

Os dispositivos são constituídos por linhas sem destinos determinados, que se aproximam ao mesmo tempo em que se afastam e que fazem parte de processos indefinidos. Cada linha está “[...] quebrada e submetida a variações de direção (bifurcada, enforquilhada) [...]”⁴⁷. Aquilo que é visível, os enunciados e os sujeitos são vetores daquelas linhas.

O que temos aqui? Um quadro ou uma moldura que mostra os inúmeros elementos que fazem parte de um “dispositivo de poder”, podendo ser mapeados a partir da judicialização da “violência de gênero”. Assim, justifica-se a importância de se cartografar o “dispositivo de poder” presente em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA “VIOLÊNCIA DE GÊNERO”

Um dos objetivos deste trabalho é refletir sobre a judicialização, buscando compreender como essa categoria é definida, principalmente, na literatura nacional e quais são as implicações de seu emprego para a análise da “violência de gênero”. Muito embora neste momento não esteja claro o que esta categoria realmente quer dizer quando empregada aos casos de “violência de gênero”, posso arriscar que ao ser utilizada pressupõe que estes casos serão remetidos ao Poder Judiciário. Em outras palavras, a partir da criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar

46 Saliento que Agamben (AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo In.: AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo e outros ensaios*. Chapecó, Argos, 2009, pp. 25-51., p.28-29) propõe uma hipótese de leitura da categoria dispositivo a partir de Foucault: “Eu chamo dispositivo tudo o que tem, de uma maneira ou outra, a capacidade de capturar, de orientar, de determinar, de interceptar, de modelar, de controlar e de assegurar os gestos, as condutas, as opiniões [...]”. Para Agamben, a genealogia foucaultiana desse termo remonta a outro, isto é, a positividade, que Foucault utiliza em *Arqueologia do Saber*. Nesse sentido, guardadas as devidas diferenças, ver também: Rifotis (1997).

47 DELEUZE, Gilles. *Que é um dispositivo? In: Michel Foucault, filósofo*. Barcelona: Gedisa, 1990, pp.133-161. Disponível em: <<<http://www.filoesco.unb.br/foucault>>>. Acesso em: 15 ago 2011.

contra a Mulher, seus modos de atuação possuem algo em comum, ou seja, dirigem-se ao Poder Judiciário.⁴⁸

Debert e Gregori⁴⁹ argumentam que a criação da Lei Maria da Penha demonstrou a “aposta política” que os movimentos feministas têm depositado no Poder Judiciário, como campo propício para a luta pelos direitos das mulheres. Para as autoras⁵⁰, recorrer as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher e ao Poder Judiciário comprovam a Judicialização. Debert (2006b) salienta que a Judicialização é caracterizada pelo ingresso da ordem normativa na vida social.

Luana Tomáz de Souza (2008) esclarece que o termo judicialização possui sua raiz no latim, *judiciale*, que diz respeito a tudo aquilo que se origina no Poder Judiciário, ou perante a ele se realiza. Assim, tudo que dialoga com o (a) juiz (a), com os tribunais, com os juizados, com a “justiça”. Para a autora⁵¹, o essencial não é identificar se houve ou não uma maior judicialização dos casos envolvendo a “violência de gênero”, mas compreender a complexidade que envolve estes processos a partir dos sujeitos, isto é, as mulheres em situação de violência e os operadores do direito que decidem neste cenário.

Muito embora a solução “judiciarizante”, segundo Rifiotis (2008), não corresponda às reivindicações dos movimentos feministas, as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher desenvolveram vários serviços complementares, o que tem configurado na prática uma ferramenta coletiva importante. Ainda para o autor⁵², a “judiciarização” não corresponde a um maior acesso ao Poder Judiciário, por outro lado, este fenômeno pode inclusive limitar ou ameaçar a cidadania e a democracia.⁵³

48 Nesse sentido, recomendo o trabalho de Denise Duarte Bruno (BRUNO, Denise Duarte. *Jurisdicionalização, racionalização e carisma*. As demandas de regulação das relações familiares ao poder judiciário gaúcho. 2006. 174 f. Tese (Doutorado) – Curso de Sociologia, UFRGS, Rio Grande do Sul, 2006) sobre a Judicialização.

49 DEBERT; GREGORI, 2008, op. cit. p.166-167

50 DEBERT; GREGORI, 2008, op. cit. p. 166-167

51 SOUZA, 2008

52 IFIOTIS, Theophilos. Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a violência conjugal e a violência intrafamiliar. *Rev. Katál.* Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 225-236, jul./dez.2008.

53 Ver também RIFIOTIS, Theophilos; MATOS, Marlise. Judicialização, Direitos Humanos e Cidadania. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; et. al.(Orgs.), *Direitos Humanos na Educação Superior: subsídios para a Educação em Direitos Humanos nas Ciências Sociais*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.

Contudo, para Lilia Guimarães Pougy⁵⁴, a judicialização pode ser uma forma de maior acesso ao Poder Judiciário. Para a autora⁵⁵, a judicialização da “violência de gênero” contribui para a alteração das relações de força entre os sujeitos, bem como para a concretização da Lei Maria da Penha e para a realização da “justiça”.

A palavra judicialização não é um consenso, segundo Friedman⁵⁶: “Diversas noções estreitamente ligadas –judiciarização, constitucionalização, burocratização– apelam a diferentes aspectos da juridificação ou são mesmo empregados como sinônimos deste último conceito. [...]”.

O aumento da intervenção do poder judiciário em várias instâncias da vida pública e da privada sugere que tudo pode ser resolvido através de uma decisão judicial. O/A magistrado (a) tem sido convocado em número cada vez mais extenso de questões na vida política, econômica, internacional, comunitária, moral, social e na vida privada.

Para Luiz Werneck Vianna e Outros⁵⁷, o (a) juiz (a) é o intérprete da “justiça” na prática social, bem como decide conforme os princípios sociais. Para os autores⁵⁸, a ideia de supremacia da função do magistrado é consequência da democratização social pós década de 1970 e do desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo (europeu e americano). Com a promulgação das Constituições que positivaram direitos fundamentais, o Poder Judiciário vai substituindo a política. Como consequência, o juiz passa a decidir com uma profundidade muito diferente daquela quando julgava conforme os enunciados normativos.

Importante salientar que o Direito é quem tem invadido as relações sociais e o magistrado é quem é chamado para aplicar a lei⁵⁹. Segundo Vianna e

54 POUGY, Lilia Guimarães. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. *Rev. Katál.* Florianópolis, v. 13, n.º 1, p. 76-85, jan/jun, 2010., p.81

55 *Ibidem*, p. 82

56 FRIEDMAN, apud PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. *Percursos da informalização e da desjudiciarização*. Por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada). Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, do Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001.

57 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999., p. 24

58 *Ibidem*, p.22

59 Interessante à discussão realizada por Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado*, 1-29, 2009, p. 6) entre ativismo e judicialização. Para o autor: “A judicialização e o ativismo judicial são pri-

Outros⁶⁰, o Estado passa a regular todas as relações, criando diversas leis, como, por exemplo, leis sobre mulheres vitimizadas, pobres, meio ambiente, crianças e adolescentes, dependentes de drogas e consumidores inadvertidos. Assim,

[...] os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito e organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais.

O magistrado tem se tornado intérprete de questões as mais diversas, por exemplo, quando deve resolver se um casal homossexual pode adotar uma criança; quando o Estado tem o dever de internar uma pessoa num leito de UTI; sobre pesquisas com células troncos; a respeito da interrupção do parto, quando se trata de um feto anencefálico. Trata-se do que Ost⁶¹ denomina de “juiz Hércules”, ou seja, mais que um homem da lei, um verdadeiro engenheiro social.

A incapacidade dos demais poderes –Legislativo e Executivo– de oferecer respostas rápidas as demandas pela concretização dos direitos constitucionais, ou seja, por “justiça”, ocasionou uma crescente expectativa no papel do Poder Judiciário enquanto concretizador destes direitos.⁶²

Na ausência de Estado ou de outras formas de regulação social coube ao Poder Judiciário a função de regulador social. Conforme Garapon⁶³, “[...] a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia”. Vianna e Outros⁶⁴ explicam que a crescente invasão do direito na vida social – que no Brasil, pode

mos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

60 VIANNA et. al, 1999, op. Cit. p.149, grifei

61 OST, François. Júpiter,Hércule, Hermes: Tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, VI, Alicante, n. 14, 1993, p. 179

62 VIANNA, et al., op. Cit. 1999, p.152

63 GARAPON, apud VIANNA et. al, op. Cit. 1999, p. 149

64 VIANNA, et al., op. Cit. 1999, p. 155

ser exemplificada pela criação dos juizados especiais cíveis e criminais – “[...] talvez represente um significativo divisor de águas. Ainda que integrem o conjunto mais geral de modificações técnicas concebidas no sentido de aproximar lei e sociedade [...]”.⁶⁵

Campilongo (1995) aponta para um duplo movimento: uma crescente valorização do poder judiciário, bem como a insurgência de locais alternativos para a resolução dos conflitos. Esta oscilação é denominada por Rojo (2001; 2003) de “jurisdicionalização”; em outras palavras, trata-se tanto da “judicialização” quanto da “desjudicialização”, bem como define a procura por uma instância simbólica apta a dizer o que é a “justiça”. Presencia-se a chamada “explosão do direito”.⁶⁶

Através da inclusão por meio do sistema jurídico ocorre uma visibilidade social até então nebulosa que, segundo Rojo, “[...] é caracterizada como uma forma de repercussão pública para certas questões que, em caso omissis, poderiam ser ignoradas ou preteridas”.⁶⁷ Para Rifiotis (2004), estamos também tratando de um duplo movimento, por outro lado, a ampliação do acesso ao judiciário, tem acarretado uma desvalorização de outras formas de resolução de conflitos.

Como se pode perceber o uso desta categoria aponta para diferentes referenciais teóricos e carece de maiores definições. Inicialmente, esclareço que em relação às denominações “judicialização”, “jurisdicionalização”, “juridificação”, entre outras distintas categorias que ora desvendam, ora ocultam as relações entre os sujeitos e a “justiça”, pretendo, em momento posterior, aprofundar teoricamente como estes conceitos foram construídos e quais são as suas principais características, bem como qual a sua relação com a “violência de gênero”.

65 Garopon (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p.55) alerta que a função de guardião da moralidade pública ocupada hoje pelo juiz traz em contrapartida a preocupação deste exercício por profissionais pouco qualificados. Segundo o autor, “Almejam ser considerados como o ultimo refugio da moral e do desinteresse em uma República abandonada pelo seus servidores. Essa demanda desperta o velho demônio inquisitório, sempre presente no imaginário latino. São novas expectativas que surpreendem uma magistratura ainda pouco preparada para o exercício desse papel, provocando os exageros, em número reduzido, é verdade, mas que ainda assim merecem ser analisados, ao menos para que sejam conjurados”.

66 PEDROSO, op. cit.. Nesse sentido, ver: BERALDO DE OLIVEIRA, Marcellade. *Justiça do diálogo: uma análise da mediação extrajudicial*. 2010. 317 f. (Tese) – Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, São Paulo, 2010.

67 ROJO, Raúl Enrique. Jurisdição e civismo: a criação de instâncias para dirimir conflitos no Brasil e no Quebec. In: ROJO, R. E. *Sociedade e direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: Programas de Pós-graduação em Direito e em Sociologia da UFRGS, pp. 21-42, 2003., p. 24.

Saliento que minha intenção foi lançar luz para a complexidade das relações entre “justiça”, “judicialização” e “violência de gênero”, já que podemos afirmar que a “violência de gênero” possui uma relação estreita com o fenômeno da “judicialização”, ao menos no que diz respeito ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, pois se trata de uma instituição jurídica.

5. REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo In.: _____. *O que é o contemporâneo e outros ensaios*. Chapecó, Argos, 2009, pp. 25-51.
- AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcel; KANT de LIMA, Roberto. Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 40, ano 10, out/dez, p. 255-281, 2002.
- _____. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.
- _____. Despenalização e penalização da violência contra a mulher. R. *SJRJ*, Rio de Janeiro, n.22,p.111-128,2008.
- AZEVEDO, Maria Amélia. *Mulheres Espancadas*. São Paulo: Cortez Ed. 1985.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. *Sociedade e Estado*, Brasília, v.23, n.1, jan/abr. p.113-135, 2008.
- BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. *Sociedade Estado*. vol. 24, n.2, p. 401-438, 2009.
- _____; SUÁREZ, Mireya (Orgs.). *Violência, Gênero e Crimes no Distrito Federal*. Brasília: Paralelo 15. Editora UNB, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado*, 1-29, 2009.
- BERALDO DE OLIVEIRA, Marcella. *Crime Invisível: A mudança de significado da violência de gênero nos Juizados Especiais Criminais*. Dissertação (Mestrado). Mestrado em Antropologia Social, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas: Unicamp, Campinas, 2006.
- _____. Da Delegacia de Defesa da Mulher ao Juizado Especial Criminal: significados da violência de gênero no fluxo processual. DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena; BERALDO DE OLIVEIRA (Orgs.). *Gênero, Família e Gerações: Juizado Especial Criminal e Tribunal do Júri*. Campinas – São Paulo, Núcleo de Estudos de Gênero - Pagu/Unicamp, 2008.
- BERALDO DE OLIVEIRA, Marcellade. *Justiça do diálogo: uma análise da mediação extrajudicial*. 2010. 317 f. (Tese) – Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, São Paulo, 2010.
- BLAY, Eva Alterman. Gênero e Políticas Públicas ou Sociedade Civil, Gênero e Relações de Poder: SILVA, Alcione Leite da; LAGO, Mara Coelho de Souza; RAMOS, Tânia Regina Oliveira. *Falas de Gênero: teorias, análises, leituras*. Florianópolis, Ed. Mulheres, 1999.

- _____. *Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos*. São Paulo: USP, Ed. 34, 2008.
- BRANDÃO, Elaine Reis. Violência Conjugal e o Recurso feminino à polícia. In: BRUSCHINI, Cristina; HOLANDA, Heloísa Buarque de (Org.), *Horizontes plurais: novos estudos de gênero no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, Fundação Carlos Chagas, p. 51-84, 1998.
- BRASIL. *Lei n.º 9.099 de 1995*. Disponível em: <<<http://www.presidencia.gov.br>>>. Acesso em: 10 maio 2012.
- BRASIL. *Lei n.º 11.340 de 2006*. Disponível em: <<<http://www.presidencia.gov.br>>>, acesso em: 03 mar. 2008.
- BRUNO, Denise Duarte. *Jurisdicionalização, racionalização e carisma*. As demandas de regulação das relações familiares ao poder judiciário gaúcho. 2006. 174 f. Tese (Doutorado) – Curso de Sociologia, UFRGS, Rio Grande do Sul, 2006.
- CAMPILONGO, Celso. Apresentação realizada na sessão. O judiciário e o acesso a justiça. In: SADEK, Maria Teresa (Org.) *O Judiciário em debate*. São Paulo: IDEPS, Editora Sumaré, p. 9-30, 1995.
- CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. Ingrid Müller Xavier, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados especiais criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos feministas*. Vol. 11, n. 1. Florianópolis. Jan/June, 2003.
- _____. (Org.) *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana R. B.; ENNE, Ana Lúcia. Crimes de Bagatela: a violência contra a mulher na justiça do Rio de Janeiro. In: CORRÊA, Mariza (Org.) *Gênero e cidadania*. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero/Unicamp, p. 71-106, 2002.
- CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. Ingrid Müller Xavier, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Disponível em: <<<http://www.cnj.br>>>. Acesso em: 30 maio 2011.
- CORRÊA, Marisa. *Os crimes da paixão*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- CORTIZO, Mariadel Carmem; GOYENECHE, Priscila Larratea. Judicialização do privado e violência contra a mulher. *Revista Katál*. Florianópolis, v.13, n.1, jan/jun, 2010, p.102-109, 2010.
- DEBERT, Guita Grin. Conflitos Éticos nas Delegacias de Defesa da Mulher. In: DEBERT, Guita G; GREGORI, Maria Filomena; PISCITELLI, Adriana (Org.) *Gênero e distribuição de justiça: as delegacias de defesa da mulher e a construção das diferenças*. Campinas: PAGU/ Núcleo de Estudos de Gênero da UNICAMP, v. 1, p. 13-56, 2006a.
- _____. As Delegacias de Defesa da Mulher: judicialização das relações sociais ou politização da justiça? In: CORRÊA, Mariza (Org.) *Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”*. Campinas: Pagu/Unicamp, p. 15-39, 2006b.
- _____; BERALDO DE OLIVEIRA, Marcela. Os Modelos Conciliatórios de Solução de conflitos e a “violência doméstica”. *Cadernos Pagu*.n.º 29, julho-dezembro. p. 305-337.2007.

- _____; GREGORI, Maria Filomena. Violência e Gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 23, p. 165-185, 2008.
- DELEUZE, Gilles. *Que é um dispositivo?*In: Michel Foucault, filósofo. Barcelona: Gedisa, 1990, pp.133-161. Disponível em: <<<http://www.filoesco.unb.br/foucault>>>. Acesso em: 15 ago 2011.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. O fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARAH, Marta F. S. Gênero e políticas públicas. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis: UFSC, 12 (1), 2004.
- FOUCAULT, Michel. Sobre a História da Sexualidade. In: _____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, p.243-276, 2008.
- _____. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Ditos e escritos*. Estética: literatura e pintura, música e cinema. MOTTA, Manoel Barros da (Org). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. v. 3.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: O guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Revan,1999.
- GOMES, Carla de Castro. *A Lei Maria da Penha e as práticas de construção social da “violência contra a mulher” em um juizado do Rio de Janeiro*. 2010. 204f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em sociologia e antropologia. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2010.
- GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas*: mulheres e relações violentas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- GROSSI, Miriam. Novas/velhas violências contra a mulher no Brasil. *Revista estudos feministas*. Rio de Janeiro: CIEC/ECO/UFRJ, Número Especial, p.473-484,1994.
- _____. Entrevista com Joan W Scot. *Revista de Estudos feministas*. Rio de Janeiro, 1 semestre, p. 114-124, 1998, (1).
- _____; MINELLA, Luzinete Simões; LOSSO, Juliana Cavilha Mendes. *Gênero e Violência*: pesquisas acadêmicas brasileiras (1975 – 2005). Florianópolis: Ed. Mulheres, 2006.
- HEILBORN, M.L. Violência e mulher. In: VELHO, G.; ALVITO, M. (Orgs) *Cidadania e violência*, Rio de Janeiro: UFRJ/FGV, p. 89- 98, 1996.
- IZUMINO, WâniaPasinato. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à Justiça. XXVIII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais – ANPOCS. Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004a.Disponível em: <<<http://www.nevusp.org/downloads/down082.pdf>>>. Acesso em: 01 out. 2011.
- _____. Violência contra a mulher no Brasil: acesso à Justiça e construção da cidadania de gênero. *VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*. Coimbra, setembro de 2004b.
- _____. *Acesso à Justiça e Violência contra a Mulher em Belo Horizonte*. São Paulo: Annablume, 2012.
- _____; SANTOS, Cecília MacDowell. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero*: No-tassobreEstudosFeministas no Brasil. 2005. Disponívelem: <<<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>>>. Acesso em: 02 out. 2011.

- MACHADO, Lia Zanotta. Eficácia e desafios das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres: o futuro dos direitos à não-violência. *Boletim Cndm*. Brasília – DF, v.1, p. 33-53, 2001.
- _____. Atender vítimas, criminalizar violências. Dilemas das Delegacias da Mulher. *Série Antropologia* n. 319. Brasília: 2002.
- MORAES, Aparecida Fonseca; GOMES, Carla de Castro. O caleidoscópio da “violência conjugal”: instituições, atores e políticas públicas no Rio de Janeiro. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (Org.). *Gênero, Violência e Direitos na Sociedade Brasileira*. Rio de Janeiro: Sete Letras, p. 75-109, 2009.
- MUNIZ, Jaqueline. Os direitos dos outros e outros direitos: um estudo sobre negociação de conflitos nas DEAMs/RJ. In: SOARES, L. E. (Org.). *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, p.125-164, 1996.
- OBSERVE. *Pesquisa sobre Condições de aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento a Mulher (DEAMs) e Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e DF*. Relatório Final. Dezembro de 2010. Salvador: UFBA.
- OST, François. Júpiter, Hércule, Hermes: Tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, VI, Alicante, n. 14, 1993.
- PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. *Percursos da informalização e da desjudiciarização*. Por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada). Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, do Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001.
- POUGY, Lilia Guimarães. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. *Rev. Katál*. Florianópolis, v. 13, n.º 1, p. 76-85, jan/jun, 2010.
- REVEL, Judith. *Foucault: conceitos essenciais*. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.
- RIFLOTIS, Theophilos. Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a violência conjugal e a violência intrafamiliar. *Rev. Katál*. Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 225-236, jul./dez.2008.
- _____. As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a “judicialização” dos conflitos conjugais. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 19, n.1, p.85-119, jan/jun.2004.
- _____; MATOS, Marlise. Judicialização, Direitos Humanos e Cidadania. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; et. al.(Orgs.), *Direitos Humanos na Educação Superior: subsídios para a Educação em Direitos Humanos nas Ciências Sociais*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.
- _____; SANTOS, V.R. Programme de soutien psychologique dans le commissariat de protection de la femme de la ville de Florianópolis (Brésil). *Bulletin de l'Association Québécoise Plaidoyer Victimes*. v.11, n. 4, p.2-4, 2002.
- _____. O Atendimento Psicológico, A Judicialização de Conflitos Conjugais e as Delegacias de Proteção À Mulher. *RAM*, 2005.
- ROJO, Raúl Enrique. La Justicia como instancia simbólica y la reconstrucción del sujeto de derecho, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, nº 20, p. 293-304, 2001.

- ROJO, Raúl Enrique. Jurisdição e civismo: a criação de instâncias para dirimir conflitos no Brasil e no Quebec. In: ROJO, R. E. *Sociedade e direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: Programas de Pós-graduação em Direito e em Sociologia da UFRGS, pp. 21-42, 2003.
- SCOTT, Joan. *Gender and the politics of history*. New York: Columbia University Press. 1988.
- SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis*. Violência conjugal e novas políticas de segurança. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- _____. Delegacias de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau. In Soares, L.E. et al. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará, p. 107-124, 1996.
- SORJ, Bila. O feminismo e os dilemas da sociedade brasileira. In: BRUSHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra (Org.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas. Editora 34, v. 1, p.97-107, 2002.
- SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes. A politização da violência contra a mulher e o fortalecimento da cidadania. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra C. (Org.). *Gênero, Democracia e Sociedade Brasileira*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas. Editora 34, v.1, p. 297 – 320, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

Capítulo 43

HANSENÍASE: DIREITOS TARDIOS RESGATAM A CIDADANIA?¹

Larissa Carvalho De Oliveira²

Laura Vicuña Campos Mendonça Rezende³

1. INTRODUÇÃO

A hanseníase, ou lepra, afigura-se como uma doença muito antiga e marcada pelo estigma, do qual as pessoas contaminadas com a mesma são vítimas. Por conta disso, existiam no Brasil hospitais-colônias distantes das cidades e destinados a receberem indivíduos acometidos pela doença, os chamados “leprosos”.

Assim, os hansenianos eram afastados forçosamente do convívio familiar e social, e obrigados a viverem internados nas colônias. Havia também uma destinação característica para os filhos das pessoas com hanseníase, os quais eram mantidos – geralmente por muito tempo – em Preventórios, espécies de abrigos específicos para crianças.

Devido a essas atrocidades – perpetradas pelo Estado ao isolar os hansenianos em colônias – e intensa discriminação por parte da sociedade para com as pessoas com hanseníase, em 2007 foi instituída a Lei nº 11.520 que concede pensão especial aos indivíduos que foram internados em colônias de “leprosos”. Há também outros instrumentos normativos, dentre eles alguns que postulam sobre a isenção da cobrança de imposto de renda dos hansenianos.

2. O QUE É A HANSENÍASE?

Na história da humanidade poucas doenças foram tão estigmatizadas quanto a hanseníase. Antigamente, conhecida como “lepra”, essa doença causou pavor

1 Trabalho apresentado na disciplina de Núcleo Específico Optativa “Direitos Individuais Especiais”, ministrada no 2.º semestre de 2011 pela professora Ms. Rosane Freire Lacerda, no curso de Direito da Universidade Federal de Goiás, Campus Jataí.

2 Aluna do quinto período do curso de graduação em Direito da UFG, Campus Jataí. E-mail: larissa.lco@gmail.com.

3 Aluna do terceiro período do curso de graduação em Direito da UFG, Campus Jataí. E-mail: lauravcmr@hotmail.com.

entre populações inteiras, levando à perseguição e à completa exclusão social das pessoas acometidas pela doença.

A hanseníase é uma doença causada pelo bacilo *mycobacterium leprae* também conhecido como bacilo de Hansen, em homenagem ao seu descobridor Amaneur Hansen, o qual fez a descoberta em 1873. Existem três formas da doença: a Tuberculóide, que não é contagiosa; a Vechoviana, que é transmissível e a Morfa que também é contagiosa.⁴

Essa doença se manifesta com manchas brancas na pele ou às vezes até levemente avermelhadas, não tendo sensibilidade local, muitas vezes no local das manchas a pessoa para de transpirar e perde os pêlos.

A hanseníase afeta pele e nervos podendo causar deformidades no corpo se detectada tardiamente.⁵ Não é uma doença de fácil contágio, pois a maioria das pessoas nasce geneticamente protegida contra esse bacilo. A hanseníase é transmitida por vias respiratórias e somente por pessoas que não estejam em tratamento e cuja doença seja de uma das formas transmissíveis.⁶

A cura da hanseníase existe e o tratamento com medicamentos pode variar de nove a dezoito meses, quanto mais cedo for descoberta a doença mais fácil será o tratamento e mais rápido a pessoa estará curada. Os medicamentos para o tratamento são distribuídos gratuitamente pelo serviço único de saúde depois de diagnosticada a doença. Porém, devido à falta de informação muitas pessoas não sabem o que é a hanseníase e muito menos que tem cura.⁷

A organização mundial de saúde revela que:

o Brasil é o segundo país no mundo com o maior número de casos de hanseníase, chegando a quase 40.000 (quarenta mil), ficando atrás apenas da Índia com quase 138.000 (cento e trinta e oito mil), mas se levarmos em conta a relação da população do Brasil, ficamos em primeiro lugar chegando a 2,3 casos para cada dez mil habitantes.⁸

4 GLOBO NEWS (2010). Hanseníase é marcada pelo preconceito e discriminação. [Vídeo]. 2010. (23 min 31 seg), son., color. Disponível em: <<<http://www.youtube.com/watch?v=hG0juqZ-pt4&feature=related>>>. Acesso em: 20 set. 2011.

5 Ministério Da Saúde (2008a). Secretaria de Vigilância em Saúde. *Como ajudar no controle da Hanseníase*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008a. 62. p. 24

6 GLOBO NEWS, (2010).

7 MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008a, p. 32-33

8 Reportagem exibida no Jornal Nacional – Rede Globo de Televisão, em 08/12/2008.

Segundo Gerson Penna, Secretário de Vigilância em Saúde,⁹ o Brasil só não eliminou a hanseníase completamente porque não existe vacina que combata a doença. Ele afirma que a doença está sob controle e que o governo conseguiu diminuir o número de casos, mas doenças que não têm vacina não são passíveis de eliminação ou erradicação.

3. O PROCESSO HISTÓRICO DA HANSENÍASE

A hanseníase é uma doença contagiosa bastante antiga na história da humanidade. Não se sabe ao certo sobre o seu surgimento, mas há relatos da hanseníase inclusive em passagens bíblicas, a qual era vista como uma maldição.

Antes da descoberta da forma de tratamento da hanseníase, no Brasil as pessoas com essa doença eram afastadas da sociedade, sendo isoladas em hospitais – nos chamados leprosários ou hospitais-colônias – pelas autoridades do país, que achavam poder assim conter o surto da doença. As pessoas contagiadas pela hanseníase eram afastadas de suas famílias, seus filhos eram tirados a força e levados para os Preventórios, que eram institutos mantidos pelo Estado que abrigavam milhares de crianças, cujos pais estavam com hanseníase.¹⁰

Com essas internações muitas pessoas eram apartadas totalmente do contato com seus familiares e muitas eram rejeitadas voluntariamente pela família, amigos e colegas de trabalho. A hanseníase, pelo seu estigma tão grande, afetou terrivelmente as pessoas contaminadas, pois o meio social para essas pessoas era uma ameaça.

Por volta das décadas de 30 e 40 do século passado, as internações eram compulsórias. O chamado Departamento de Profilaxia da Lepra possuía uma lista onde constavam nomes de pessoas com hanseníase, que deveriam ser capturadas, em carros de uso específico, com a utilização de reforço policial, quando necessário.¹¹

Os pacientes eram internados durante anos nesses hospitais e condenados a viverem segregados. Segundo Dilhermando Callil, especialista em hansenologia,¹² existem relatos de que as pessoas internadas até saiam desses leprosários para pedir esmolas ou mantimentos, mas eram identificadas por uma roupa branca e um sino no pescoço ou em outra parte do corpo, avisando à população que se afastasse. Essa

9 JN (2008). *Parceria da OAB com o Morban*. JN 08/12/2008. Vídeo (2min16seg), son., color. Disponível em: <<<http://www.youtube.com/watch?v=AMoBbK5pG8A&feature=related>>>. Acesso em: 20 set. 2011.

10 GLOBO NEWS, 2010.

11 GLOBO NEWS, 2010

12 GLOBO NEWS, 2010

norma era da polícia sanitária. Eles se utilizavam de uma vara comprida com algum suporte na ponta para que as pessoas colocassem as doações. Logo após a passagem das pessoas com hanseníase, a população lavava as ruas, tamanho era o medo e o estigma da doença.

O mundo começou a mudar – em relação à hanseníase – em 1942, quando nos Estados Unidos descobriram a sulfona, um remédio barato e fácil de tomar, que somente chegou ao Brasil em 1948, de acordo com informações da cartilha “Como ajudar no controle da Hanseníase”. Houve nos leprosários uma revolta para pressionar o governo para que começasse a comprar a sulfona.¹³

No final da década de 1940 começa a chegar essa medicação no Brasil e os pacientes contagiosos deixaram de sê-lo. Desde então, eles não significavam mais um perigo para a sociedade, pois em tratamento não transmitiriam a doença.

Hoje em dia a hanseníase é tratada com a poliquimioterapia (PQT), que é um remédio composto basicamente de Rifampicina, Dapsona e nos casos mais graves com a Clofazimina.¹⁴

4. A PESSOA COM HANSENÍASE NA CONSTITUINTE (87/88): PARTICIPAÇÃO

O processo amplo e democrático no qual a Constituinte de 1987/88 se desenvolveu, representou uma espécie de alívio e êxtase político para os brasileiros que se fizeram ouvir na elaboração do texto da Carta Magna. Desta forma, explicitou-se uma vontade de ruptura com relação ao constrangimento e à repressão latentes em nosso país, especialmente durante o período ditatorial.

Nesse sentido, a Comissão da Ordem Social integrou a realização do processo constituinte, sendo composta por algumas Subcomissões, como a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Durante os trabalhos desta Subcomissão ocorreram nove audiências públicas, no Congresso Nacional, em que foram ouvidos mais cem participantes da sociedade civil.¹⁵

13 Ministério Da Saúde (2008b). Secretaria de Vigilância em Saúde. *Hanseníase e Direitos Humanos: Direitos e deveres dos usuários do SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008b.

14 MINISTÉRIO DA SAÚDE (2008a). Secretaria de Vigilância em Saúde. *Como ajudar no controle da Hanseníase*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008a. p. 31

15 BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. In: BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de e ARAÚJO, José Cordeiro de (Org.). *AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: A SOCIEDADE NA TRIBUNA*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p. 505

A diversidade de grupos de pessoas que integrou a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias foi notável, pois se fizeram presentes “sob a guarda do termo ‘minorias’, as reivindicações e anseios de alcoólicos anônimos, idosos, homossexuais, talassêmicos, hansenianos, estomizados, presidiários, comunidade israelita, trabalhadoras domésticas.¹⁶

Um dos grupos presentes na Subcomissão era o dos hansenianos, os quais, assim como as outras minorias, cobravam por políticas públicas e assistência do Estado, no sentido de mitigar a dívida social para com essas pessoas historicamente vítimas de preconceitos e discriminações. Apesar disso, as pessoas com hanseníase demonstraram maior interesse em explicitarem a visão discriminatória, que ainda intensamente recai sobre eles, do que em estabelecerem dispositivos constitucionais.

Entre as pessoas que depuseram durante as audiências públicas, esteve o coordenador do Movimento de Reintegração do Hanseniano (MORHAN), Francisco Augusto Vieira Nunes. Além de expor informações marcantes sobre a hanseníase no Brasil, Nunes deixou propostas com a Subcomissão, através de um documento. Em seu depoimento, ele enfatizou que os hansenianos são muito discriminados, e que “o Brasil tinha 33 colônias de hansenianos e havia cerca de 600 mil portadores da doença no país. Até 1976, milhares de hansenianos foram internados compulsoriamente [...]”.¹⁷

No entanto, a proposta de conceder aposentadoria e indenização às pessoas relegadas a viver nos hospitais-colônias, por conta da chamada lepra, não obteve previsão constitucional. Contudo, inúmeros assuntos tratados na Subcomissão em análise foram ainda discutidos e até consagrados em instrumentos normativos, após 1988. Assim ocorreu com os acometidos pela hanseníase que, apesar de não terem conseguido os benefícios que reivindicaram na Constituinte, podem, desde 2007, receber pensões especiais, se comprovarem que foram forçados a permanecerem internados em hospitais-colônias.

5. OS DIREITOS DA PESSOA COM HANSENÍASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao se considerar a saúde humana como direito social, inserido no bojo das conquistas de direitos humanos do segundo Pós Guerra, há de se relacionar as características marcantes de tais direitos do homem. Nesse sentido, a Declaração

¹⁶ Ibidem. p. 528

¹⁷ Ibidem. p. 530

Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no entendimento de Alexandre Sturion de Paula,¹⁸ constitui um acontecimento básico para a retomada dos direitos humanos em plano mundial, especialmente depois das atrocidades decorrentes da Segunda Guerra Mundial.

Desta maneira, os direitos humanos são estabelecidos em pactos e tratados internacionais que, principalmente após a DUDH, primam pela universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. De acordo com essa perspectiva caracterizadora, tais direitos não podem ser concebidos isoladamente, nem de modo auto-suficiente, mas assumem eficácia universal na medida em que se relacionam mutuamente. “Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa”.¹⁹

A articulação de diversos instrumentos normativos internacionais inspirados pela compreensão de que o homem é sujeito de direitos, segue uma lógica específica. “Assim, a lógica de Direito dos Direitos Humanos é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana”.²⁰

No que tange ao âmbito nacional, a partir da democratização política, a Constituição Federativa (CF) de 1988 apresenta inúmeros princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana. Este princípio está previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88. Além disso, a concepção de existência digna pressupõe uma vida saudável, portanto, o direito social à saúde está intimamente ligado ao princípio em causa. A previsão de tal direito se encontra em diversos dispositivos da CF/88.

Nesse sentido, a saúde como condição de dignidade humana, também vincula o princípio da isonomia, cuja observância em relação à situação das pessoas com hanseníase, exige que não haja mais discriminação para com essas pessoas. Assim, o direito à saúde, o qual representa um dever para o Estado de assegurá-lo, apresenta-se aos hansenianos como um constante recurso de exigência de melhor qualidade de vida.

Além da necessidade de que o Estado efetive o direito à saúde às pessoas com hanseníase, por meio do atendimento na rede de saúde pública, o princípio da dignidade da pessoa humana também exige o respeito e a não discriminação social para com as pessoas com essa doença. Essas pessoas, admitindo a validade do princípio constitucional da isonomia, possuem o direito à liberdade de ir e vir, sem

18 PAULA, Alexandre Sturion de. *Ensaio Constitucional de Direitos Fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006. p. 215

19 Ibidem. p. 216

20 Ibidem. p. 222

constrangimentos no sentido de restrição a locais públicos, ou coação para que vivam em colônias, enfim, não podem ser apartadas do convívio social.

Nesse sentido, em concordância com a dignidade, a qual os hansenianos possuem em nosso país, assim como todos os brasileiros, está a liberdade para desempenharem atividades, estudos, trabalhos, residirem onde lhes for conveniente e manterem relações sociais e familiares de maneira livre, como ocorre com qualquer outra pessoa sem a doença considerada.

6. PRINCIPAIS INSTRUMENTOS NORMATIVOS ATUAIS RELATIVOS AOS DIREITOS DA PESSOA COM HANSENÍASE

O arcabouço normativo concernente aos direitos dos hansenianos no Brasil reflete uma história de lutas, especialmente empreendidas pelo MORHAN. A recente efetivação de algumas das principais normas dessa temática representa menos um benefício do que um mínimo de tardia justiça para com aquelas pessoas que foram estigmatizadas e apartadas do convívio familiar e social, por conta da então chamada “lepra”.

Desta maneira, como uma espécie de reconhecimento estatal da violência e desrespeito que sofreram as pessoas com hanseníase, as quais foram obrigadas a viver em colônias, existe lei específica que concede aos “ex-colonos” direito a pensão especial. Outras normas também foram estabelecidas no intuito de isentar a cobrança de imposto de renda para as pessoas que têm doenças graves, dentre elas a hanseníase. Há, ainda, normas regulamentando a aposentadoria de determinados servidores públicos e dentre as possibilidades de serem aposentados, estão os hansenianos através do mesmo critério da doença grave.

Nesse sentido, a Lei nº 11.520/2007 consagra o direito de recebimento de pensão especial para as pessoas que foram compulsoriamente internadas em hospitais-colônias até o término do ano de 1986. Esta lei foi resultado da Medida Provisória nº 373, a qual se tornou Decreto nº 6.168, ambos no ano de 2007, quando em decorrência de tais instrumentos normativos, foi instituída a referida Lei.

Em sete artigos, a Lei nº 11.520/2007 estabelece, entre outros, o valor de 750 reais como pensão mensal àqueles hansenianos que foram forçados a viver em colônias. Tal quantia é intransferível, retroativa à data da Medida Provisória e obtida por meio de requerimento a ser enviado à Secretaria Especial de Direitos Humanos, Brasília-DF (BRASIL, 2007).

O pagamento da pensão especial, de caráter vitalício, está sob a responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Além disso, poderá ser acumulada com outras espécies de indenizações.

Em relação à Lei nº 8.541/92, por meio do seu artigo 47, tem-se alteração e acréscimo no art. 6º da Lei nº 7.713/88, a qual dispõe acerca do Imposto de Renda. Deste modo, a alteração empreendida nesta lei implica na isenção de cobrança de Imposto de Renda para:

XIV-os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviços, e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase [...], com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.²¹

O inciso XXI, inserido através da Lei nº 8.541/92 no art. 6º da Lei nº 7.713/88, determina que os pensionistas acometidos por alguma das doenças elencadas no citado inciso XIV, ficam isentos de pagarem Imposto de Renda, não incluídos nestes os indivíduos com “moléstia profissional”. Portanto, desde 1992 os hansenianos aposentados ou pensionistas ficaram desobrigados de terem de pagar Imposto de Renda.

Quanto à Lei nº 8.112/90 – que trata sobre os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, no que tange ao regime jurídico – há o art. 186, o qual dispõe sobre os casos de aposentadoria do servidor. Dentre esses casos, o inciso I apresenta as aposentadorias “por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos”.²²

O Decreto nº 3.000/99 traz considerações sobre impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza. No seu art. 39, inciso XXXIII consta a não tributação de proventos de aposentadoria ou reforma, se decorrentes de motivos de determinadas moléstias ou doenças, entre estas a hanseníase.

21 BRASIL (1992). Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992. Altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 24 set. 1992. Art. 6º

22 BRASIL (1990b). Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 18 mar. 1998. Art. 186

Finalmente, o último instrumento normativo analisado neste trabalho consiste na Instrução Normativa do INSS nº 30/2008, que se embasa e retoma alguns dispositivos presentes na Medida Provisória nº 373/2007, convertida na Lei nº 11.520/2007; e no Decreto nº 6.168/2007. A Instrução aborda especificamente sobre o processamento, a manutenção e o pagamento de pensão para hansenianos previstos nestas normas.

Com isso, a Instrução nº 30 determina, entre outros, o reajuste anual da pensão no valor de 750 reais para pessoas com hanseníase que, até o ano de 1986, foram isolados em hospitais-colônias. Além disso, o requerimento da pensão deve estar agregado aos documentos de identidade, de CPF e outros que comprovem a internação compulsória.

7. PRINCIPAIS PROBLEMAS ATUAIS VIVENCIADOS PELAS PESSOAS COM HANSENÍASE NO BRASIL

A questão da hanseníase no Brasil não se apresenta padronizada em todo o território nacional, mas ao contrário é marcada por variações – especialmente quantitativas – ao considerarmos as diferentes regiões do país. Segundo o Caderno de indicadores de hanseníase no Brasil, foram observados novos casos da doença especialmente nas regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste.²³

A verificação das características predominantes no que tange aos índices de transmissão da hanseníase afigura-se como um fator importante para que o monitoramento seja realizado de modo eficiente. Espera-se também compreender o perfil da tendência transmissiva da doença, especialmente verificar acerca da incidência em crianças. “O coeficiente de detecção em menores de 15 anos [é] prioridade da política atual de controle da hanseníase no país”.²⁴

Entretanto, as políticas públicas de controle dependem fundamentalmente da participação dos Municípios brasileiros, juntamente com os Programas de Saúde da Família (PSF) desenvolvidos localmente. Essas foram algumas das dificuldades apontadas por membros da coordenação nacional do MORHAN na reunião do dia 18 de novembro de 2008, em que eles se reuniram com o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e o Embaixador da Organização Mundial da Saúde

23 Ministério Da Saúde (2009). Secretaria de Vigilância em Saúde. *Hanseníase no Brasil: dados e indicadores selecionados*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <<http://www.morhan.org.br/wpcontent/uploads/2011/08/caderno_de_indicadores_hanse_brasil_01_a08_atual.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011. p. 5

24 *Idem*.

(OMS) e presidente da Fundação Nippon Yohei Sasakawa, em trabalhos de Eliminação da Hanseníase no Mundo, Yohei Sasakawa.

No Brasil, de acordo com o embaixador, há plenas condições estruturais e materiais para a eliminação da hanseníase, mas ainda existe carência de disposição política. Além disso, em seis meses – considerando a data da reunião –, somente o nosso país não teria conseguido eliminar a doença em comparação com o mundo todo.²⁵

A eliminação da hanseníase no Brasil depende também do reconhecimento das pessoas sobre o medo compartilhado socialmente em relação à doença, resultante principalmente de dois fatores. O fato desta doença, em especial se for identificada pelo nome de lepra, estar presente no imaginário social associada a deformidades e deficiências físicas. Mas, assim como visto acima, tais incapacidades apenas ocorrem quando a doença está muito avançada e sem tratamento, até porque o sistema nervoso humano é um dos principais sistemas do corpo a ser atingido pela hanseníase. Outro fator que contribui para a aversão das pessoas pela doença é o desconhecimento da eficácia do tratamento atual que, apesar de exigir cuidados especiais da pessoa com hanseníase e possuir alguns efeitos colaterais, assegura a não transmissibilidade – se a pessoa estivesse com o tipo transmissível – e a cura da doença. Nessa perspectiva a discriminação que sofrem as pessoas com hanseníase ainda é um problema que persiste nos dias atuais e se vincula intimamente ao medo decorrente de uma imagem estigmatizada da hanseníase ou da ignorância da sua cura. Além disso, apesar de um contágio da hanseníase não identificar com antecipação as condições sociais da sua vítima, são as pessoas de classe social mais baixa as mais atingidas pela doença. Esta incidência que beira à seletividade se explica porque essas pessoas geralmente ficam mais vulneráveis e suscetíveis a doenças devido a condições de vida precária em relação à moradia, alimentação, saneamento básico, entre outros fatores que contribuem para debilitar a imunidade delas.²⁶

8. DIREITOS DA PESSOA COM HANSENÍASE NO PLANO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (PNDH-III)

O Decreto nº 7.037/2009 estabelece em seu art. 1º que o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-III está aprovado por meio deste instrumento

25 MORHAN (2008). *Jornal do Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase*. Rio de Janeiro: Asrventura, Fev/2008 - Dez/2008. Ano XXVI, Nº 47. p. 3

26 MORHAN (2010). Dossiê - *A história dos filhos órfãos de pais vivos no Brasil*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.morhan.org.br/wp-content/uploads/2011/08/DOSSIE_FILHOS_SEPARADOS_7-7-2010.doc>. Acesso em: 23 set. 2011.p.10

normativo, cujo anexo apresenta algumas diretrizes para a plena efetivação dos direitos previstos. Assim, a Diretriz 7, trata da garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena; seu quarto Objetivo estratégico prevê a ampliação do acesso universal a sistema de saúde de qualidade.

Três ações programáticas presentes na diretriz 7, vinculam questões relativas aos hansenianos. A ação de letra “v” dispõe “Assegurar a inserção social das pessoas atingidas pela hanseníase isoladas e internadas em hospitais-colônias”, atribuindo esta responsabilidade à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e ao Ministério da Saúde (BRASIL, 2009). Já as ações “w” e “x”, primam que as pessoas vítimas de internação e afastamento forçado do convívio social sejam reconhecidas pelo Estado brasileiro, no sentido de efetivar a pensão fixada pela Lei nº 11.520/2007 e que a Comissão Interministerial de Avaliação tenha condições para funcionar de maneira ágil, verificando os requerimentos de pensão para pessoas com hanseníase que foram obrigadas a ficar em hospitais-colônias, respectivamente. Para ambas as ações, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República foi responsabilizada.

9. CONCLUSÃO

Pelo texto presente, com análise sobre a hanseníase, relatamos a doença em seu processo histórico no Brasil a partir de considerações sobre os hospitais-colônias, iniciando desde o conceito da doença até as mais recentes descrições jurídicas.

Esse trabalho foi estruturado para definir o que realmente é a hanseníase, pois muitas pessoas não têm informações sobre essa doença, sua manifestação, seus sintomas e seu tratamento. Além disso, principalmente antes do descobrimento da cura da hanseníase, os hansenianos eram internados e isolados do convívio social, fato este que indigna devido à crueldade com as pessoas com essa doença.

Com manifestações na Constituinte de 1987/1988, participação e reivindicações em uma Subcomissão, os grupos dos hansenianos fizeram valer suas opiniões, mas o objeto de suas reclamações não obteve participação, com muita especificidade, no texto constitucional.

Em 2007, os hansenianos que foram obrigados a viver nos hospitais-colônias passaram a ter direito a receber pensões especiais. Essas pensões não são a solução para o trauma dessas pessoas, não são a solução para a vida que perderam, os filhos que não viram crescer, apenas são uma forma de amenizar o sofrimento e a perda – especialmente de liberdade e dignidade – que essas pessoas tiveram.

Portanto, a partir da Constituinte (87/88) e de instrumentos normativos específicos, vislumbram-se maiores garantias sociais às pessoas com hanseníase e melhor qualidade de vida para elas. Nesse sentido, a dignidade humana, que está prevista no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, indica que o Estado e a sociedade possuem obrigações para com a pessoa com hanseníase.

10. REFERÊNCIAS

- BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. In: BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de e ARAÚJO, José Cordeiro de (Org). *AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: A SOCIEDADE NA TRIBUNA*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. 654 pp.
- BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 21 de dez. 2009.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social. Instituto Nacional do Seguro Social. Instrução Normativa nº 30/ INSS/ PRES, de 14 de julho de 2008.
- BRASIL. Lei nº 11.520, de 18 de setembro de 2007. Dispõe sobre a concessão de pensão especial às pessoas atingidas pela hanseníase que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 19 set. 2007.
- BRASIL Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992. Altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 24 set. 1992.
- BRASIL. Decreto nº 3.000, de março de 1990a. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 26 mar. 1999.
- BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 18 mar. 1998.
- BRASIL. Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 23 dez. 1998.
- GLOBO NEWS. *Hanseníase é marcada pelo preconceito e discriminação*. [Vídeo]. 2010. (23min31-seg), son., color. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=hG0ju_qZ-pt4&feature=related>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Hanseníase no Brasil: dados e indicadores selecionados*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <<http://www.morhan.org.br/wp-content/uploads/2011/08/caderno_de_indicadores_hanse_brasil_01_a08_atual.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Como ajudar no controle da Hanseníase*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008a. 62 pp.

- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Hanseníase e Direitos Humanos: Direitos e deveres dos usuários do SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008b. 72 pp.
- MINUZZO, Debora Alves. *O homem paciente de hanseníase (Lepra): representação social, rede social familiar, experiência e imagem corporal*. Universidade de Évora. Mestrado em Políticas de Bem-Estar em perspectiva: evolução, conceitos e actores, 2008. Disponível em: <<http://www.ensino.uevora.pt/erasmusmundus/thesis/thesishanseniaselepra_minuzzo.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.
- MORHAN. *Dossiê - A história dos filhos órfãos de pais vivos no Brasil*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.morhan.org.br/wp-content/uploads/2011/08/DOSSIE_FILHOS_SEPARADOS_7-7-2010.doc>. Acesso em: 23 set. 2011.
- MORHAN. *Jornal do Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase*. Rio de Janeiro: Asrventura, Fev/2008 - Dez/2008. Ano XXVI, N° 47.
- JN (2008). *Parceria da OAB com o Morhan*. JN 08/12/2008. Vídeo (2min16seg), son., color. Disponível em: <<<http://www.youtube.com/watch?v=AMoBbK5pG8A&feature=related>>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- PAULA, Alexandre Sturion de. *Ensaíos Constitucionais de Direitos Fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006.

Capítulo 44

A DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO ESPAÇO PROCEDIMENTAL-DISCURSIVO: ANÁLISE CRÍTICA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cláudia Albagli Nogueira¹

1. INTRODUÇÃO

Na obra “Os bestializados: Rio de Janeiro e a república que não foi”,² José Murilo de Carvalho apresenta o retrato de uma sociedade pós-proclamação da república, com estudos e dados que demonstram que a questão da ausência de espírito cívico e consciência cidadã deita na gênese da formação do nosso país, especialmente na origem dos grandes núcleos urbanos, no caso específico do estudo do autor, o Rio de Janeiro.

No recorte da capital republicana até a primeira metade do século XX, Carvalho afirma a existência de um espírito cordial e sociável do brasileiro, mas, por outro lado, pouco solidário e associativista. Desde sempre temos na nossa sociedade a ausência da consciência cidadã, do saber posicionar-se perante o Estado para fazer os direitos garantidos legalmente. Comenta o autor:

O Estado aparece como algo a que se recorre, como algo necessário e útil, mas que permanece fora do controle, externo ao cidadão. Ele não é visto como um produto do concerto político, pelo menos não de um concerto que se inclua a população. É uma visão antes de súdito que de cidadão, de quem se coloca como objeto da ação do Estado e não de quem se julga no direito de influenciar.³

1 Doutoranda em direito público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e professora da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: claudiaalbagli@gmail.com.

2 CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

3 *Ibidem*. p. 146.

O próprio hábito de sociabilidade, da camaradagem, solidificou no brasileiro um comportamento pouco combativo, acostumado a práticas políticas fisiologistas, que o colocam de joelhos perante o Estado.

A Constituição Federal de 1988,⁴ chamada “Constituição Cidadã”, oferece todas as ferramentas para uma renovação desse modus quando traz, em seu art. 5º, extensa proteção aos direitos fundamentais e assegura ao cidadão todas as condições de assenhorar-se da sua condição e posicionar-se firmemente frente ao Estado, para ser ouvido e acatado.

O caminho seguido desde a promulgação da Constituição Federal nos mostra um processo de amadurecimento contínuo, tendo a sociedade brasileira dado sinais de que engaja-se no espírito democrático e vai gradualmente compreendendo o ser cidadão.

O tema que vamos analisar nas linhas que se seguem encaixa-se nessa conjuntura histórica. A democratização no espaço procedimental-discursivo é cria direta da Constituição Federal de 1988 e da expansão do processo constitucional, que na Lei 9868/99⁵ prevê as audiências públicas a serem realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando houver a necessidade de ouvir opiniões especializadas para colaborar na decisão judicial. Diz o art. 9º, § 1º, da Lei 9868/99:

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.⁶

Para tanto o trabalho está dividido em duas partes, além das considerações finais. Na primeira parte apresentamos o que compreendemos por democratização do Judiciário, delimitando o referido conceito na possibilidade de participação direta

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

5 BRASIL. Lei Nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 30 ago. 2012.

6 *Ibidem*.

do cidadão no espaço procedimental-discursivo não somente pelo acesso ao Judiciário, mas pela possibilidade do indivíduo diretamente colaborar na formação da convicção judicial com a pluralização do processo interpretativo. São indícios que nos apontam para esse conceito de democratização.

Para a fundamentação teórica, subsidiando o desenvolvimento de nossa reflexão crítica, baseamo-nos nos pensamentos de Jürgen Habermas, que fala da autodeterminação comunicativa como meio de regeneração da solidariedade social⁷, e de Otfried Höffe, no uso do conceito de “processo comunicativo de decisão”⁸. Além disso, há referência de outros autores para alguns pontos adjacentes ao tema.

Num segundo momento, detemo-nos sobre a análise da audiência pública, buscando apresentar suas limitações legais e práticas, considerando-se a avaliação crítica dos avanços concretizados e desafios no uso da participação popular para a construção das decisões.

Ao final, constam algumas considerações sobre como as audiências públicas contribuem para a realização do princípio participativo, integrante do conceito de democracia social, sem deixar de observar que há que se aprimorar o procedimento, mormente os critérios de escolha dos participantes e modo de consideração dos argumentos construídos nas audiências públicas, de maneira a suprimir incongruências e espaços normativos que impedem a produção efetiva de resultados pela colaboração da sociedade.

2. DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: UMA POSSIBILIDADE PROCEDIMENTAL-DISCURSIVA

Em sua obra “Para uma Revolução Democrática da Justiça”, Boaventura de Sousa Santos conclui dizendo que “sem direitos de cidadania efectivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada”. É desse ponto que queremos partir para explicar o que entendemos por democratização do Judiciário, numa compreensão de que democratizar não se restringe a ao acesso ao Judiciário, mas estende-se ao desenvolvimento do processo, ao exercício da palavra na conformação da convicção judicial.

7 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. vol. II. Rio de Janeiro: Tempos Brasileiros, 2003, p. 189.

8 HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 430.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2003, p. 90.

Compreende-se que a abertura para a efetiva participação da sociedade no espaço procedimental, ou seja, sem a exigência de representação técnica-profissional, mas de modo delimitado, assegura a dimensão ativa da cidadania, porque, quando pensamos em cidadania ativa, estamos a falar do protagonismo do cidadão na elaboração de decisões estatais, tornando-se cada indivíduo também parte da existência da decisão.

A cidadania ativa é aquela que é outorgada pelo Estado e institui o cidadão não só como portador de direitos e deveres, mas essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política.

Pensar a democratização do Judiciário a partir dessa perspectiva se impõe frente a uma realidade jurídica que procura se adequar aos novos tempos, leia-se a uma sociedade complexa, da qual derivam conflitos complexos e que não encontram mais correspondência no modelo do Judiciário construído para o direito exclusivamente normativo e fundado no dogma da subsunção.

A flexibilidade e multiplicidade das relações sociais resultam numa insuficiência do modelo jurídico reinante até a primeira metade do século XX. Falarmos num direito dialeticamente elaborado não é só pretender trazer uma novidade (que de fato não o é) ao mundo do direito, pois aparece como o caminho para a construção de modelo que alcance as demandas sociais e que preserve a legitimidade da decisão. É neste íterim que pensamos no espaço procedimental como espaço de democratização com efetiva participação da sociedade.

Habermas alerta que o direito racional articula-se num nível pós-tradicional que submete o direito moderno a princípios e o transpõe para o nível da racionalidade procedimental, seria antes de tudo, segundo ele, uma mudança de consciência moral. Diz ele:

Em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública. O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza em vias de esgotamento. Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através de práticas de autodeterminação comunicativa.¹⁰

10 HABERMAS, *Op. Cit.*, p. 189.

A renovação da solidariedade social, portanto, passa pela possibilidade dos indivíduos construir práticas comunicativas que renovem o espírito cidadão e permitam que entre eles se descubra as questões e se construa o modo de elucidá-las.

É desse modo que estamos a pensar na democratização da Justiça brasileira, concordando com Habermas que há de se garantir as condições para essa autodeterminação comunicativa, daí a imprescindibilidade da previsão de uma forma específica, delimitada, onde ocorram essas práticas.

Habermas denomina “paradigma procedimentalista”¹¹ o entendimento do Estado democrático de direito como institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e criação legítima do direito.

Esses espaços comunicacionais aproximam do Poder Judiciário novos sujeitos sociais, diferentes das instituições privadas e da participação especializada, tradicionais no processo. Abre-se espaço para o cidadão que, no verdadeiro exercício da sua cidadania, articula discursos, exerce a dialética e colabora para a construção de critérios de tratamento igualitário de casos iguais e tratamento diferenciado de casos diferentes.

Considerando que estamos tratando de um país com recente histórico democrático, a existência desses espaços de autodeterminação comunicativa assume um papel formador. Isto porque o alcance de novos sujeitos sociais e a efetiva participação no espaço procedimental promove a formação da consciência cidadã refletida na busca de organização de microcosmos sociais (associações, conselhos profissionais, organizações não-governamentais) e o retorno gerado na comunidade em razão da congregação e formação de interesses comuns.

É o que Habermas chama de “condições de mobilização do direito”,¹² na busca pelo restabelecimento entre conhecimento e conscientização de grupos ameaçados, corrompido pela própria estruturação desigual da sociedade, entendendo os resultados a serem alcançados pela participação efetiva da sociedade no procedimento judicial. Ocorre um processo de responsabilização do cidadão ocasionado pela formação da consciência cidadã e assessoramento da real colaboração na formação do dispositivo sentencial.

Devemos acrescentar ainda que, ao lado desse contributo da formação cidadã, fica para a teoria do direito, com a abertura do espaço procedimental, a reafirmação de que outro paradigma jurídico se estabelece, não cabendo raciocinar

11 *Ibidem.* p. 183.

12 *Ibidem.* p. 185.

o direito como elemento estanque à realidade social que o circunda. A concepção de ordenamento jurídico que vigora é aquela que permite pensar no sistema como algo aberto a influxos exteriores, tanto pela presença e papel dos princípios (função supletiva e fundamentadora),¹³ como, principalmente, pelo modo de concretização da norma em razão da ampliação do processo de interpretação e da possibilidade de alcance de melhor resultado, já que há a pluralização da compreensão do fato judicializado.

Quanto mais próximo da realidade social, maior a probabilidade do direito satisfazer sua pretensão de legitimidade. Trazer para perto de si a comunidade organizada por seus interesses e aproximar-se do tecido social é suspender um véu de tecnicidades e permitir que a sociedade na simplicidade e riqueza do seu conhecimento também estabeleça o caminho para a realização da Justiça.

Diz Habermas, ao tratar do paradigma discursivo do direito:

[...] na medida em que se conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para o reexame da compreensão paradigmática do direito.¹⁴

Há, pois, a possibilidade de permanente revisão do paradigma com o acréscimo de ser uma revisão democraticamente elaborada, porque é fruto da participação social, a mesma destinatária das decisões judiciais e, portanto, legitimadora dessas.

Essas primeiras colocações permite-nos que situemos a noção desenvolvida como democratização no espaço procedimental discursivo, posto que se dá no nível de desenvolvimento do processo, na participação dialética dos sujeitos, pressupondo o acesso, já que é o propósito da ação diversificar as interpretações e a construção do plexo argumentativo.

Otfried Höffe, em sua obra “Justiça Política”, propõe modelo de julgamento que se coaduna com as ideias até aqui desenvolvidas e que ele denomina “processo comunicativo de avaliação e decisão”.¹⁵ Segundo Höffe, o processo comunicativo de avaliação e decisão é composto por três elementos estruturais.

13 Compreende-se na atualidade que tem os princípios, além da função hermenêutica, função supletiva, de preenchimento das lacunas quando inexistente norma e função fundamentadora, podendo servir como meio de solução de litígio judicial.

14 *Ibidem.* p. 189.

15 HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 430.

Em primeiro lugar, menciona a fase de deliberação do processo em que frente a conflitos práticos (sobre fins) e teóricos (sobre meios) busca-se um consenso. O consenso, como mencionado, vem a representar uma decisão que é produto da deliberação conjunta dos indivíduos participantes e que representa a melhor conclusão alcançada por esses indivíduos.

O segundo elemento estrutural seria a necessidade de capacidade e disposição dos participantes, indispensável para que haja um aprendizado e, por conseguinte, um resultado prático. Ponto que, em relação às audiências públicas no STF, faremos uma observação específica na seção seguinte.

Importante ressaltar que, para Höffe, as citadas capacidade e disposição dos participantes são determinantes para que se chegue ao consenso, pois por ser comunicativo deve haver iguais condições para que haja troca e um horizonte comum.

A terceira e última condição para o processo comunicativo de decisão é a existência de um momento de reconhecimento livre e recíproco dos participantes, ou seja, a possibilidade dos participantes se autorreconhecerem reciprocamente, sem uma condicionalidade, mas com limites colocados em razão do espaço onde ocorre o reconhecimento, que é o espaço procedimental.

Para Höffe, a conjunção dessas etapas realizaria o propósito de um processo comunicativo de avaliação e decisão e cumpriria o propósito da realização de uma justiça política que concretiza a democracia e a ética, alcançando alto nível de justiça concreta pela realização de princípios de justiça.

O que nos parece claro é que a abertura do espaço procedimental com a pluralização interpretativa e participação efetiva da sociedade permite-nos pensar na realização da justiça, em razão da aproximação de um modelo sistêmico de direito que atende aos anseios contemporâneos (abertura, reaproximação entre direito e moral, proximidade da realidade social) e passa pela ação política.

É na ação política que o indivíduo converte-se em cidadão e resgata a solidariedade social, posto que assume a responsabilidade com as práticas que não se esgotam no seu universo e são compartilhadas com outros indivíduos e usufruídas coletivamente. Essa percepção da ação como algo que é para si e para o outro é determinante para pensarmos em justiça social.

Em capítulo intitulado “A moralidade começa em casa: o íngreme caminho para a Justiça”, Bauman aborda a questão do papel da ação política e de maneira bastante interessante explica:

A cena moral primordial, a reunião moral de dois, é o terreno em que se cultiva toda responsabilidade para com o Outro

e o terreno de aprendizado para toda ambivalência necessariamente contida na pressuposição dessa responsabilidade. Sendo assim, parece plausível que a chave para um problema tão vasto quanto a justiça social reside em um problema tão (ostensivamente) diminuto quanto o ato moral primordial de assumir responsabilidade para com o Outro próximo, a pequena distância – para o Outro enquanto Rosto.¹⁶

O que nos cabe agora é compreender o instituto das audiências públicas conforme previsto em nossa legislação e avaliar os seus avanços e limitações de modo a observar se cumpre o propósito de democratização do Judiciário e gera resultados práticos gerais.

3. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF

O STF tem procurado aperfeiçoar os mecanismos de abertura processual adequando gradualmente o formalismo dos procedimentos à conjuntura democrática da ordem jurídica atualmente vigente. Dessa maneira, tem criado modos de participação nos processos constitucionais que permitem a pluralização dos sujeitos processuais e, por conseguinte, da própria interpretação da Carta Magna brasileira.

Prova disto é a introdução da figura do *amicus curiae* (art. 7º, §2º, da Lei 9868/99)¹⁷, ou amigo da corte, que são órgãos ou entidades que venham a se manifestar sobre a questão constitucional em debate. Já é um instrumento largamente utilizado pela Suprema Corte e que apresenta resultados determinantes para a interpretação da Constituição Federal.

O art. 9º da Lei 9868/99¹⁸, por sua vez, determina que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, poderá o STF requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre questão constitucional em debate, além de realizar audiências públicas

16 BAUMAN, Zigmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 90.

17 Lei Nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>>. Acesso em 30 ago. 2012.

18 *Ibidem*.

destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Assim, surge a audiência pública como um segundo instrumento de abertura nos processos constitucionais, com a peculiaridade de implicar a participação de entidades e/ou profissionais que não são bacharéis, o que demonstra a amplitude do recurso a informações adicionais que municiem a formação da convicção dos ministros do STF.

A previsão da possibilidade de realização da audiência pública nas ações constitucionais, bem assim o seu funcionamento, parece-nos indicar que o formalismo processual vem sendo repensado no intuito de flexibilizar o seu funcionamento, especialmente para que haja abertura para a sociedade e a sua participação no processo e configuração da decisão judicial.

À audiência pública acresce-se o fato de realizar a abertura pelo espaço discursivo, portanto, na interpretação e argumentação em torno da situação tratada. O que queremos dizer é que a abertura processual se dá no espaço procedimental-discursivo, onde pela dialética (troca de ideias) passa a sociedade a ser mais do que mera receptora da decisão judicial, como também colaboradora, conformadora.

É neste ponto que defendemos na seção anterior haver democratização do Judiciário. Compreende-se que pensar num Judiciário democrático não se refere apenas ao amplo acesso às suas instâncias. Pensamos a democratização um pouco além, na elaboração plural da decisão judicial, como ocorre no uso da audiência pública no STF.

A realização das audiências públicas permite a conjugação de argumentos jurídicos e não-jurídicos, suprimindo uma possível deficiência do julgador, que, ainda que se esforce, não pode alcançar a toda e qualquer matéria que chegue ao STF. João Maurício Adeodato, analisando a questão, diz que “esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo”.¹⁹

Ademais, considera-se ainda a formação da consciência cidadã, pois exige a organização de Associações, a formação de conglomerados sociais que comunguem interesses e em defesa destes chegue-se até o desenvolvimento do instituto tratado. Dessa maneira, passa a sociedade a se assenhorar do processo não somente por meio da representação técnica especializada, mas diretamente por seus pares, conforme mencionamos no item anterior.

19 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo; Saraiva, 2002, p. 217.

Em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal²⁰, constatamos a realização de sete audiências públicas. São elas: pesquisas com células-tronco embrionária (ADI 3510); ações afirmativas (ADPF n° 186 e RE n° 597.285); judicialização do direito a saúde, fetos anencéfalos (ADPF n.°54); importações de pneus usados (ADPF n.°101); Lei Seca (ADI 4.103); proibição do uso do amianto (ADI 3937); bem assim a programação da realização de uma outra para outubro do ano em curso para tratar da Lei 12.485/2011,²¹ que estabeleceu o novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil.

Dessa maneira, observa-se que é um instituto ainda timidamente usado, considerando que a lei tem treze anos de existência, muito embora utilizado em ações de grande repercussão social.

Peter Häberle chama a atenção que “quem vive a norma acaba por interpretá-la”²² e convoca à ideia de que a interpretação da Constituição dever ser feita pelos participantes do processo social, já que a Constituição Federal é fruto e elemento conformador desta sociedade. Segundo ele, quanto mais a sociedade é pluralista, mais aberto deve ser o processo de interpretação constitucional.²³

Parece ser este o intento da audiência pública: chamar à Corte aqueles que vivenciam a norma, na crença de que a democratização da interpretação constitucional possibilitará a produção de sentenças mais próximas da realidade social. A liberdade na construção de argumentos, formando uma cadeia comunicativa determinante para a decisão final do STF.

À medida que o processo constitucional, em razão de suas peculiaridades, ganha contornos distintivos e possibilita uma nova forma de apreciação das demandas, dando uma maior liberdade para a formação da convicção judicial, a realização das audiências públicas exsurge como meio de propiciar esta abertura, sendo que os argumentos ali produzidos possibilitarão a motivação das decisões judiciais.

20 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

21 BRASIL, Lei N°. 12.485, de 12 de setembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória n° 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis n°s 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

22 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 14.

23 *Ibidem*, p. 13.

Nas palavras de Chaim Perelman, “o papel e a importância da retórica em direito aumentam com o crescimento e a independência do poder judiciário, pelo menos na medida em que este procura motivar as suas decisões e não as impor por via autoritária”²⁴.

Portanto, a audiência pública, tal como se apresenta na Lei 9868/99, qualifica-se pela participação efetiva do público no procedimento como parte na conformação do sentido jurídico, caracterizando verdadeira materialização do princípio participativo. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho,

[...] o processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional, torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania.²⁵

Importante destacar que a audiência pública aparece como mais um elemento resultante do Estado democrático de direito e que tem a pretensão de dar azo à positivação da justiça pela ampliação do espaço de participação social. O Estado constitucional democrático e social é a realidade fundamental para movimento jurídico como esse, que pretende ampliar a efetiva cooperação da sociedade no processamento judicial das questões.

3.1 Observações críticas às audiências públicas

Embora muito se tenha avançado com a previsão legislativa, limitações ainda se apresentam no mecanismo e uso das audiências públicas, desde a ausência de conhecimento e preparo dos participantes do processo para a efetiva colaboração na formação da convicção dos ministros até as próprias falhas no procedimento previsto no Regimento Interno do STF,²⁶ que apresenta omissões relevantes ao uso do instituto jurídico.

24 PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 55.

25 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 36.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento interno*: [atualizado até julho de 2012] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInter_no/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

Estivemos em maio do ano em curso na Capital Federal com o intento de assistir pessoalmente à realização da audiência pública referente à Lei Seca e um dos primeiros problemas observados é a ausência de preparo dos participantes no procedimento em análise, talvez pelo desconhecimento da sua função no âmbito do espaço procedimental ofertado.

A audiência pública, conforme o que se extrai da leitura da Lei 9868/99, serve para fornecer aos ministros informações técnicas não jurídicas, que sejam determinantes para o deslinde da ação constitucional. A ideia é municiar a Suprema Corte de dados relevantes que ajudem na apreciação da questão judicial, mas que não estejam no domínio do próprio conhecimento jurídico. É, pois, fundamental que as entidades escolhidas para a apresentação nas audiências públicas tragam à baila dados, índices, estudos, que somem e colaborem para a formação da convicção dos julgadores.

Anteriormente mencionamos o que Höffe propõe como processo comunicativo de decisão, colocando como uma das exigências, a capacidade e disposição dos participantes, sem o que, explica ele, não haveria resultado prático. Pois, de nada adianta se o tempo designado a cada um dos participantes for utilizado tão somente para a exposição de dados legislativos, o que já é de conhecimento dos ministros. É indispensável que as entidades tenham consciência de que a sua colaboração depende da produção de informações técnicas não-jurídicas, estas sim contribuintes para o alcance de resultado prático, qual seja, a consideração dos argumentos produzidos pela sociedade na decisão judicial.

Uma segunda questão se apresenta em relação às audiências públicas, que é a ausência de um critério claro de escolha dos participantes. A regulamentação encontra-se no Regimento Interno do STF, que no seu art. 154 fala apenas que deverá ser garantida a participação de diversas correntes, ficando a escolha a critério do ministro relator, bem assim tempo e ordem das manifestações. Diz o referido Regimento:

Art. 154. Serão públicas as audiências:

[...]

III¹ – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único¹. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente

à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; [...].²⁷

Embora o artigo transcrito fale da necessidade de correntes diferentes serem ouvidas no espaço da audiência pública, não há publicidade das entidades ou especialistas que tentaram inscrição, mas tão-somente a lista dos habilitados, que fica a cargo da escolha discricionária do ministro relator.

É claro que se espera do membro do STF razoabilidade na decisão de habilitação para a audiência pública, mas seria bastante interessante que houvesse a divulgação de todos quantos tentem a habilitação e a própria escolha estivesse acompanhada do mínimo de fundamentação, como se exige de qualquer decisão judicial.

Ademais, a intimação do habilitado deveria ser acompanhada de uma cartilha orientadora (também a ser disponibilizada no site), de maneira que os participantes tomassem conhecimento das regras e da função da audiência pública, tornando-os ainda mais capacitados a colaborar democraticamente no processo judicial.

A derradeira questão que toca às audiências públicas é no que se refere ao seu resultado prático, ou seja, à existência ou não de consideração dos argumentos produzidos na decisão final do STF. Em outras palavras: há efetiva consideração pelos ministros dos argumentos produzidos nas audiências públicas ou é apenas um teatro jurídico televisionado que se realiza para fazer valer a regra prevista na legislação pátria?

É essa a mais relevante das questões, porque se tornaria inócua a realização da audiência pública se não produzir nenhum resultado prático quando da apreciação pelo STF da causa que a originou.

A análise das decisões já formuladas demonstram que há a consideração dos argumentos formulados nas audiências pelos Ministros do STF, até mesmo porque as ações julgadas tratam de temas que exigem uma profundidade científica e/ou técnica que foge ao conhecimento do julgador, sendo mesmo fundamental que ele se valha das opiniões técnicas formuladas durante as audiências públicas.

Importante que se observe esse elemento, pois a função última das audiências públicas, ao que nos aprecia, é produzir decisões socialmente efetivas porque democraticamente elaboradas a partir da consideração da pluralidade de argumentos

27 BRASIL, 2012, p. 104, grifo do autor.

produzidos pela própria sociedade. Se da realização da audiência pública não decorre esse resultado, estamos a tratar de um instituto natimorto. Quanto mais a decisão for produto dos argumentos trazidos pela sociedade, maior a sua legitimação e a possibilidade de produzir resultados efetivos.

Por fim, pensamos que, pela conjuntura social que se apresenta na atualidade, é fundamental que o STF abra um canal de diálogo direto com os movimentos sociais para permitir e atrair a sua participação nas audiências públicas. Pouco se tem visto de movimentos sociais organizados colaborando, quando em verdade são eles os destinatários de muitas das mudanças proporcionadas pelas decisões do STF.

4. CONCLUSÃO

Não obstante as deficiências apontadas no procedimento das audiências públicas, cremos que estas cumprem relevante papel no horizonte de abertura e participação da sociedade no Poder Judiciário. Como colocamos no início deste trabalho, a previsão e realização das audiências públicas é um estímulo à organização social, à conscientização cidadã e ao posicionamento da sociedade perante o Estado.

Otfried Höffe chega a mencionar o direito à felicidade como uma “felicidade pública”²⁸, a saber, o direito de poder falar e decidir questões da comunidade.

Num tempo de recesso da democracia e descrédito dos espaços de formação cidadã, como os partidos políticos e sindicatos, pode e deve o Judiciário, na nossa opinião, cumprir papel de formador de cidadãos ativos. Permitir espaço ao exercício da dialética e à participação popular no exercício de interpretação do processo só eleva o Judiciário e o faz protagonista de um tempo de amadurecimento da ordem democrática.

A audiência pública precisa se manter prática naquilo que ela já é e deixar de ser teórica nos pontos de deficiências apontados. Clarificar as regras de desenvolvimento da audiência, instruir os participantes, limitar a discricionariedade da escolha com a exigência de fundamentação, ainda que simplificada, para que se torne público quais entidades serão pró ou contra ao tema debatido são algumas medidas que aperfeiçoariam o processamento do instituto estudado e assegurariam maior legitimidade.

Urge, pois, que o STF fortaleça e amplie os espaços de participação da sociedade, medida que só contribui para a maturação do processo cívico nacional, aproxima as instâncias públicas da sociedade organizada, traz o cidadão para junto

28 Höffe, *Op. Cit.* p. 424.

do Estado e legitima as decisões judiciais. Isto porque as gera no ventre dos próprios destinatários e obrigados ao seu cumprimento.

Concluimos ratificando que as audiências públicas contribuem para a realização do princípio participativo, integrante do conceito de democracia social, contudo, há que se aprimorar o procedimento, mormente os critérios de escolha dos participantes e modo de consideração dos argumentos construídos nas audiências públicas, de maneira a suprimir incongruências e espaços normativos que impedem a produção efetiva de resultados pela colaboração da sociedade.

5. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAUMAN, Zigmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.
- _____. Lei Nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>>. Acesso em 30 ago. 2012.
- BRASIL, Lei Nº. 12.485, de 12 de setembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nºs 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2012.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>> Acesso em: 30 ago. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento interno*: [atualizado até julho de 2012] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2012.
- CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre:

Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Tempos Brasileiros, 2003.

HÖFFE, Ofried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2003.

Capítulo 45

ASSESSORIA JURÍDICA COMUNITÁRIA: PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA

Mariane Mascarenhas Dias¹
Raquel Pereira Faria²
Felipe Comarela Milanez³

1. INTRODUÇÃO

A educação para a cidadania almeja fazer de cada pessoa um agente de transformação. Para que essa transformação ocorra são necessárias reflexões que permitam compreender as origens históricas da conjuntura de miséria e exclusão em que vive considerável parte da população brasileira.

Diante disso, a Carta Magna de 1988 estabeleceu a mais precisa e detalhada carta de direitos de toda a história do país e esse fato significou enorme avanço jurídico para a promoção dos Direitos Humanos.

A partir dos direitos constitucionais conquistados e de um novo arcabouço legal é possível afirmar que hoje os Direitos Humanos são, em parte, efetivados.⁴ É nesse contexto que surge o Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Federal de Ouro Preto (NDH-UFOP).

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Coordenadora Discente do Projeto Assessoria Jurídica Comunitária vinculada ao Programa Núcleo de Direitos Humanos da UFOP - Minas Gerais - Brasil. E-mail: marianemdias@hotmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Integrante do Projeto Assessoria Jurídica Comunitária vinculada ao Programa Núcleo de Direitos Humanos da UFOP - Minas Gerais - Brasil. E-mail: quelfa@hotmail.com.

3 Professor Assistente da Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Coordenador-Geral em exercício do Programa Núcleo de Direitos Humanos da UFOP - Minas Gerais - Brasil. E-mail: felipe.milanez@cead.ufop.br.

4 REPRESENTAÇÃO DA UNESCO NO BRASIL. UNESCO >> Escritório no Brasil >> Ciências Humanas e Sociais >> Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/social-and-human-sciences/human-rights/>>. Acesso em 27 set. 2012.

Trata-se de um programa de extensão voltado para o fortalecimento da cidadania, da democracia e dos Direitos Humanos. Sua atuação se dá diretamente com a sociedade, através da Metodologia da Pesquisa-ação proposta por Michel Thiollent e também por meio de parcerias firmadas com órgãos públicos, a fim de que os direitos de toda população sejam efetivados.

No entendimento do NDH, para que se conheça a realidade vivida por toda uma sociedade é preciso que a atividade acadêmica seja voltada para tal, proporcionando assim uma verdadeira formação do estudante de Direito. E essa formação pode ser vivenciada no NDH-UFOP, pois a experiência se expressa em uma atividade de constante aprendizagem. Com isso, os pesquisadores extensionistas aprendem lições que nunca poderiam ser ensinadas dentro de uma sala de aula ou pela simples leitura de manuais. O NDH-UFOP conta com vários projetos, sendo um deles a Assessoria Jurídica Comunitária, que será abordada no presente trabalho.

O projeto Assessoria Jurídica Comunitária, desenvolvido pelo Programa Núcleo de Direitos Humanos da UFOP, foi concebido em 2008 e surgiu da demanda populacional por orientações jurídicas de fácil acesso e compreensão. A linguagem utilizada é comum às pessoas que procuram as informações, diferentemente de muitos outros projetos de extensão, que:

assumem a responsabilidade da prestação gratuita de assistência jurídica, e que, constantemente se veem tentados a assumirem a lógica de funcionamento de escritórios de advocacia ou de defensorias públicas, e esquecem-se, muitas vezes em nome da quantidade de trabalho, das suas especificidades enquanto atividade extensionista, vinculada ao projeto de formação de profissionais da área do Direito.⁵

A partir do desenvolvimento do projeto, foi possível perceber que existem muitas barreiras para a efetivação dos Direitos Humanos. Pode-se citar como uma delas, o desconhecimento dos direitos por parte da própria população, principalmente as com baixos níveis de instrução. Conseqüentemente, a distância entre aqueles que possibilitam a realização dos direitos, como defensores públicos e advogados, e os economicamente desfavorecidos, aumenta diante das desigualdades sociais.

5 OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; SURLO, Gerlis Prata. *Direitos Humanos e Extensão nos cursos de Direito: Experiência do Núcleo de Direitos Humanos da UFOP*. Disponível em: <<<http://portalrevistas.ucb.br/ind ex.php/RDL/article/viewFile/1951/1271>>>. Acesso em: 27 set. 2012.

A AJC surge como uma opção para que essa barreira do desconhecimento seja rompida. O primeiro passo nessa direção se deu com a implantação do projeto em bairros periféricos, visando, assim, a inclusão na esfera jurídica daqueles que se encontravam às margens da sociedade.

Sendo assim, a AJC concentra-se na educação em Direitos Humanos para a prática da cidadania, com vistas à organização social e ao surgimento de consciências críticas de viés emancipatório. Pois, não basta somente que Assessoria Jurídica transferira o Direito às pessoas, se estas mesmas nem sabem o que as informações significam, muitas vezes. É preciso que haja desenvolvimento das capacidades individuais, para que assim as pessoas se sintam dignas de realizarem seu projeto de vida.

Diante do exposto, é possível dizer que a AJC funciona como um meio de concretizar o diálogo entre a comunidade e a Universidade, além de propiciar o acesso aos Direitos Humanos e também à cidadania.

1.1 Metodologia dos atendimentos

Assim que um caso chega até os pesquisadores-extensionistas, o tratamento oferecido é diferenciado. Os atendimentos são realizados através de um minucioso e cuidadoso trabalho de “escuta e aconselhamento”, almejando que o demandante sinta-se à vontade para relatar o seu problema, aconselhando-o oportunamente com clareza, simplicidade e objetividade, de modo que tudo seja compreendido da melhor forma possível. Por conseguinte, a interação com a população demandante se torna muito próxima, possibilitando assim, um aprendizado recíproco. As experiências adquiridas com os atendimentos realizados na AJC jamais serão aprendidas em sala de aula. Os atendimentos têm por objetivo primordial proporcionar orientações jurídicas aos que procuram o projeto, a fim de que os direitos basilares possam ser efetivados e o acesso à justiça garantido, podendo este ser entendido, em um Estado contemporâneo e igualitário, como o mais básico dos direitos.⁶

De tal modo, o cerne da atuação da AJC representa a necessidade de os indivíduos desfavorecidos social e economicamente desenvolverem suas potencialidades como cidadãos. Isso se torna plausível através da gratuidade das custas e do esclarecimento de direitos.

Durante a realização dos atendimentos não há o formalismo que, por diversas vezes, impede a compreensão por parte das pessoas mais carentes, dificultando assim a efetivação dos direitos. A linguagem utilizada é clara e concisa, além de o

6 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça Tradução de Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988

ambiente ser simples. A junção dessas características demonstra o interesse da AJC em seu público alvo, pois os atendimentos aproximam-se da realidade vivida pelos demandados.

A relação de horizontalidade é favorável à quebra de paradigmas provenientes dos assuntos relacionados à Justiça, porquanto a ausência de rigor técnico torna os atendimentos mais humanizados e sensíveis. O crescimento compassivo que o projeto proporciona está muito além do que pode ser oferecido dentro das salas de aula.

Os atendimentos acontecem semanalmente, e assim é solicitado ao demandante o prazo de uma semana para que se dê a resolução de seu caso. Depois de feita as devidas consultas, as orientações podem ocorrer de diversas maneiras, que vão desde simples esclarecimentos de direitos até encaminhamentos para órgãos específicos.

As recepções se dão de maneira individual, o que torna possível um maior envolvimento com as pessoas que ali estão. Do mesmo modo, o sigilo é premissa fundamental para que a confiança nos pesquisadores-extensionistas se torne plena.

Outra característica essencial do sucesso do projeto é a implementação de atendimentos em bairros periféricos. É demonstrado assim, que a AJC está preocupada efetivamente com a conscientização cidadã, uma vez que os acolhimentos se dão nos locais de maior vulnerabilidade social.

Foram firmadas parcerias estratégicas a fim de incentivar as pessoas que vivem às margens da sociedade à prática da cidadania. A primeira parecia firmada se deu com a Paróquia de Cristo Rei, localizada no bairro Bauxita, na cidade de Ouro Preto. A segunda, e mais recente parceria, se deu com o Centro de Referência em Assistência Social (CRAS). A parceria com o CRAS foi de suma importância, pois a presença de assistentes sociais facilitou o encaminhamento de casos a serem atendidos pela AJC.

A percepção dos membros do projeto permite identificar que tanto a relação de horizontalidade para com os atendidos, quanto à aproximação com os marginalizados socialmente, faz da AJC um projeto engajado socialmente, comprometido com a redução das desigualdades e com a efetivação dos Direitos Humanos.

1.2 Resolução dos casos

O principal meio de aprendizado proporcionado pela AJC é a resolução dos casos. Quando um caso chega até os pesquisadores-extensionistas, independen-

temente de qual seja o tema, a orientação será oferecida a fim de que sejam efetivados os direitos.

A resolução se dará por diversos meios, porém os principais serão consultas às jurisprudências, às doutrinas, e inclusive, aos professores. Diante disso, é possível perceber que o aluno envolvido no projeto desenvolverá uma possibilidade de aprendizagem autônoma, afora a aproximação com diversos ramos do Direito, ainda não vistos na graduação. Essa dinâmica harmoniza aprendizado acadêmico com aprendizado humano.

Ao final de cada período semestral, todo integrante do projeto (são, ao total, 8 membros) fica responsável por elaborar um artigo, acerca de um caso atendido ao longo do semestre. Após a elaboração, os pesquisadores se reúnem para que ocorra uma discussão a respeito dos artigos, e também de outros casos atendidos. Isso se dá com a finalidade de que todos os integrantes do projeto tomem conhecimento de todos os casos atendidos.

Mais uma vez, é possível perceber que a atuação do projeto é voltada também, para o aprendizado por parte dos próprios pesquisadores-extensionistas.

2. O DESAFIO DA ASSESSORIA JURÍDICA COMUNITÁRIA PELA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Os direitos humanos no mundo e no Brasil

Os Direitos Humanos foram concebidos através do desenvolvimento das relações sociais, com o propósito de promoverem a dignidade dos indivíduos e das coletividades, como forma de superação do processo histórico de desigualdade. Essa conquista se deu pela luta anterior e atual de pessoas e de grupos que sofreram ou sofrem opressão, que foram ou são excluídos e pelo reconhecimento da existência de valores universais, indivisíveis e interdependentes.

O momento marcante desse processo ocorreu com o final da Segunda Guerra Mundial, em que os Estados reconheceram as atrocidades cometidas durante a guerra e criaram a Organização das Nações Unidas como forma de intermediar e assegurar a paz nas relações internacionais. Em 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos para garantir a promoção de tais direitos. Hoje em dia vivemos um processo de globalização, exigindo que os Direitos Humanos sejam

ressignificados diante da sociedade multicultural, devendo-se articular a igualdade na diferença.⁷

O processo histórico brasileiro gerou muitas desigualdades, exclusões e injustiças que são refletidas hoje como entraves à concretização dos Direitos Humanos. Um momento obscuro da história do nosso país, a Ditadura Militar, ainda ecoa nos dias de hoje pelas graves violações àqueles direitos.

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil incorporou de maneira significativa os direitos proferidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, dando um grande passo em direção à sua efetivação. Inspirado pela Conferência de Viena de 1993, o governo brasileiro assumiu novos compromissos para aplicação de políticas que promovessem o exercício dos direitos básicos pela população.

Embora se levante a questão da importância dos Direitos Humanos, a percepção da realidade mostra não ser possível estabelecer um alcance absoluto para sua efetivação, uma vez que há seu impedimento através da violação e do desconhecimento. A violação ocorre devido ao não reconhecimento dos direitos fundamentais e um respectivo descumprimento deles. O desconhecimento, por sua vez, se dá pela exclusão de determinados grupos que não sabem quais são seus direitos e os instrumentos para efetivá-los, não possuindo, muitas vezes, acesso à justiça.

Nesse contexto, a atuação do Estado é extremamente importante, porquanto se configure como principal responsável pela proteção e garantia dos Direitos Humanos. Quando se ausenta, pode provocar a violação e o desconhecimento por parte dos atores sociais. Mas, ainda pior, é quando o próprio Estado se torna violador, desrespeitando a dignidade humana, ignorando a democracia e adotando práticas autoritárias para atender aos seus interesses, devendo ser combatida sua atuação pela mobilização popular.

É possível verificar, a partir da prática do projeto, que as barreiras do desconhecimento foram erguidas por diversos fatores, entre eles o processo histórico segregador, a falta de instrução da população, a insuficiência do Estado em atingir aqueles em situação de exclusão, o descaso e o comodismo que causam a inércia do ator social, a desorganização de pessoas que compartilham a mesma necessidade e que reunidas poderiam realizar seu objetivo comum. Assim, surge o desafio de quebrar essas barreiras, de ultrapassar as condicionantes que atrasam ou mesmo impedem a efetivação dos Direitos Humanos.

Ainda que os Direitos Humanos sejam pauta de discussão do Direito Internacional e apresentem caráter universal, sua aplicação se dá na localidade, sua

7 CANDAU, Vera Maria. Direitos Humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. *Revista Brasileira de Educação*, v. 13, n. 37, jan./abr. 2008, p. 45-56.

concretização é feita a partir da realidade próxima. Somente ações enraizadas no cotidiano das pessoas são capazes de transformar efetivamente o meio em que elas se encontram.

É a partir da inserção lúcida na realidade, na situação histórica, que leva à crítica dessa mesma situação e ao ímpeto de transformá-la. É através do diálogo, pautado numa pedagogia humanizadora, que é possível despertar a consciência de ser dos homens numa ação e reflexão em comum.⁸

Por essa razão, a ação pública “centralizada” pode não atingir grupos excluídos, devido a um alcance generalizador. Nesse sentido, a atuação daqueles diretamente envolvidos com a comunidade se apresenta muito mais eficaz, com destaque para o trabalho de ativistas sociais.

Apesar de os avanços no Brasil terem sido significativos, a aplicação dos Direitos Humanos ainda se mostra insuficiente, como constatado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO):

Mas não existe ainda clara compreensão da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos (...). Existe um número muito alto de pessoas que continua a encontrar grandes dificuldades no exercício de sua cidadania e de seus direitos fundamentais.

Diante desse cenário, faz-se necessário complementar a ação do governo para atingir àqueles que desconhecem o procedimento devido para a realização da sua dignidade:

(...) que somente pela mobilização de todos os atores direta ou indiretamente envolvidos poder-se-á contribuir para a promoção da cidadania, a consolidação da democracia, a promoção da igualdade, o acesso amplo à justiça e a garantia da segurança. Esses avanços são de importância crucial para que o país venha a construir e consolidar uma cultura de direitos humanos e cultura de paz.⁹

Portanto, é necessário verificar como o governo brasileiro opera as políticas para a efetivação dos Direitos Humanos, averiguar sua atuação e trabalhar conjuntamente com ele para promover ações enérgicas pela cidadania.

8 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 29-32.

9 REPRESENTAÇÃO DA UNESCO NO BRASIL. UNESCO >> Escritório no Brasil >> Ciências Humanas e Sociais >> Direitos Humanos. Disponível em: <<<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/social-and-human-sciences/human-rights/>>>. Acesso em 27 set. 2012.

2.2 A previsão e a atuação local para a educação em direitos humanos

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) é o órgão que articula e implementa políticas públicas que visam promover e proteger os direitos humanos no Brasil. Responsável por criar e apoiar projetos, programas e ações, ela propõe orientações à prática da cidadania. A Secretaria também articula parcerias para desenvolver esse trabalho conjuntamente, coordena a Política Nacional de Direitos Humanos, recebe e encaminha informações e denúncias de violações aos direitos de grupos sociais vulneráveis e atua como Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos.¹⁰

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), atualmente na sua terceira versão, direciona a aplicação das políticas da SDH/PR e estabelece eixos orientadores, diretrizes, objetivos estratégicos e ações programáticas a fim de realizar a defesa e a promoção dos Direitos Humanos.

Dentro do Programa Nacional, destacam-se ações relacionadas ao trabalho da Assessoria Jurídica Comunitária (AJC), que tem como principal finalidade desenvolver projetos focados na educação em Direitos Humanos e sua concretização na comunidade.

Nota-se a identificação da AJC com o eixo orientador IV, Diretriz 17, Objetivo estratégico I (Acesso da população à informação sobre seus direitos e sobre como garanti-los), a partir da ação programática: “(a) Difundir o conhecimento sobre os Direitos Humanos e sobre a legislação pertinente com publicações em linguagem e formatos acessíveis”, em que, entre suas recomendações, propõe-se “aos estados, Distrito Federal e municípios a realização de parcerias com faculdades de Direito e núcleo de Direitos Humanos para criar espaços descentralizados e acessíveis de orientação jurídica”.¹¹

A AJC relaciona-se ainda à aplicação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) na medida em que acompanha o eixo orientador V, Diretriz 19, Objetivo Estratégico III (Incentivo à transdisciplinaridade e transversali-

10 SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Página inicial > Sobre a Secretaria > Histórico. Disponível em: <<<http://portal.sdh.gov.br/sobre/historico-1>>>. Acesso em 27 set. 2012.

11 BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República* - Brasília : SDH/PR, 2010, p. 141. Disponível em:<< <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>>. Acesso em 27 set. 2012.

dade nas atividades acadêmicas em Direitos Humanos), através da ação programática: “(d) Implementar programas e ações de fomento à extensão universitária em Direitos Humanos, para promoção e defesa dos Direitos Humanos e o desenvolvimento da cultura e educação em Direitos Humanos”.¹²

Localizada a Assessoria Jurídica Comunitária no Programa Nacional de Direitos Humanos, verifica-se que há previsão decretada para sua atuação, devendo desempenhar o papel de complementaridade da ação pública local pela educação em Direitos Humanos e realizar a aplicação e o monitoramento devido do PNDH.

A atuação da AJC se dá em conjunto com a sociedade civil organizada e com órgãos públicos municipais. Reitera-se que a finalidade da AJC é combater o desconhecimento em matéria de Direitos Humanos e promover a cidadania.

O diálogo entre extensionistas e pessoas atendidas gera aprendizado recíproco, caracterizado por uma relação de horizontalidade, em que há o depósito mútuo de confiança e o respeito ao saber alheio. Para alcançar o objetivo proposto, é necessário lançar mão de uma comunicação eficiente, que trespasse as desigualdades culturais e permita a troca de experiências. Isso se dá a partir de uma linguagem comum, articulada pelo estudo das condições estruturais da realidade dos atendidos

.¹³

O que se pretende com a prática do projeto é que os atores sociais se tornem “conscientizados”, através da construção conjunta de conhecimento sobre Direitos Humanos. Não há que se falar, pois, em “empoderados”, porquanto não são desprovidos do poder de exercerem sua cidadania, e distinguindo-se também de “conscientes”, visto que o conhecimento não era inerente a eles, sendo construído através do diálogo.

O método aplicado para o desenvolvimento do trabalho da AJC, como já exposto, é o da Pesquisa-Ação, proposto pelo professor Michel Thiollent. Trata-se de uma forma de pesquisa social baseada no estudo dinâmico, em que há investigação da situação concreta a partir da interação estreita entre extensionistas e atores sociais, sendo todos construtores e participantes desse processo. Esse método afasta-se de técnicas convencionais de observação positivista ligada a aspectos acadêmicos, na

12 BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)* / *Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República* - Brasília : SDH/PR, 2010, p. 159. Disponível em: << <http://portal.mj.gov.br/seedh/pndh3/pndh3.pdf>>>. Acesso em 27 set. 2012.

13 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 44-69.

medida em que não se fundamenta em levantamento de dados e na concepção unilateral da realidade.¹⁴

O objetivo da Pesquisa-Ação dentro da AJC é o de promover a tomada de consciência pelas pessoas atendidas dos seus direitos e de como efetivá-los. Na América Latina, a Pesquisa-Ação é utilizada, sobretudo, como orientação para a ação emancipatória de grupos sociais oprimidos.¹⁵

A atuação da AJC entra nesse contexto, uma vez que o público atendido encontra-se em situação de vulnerabilidade social. A maioria dos atendidos são trabalhadores autônomos, ou mesmo desempregados; em relação às mulheres, geralmente são “donas de casa”; há ainda, aposentados com problemas relacionados à pensão. Com isso, percebe-se que se trata de pessoas marginalizadas que carecem de orientações jurídicas.

3. CONCLUSÃO

Não há, em Ouro Preto, serviço público específico de esclarecimento à população acerca de seus direitos básicos. Com isso, a AJC visa complementar a ação pública local em educação em Direitos Humanos, promover a aplicação do Programa Nacional de Direitos Humanos e realizar seu monitoramento.

A iniciativa da AJC afasta-se da perspectiva positivista do meio acadêmico para desenvolver um projeto de formação cidadã dos alunos do curso de Direito. A orientação jurídica prestada pela AJC é pautada no tratamento humanizado com as pessoas, distinguindo-se dos escritórios-modelo de advocacia que atuam com rigor técnico e sob a lógica de mercado e das defensorias públicas que são burocráticas e desvalorizadas.

A interação entre extensionistas e comunidade proporciona a identificação de soluções concretas para os problemas apresentados, não se caracterizando a AJC como assistencialismo, uma vez que não busca remediar momentaneamente situações, mas como ação emancipatória, que realiza um projeto de transformação da realidade quando gera a tomada de consciência dos Direitos Humanos pelos atores sociais para o exercício pleno da sua cidadania.

14 THIOULENT, Michel. *Metodologia da pesquisa-ação*. São Paulo: Cortez, 2005. p 15-47.

15 *Ibidem*. p 16.

4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República* - rev. e atual. Brasília : SDH/PR, 2010. Disponível em: <<<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>>. Acesso em 27 set. 2012.
- CANDAU, Vera Maria. Direitos Humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. *Revista Brasileira de Educação*, v. 13, n. 37, jan./abr. 2008, p. 45-56.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.
- GALVÃO, Roberto Carlos Simões. *Educação para a cidadania: o conhecimento como instrumento político de libertação*. Disponível em <<http://www.educacional.com.br/articulistas/outrosEducao_artigo.asp?artigo=artigo0050>>. Acesso em: 20 set 2012.
- Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Federal de Ouro Preto. Disponível em <<<http://www.ufop.br/ndh/#>>>. Acesso em: 20 set 2012.
- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; SURLO, Gerlis Prata. *Direitos Humanos e Extensão nos cursos de Direito: Experiência do Núcleo de Direitos Humanos da UFOP*. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDL/article/viewFile/1951/1271>>. Acesso em: 27 set. 2012.
- OLIVEIRA, Júlio de Aguiar de; GARCIA, Luíz Carlos; SOARES, Renato Augusto de Sousa. *Assessoria Jurídica Comunitária*. Disponível em: <<<http://www.unl.edu.ar/iberoextension/dvd/archivos/ponencias/mesa3/assessoria-juridica-comunita.pdf>>>. Acesso em: 28 set 2012.
- REPRESENTAÇÃO DA UNESCO NO BRASIL. UNESCO >> Escritório no Brasil >> Ciências Humanas e Sociais >> Direitos Humanos. Disponível em: <<<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/social-and-human-sciences/human-rights/>>>. Acesso em: 27 set. 2012.
- SALES, Lília Maia de Moraes. Assessoria jurídica gratuita como forma de acesso à justiça e inclusão social. Disponível em <<http://www.mediacaobrasil.org.br/artigos_pdf/3.pdf>>. Acesso em: 20 set 2012.
- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Página inicial > Sobre a Secretaria > Histórico. Disponível em: <<<http://portal.sdh.gov.br/sobre/historico-1>>>. Acesso em 27 set. 2012.
- THIOLLENT, Michel. *Metodologia da pesquisa-ação*. São Paulo: Cortez, 2005.

Capítulo 46

DOUZINAS E RUANDA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA AJUDA HUMANITÁRIA

Natália Damázio Pinto Ferreira¹

1. INTRODUÇÃO

Desde a II Guerra Mundial, um dos objetos menos questionados quanto à sua função, são os Direitos Humanos e a ajuda humanitária. Sua função de proteção parece clara diante de nossos olhos. Mas, ao analisarmos o caso de Ruanda e do próprio termo genocídio, podemos ser tão categóricos nesta constatação? Este artigo visa analisar de que forma o termo genocídio foi cunhado para os Direitos Humanos e observar como este vem sendo aplicado na prática. Ruanda, um dos maiores exemplos de negligência e abandono dos Direitos Humanos, nos faz repensar os reais fundamentos e possibilidades deste direito. Apesar de transpor nossas fronteiras continentais, o caso ruandês nos faz questionar se a busca constante da aplicação do termo genocídio, como observado comumente nos discursos referentes à proteção de grupos vulneráveis, de fato representaria qualquer alteração no status quo de violações sistemáticas.

Com base na obra de Costas Douzinas, irei apresentar as falhas e dicotomias dos Direitos Humanos, e as características do auxílio humanitário, que não vem para salvar inocentes, mas sim, para dominação de poucos sobre muitos, e para a inflação da imagem do outro, que não é mais visto como humano, mas apenas como sub-humano ou inumano, impedindo a empatia e a possibilidade de sofrer com os demais indivíduos singulares, para se ter uma relação hierarquizada de pena daqueles “outros” que não somos e não entendemos.

2. CONCEITUAÇÃO DE GENOCÍDIO

De acordo com Eduardo Araújo Pereira Júnior, o conceito de genocídio inicialmente não possuía nome, sendo a caracterização mais próxima, a divisão feita por Lemkin entre vandalismo e barbárie em 1933. Barbárie, em especial, tinha uma

¹ Mestranda da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, endereço Eletrônico: nattydamazio@gmail.com.

conotação semelhante, por ser tipificado como atos que visavam o extermínio de um determinado grupo. Já vandalismo, era definido como atos de ataque sistemáticos a uma determinada cultura visando sua eliminação. Neste momento, atribui-se a estes crimes uma feição de ameaça, não só ao grupo atingido, como à ordem social de maneira geral. Inicialmente, estes conceitos não foram acolhidos na Conferência pela Unificação do Direito Penal de Madri, na qual foram propostos, sob o argumento de que tais tipos seriam tão raros que não mereceriam uma legislação própria. No pós-guerra, Lemkin, após o discurso de Churchill no que concernia ao ocorrido no nazismo, e a falta de nome a tal evento, buscou cunhar um novo termo para descrever os fatos verificados sob o comando do III Reich. Então, em 1944, cunha o termo genocídio, caracterizado pela busca de destruição de um certo grupo étnico ou Nação, não necessitando sua completude para ser aplicado, apenas requisitando que se realizem atos sistemáticos que busquem a destruição das fundações essenciais à vida daquele mesmo determinado grupo, tendo como objetivo último, a aniquilação do mesmo. Sua noção originária possuía 5 características essenciais:²

- 1) ação contra o grupo considerado como tal;
- 2) proteção do grupo na sua base física, biológica e cultural;
- 3) atos genocidas articulados por um plano maior visando à eliminação completa do grupo alvo;
- 4) proteção de grupos, especificamente, nacionais ou étnicos;
- 5) possibilidade de ocorrência em tempos de guerra ou de paz.

A própria inserção de crimes contra humanidade nas cartas de Tóquio e Nuremberg, justamente visava cobrir as lacunas existentes no Direito Internacional para descrever o ocorrido durante a II Guerra Mundial. A distinção entre crimes contra a humanidade e genocídio tinha motivos políticos, pois apenas a palavra “paz” foi responsável pelos nazistas terem sido julgados exclusivamente pelos atos cometidos durante o período de guerra, e não pelos ocorridos anteriormente à mesma. No entanto, a insistência do jurista polonês Lemkin, terminou por fazer com que o termo fosse utilizado pelos promotores de Nuremberg durante o julgamento, e mais, fez com que através da Resolução 96 da Assembléia Geral da recém criada Nações Unidas, o crime de genocídio passasse a ser condenado, sendo afirmado em tal documento, que os países deveriam cooperar para a sua punição e prevenção, tendo como recomendação a criação de uma convenção. Aprovada apenas horas antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção para a Prevenção e

2 Júnior, Eduardo Araújo Pereira, *Crime de Genocídio segundo os Tribunais: Ad Hoc para Ex-Iugoslávia e Ruanda*. Curitiba: Editora Juruá, 2010, pp. 75-82

Repressão de Crimes de Genocídio, só conseguiu entrar em vigor 3 anos depois em 12.01.1951, com várias mitigações da idéia original, como a não inclusão do conceito de genocídio cultural e de jurisdição universal para o crime.³

Na mesma esteira, o autor supramencionado afirma que, em 1970, a Corte Internacional de Justiça atribuiu eficácia *erga omnes* à previsão, e essa se transformou em *jus cogens* internacional, ou seja, norma com derrogação proibida, válida de forma universal e absoluta. A absorção conceitual do termo foi feita com certa tranquilidade após este período, mas a aceitação de sua aplicação em casos práticos nem tanto. Apenas em 1994, o Conselho de Segurança da ONU aplicou o termo pela primeira vez em um caso⁴. Assim, genocídio passou a ser definido⁵ na Convenção para a Prevenção e Repressão de Crimes de Genocídio⁶, copiada pelos estatutos dos Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia e de Ruanda como:

Art. II (...) entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: a) assassinato de membros do grupo; (b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (c) submissão intencional do grupo à condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; (d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; (e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

Para além do direito, Jacques Semélin aponta em sua obra *Purificar e Destruir: usos políticos dos massacres e genocídios*, que o termo genocídio já foi analisado da forma mais restritiva possível, atribuindo apenas ao nazismo tal categoria, ou de maneira excessivamente ampla. Por diversas vezes, a tipificação atribuída pela normativa da ONU, sofreu críticas dos teóricos por ser estreita ao não enquadrar o assassinato em massa de cunho político, e excessivamente ampla em outros pontos.⁷

³ *Ibidem*. p. 83 à 87

⁴ *Ibidem*. p. 88-94

⁵ Há um grande debate teórico no Direito Internacional a respeito do que significaria intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, religioso ou no termo como tal presentes na caracterização deste tipo. Para mais informações a respeito da tipificação do genocídio vide: *Ibid.* p. 94-138

⁶ ONU. Convenção para a Prevenção e Repressão de Crimes de Genocídio. 9 de dezembro de 1948

⁷ Para mais vide SEMÉLIN, Jacques. *Purificar e Destruir: Usos Políticos dos massacres e genocídios*. Rio de Janeiro: Difel, 2005. p. 435-441

O que se nota aqui, e será essencial para a compreensão do caso ruandês, é, justamente, que sua tipificação e aplicação prática tem usos políticos, e sua abstração e amplitude permitiu que Ruanda acontecesse. Assim como hoje, permite que intervenções militares com interesses econômicos diversos permaneçam acontecendo. O genocídio foi cunhado, para que nunca mais acontecesse o que aconteceu no III Reich; no entanto, o uso político deste termo sob bases jurídicas, não apenas permite que este ocorra sem que ninguém aja graças a sua não aplicação ao caso concreto como Ruanda, como também legitima uma imposição valorativa do ocidente e de ações militares com fins distintos da bandeira humanitária que carregam em seu discurso.⁸

Neste ponto, faz-se fundamental uma exposição breve do que ocorreu de abril a maio de 1994 no país africano de Ruanda, no qual a etnia hutu determinou o extermínio do grupo étnico minoritário tutsi sob os olhos de toda a comunidade internacional, que assistiu passiva o assassinato de aproximadamente 850 mil pessoas.

3. CASO RUANDÊS

A crise em Ruanda teve início no dia 6 de abril de 1994, quando o avião do então presidente Juvénal Habyarimana foi derrubado a tiros. Tal morte fez com que o diretor do Estado Maior do Exército, um hutu de linha dura, chamado Théoneste Bogosora, afirmasse que o governo de Ruanda estava em colapso, e que o poder precisava ser assumido pelo Exército. Neste momento, o comando do Estado ainda encontrava-se na mão da Primeira Ministra Agathe Uwilingiyimana.⁹

Apenas horas depois da derrubada do avião do Presidente, as autoridades declararam toque de recolher, e as milícias hutus e soldados do governo iniciaram a montagem de barreiras nas estradas. A Rádio hutu extremista, Milles Collines, começou a apontar tutsis como alvos, grupo que eles chamavam de baratas.¹⁰

Ao amanhecer do dia 07 de abril, a Primeira Ministra de Ruanda foi assassinada juntamente com 10 integrantes da força de paz da ONU em missão, que se encontravam na residência da mesma, assim como todos os políticos moderados do país. Às 9 horas da noite do primeiro dia do massacre em Ruanda, já se acumulavam aproximadamente mil cadáveres.¹¹

8 SEMELIN, Jacques. *Op. Cit.*, p. 426-430

9 POWER, Samantha. *Genocídio: A retórica Americana em questão*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2002. p. 379 e 380

10 *Ibidem*. p.381

11 *Ibidem* p. 382

Uma das grandes ferramentas dos hutus em Ruanda, foi a rádio supramencionada, que informava endereços, nomes e placas de automóveis de tutsis e hutus moderados. Em resposta a esta chacina que se iniciava, rebeldes tutsis pertencentes a Frente Patriótica Ruandesa reiniciaram a guerra contra o regime hutu, não obstante a execução sistemática dos tutsis, que se mantinham no pano de fundo da guerra.¹²

Estes eventos tiveram seu primeiro sinal em momento anterior ao abril de 1994. Antes da independência de Ruanda da Bélgica, os tutsis possuíam privilégios, mas após a mesma ter sido atingida, experimentaram 3 décadas de governo hutu marcado por ondas de violência, massacres e limpeza étnica contra esta população. Após a invasão em 1990 pela Frente Patriótica Ruandesa, composta pelos rebeldes tutsis, um tratado de paz foi assinado em 1993 pelos dois grupos étnicos, chamado Tratado de Arusha, dividindo o poder entre os mesmos com o compromisso de uma gradual desmilitarização¹³.

A milícia hutu radical não se conformou com o acordo entre as partes, e começou a aterrorizar os políticos que eram a favor da bipartição do poder em Ruanda. Já em 1992, existem relatos de que milícias hutus radicais já haviam comprado e estocado mais de 85 toneladas de armas. Em 1993, o relatório da comissão investigativa composta de 12 pessoas de 8 países, alertava sobre a possibilidade de uma violência contra uma etnia em grande escala.¹⁴

Ruanda não teve um processo diferente dos demais governos que visavam o extermínio; possuíam uma espécie de regra que os pautava, denominada “Os Mandamentos do Hutu” e colocaram nos tutsis o imaginário do “outro” inimigo perigoso que deveria ser eliminado, por completo. Pregavam que os tutsis buscavam o extermínio dos hutus, justificando seus atos seguintes como legítima defesa.

Desde o início, uma ação humanitária em Ruanda era vista com maus olhos. Após a frustração e morte de 18 soldados de uma missão de paz americana na Somália, os pedidos de quaisquer intervenções em países africanos começaram a ser vistos de forma negativa, e os Estados Unidos não se mostravam, em nenhum momento, inclinados a permitir ou enviar uma missão de paz da ONU para a região. A missão em Ruanda (Unamir) desde seu início, tendo já sido aprovada sob forte oposição americana no Conselho de Segurança, apresentou sempre uma falta de estrutura adequada e recursos parcos. Ruanda encontrava-se como uma das últimas na lista de prioridades do governo americano, conforme exposto por Samantha Power,

12 *Ibidem* p. 383

13 *Ibidem* p. 385-387

14 *Ibidem*. p. 387

que afirma ter sido expressa, por diversas vezes, a falta de interesse em formular qualquer auxílio a políticas humanitárias na região.¹⁵

Deve-se ressaltar que a intenção dos massacres étnicos na região era clara desde o início, assim como a formação e treinamento de milícias hutus extremistas.¹⁶

Em 7 de abril de 1994, após a derrubada do avião do presidente ruandês, com medo de que seus funcionários sofressem consequências de um possível conflito local, os Estados Unidos decidem pela retirada de todos os funcionários lotados em Ruanda; o discurso que se encontrava nos bastidores políticos americanos, era justamente o de salvar seus cidadãos, já que “aquele povo” passava por aquilo de tempos em tempos. As consideradas grandes potências européias e americanas apenas enviaram militares para a retirada de cidadãos de seus países; ninguém visou o impedimento do genocídio¹⁷.

Devido à exigência prescrita na Convenção de 1948, nomeadamente de intervenção em caso de genocídio, o Conselho de Segurança e os governos das potências que ditavam as ações da ONU não a intitularam assim, independente das imagens de cadáveres, de execuções em massa e limpeza étnica¹⁸. Mais uma vez, o termo genocídio e sua amplitude, torna-se instrumento para manipulações de decisões meramente políticas, e a vida daqueles que não são vistos como tão humanos pelo ocidente, é largada à própria sorte, abandonadas para a sua morte.

Em 15 de abril, o Exército belga do contingente da Unamir retira-se de Ruanda; assim, as forças de paz em Ruanda perderam o contingente melhor equipado, e com a precariedade dos que se mantiveram no local, o genocídio escalonou. Permaneceram apenas 503 soldados. Aqui as mortes, em apenas alguns dias, já chegavam a 100 mil.¹⁹

Em maio, quando o genocídio já havia matado grande parte dos tutsis, finalmente se aceitou enviar uma segunda missão à região, não obstante os demais países africanos não disponibilizarem um contingente considerável.²⁰

Finalmente, os rebeldes tutsis da Força Patriótica conseguiram frear o genocídio, tendo sido empossados em 19 de julho de 1994. A Unamir possuía os mesmos

15 *Ibidem.* p. 390-393

16 *Ibidem.* p. 394-395

17 *Ibidem.* p.402 -404

18 Para mais vide *Ibid* 409-415

19 *Ibidem.* pp. 418 - 420

20 *Ibidem.* p. 433

503 soldados que existiam em abril; nenhum auxilio humanitário extra foi prestado pela ONU.

O comandante da Unamir, ao deixar Ruanda, expressa exatamente o que ocorreu no local:

O que temos vivenciado aqui é uma desgraça. De um lado, a comunidade internacional e os países-membros da ONU, ficaram consternados com o que aconteceu em Ruanda, mas, de outro, essas mesmas autoridades, com poucas exceções, não fizeram nada significativo para melhorar a situação (...) a força (da ONU) foi impedida de ter um mínimo de respeito próprio e eficácia em campo. (...) Reconheço que esta missão é um pesadelo logístico para a sua (sede), mas não é *nada* comparado ao inferno que nos cercou, aliado à obrigação de nos vermos diante das duas partes e sermos portadores de tão pouca ajuda e credibilidade (...). Embora Ruanda e a Unamir tenham sido o centro de uma terrível tragédia humana, quase um Holocausto, e embora muitas belas palavras tenham sido ditas por todos, inclusive membros do Conselho de Segurança, o esforço tangível (...) foi totalmente, completamente ineficaz.²¹

4. DIREITOS HUMANOS, HUMANITARISMO E O OUTRO

O grande problema da proteção dos vulneráveis, encontra-se principalmente nos mecanismos criados para a sua proteção: os instrumentos normativos que visam tutelar os Direitos Humanos, como exposto por Costas Douzinas no livro *O Fim dos Direitos Humanos*.

Em primeiro plano, deve-se trazer o que foi exposto por Burke, conforme Douzinas, a respeito do discurso de Direitos Humanos, cujo marco inicial foi a Revolução Francesa. Inicialmente, o problema encontrava-se na indeterminação e abstração inerente à Declaração, o que impediria a concretização da Justiça, que em sua visão, só poderia ser realizada individualmente. Sua primeira crítica gira em torno da metafísica política, na qual tais direitos se escoram, já que estes se constituem em um idealismo que acredita na “atitude radical”, e na crença de que essa deve ser guiada pela teoria, universal e imutável, oposta à experiência prática política, mutável e individualizada. Não se pode conceber um instrumento político que seja universalmente aceitável e ainda aplicável. O problema maior, é que a República não se encontra em conformidade com o regime vigente de Direitos Humanos; ele cria uma tendência à constante e fácil possibilidade de mudanças de regime, já que não cria o sentimento

21 DALLAIRE. Apud. *Ibidem*. p. 436

de apreço às normas essenciais. Na visão do autor, sem a manutenção do sistema constitucional, perde-se o sentimento de ligação entre as gerações, do princípio da reverência paternal, essencial à manutenção de uma ordem jurídica vigente e eficaz²².

Mas não é apenas na não reverência à norma posta, que os Direitos Humanos perdem sua aplicabilidade prática. O racionalismo inerente ao discurso dos Direitos Humanos direcionado ao ser humano abstrato e às normas de cunho abstrato, torna tais direitos inoperáveis, dando margem, inclusive, a especulações na hora da aplicação normativa a casos práticos e políticos. Burke explicita a falha de tal sistema ao dizer que²³

Não há insulto maior às vítimas de catástrofes naturais ou produzidas pelo homem, de fome coletiva e guerra, de terremotos e faxina étnica, de epidemia e tortura, não há maior escárnio e desconsideração, que dizer a essas vítimas que, de acordo com um importante tratado internacional, elas tem direito à comida e à paz, a um abrigo e a um lar ou a um atendimento médico e a um fim aos maus-tratos. [...] Direitos humanos tornaram-se o símbolo da superioridade dos Estados ocidentais, uma espécie de mantra, cuja repetição alivia a dolorosa lembrança das infâmias passadas e a culpa por injustiças presentes.[...] os direitos humanos bloqueiam o futuro.

A segunda crítica de Burke exposta por Douzinas, é que o ser humano das Declarações também é abstrato, é caracterizado como uma pessoa que ao fim é inexistente. A figura do homem é socialmente formada e conceituada, logo qualquer proteção a um homem geral não existe, e caso exista, não possui nenhuma espécie de valor. Apenas através da cultura local e de seus costumes, direitos podem ser protegidos. Ademais, se algum conceito pode advir da criação dos Direitos Humanos e do momento no qual ele surge, é que os sujeitos do Direito necessitam de uma proteção contra os que impõem e conceituam a legalidade. A idéia de um Direito Humano absoluto, ignora por completo que a diversidade dos povos cria uma diversidade de instituições. Na verdade, a perspectiva burkeana nos traz a certeza de que uma constituição não é formada por pensamentos científicos e racionais, engendrados por um

22 DOUZINAS, Costas, *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 159-164

23 *Ibidem*. p.165

caso particular, mas sim, que é uma construção gradual buscando a compleição de uma maior quantidade de fins, tantos quantos forem possíveis²⁴.

Todavia, deve ser trazido, conforme feito por Douzinas, à baila, a perspectiva marxista sobre essa universalidade inerente à concepção de Direitos Humanos. Na realidade, o sujeito abstrato do Direito em sua concepção jamais foi abstrato, ele encontrava-se bem definido, amparando-se em interesses bem demarcados: o indivíduo que emergia com o capitalismo, egoísta e possessivo, materializado na normativa dos Direitos Humanos como um homem abstrato e vazio. Ideais inerentes ao Estado como igualdade, são substituídos na realidade por opressão e individualismo. E ainda mais grave do que isso, os direitos dos cidadãos não podem cumprir a promessa de proteção que fazem, apenas remetem a política como algo distante à sociedade, como domínio exclusivo do Estado. Para Marx, o Direito deve distanciar-se do ideal e abstrato, e ser formulado na concretude das realidades fáticas, fazendo com que os Direitos Humanos hoje defensivos e negativos, tornem-se positivos, e assim eficazes.²⁵ Em suma, para Marx, os Direitos Humanos, conforme hoje concebidos, nada mais são do que limitadores desse próprio Direito, já que,

o ‘homem’ dos Direitos Humanos é literalmente um homem branco de classe média ocidental que, sob as reivindicações de não-discriminação e igualdade abstrata, estampou a sua imagem na Lei e nos Direitos Humanos e se tornou medida de todas as coisas e pessoas.²⁶

Os Direitos Humanos possuem esse poder dicotômico: de libertar assim como de dominar. O conceito de liberdade, presente no capitalismo global, conforme exposto por Bloch, possui dois significados: o de possuir e controlar os objetos, ou de definir e moldar a vida com base em padrões criados por, nos termos de Douzinas “especialistas morais”. O mesmo não pode ocorrer com o seu termo par, a igualdade, que, no entanto, pode ser um conceito restrito à “ igualdade diante da Lei, ou obscurecido como a igualdade das almas no plano da salvação de Deus ”²⁷; o que não pode se perder, é que a igualdade e a liberdade não existem uma sem a outra, e que apesar de seus meios de ação serem distintos, sua finalidade é a mesma: a de achar

24 *Ibidem.* p. 165-169

25 *Ibidem.* p. 173-176

26 *Ibidem.* p. 176

27 *Ibidem.* p. 188-189

a identidade humana que ainda não chegou, derivada dos conceitos trazidos pelo Direito Natural.²⁸

Aqui nasce o conceito de utopia para Bloch, que é “o nome para o grande poder da imaginação que encontra o futuro latente em cada produto cultural e preserva o cerne do entusiasmo radical em toda ideologia que critica.”²⁹ É na utopia trazida pelo Direito Natural, que se encontra a idéia inerente à universalidade dos Direitos Humanos, que visariam resgatar uma dignidade humana em perigo. Na verdade, é isso que constitui a atual formulação dos Direitos Humanos, uma utopia de uma real sociedade que ainda está por vir.³⁰ Porém para o autor:

“à medida que um novo milênio se abre com uma promessa de uniformidade plena para alguns e dominação opressora para muitos, um estado de coisas não diferente daquele de todos os marcos temporais prévios, a esperança utópica é um dos poucos princípios que restam.”³¹

Deve-se ter em mente que os direitos foram criados para o bem da humanidade, logo, os seres humanos são as entidades legítimas para possuí-los. Todavia, na própria idéia fundadora dos Direitos Humanos, a humanidade é um conceito que, por vezes, gera certa dúvida. No Direito Natural, de acordo com a época e a escola, várias conceituações do que verdadeiramente seria essa humanidade foram apresentadas, dando origem a vários debates sobre o que, e quem de fato estaria amparado pelos Direitos Humanos. Com a Teologia Cristã, o conceito de humanidade foi expandido, sendo considerado parte da humanidade todos os humanos, já que todos, independente de cor, raça ou origem religiosa, poderiam desfrutar da salvação, repleto todavia de hierarquia política e social. O Iluminismo retira a base religiosa do conceito de humanidade, transferindo-a para a natureza, fazendo com que a humanidade passasse a ser um conceito inalienável e central. Dessa forma, para o Humanismo, a essência universal formadora do conceito de homem, baseia-se mesmo na idéia geral e abstrata de que quase em nada se assemelha ao ser humano real, já que despreendido de quase todas as características que fornecem qualquer tipo de identidade. Finalmente, no século XIX, o conceito de humanidade alcança a concepção tida hoje, que é a diferenciação desse humano, dos conceitos de objeto e animais, que apesar de ser uma das conceituações mais simples e óbvias já dadas, pode ser

28 *Ibidem.* p. 186-191

29 *Ibidem.* p.189

30 *Ibidem.* p. 191-192

31 *Ibidem.* p. 192

fragilizada e destruída, conforme visto em situações extremas como os campos de concentração.³² Conforme exposto por Douzinas

O domínio da humanidade, como onipotência de Deus, inclui a capacidade de redefinir quem ou o que conta como humano e até mesmo destruí-lo (...). o que a história nos ensinou, é que não existe nada de sagrado acerca de qualquer definição de humanidade e nada de eterno acerca de seu escopo.³³

Na verdade, nenhuma normativa pode se apoiar apenas no conceito de humanidade, eternamente mutável e redefinível.

A problemática do que seria definido como homem pode começar a tomar algum contorno mais factível, ao observarmos, o que para Kant, na leitura de Douzinas, seria o homem. Para o autor, esse se define como o ser que pensa, como o ser que através de percepções sensoriais caóticas, toma consciência de si mesmo. Mas deve ser ressaltado que o ser humano não é apenas ente racional, este também possui vontade, que é expressa através da decisão.³⁴

Nesse ponto, faz-se necessário trazer o conceito de liberdade existencial, que seria “ a capacidade do homem moderno de transcender restrições da natureza: as determinações históricas e culturais que geralmente se fossilizam como imposições de natureza externa.”³⁵ .É essa a forma que é estabelecida nas declarações de Direitos Humanos, algo que busca que o homem prevaleça independentemente de qualquer marco histórico ou traço cultural, dessa forma o existencialismo presente nos Direitos Humanos

retém os usos críticos da natureza humana contra a autoridade, porém, a esvazia totalmente de qualquer determinação essencial, exceto por sua liberdade sem fundamento, mas poderosa. As declarações de Direitos Humanos representa esse poder do nada, de uma natureza contra a natureza e um universalismo de desapego de restrições históricas e encargos culturais.³⁶

Por muitas vezes, esse sujeito jurídico abstrato e criado, coloca à parte e mascara o sujeito real dos Direitos Humanos. Sendo assim, o sujeito jurídico, con-

32 *Ibidem.* p. 193-197

33 *Ibidem.* p. 197

34 *Ibidem.* p. 198

35 *Ibidem.* p. 210

36 *Ibidem.* p. 210

ceito sem o qual o Direito não pode existir, é um ser abstrato sem definição, que se distancia do ser, sobre os quais os direitos se aplicam: o sujeito real. No dizer de Douzinas “ mais uma vez, a fachada é mais importante que o conteúdo, o princípio importa mais que os fatos, a clareza lógica mais que a experiência empírica ou a correção moral.”³⁷

Não obstante, essa busca de criação do sujeito dos Direitos Humanos, abstrato em sua natureza, existe a criação do “outro”, do que, em muitos casos, encontra-se fora desse conceito universal, ou por sua existência real não pode se reduzir a tal. O “outro”, *per se*, já é um conceito que traz uma problemática, mesmo porque semelhante à idéia Freudiana de insólito- o momento traumático em que o eu passa a existir ao ser separado da mãe, marcado pelo medo sentido do retorno a este momento que se materializa em sintomas violentos- o “outro” faz com que criemos barreiras de proteção a eles permeadas pelo medo. Não importa o tipo de organização social que se dá, a figura do “resto” sempre está presente, e o outro faz com que retornemos ao trauma, ao medo da repressão, faz com que nos voltemos ao momento inicial da criação legislativa que estruturalmente foi repressora, e nos afasta da possibilidade de enxergar o “outro” que reside em nós mesmos, do medo que possuímos de um dia tornarmo-nos um “outro”.³⁸

A objetificação do “outro”, que para Douzinas tem sua representação absoluta no refugiado, se dá ao tratá-lo como um objeto de conhecimento totalmente desprovido de identidade, na qual se tenta aplicar conceitos universais, não aplicáveis a um sujeito real, sendo vistos como totalmente desprovidos de necessidades básicas de sobrevivência. Assim, a Lei nada deve a eles, tornando-se apenas sujeitos de uma boa vontade ou caridade vinda do Estado ou da sociedade civil. Uma segunda forma de tentar fugir desse medo trazido pelo “outro”, é um apego extremo ao texto legal e valorização constante da superioridade da Lei sobre qualquer coisa outra que difira do previsto nas normas. Dessa forma

confrontar o refugiado, levanta a possibilidade de que nós, igualmente, somos refugiados, o que implica meu dever não apenas de aceitar o Outro, nas também de aceitar que sou um Outro (...). O refugiado é o lado obscuro da nossa identidade. (...). Ao mandá-lo embora, pensamos negar o trauma, pensamos que protegemos a nós mesmos do terrível reconhecimento de que o Outro, o refugiado está em nós, e que não podemos evitar viver como Outros³⁹

37 *Ibidem.* p. 243-248

38 *Ibidem.* p. 362-371

39 *Ibidem.* p. 371

Os tutsis ruandeses nada mais eram do que esse “outro”, com o qual não nos identificamos e que nos assusta, que nos mostra quem nós somos, ou potencialmente podemos ser, aquele que é alvo de um sistemático extermínio. A pergunta fundamental que deve ser feita é: o que é esse humano, seja dos Direitos Humanos, seja do Humanitarismo? De acordo com Douzinas em seu livro *Human Rights and Empire*, se direitos são dados aos seres, e sua natureza possui necessidades, características e desejos, então esta deve ser vista como a fonte original dos direitos, o escopo e a substância desses mesmos. Essa humanidade, já anteriormente abordada, para o autor, é um conceito da modernidade. Para o Humanismo, ela não possui características inerentes ao singular, como desejos e história; ela é um sujeito sem substância, que apenas possui os atributos gerais da essência humana: alma, livre arbítrio e razão. Essa abstração possui o menor grau de humanidade possível, já que afastou todos os traços que, de fato, constroem a identidade humana. Ao final, independente da existência do que é chamado por Fukuyama de fator X, que é o que nos faria todos humanos, comuns e dignos de receber tratamento político igualitário, não evita a dominação de uns sobre os demais com base em raça, cor, gênero e etnicidade. Retorna-se ao ponto de que nenhuma definição de humanidade jamais será conclusiva, podendo sempre ser repensada e até exterminada. O que foi esquecido pelo Humanismo em sua visão, é que cada pessoa é um mundo, e que apenas vêm a existência no comum com os demais.⁴⁰

O movimento humanitário, que é o objeto de nossa análise, nasceu por volta de 1859 com a fundação do Comitê da Cruz Vermelha, sendo que inicialmente as normas humanitárias visavam o controle da força utilizada pelos países em tempos de guerra. Não obstante, tal função se modificou com o passar dos séculos, esta encontra-se hoje além de sua função inicial de aliviar o sofrimento humano e salvar vidas, passando a ter principalmente dois *modus operandi*: passou a possuir um comprometimento com a solidariedade e uma preocupação com a proteção a longo prazo, e aquelas que lidam com catástrofes nacionais como a fome.⁴¹

Organizações não governamentais, doravante ONGs, também responsáveis pelos auxílios humanitários hoje, por diversas vezes, tentaram afastar a imagem política e não neutra deste instituto, utilizando-se de uma linguagem baseada na moral, para justificar as políticas adotadas e reconciliar as conflitantes prioridades; o discurso escolhido vem sendo, por diversas vezes, o dos Direitos Humanos, usado

40 DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of cosmopolitanism*, Ed. Routledge-Cavendish, 2007, p. 51-57

41 *Ibidem*. p. 58 e 59

para disfarçar decisões de extrema complexidade. O afastamento da linha divisória entre os direitos humanos e a ajuda humanitária, trouxe consequências temerárias, tendo inclusive levado tais políticas, muitas vezes, para o campo do Direito, e estes Direitos Humanos são muito mais manipuláveis do que a clareza de uma ação política estatal. Cada vez mais, as ONGs tornam-se parte do conflito, tendendo a perder sua imparcialidade e tornar-se cada vez mais imperialistas, ao assumir funções de sub-contratados em serviços públicos no período pós-guerra. Humanitaristas, cada vez mais se transformam nos catequizadores da nova ordem moral, visando solidificar e generalizar a união entre humanitarismo, militares e políticos, fomentando uma nova ideologia mundial. Este discurso de Direitos Humanos torna-se uma arma para legitimar governos.⁴²

A ideologia do Humanitarismo afirma que os seres humanos, em quaisquer lugares, possuem as mesmas necessidades e desejos, e que estes devem pautar os direitos que possuímos. Porém, deve ser questionado porque necessitaríamos de um arcabouço tão forte de proteção a estes, já que tão óbvios. Faz-se assim a repartição entre bons e maus, idéia tão cara ao estatuto dos crimes contra a humanidade.⁴³

Apesar das vítimas serem vistas como pessoas que possuem sua dignidade violada, essas também são uma massa indistinta, sem nome e sem rosto, como os massacrados em Ruanda, perdendo sua humanidade e tornando-se menos que humanos. O Humanitarismo não apresenta as qualidades ou resiliência das vítimas; ele se baseia justamente em suas fraquezas e deficiências. Do outro lado deste cenário, os algozes vistos como a personificação da maldade, como piores que quaisquer seres vivos. Mortos e matando uns aos outros, o ocidente termina por caracterizar o desumano e inumano em apenas um. A nossa idéia deste outro digno de pena, não de amor, é o que nos dá a sensação de sermos civilizados.⁴⁴

De acordo com Douzinas, a idéia de crimes contra a humanidade começou a tomar forma apenas após a II Guerra Mundial, quando o que era considerado humanidade, os europeus e países do norte, tentaram eliminar a si próprios com o Holocausto, assim como aquilo visto como os sub-humanos do sul. O ocidental é a única, real, possível e perfeita vítima de atrocidades, afinal, dentro da concepção dos Direitos Humanos, ele é a única imagem da humanidade por completo. Deve se compreender que o Humanitarismo surge sob a égide de que nós, liberais e democratas, não cometemos genocídio, e por tanto devemos estender nossa moralidade aos demais países vistos como exóticos e perigosos, idéia esta já posta por terra há muito.

42 *Ibidem.* p. 58-66

43 *Ibidem.* p. 66-68

44 *Ibidem.* p. 69-70

O fundamento do Humanitarismo, torna-se assim, apenas um senso de superioridade dos que pregam tal política, baseando a relação entre vítima e salvador na superioridade da parte que teóricamente estaria ali para protegê-los. Distinta da empatia, que é dividir o sofrimento com aquele que sofre, o mundo torna-se unido através desta idéia de diferença, de um sofrimento que pertence ao outro e que não pode nos atingir, fazendo com que a nossa união se mantenha através de pena e culpa. Assim, as mútuas identidades sofrem de falta de reconhecimento completo. Um lado passa a doar coisas materiais que não possuirão retorno, e o outro de reconhecer sem que o seja de volta, ignorando-se que as diferenças entre sul e norte se deram justamente pelo imperialismo, colonialismo e recente exportação do capitalismo neoliberal. O que os direitos vêm se tornando é justamente o ápice deste sistema, como uma corporação do sofrimento humano.⁴⁵

Para clarificar a postura do que vem sendo chamado de comércio humanitário, a análise de Jennifer Hyndman sobre os campos de refúgio, torna-se essencial. A autora propõe que, na realidade, as fronteiras sejam mais abertas a capitais do que a pessoas deslocadas, havendo uma contínua justaposição entre a mobilidade de auxílios humanitários levados aos refugiados hoje, e a imobilidade dos próprios refugiados. Mostra que há uma larga economia global baseada na doação de produtos necessários aos refugiados, e que as intervenções humanitárias que se localizam perto dos campos em que se encontram esses indivíduos deslocados, vem sendo feitas constantemente, com base em políticas colonialistas. Por lógica, os campos em que se encontram os refugiados, as intervenções feitas em locais aonde há um grande número de pessoas deslocadas e a recepção destes por países, não existiriam sem um fundo internacional dirigido para tal circunstância, porém, a oferta destes asilos aos refugiados vem sofrendo uma drástica diminuição graças ao aumento constante destes fluxos migratórios. Em suma, a oferta de ajuda humanitária é imensa, sendo inversamente proporcional à oferta de locais para os quais estes refugiados possam se dirigir.⁴⁶

Ainda, seguindo na mesma obra de Hyndmann, dentro do mesmo campo, encontram-se então os sub-cidadãos e os supra-cidadãos, que são os que migram para dar auxílio humanitário, sendo os últimos também imigrantes, mas por tê-lo feito de forma voluntária, possuem uma posição social muito mais privilegiada.⁴⁷

45 *Ibidem.* p. 75-84

46 HYNDMANN, Jennifer, *Managing Displacement: Refugees and the Politics of Humanitarianism*, Coleção Borderline, Vol. 16, University of Minnesota Press, 2000, pp. 31, 32 e 54-57.

47 *Ibidem.* p. 112

Retornando ao argumento de Douzinas, no Humanitarismo o salvador consegue sua individualização, em oposição aos sofredores que tornam-se massa, e ainda, opondo-se contra o mal, o humanitarista torna-se automaticamente virtuoso. A conexão entre o doador e o recipiente é justamente o alívio deste não ser aquele “outro”, “outro” este que ainda não está maduro o suficiente para aceitar nossos valores morais e nossas leis. O distanciamento deste “outro” puramente mau, a outra face das vítimas, possui uma razão de ser: elas expressam a real essência da humanidade, já que chamamos de mau exatamente aquela parte de nossa psique ou do nosso “eu” social, que não conseguimos controlar, que buscamos afastar, graças à visão desta como inumana, pois só assim atingiríamos nossa humanidade por completo; empurramos assim nosso lado inumano para o “outro” através de conceitos morais e da idéia maldade, buscando a domesticação deste nosso inconsciente. Só assim, nos sentindo verdadeiramente humanos.⁴⁸

Nenhuma palavra tem o poder para gerar o alavanque humanitário como genocídio. Na política contemporânea, vem se tornando sinônimo de intervenção humanitária. O pronunciar desta palavra, cada vez mais passa a ser utilizada para justificar e legitimar intervenções armadas, e vem cada vez mais perdendo seu real significado, sendo aplicada livremente apenas pelo efeito moral e emocional que esta engendra. Ainda mais, genocídio passou a ser uma palavra propagandística, sendo alterada, modificada e aplicada a qualquer retórica que busque fortalecer a imagem do inimigo a ser combatido⁴⁹. Com isto, não quero dizer que Ruanda não se caracterizaria como genocídio, mas sim que sua não qualificação como tal, se deu com base em interesses e agendas políticas. A utilização destes termos abertos e abstratos dos Direitos Humanos e Ajuda Humanitária para justificar uma ação ou inação diante de uma suposta violação, tem como norte uma casuística fundada em mero interesse, manipulando com isso, as massas de sofredores sem nome dentro desta lógica colonialista.

5. CONCLUSÃO

Todo o aparato de Direitos Humanos e Humanitarismo, vem com uma promessa de tempos mais pacíficos e mais dignos para os homens, sem distinção. A universalidade de um sujeito abstrato cujo rosto é desconhecido, faz uma dissociação entre o que de fato é humano, portanto, singular concreto, do que as declarações

48 DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of cosmopolitanism*. p. 84-88

49 SÉMELIN, Jáques. *Op. Cit.*, pp. 427 e 430

visam proteger, o humano ocidental e logo aceitável, dentro dos padrões socialmente dominantes.

O termo genocídio e o caso Ruandês nos apresentam este cenário. O sofredor vítima, porém distante, não encontra a proteção que os Direitos Humanos lhe prometeu, nem quando se encontram nas situações mais extremas. “Nós” não nos identificamos com os tutsis, “nós” não conseguimos sofrer com eles e agir com eles.

As diferentes reações das grandes potências em relação ao auxílio humanitário reforça ainda mais a realidade dos Estatutos de Direitos Humanos e da intervenção e auxílio humanitário: eles são um comércio, seja através da direta realização de auxílio local e na criação dos supra-cidadãos no campos, seja através de decisões arbitrárias sobre quando agir sobre a bandeira da moral ocidental humanista. A retórica da ONU é o ponto mais claro desta constatação: porque o genocídio de Ruanda valia menos do que o regime de um Talibã no Oriente? Porque os Direitos Humanos permitem que um novo genocídio tome lugar no Sudão e em Darfur poucos anos após Ruanda, e ainda assim nenhuma ação seja tomada?

O jogo⁵⁰ da proteção das supostas vítimas não é uma história de salvamento de vidas e de empoderamento de populações que não conseguem se proteger. Ela é a história da opressão, do imperialismo, da barbárie, da mercantilização do sofrimento humano não individualizado, logo não humano, inumano ou sub-humano, no qual não nos identificamos, então não agimos. Mas deste exemplo, surge uma questão muito maior: O direito é a ferramenta que possibilita a mudança do *status quo*, a revolução e a resistência necessária nestes momentos de crise?

Apesar da ampla recepção teórica dos Direitos Humanos e Humanitarismo nos meados do século passado, recentes crises vem colocando em xeque o moralismo fácil e o humanitarismo da democracia liberal, marcando o retorno da teoria radical. No entanto, o abandono do revisionismo destes direitos anteriores pode ser problemática⁵¹. A aproximação entre a esquerda e os direitos vem combinando uma defesa do universalismo sem a ideologia dos Direitos Humanos. Através da teoria de Bloch sobre a crítica marxista aos Direitos Humanos, Costas Douzinas, expõe que a única coisa universal ao homem é o seu desejo de se libertar da opressão e de possuir dignidade humana, e apenas este desejo é imutável; o conceito de homem e seu direito eterno não.⁵² Apesar de fortes críticas, este direito humano radical, que condena a

50 Para entender a crise humanitária em Darfur vide: MATSIOS, Andrew S., *Sudan, South Sudan and Darfur: What everyone needs to know*, Oxford University Press, 2012

51 DOUZINAS, Costas “Adkia: On comunismo and Rights”, In: DOUZINAS, Costas e ZIZEK, Slavo. *The idea of comunismo*. Ed. Verso, 2010, pp. 81 e 82

52 *Ibidem*. 83

legalidade burguesa, enquanto realizam seu cerne através do princípio da esperança socialista, recebeu duras críticas. No entanto, é fundamental sua emancipação do idealismo humanista, para se reconstruir o potencial radical da normatividade.⁵³ Através da leitura realizada por Derrida, do Ser como dissenso, Douzinas tenta realizar uma leitura ontológica de dois termos gregos *dike* e *adikia*, como se o primeiro fosse a resposta ao segundo, o que significaria a reparação ao conflito e desordem. De acordo com esta idéia, o mundo seria baseado em uma desordem original que não possui medida de justiça ou injustiça. O sentimento de injustiça é exatamente o que prepararia os militantes da revolução contra a ordem dominante, é o julgamento histórico e reparação a esta *adikia* inicial. *Adikia* assim torna-se o limite entre *techné* (sabedoria, arte e lei) e *dike* (a superestrutura na qual a humanidade é jogada dentro e deve lutar o tempo todo), distanciando assim a liberdade e a necessidade, conflito esse motivador da militância.⁵⁴

A *adikia* possui assim três facetas: política (que é o confronto entre a ação humana e a ordem mundial), a teórica (da ligação entre ordem e liberdade), e a subjetiva (na qual cada tipo de *adikia* cria sua própria subjetividade, ao induzir sujeitos que resistem, e a transformam radicalmente). Assim, para Douzinas, quando a *kaïros* sai da ordem, um senso racional de deslocamento incita os sujeitos de resistência ou revolucionários, que tomam duas possíveis formas interligadas: a exploração teórica do deslocamento e uma ação política para resistir ou modificá-la.⁵⁵ *Adikia* assim demonstra exatamente a falha na idéia de justiça, ao ser a ponte intransponível, que liga o que seria justiça e injustiça.⁵⁶

A atual *adikia*, conforme exposto por Douzinas, é o capitalismo e a idéia do comunismo é a resposta ao mesmo. No mundo universalista, de declarações e kantiano em sua fundamentação, a resistência e a revolução passaram por um processo de legalização e desqualificação, sendo apenas legitimada a partir do momento em que os Direitos Humanos e Morais, fundantes do atual Estado, encontram-se brutalmente ameaçados. A revolução significaria o renascimento da sociedade, daquela dada comunidade, o que determinadamente é rechaçado, tanto pela teoria kantiana, como pelos Direitos Humanos universalistas. Os Direitos Humanos positivados terminaram por se tornar, apesar de em sua origem terem sido marcos da mudança normativa revolucionária, um impedimento à resistência e à revolução. A retirada de tais direitos,

53 *Ibidem.* p. 86

54 *Ibidem.* p. 87-89

55 *Idem.*

56 *Ibidem.* p. 90

tornou-se uma forma de garantir a manutenção da ordem vigente, e evitar mudanças radicais.⁵⁷

Hoje, o Direito perpassa em todos os aspectos da vida, tornando-se assim o cenário e o que está em jogo na política. Mas, poderia ele ajudar a combater a opressão? Aqui, Douzinas apresenta a diferenciação da política e do político; o primeiro consistiria no processo de argumentação e negociação de diversas partes para que se distribua ou redistribua benefícios, mas sem contestar a ordem vigente, ocorreria quando o excluído requer sua inclusão, não representando isso um conflito de interesses. Essa inclusão do “outro”, passa a interromper a ordem de dominação vigente, e ao apresentar a teoria de Rancière, afirma que os direitos não pertencem apenas aos cidadãos e aos sujeitos. Aqueles sem direito, podem igualmente evocar as normas e princípios, colocando-os sobre teste. Assim, liberdade e igualdade não são qualidades que pessoas possuem. São predicados políticos sobre os quais batalhas políticas são travadas.⁵⁸

Douzinas nota que a teoria de Rancière é engenhosa, porém problemática. O Direito assim transforma conflitos sociais e políticos, em uma demanda de aceitação legal. Os Direitos humanos promovem a escolha ao invés da liberdade, conformismo em contrariedade à imaginação. O Direito passa a ser dado como prêmio para a aceitação da ordem atual, mas de pouco serve àqueles que a contestam.⁵⁹

Os ruandeses, como todos os demais largados ao seu próprio sofrimento, são a prova da impossibilidade dos Direitos Humanos. Direitos mascaram a despoliticização, o poder social das instituições, como organizam as massas para exploração e regulação. Os direitos controlam, vigiam e classificam indivíduos e populações.⁶⁰

Desta forma, apesar do estado atual das coisas, no que concerne aos direitos e sua capacidade emancipatória, nasce uma esperança. A Lei tenta rejeitar a resistência e a revolução, mas esta sempre retorna. A maioria dos Estados modernos foram fundados em contrariedade à normativa constitucional vigente à época. O direito revolucionário, quando não positivado, permanece a acompanhar a norma fundada. Quando ele passa à prática, inicialmente é condenado como ruim, brutal e ilegal, mas se obtiver sucesso, ele é retrospectivamente legitimado, e surge como um Direito a se rebelar contra a injustiça. Mesmo que excluídos do texto, as insurreições

57 *Ibidem.* p. 91 até 93

58 *Ibidem.* p. 94 e 95

59 *Ibidem.* p. 95 e 96

60 *Ibidem.* p. 96

e revoluções não podem ser contidas; são respostas a esta *adikia* do Direito e sintoma de sua origem reprimida.⁶¹

6. REFERÊNCIAS

- DOUZINAS, Costas, *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- _____. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of cosmopolitanism*, Ed.Routledge-Cavendish, 2007.
- _____. “Adkia: On comunismo and Rights”. In.: DOUZINAS, Costas; ZIZEK, Slavo. *The idea of comunismo*. Ed. Verso, 2010.
- HYNDMANN, Jennifer. *Managing Displacement: Refugees and the Politics of Humanitarianism*, Coleção Borderline, Vol. 16, University of Minnesota Press, 2000.
- JÚNIOR, Eduardo Araújo Pereira. *Crime de Genocídio segundo os Tribunais: Ad Hoc para Ex-Iugoslávia e Ruanda*. Curitiba: Editora Juruá, 2010
- ONU. *Convenção para a Prevenção e Repressão de Crimes de Genocídio*. 9 de dezembro de 1948
- POWER, Samantha. *Genocídio: A retórica Americana em questão*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2002.
- SÉMELIN, Jacques. *Purificar e Destruir: Usos Políticos dos massacres e genocídios*. Lisboa: Difel, 2005.

61 *Ibidem*. p. 97-99

Capítulo 47

AS MÚLTIPLAS FACES DO CONCEITO LIBERAL DE CIDADANIA: DO SENSO COMUM JURÍDICO-ESTATAL À CIDADANIA PÓS-NACIONAL

Adailton Pires Costa¹

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende realizar uma análise crítica das múltiplas faces do conceito liberal de cidadania na contemporaneidade. Inicialmente, é feita uma análise do *sensu comum jurídico-estatal* do conceito liberal de cidadania e, em seguida, são verificados os deslocamentos e as permanências de elementos desse conceito liberal na abordagem de T.H. Marshall.

Num segundo momento, é estudado o novo senso comum da cidadania no contexto da globalização neoliberal expresso no conceito de cidadania pós-nacional de Jürgen Habermas. Pretende-se demonstrar como esse novo senso comum, ao mesmo tempo em que se propõe desvincular-se do Estado-Nação moderno, continua a reproduzir as características liberais do conceito hegemônico de cidadania.

Por último, realiza-se uma exposição dos retratos de sentidos comuns do conceito liberal de cidadania aplicados em países periféricos como o Brasil. O objetivo é demonstrar como a importação colonizada de molduras eurocêntricas a países da periferia do mundo tem gerado uma fotografia de *cidadão em negativo* que omite e exclui experiências históricas de lutas populares e insurgentes contra-hegemônicas.

2. O SENSO COMUM JURÍDICO-ESTATAL DO CONCEITO LIBERAL DE CIDADANIA

Quem é o *homem* distinto do *cidadão*?
Só pode ser o membro da sociedade
civil.
(Karl Marx)

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Área de Concentração em Teoria, Filosofia e História do Direito. Bolsista do CNPQ.

[...] os chamado *direitos do homem*, como sendo distintos dos *direitos do cidadão*, constituem apenas os direitos de um *membro da sociedade civil*, ou seja, o homem egoísta, do homem separado dos outros homens e da comunidade. (Karl Marx)

Constituído com a ascensão da burguesia durante a Revolução Francesa no século XVIII, em meio a declarações universais de direitos, o conceito liberal de cidadania subsiste como padrão hegemônico de identidade jurídico-política. Inspirado numa cultura de liberalismo político e econômico, esse conceito se estabelece como senso comum jurídico-estatal,² tendo como identidade padrão a figura do cidadão-eleitor, transmutado e separado da esfera privada para a esfera pública.

O *senso comum jurídico-estatal* do conceito liberal de cidadania aponta que o eleitor exerce sua cidadania por meio de seu voto, expressão de sua titularidade de direitos políticos, reduzidos a direitos eleitorais. O discurso jurídico-político dominante da cidadania – “a fala jurídicista da cidadania”³ - é representado, portanto, pela “soma da nacionalidade mais direitos políticos, concebidos basicamente como direitos eleitorais (votar e ser votado)”, conforme explícita a crítica de Vera Andra-

2 Utilizamos a expressão “senso comum jurídico-estatal” inspirando-nos na *Semiologia do poder* de Luís Alberto Warat, que afirma: “O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa [opiniões comuns] no interior da episteme [conhecimento científico]. Trata-se de uma episteme convertida em doxa, pelo programa político das verdades, executado através da praxis jurídica. Nesta ordem de idéias, o saber crítico pode ser definido como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela praxis jurídica. (WARAT, 1982, p. 52). Warat ainda define o senso comum teórico dos juristas como “[...] o emprego estratégico dos conceitos na praxis jurídica, ou, dito de outra forma, a utilização dos resultados do trabalho epistemológico como uma nova instância da ‘doxa’. É esse retorno da ‘episteme’ à ‘doxa’, que permite-nos perceber o valor político dos processos de objetivação. E, também é, precisamente, esse retorno que torna ideológico o discurso da episteme, ou seja, um discurso transfigurado em elemento mediador de uma integração, ilusoriamente, não conflitiva, das relações sociais.” (WARAT, 1982, p. 53).

3 Essa análise do senso-comum jurídico-estatal do conceito liberal de cidadania é desenvolvida a partir da abordagem crítica feita no texto “Cidadania: do direito aos direitos humanos” da Prof^a Vera Regina Pereira de Andrade, que faz um exame sistematizado dos conceitos e discursos hegemônicos sobre cidadania presentes nos livros dos principais juristas brasileiros que tratam do assunto.

de.⁴ O titular de direitos políticos é, então, identificado com o nacional, por meio do reconhecimento/outorga de sua nacionalidade pelo Estado.⁵ A nacionalidade é, assim, a pré-condição social para a participação na comunidade estatal e, igualmente, para obter a identificação de nacional, cidadão e eleitor. A consequência dessa identificação é o estabelecimento das eleições da democracia representativa como o espaço público próprio da cidadania liberal.⁶ Desse modo:

A cidadania, enquanto direito à representação e, pois, à titularidade de direitos políticos, o status que possibilita ao indivíduo, síntese de uma privacidade despolitizada, regressar ao plano da política e do público, sob formas pré-determinadas. É o status, enfim, pelo qual é possível existir e se expressar no espaço público monopolizado pelo Estado.⁷

Verifica-se, então, que a cidadania liberal é concebida como mediação estatal entre nacional e eleitor. Para conectar esses dois pólos, a cidadania liberal divide-se em duas dimensões: a cidadania jurídica *ampla* e *passiva* (forma legal), expressa na noção de nacionalidade; a cidadania *restrita* e *ativa* (conteúdo legal), expressa na noção de eleitor.⁸ Esse é o aspecto bifronte da cidadania estatal - passiva (nacional) X ativa (eleitor) - que já nos possibilita intuir as raízes político-liberais do conceito hegemônico de cidadania. Enquanto o eleitor (elemento ativo) é o extremo político (o *status* oficial) da cidadania estatal, o nacional (elemento passivo), representado pelo conceito de nacionalidade, é o extremo social dessa mesma cidadania. Embora a nacionalidade seja definida conceitualmente como o vínculo jurídico-político do indivíduo com o Estado, concedido por este; ela na verdade representa no senso comum jurídico-estatal o vínculo que possibilita a passagem entre o indivíduo social e o

4 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p.13

5 A partir da tradição marxista, Atilio Boron explicita a multiplicidade de facetas do Estado, apresentando quatro dimensões simultâneas do fenômeno estatal: “1. um ‘pacto de dominação’ mediante o qual uma determinada aliança de classes constrói um sistema hegemônico suscetível de gerar um bloco histórico; 2. uma aliança dotada de seus correspondentes aparatos burocráticos e capaz de transformar-se, sob determinadas circunstâncias em um ‘ator corporativo’; 3. um cenário de luta pelo poder social, um terreno onde se dirigem os conflitos entre distintos projetos sociais que definem um padrão de organização econômica e social; e 4. O representante dos interesses universais da sociedade e, enquanto tal, a expressão orgânica da comunidade nacional”. (BORON, 2002, p. 254-255)

6 ANDRADE, *Op. Cit.* p. 40

7 *Ibidem.* p. 115

8 *Ibidem.* p. 27

cidadão político. Nesse discurso, que polariza indivíduo-cidadão, o indivíduo privado concreto (apolítico), ao vestir o vínculo estatal (nacionalidade), transmuta-se em cidadão abstrato, sendo inserido na esfera política. Portanto, a nacionalidade é o limite liberal entre a sociedade civil e o Estado, representando a dimensão sócio-política do conceito de cidadania (dimensão político-jurídica) que faz a mediação entre o indivíduo (Sociedade civil) e o cidadão (Estado). O que está para além da nacionalidade faz parte da Sociedade civil e está fora da cidadania.

Assim, verifica-se no conceito liberal de cidadania uma operação de cisão entre Sociedade civil e Estado, a primeira despolitizada e o segundo politizado de forma exclusiva. Nessa cisão, o cidadão está inserido no âmbito do Estado, enquanto que no âmbito da Sociedade civil aparece a figura do indivíduo econômico. Desse modo, a cidadania aparece como mediação jurídico-política que possibilita a passagem da Sociedade Civil para o Estado, funcionando como instância generalizadora (interesse geral) de um espaço público que esconde o conflito social no espaço privado.⁹ Dessa contraposição que a cidadania liberal faz entre privado (Sociedade Civil) e público (Estado) desdobram-se outros binômios igualmente centrais naquele discurso: de um lado, o homem econômico privado e concreto, de outro, o cidadão político universal e abstrato; de um lado, o sujeito de direitos civis e privados (direitos do homem, “direitos naturais” e imutáveis), de outro, o sujeito de direitos políticos e públicos (direitos do cidadão, “direitos artificiais” e mutáveis). O primeiro pratica seus direitos todos os dias mediante os contratos mercantis. O segundo pratica seus direitos apenas um dia, durante as eleições. Conclui-se, dessa forma, que o senso comum jurídico-político do conceito liberal de cidadania afasta a Sociedade civil concreta – esfera econômica, mundo do trabalho - do âmbito da cidadania, colocando-a como uma face privada oculta e excluída da própria cidadania. A cidadania liberal apresenta-se, então, como uma dimensão de representação política do indivíduo, restrita ao Estado, que está separada da face privada do homem econômico. Nesse sentido, aponta Karl Marx que:

Agora, o Homem, enquanto membro da sociedade civil, o Homem *não-político*, aparece necessariamente como o homem natural. Os *droits de l’homme* aparecem como *droits naturels* [...] O Homem, finalmente, enquanto membro da sociedade burguesa, é considerado como o *verdadeiro* Homem, como *Homme*, diferente do *citoyen*, por ser o homem em sua existência sensível e individual imediata, enquanto que o homem político é apenas o homem abstrato, artificial, o Homem como um ser alegórico, moral. O

9 *Ibidem.* p. 28, 56

Homem real só é reconhecido sob a forma de indivíduo egoísta; o
Homem verdadeiro, apenas sob a forma do *citoyen* abstrato.¹⁰

É necessário destacar, portanto, o caráter individual e atomizado do cidadão liberal, que representa a projeção fotográfica abstrata no espaço público do indivíduo egoísta concreto do espaço privado. Embora o Estado e a cidadania liberal busquem legitimidade nos entes coletivos como a Nação, o Povo e o Soberano, seus fundamentos estão numa concepção individualista e egoística da sociedade. Nesse processo, o limiar social da cidadania – a nacionalidade – aparece para juridicizar, individualizar e purificar esses sujeitos coletivos da Sociedade civil em sujeitos individuais abstratos na esfera política estatal. Nessa operação, o indivíduo concreto da Sociedade civil – o homem econômico – permanece como a face oculta do cidadão eleitor. Assim, mesmo com o surgimento dos partidos políticos, a democracia liberal, por meio do sistema representativo, mantém a hegemonia da concepção política individualista – um homem, um voto.

Portanto, depreende-se das características da cidadania apontadas no discurso liberal a seguinte medida de identidade política-jurídica: no âmbito do Estado, as pessoas são ativas, iguais, abstratas e individuais (eleitor, nacional, cidadão e sujeito de direitos); já no âmbito da Sociedade civil, as pessoas são passivas, iguais, abstratas e coletivas (Nação, Soberano, Povo). Nessa medida, está excluída da cidadania a esfera do homem individual econômico da Sociedade Civil, na qual estão pessoas ativas, concretas e individuais (sujeitos econômicos). Nessa esfera econômica, a desigualdade real entre proprietários privados e não-proprietários dos meios de produção tem como contraponto à igualdade formal na esfera das trocas mercantis/circulação de mercadorias (iguais proprietários de mercadorias); e como contraface dessa forma econômica, se desenvolve uma forma jurídica que transforma os “sujeitos de fato” desiguais e concretos em “sujeitos de direito” iguais e abstratos que contratam na esfera mercantil.¹¹

Verifica-se, então, que o homem individual econômico da Sociedade civil (espaço privado), ocultado na teoria da cidadania liberal, na prática aparece no espaço público por meio de seus representantes políticos e do Estado. Já o homem coletivo político da Sociedade civil (Nação Povo, Soberano), revelado de forma mitificada e cristalizada na teoria, na prática é impedido de aparecer no espaço público, sendo reduzido aos termos da democracia representativa. Portanto, a democracia indireta é a forma política-jurídica por excelência pela qual é possível a transmutação dos

10 MARX, Karl. A questão judaica. In: FERNANDES, Florestan. *Marx: sociologia*. 5ª ed. São Paulo: Ática, 1987. p. 195

11 PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica. 1988.

sujeitos econômicos da Sociedade civil – junto com as pessoas coletivas Nação, Povo, Soberano - em eleitores políticos no Estado. A cidadania liberal funciona, então, em primeiro lugar, como mediação que torna os indivíduos concretos da esfera econômica em cidadãos abstratos e iguais.¹² E em segundo lugar, a cidadania funciona como mediação que individualiza em nacionais, cidadãos e eleitores os entes coletivos Nação, Povo e Soberano, tornando estes elementos ativos na esfera jurídico-política estatal.

As categorias cidadania, nação e povo, embora distintas em suas origens e em sua materialidade, começaram a adquirir grande afinidade, tornando-se quase sinônimos, sobretudo a partir dos discursos liberais e republicanos revolucionários. O cidadão passa a ser pensado como membro de um povo ou de uma nação que participa da vida nacional por meio do direito, dos compromissos, dos símbolos, dos discursos e, para os membros (masculinos) da classe dominante, pelo exercício do poder no Estado nacional.¹³

Outra característica central propalada pelo senso comum jurídico-político do conceito de cidadania liberal é a universalização da igualdade e liberdade civis e políticas estabelecidas entre os indivíduos. Os cidadãos na esfera político-estatal abstratamente livres e iguais são a representação espelhada dos indivíduos que contratam na esfera mercantil civil-privada por meios de vontades “livres e iguais”. Contudo, a face oculta desse retrato de iguais é a existência de pessoas materialmente desiguais na esfera produtiva sócio-econômica (proprietários e não-proprietários dos meios de produção), expressando a divisão hierárquica do trabalho e a acumulação privada capitalista.¹⁴ Vemos, então, como se opera a dupla aparência jurídica da cidadania

12 Nesse sentido, Pachukanis, ao fazer uma análise marxista da separação capitalista entre direito privado e direito público, afirma que “os direitos públicos subjetivos representam novamente os mesmos direitos privados (e por conseguinte também os mesmos interesses privados) ressurgidos e somente um pouco modificados [...] (1988, p. 62-3). Afirma ainda que “o conceito de ‘direito público’ não pode, ele próprio, desenvolver-se a não ser em seu movimento: aquele mediante o qual ele é continuamente repellido do direito privado, enquanto tende a determinar-se como o seu oposto e através do qual regressa a ele como o seu centro de gravidade”. (1988, p. 65).

13 ABREU, Haroldo. *Para Além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 63

14 Segundo Pachukanis: “Os proprietários de mercadorias livres e iguais, que se encontram no mercado, só o são na relação abstrata da apropriação e da alienação. Na realidade eles estão mutuamente unidos por todas as espécies de vínculos de dependência recíproca.” (1988, p. 100)

liberal: igualdade das partes e livre vontade.¹⁵ Nesse sentido, “Depois de despolitizar a sociedade, isolando-a no econômico e no privado, o Estado, condensação do político, a recria, através de mediações que negam a primazia fundante da sociedade e se relacionam com o nível público”.¹⁶

Destarte, pelas características apresentadas do senso comum jurídico-político do conceito liberal de cidadania, é possível concluir que ele reduz a política ao Estado e à lei, numa “concepção jurídicista do poder”.¹⁷ Nessa concepção, o cidadão é caracterizado como um indivíduo abstrato, socialmente passivo, universal (a-histórico), aclassista (não conflitivo), livre e igual, limitado à democracia representativa e reduzido aos direitos políticos sob a tutela do Estado. Essa é a moldura do *senso comum jurídico-estatal* acerca do conceito liberal de cidadania.

1.1 Deslocamentos sociológicos e permanência do conceito liberal de cidadania em T.H. Marshall

O senso comum jurídico-estatal de cidadania apresentado anteriormente sofre um primeiro abalo com a teorização sociológica feita por T. H. Marshall no pós-Segunda Guerra Mundial, no ano de 1950, ao publicar o ensaio “Cidadania e Classes Sociais”. Em face da nova realidade social expressa na luta do movimento dos trabalhadores por direitos sociais e do desenvolvimento do Estado do Bem-estar social,¹⁸ Marshall desenvolve uma conceituação de cidadania que se estabelece como predominante nos meios acadêmicos nas décadas subsequentes. O autor inglês insere o conceito de cidadania na história (embora seja na história inglesa, numa visão linear e evolutiva, sem conflitos e reverses) e o relaciona diretamente com o conceito de direitos humanos, ampliando o conceito¹⁹ e ultrapassando a visão limitada do senso comum jurídico-estatal de direitos políticos e eleitorais. Segundo Marshall, o desenvolvimento da cidadania pode ser dividido em três partes, representando três períodos: primeiro com o surgimento dos direitos civis (séc. XVIII); depois com o

15 ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 59

16 *Ibidem.* p. 57

17 *Ibidem.* p. 36;61

18 Segundo Eric Hobsbawm, “Mais do que qualquer outra força, o movimento operário ajudou a romper a camisa-de-força individualista de natureza político-jurídica, que confinava os direitos humanos”. Cf. HOBBSAWM, Eric. *Mundos do Trabalho*. São Paulo: Paz e Terra, 1987. p. 426

19 Nesse processo de ampliação do conceito de cidadania, Marshall afirma que o surgimento do Dissídio Coletivo nas relações de trabalho representou “a transferência de um processo importante da esfera política para civil da cidadania”. Cf. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 86

estabelecimento dos direitos políticos (séc. XIX); e por último com a instituição dos direitos sociais (séc. XX).²⁰

Um dos principais deslocamentos que a inserção por Marshall dos três elementos dos direitos humanos realizou no senso comum liberal de cidadania foi o de estabelecer a cidadania como *status social geral*²¹ que ultrapassa o status jurídico-estatal do cidadão eleitor. Portanto, para Marshall, a cidadania não está limitada apenas ao âmbito jurídico-estatal de participação política; para ele, a cidadania abarca também um aspecto de pertencimento igualitário a uma comunidade nacional, expresso numa consciência nacional que passa por vários estágios até reconhecer os direitos sociais; em suas palavras, a cidadania abrange “um sentimento direto de participação numa comunidade, baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum”.²² Portanto, diferentemente do senso comum jurídico-estatal, Marshall ultrapassa o limiar objetivo da nacionalidade e alcança o elemento subjetivo de pertencimento a uma comunidade nacional. Assim, segundo Marshall:

A cidadania é um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status.²³

Marshall também constata que, com a integração dos direitos sociais ao status da cidadania no séc. XX, o sistema de classes capitalista tem sofrido interferência direta da cidadania. O autor constata que, como princípios opostos, “a cidadania e o sistema de classe capitalista estão em guerra”;²⁴ mas, para ele, esse confronto é possível de ser equacionado com o aumento dos direitos de cidadania, pela concessão de serviços sociais, especialmente do direito à educação, que possibilitam a redução gradual da desigualdade de classes no capitalismo.²⁵ Contudo, embora perceba a interferência da cidadania na luta de classes, Marshall não vê a construção da cida-

20 MARSHALL, *Op. Cit.* p. 63; 66

21 Contudo, ressalta-se que o próprio Marshall admite que Status não é sinônimo de Poder. Em suas palavras: “o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em status, embora não necessariamente em poder” (p. 79).

22 *Ibidem.* p. 84

23 *Ibidem.* 1967, p. 76

24 *Idem.*

25 *Ibidem.* p. 79

dania ser “co-constituída pela luta de classes”.²⁶ A cidadania em Marshall continua estabelecida na esfera sócio-política do consenso passivo, separada da esfera econômica conflitiva da luta de classes²⁷ – exatamente por isso ele vê as duas em conflito permanente. Percebe-se, assim, nessa divisão estanque entre esfera pública sócio-política (cidadania) e esfera privada sócio-econômica (classes sociais), uma divisão própria da concepção clássica de cidadania liberal que se mantém na abordagem do autor. Em vista dessa continuidade dos aspectos liberais no conceito de Marshall, pode-se constatar que,

a tese de Marshall é uma adaptação da concepção da cidadania burguesa clássica aos tempos do pós-guerra e do Welfare State. Reflete um período em que as conquistas no terreno dos direitos sociais se ampliaram e pareciam tender a uma generalização, e a burguesia européia foi obrigada a ceder aos trabalhadores para poder estabilizar os regimes políticos. [...] Marshall tenta demonstrar que não haveria uma contradição entre uma política de universalização progressiva de direitos sociais e a lógica do sistema capitalista.²⁸

Além desses aspectos do conceito de cidadania de Marshall, Lígia Coelho (1990) identifica outros elementos liberais na concepção do autor inglês. Por exemplo, no ensaio de Marshall, há uma concepção de cidadania como status concedido de cima para baixo (sem conflitos),²⁹ reduzindo os impactos da participação popular

26 ANDRADE, 1993, p. 71. Marshall vê a interferência das classes sociais na cidadania apenas de forma negativa. Por exemplo, ele aponta que, nos séculos XVIII e XIX, o “preconceito de classe” gerou uma desigualdade dos direitos civis, com o impedimento do acesso à justiça aos pobres; e gerou uma desigualdade dos direitos políticos, com o impedimento do exercício do direito de voto. (MARSHALL, *Op. Cit.*, p. 80-81)

27 Apenas de forma residual, Marshall considera a construção de uma cidadania pelos trabalhadores no âmbito da luta de classes. Ele afirma que o sindicalismo “criou um sistema secundário de cidadania industrial paralelo e complementar a cidadania política”. (MARSHALL, *Op. Cit.*, p. 86). Mesmo assim, para o autor, essa possibilidade só foi possível porque o poder político institucionalizado teria aberto o caminho ao reconhecer a realização de dissídios coletivos. (MARSHALL, *Op. Cit.* p. 86; p. 103)

28 WELMOVICKI, José. *O movimento operário da década de 80: construção da cidadania ou afirmação de classe?* Dissertação de Mestrado. Unicamp. 1998. p. 29

29 MARSHALL, *Op. Cit.*, p. 102. Para Marshall, “os instrumentos corriqueiros da democracia moderna foram aperfeiçoados pelas classes altas e, então, transmitidos, passo a passo, às mais baixas” (p. 81). Ademais, verifica-se que na abordagem do autor inglês, são as instituições “de cima” os atores principais da formação dos direitos de cidadania. Segundo ele, para o surgimento dos direitos civis, teve papel destacado o Tribunal de Justiça (p. 66-67); quanto aos direitos políticos,

dos trabalhadores e trabalhadoras³⁰. Ele faz um retrato de uma cidadania estatal e passiva, concebendo o processo de obtenção de direitos como concessão³¹ e não como conquista. Lígia Coelho (1990, p. 13) destaca, ainda, que a cidadania em Marshall é evolutiva e não conflitiva (aclassista), numa concepção de evolução natural, linear e consensual de direitos.³²

Portanto, mesmo com a inclusão de deslocamentos sociológicos importantes como as etapas dos direitos humanos, com destaque para os direitos sociais, a dimensão subjetiva de pertencimento à comunidade nacional e a interferência da cidadania na luta de classes, constata-se que o conceito de cidadania de T. H. Marshall continua a reproduzir elementos centrais do senso comum jurídico-estatal da cidadania liberal como: o consenso passivo da Sociedade civil, o individualismo, a separação entre esfera sócio-econômica (classes sociais, contrato privado) e esfera sócio-política (cidadania, status público), o caráter estatal estabelecido de cima para baixo e o universalismo evolucionista e não conflitivo.

3. A CIDADANIA PÓS-NACIONAL DE JÜRGEN HABERMAS COMO NOVO SENSO COMUM DA GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL

“Sem Habermas seria impossível pensar numa ação política para uma Europa democrática e social. Jürgen Habermas foi e é a voz da razão da Europa”. [Frank-Walter Steinmeier, Ministro das Relações Exteriores da Alemanha]

A moldura da cidadania liberal que se estabeleceu ao longo de mais de três séculos de história, desde o século XVIII, esteve amparada num modelo de Estado-Nação próprio da modernidade eurocêntrica. Essa moldura, expressa no senso-comum jurídico-estatal do conceito liberal de cidadania, entra no século XXI em crise. Liszt Vieira, representando o discurso acerca dessa crise do modelo de

ressalta a importância das reformas legislativas feitas pelo Parlamento (p. 68-69) e, por último, quanto aos direitos sociais, ele visualiza no Estado um ente benfeitor que, por meio de serviços sociais estabelecidos em leis, concede de cima para baixo direitos aos mais necessitados. (pp. 73; 93).

30 Segundo Marshall (*Op. Cit.*, p. 85), “mesmo no final do século XIX, a massa da classe operária não exercia um poder político efetivo”.

31 Ver em Marshall (*Op. Cit.* p. 102).

32 Lígia Coelho ainda aponta que Marshall omite outras dimensões de direitos, como os culturais, por exemplo. Ver síntese das críticas a Marshall em Coelho. Cf. COELHO, Lígia Martha C. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. In: _____. (Et. al.) *Cidadania/Emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

Estado-Nacional, afirma que a globalização atingiu de forma negativa a legitimidade (status legal igualitário dos direitos e deveres dos membros da comunidade política) e a capacidade de integração social (identidade coletiva baseada no pertencimento à comunidade nacional de origem e destino) da cidadania nacional.³³

Essas fissuras no modelo de Estado-Nação moderno e no conceito de cidadania liberal surgem dentro do movimento conhecido como globalização. Compreendemos aqui o termo globalização, em sua faceta hegemônica (de cima para baixo)³⁴, como um novo modo de expansão capitalista a partir de um novo regime de acumulação chamado neoliberal. David Harvey afirma que a globalização caracteriza-se pela transição do fordismo para a acumulação flexível, em que se destaca a flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo, das configurações geográficas.³⁵ Os impactos dessa nova dinâmica estrutura do capital, a partir da emergência da financeirização do capital e da flexibilização do setor produtivo, fazem surgir várias questões de legitimidade e identidade que atingem os limites da moldura do Estado-Nação moderno e, por conseguinte, do conceito liberal de cidadania.

Mas é preciso salientar que, da mesma forma que as lutas dos movimentos trabalhistas nos séculos XIX e XX foram determinantes para a modificação da compreensão teórica da cidadania liberal, um dos motivos para a crise do paradigma do Estado-Nação e do conceito liberal de cidadania no século XXI são os movimentos sociais plurinacionais ao redor do mundo (globalização contra-hegemônica, de baixo para cima).³⁶ Os países ao redor do mundo, ao mesmo tempo em que são inundados pelas políticas neoliberais, são surpreendidos por um ressurgimento de lutas populares e autóctones de identidades (culturais e políticas). Esses fenômenos colocaram em crise o conceito de cidadania da modernidade liberal e, de igual forma, o modelo de Estado-Nação, estremecendo os fictícios “contratos sociais” político-jurídicos da modernidade.

33 VIEIRA, Liszt. Entre a terra e o céu: a cidadania do nacional ao global. In: ANNONI, Danielle (Org.) *Os novos conceitos do novo direito Internacional*. Cidadania Democracia e Direitos Humanos. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002. p. 390

34 Boaventura visualiza vários tipos de globalização, dividindo-os em dois grupos: hegemônica ou de-cima-para-baixo (localismo globalizado e globalismo globalizado) e contra-hegemônica ou de baixo-para-cima (cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade). Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*. n° 39, pp. 105-12, 1997., p. 107-111).

35 HARVEY, David. *A Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola, 1992. p.140

36 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 110

Dessarte, nesse processo de reconfiguração da política em esfera global, surge uma tendência em destacar o papel de um Estado pós-nacional e, igualmente, de um conceito de cidadania pós-nacional. Buscaremos demonstrar como algumas dessas concepções expressam um novo senso comum do conceito de cidadania liberal que, ao mesmo tempo em que se propõe desvincular-se do Estado-Nação moderno, continuam a reproduzir várias características vistas no senso comum jurídico-estatal do conceito liberal de cidadania.

Um dos maiores expoentes nessa crítica ao modelo clássico de Estado-Nação e de cidadania, que busca alternativas para reatualizar/cumprir os potenciais da modernidade, é Jürgen Habermas. Habermas propõe uma espécie de identidade política pós-nacional denominada de “patriotismo constitucional”³⁷. O filósofo alemão propõe uma moldura de “cidadania pós-nacional” com o fito de lutar contra o processo de homogeneização etno-cultural e de exclusão da diferença promovido historicamente pelo nacionalismo da modernidade, ou seja, contra o critério nacional de legitimidade do Estado e da cidadania.³⁸

A proposta de Habermas (1995) é de uma integração política abstrata e discursiva entre todos os cidadãos num estado multicultural (*demós*), realizada pelo patriotismo constitucional, que “ocupe o lugar do nacionalismo original”³⁹ e, assim, possibilite a superação do modelo clássico de integração nacional étnico-cultural (*étnos*). Para Habermas, o poder aglutinante da Constituição surge precisamente da capacidade de funcionar como uma “moldura institucional” política associativa de mediação entre a igualdade jurídica e a igualdade real, abstraindo as diferenças culturais concretas das sociedades pluralistas.⁴⁰ O objetivo é que essa forma de identidade política abstrata torne possível a diversos grupos se reunirem como cidadãos, em virtude de estarem sujeitos à mesma Constituição. Essa concepção seria capaz de acomodar diferenças e pluralidades desde que os cidadãos estejam socializados em uma cultura política comum de valores democráticos liberais. Nas palavras do filósofo alemão:

37 HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 142. O termo patriotismo constitucional foi utilizado pela primeira vez em 1979 por Dolf Sternberger.

38 Pode-se aqui destacar o peso que ainda exerce as atrocidades do nazismo no pensamento alemão. Habermas formulou a categoria “patriotismo constitucional” em meio ao “Debate dos Historiadores”, no qual combatia alguns conservadores alemães revisionistas que buscavam trivializar o Holocausto. Cf. HABERMAS, J. *Identities Nacionales y Postnacionales*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.p. 112

39 *Ibidem*, p. 135

40 *Ibidem*, p. 137

“uma cultura política liberal forma apenas o denominador comum de um patriotismo constitucional capaz de agudizar, não somente o sentido para a variedade como também a integridade das diferentes e coexistentes formas de vida de uma sociedade multicultural”. [...] Portanto “não é necessário amarrar a cidadania democrática à identidade nacional de um povo, porém prescindindo da variedade de diferentes formas de vida cultural, ela exige a socialização de todos os cidadãos numa cultura política comum”.⁴¹

Para o filósofo alemão, portanto, a cidadania não pode mais ser expressa numa forma de pertencimento cultural nacional, mas sim multicultural,⁴² pós-nacional.⁴³ Para o filósofo alemão (1995), a Nação pode ser entendida de duas formas, como patriotismo (bom) ou como nacionalismo (mau), sendo que a sua posição busca promover o primeiro (jurídico-político) e extinguir o segundo (histórico-cultural), por meio de uma moldura de cidadania pós-nacional. Assim, argumenta Habermas, contra a concepção cultural de Nação:⁴⁴

Na compreensão que o Estado nacional tem de si está

41 HABERMAS, 1997, p. 289

42 Segundo Slavoj Žižek, “el multiculturalismo es una forma de racismo negada, invertida, autorreferencial, un ‘racismo com distância’: ‘respeta’ la identidad del Otro, concibiendo a este como una comunidad ‘auténtica’ cerrada, hacia la cual el multiculturalista mantiene una distancia que se hace posible gracias a su posición universal privilegiada. El multiculturalismo es un racismo que vacía su posición de todo contenido positivo (el multiculturalismo no es directamente racista, no opone al Otro los valores *particulares* de su propia cultura), pero igualmente mantiene esta posición como un privilegiado *punto vacío de universalidad*, desde el qual uno puede apreciar (y despreciar) adecuadamente las otras culturas particulares: el respeto multiculturalista por la especificidad del Otro es precisamente la forma de reafirmar la propia superioridad”. (2003, p. 172).

43 HABERMAS, 2007, p. 118

44 Em contraponto a visão negativa de Habermas acerca do nacionalismo, Aijaz Ahmad (2002) destaca que: “Historicamente, o nacionalismo muitas vezes desempenhou um papel progressista em oposição à conquista colonial, não porque aqueles que são conquistados sempre já constituem uma nação nem porque as nações têm um direito predeterminado à soberania exclusiva, mas principalmente porque a resistência a ocupação estrangeira tende a politizar as populações que até aquele momento haviam ficado fora dos domínios da política moderna e inevitavelmente levanta a questão dos direitos dos povos assim politizados. Nesse sentido, há algo profundamente democrático nos nacionalismos anticoloniais. Alguns desses nacionalismos também desempenham um papel progressista quando ajudam a criar solidariedade de um lado a outro de exclusividades estreitas de comunidades tribais ou étnicas ou religiosas ou linguisticamente definidas entre o povo que assim se organiza numa nação moderna.” (AHMAD, 2002, p. 223).

embutida uma tensão entre o universalismo de uma comunidade legal igualitária e o particularismo de uma comunidade cultural ligada pela origem e pelo destino. Essa tensão pode ser resolvida, sob a condição de que os princípios constitucionais dos direitos humanos e a democracia priorizem uma compreensão cosmopolita da nação como uma nação de cidadãos, em contraste com uma interpretação etnocêntrica da nação como entidade pré-política.⁴⁵

Habermas pretende fornecer um padrão de identidade cidadã mais abstrato e universal que o anterior nacional e estatal, com uma menor presença de conflitos sociais, com o intuito de superar os xenofobismos étnicos do nacionalismo cultural moderno. Nesse sentido, para Habermas, o modelo de Estado nacional deve ser substituído pelo Estado Democrático de Direito supranacional.⁴⁶ Para isso, propõe uma juridicização da sociedade global, uma constitucionalização supranacional dos povos, destacando um direito e uma cidadania pós-nacional. Nesse sentido, afirma Liszt Vieira que essa cidadania pós-nacional jurídico-política representa a “ruptura do elo entre nacionalidade enquanto comunidade cultural e cidadania enquanto participação política.”⁴⁷

Essa moldura da cidadania pós-nacional de Habermas, na prática, busca legitimar processos reais de constituição de Estados pós-nacionais, como o que está ocorrendo com a construção da União Européia.⁴⁸ Contudo, os déficits de participação democrática nesses processos de integração - amparados ainda numa cidadania de consenso passivo, eleitoral e individual no âmbito político abstrato - apontam para a reprodução duplicada (nacional e regional) dos velhos elementos do conceito liberal de cidadania; e, como consequência, continua a ser reproduzida a dicotomia entre esfera pública e esfera privada, agora em escala global.

Outro aspecto do discurso da cidadania liberal que é reproduzido pela cidadania pós-nacional é a noção de universalização, de cima para baixo, da igualdade e liberdade para os cidadãos no processo de globalização. É propalado o (falso) discurso de que os processos de integração dos mercados e Estados possibilitarão a livre circulação de pessoas e a igualdade do status de cidadão mundial, para além dos limi-

45 HABERMAS, 2000, p. 303. Ver passagem idêntica presente já nas análises de Habermas em 1995. p. 90

46 Habermas resgata o *projeto* kantiano de uma comunidade cosmopolita - “paz perpétua” - para propor uma globalização dos direitos humanos e do Estado democrático de Direito na esfera supranacional. (HABERMAS, 2002, p. 185 e ss).

47 VIEIRA, *Op. Cit.*, p. 399

48 HABERMAS, J. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 139-140

tes do Estado-Nação. Contudo, na prática, esse discurso é um engodo, vide restrições impostas pelos Blocos regionais à entrada de imigrantes em seus territórios nacionais e à circulação de pessoas entre os próprios países dos Blocos econômicos. Além do mais, a despeito das transferências de competências do âmbito nacional para o regional, verifica-se que o Estado nacional continua a utilizar de seu poder repressivo, como analisa Zygmunt Bauman⁴⁹. Nesse sentido, aponta ainda Aijaz Ahmad que:

enquanto o capital procura viajar através de fronteiras nacionais, os regimes de mão de obra continuam a ser regimes nacionais”. Desse modo, o capital ainda se utiliza dos limites do Estado nacional como nas “[...] disciplinas de mão-de-obra, contratos salariais, condições de paz industrial, chances de repatriação de lucros [...]. O Estado-nação nesse caso é o princípio articulador entre o capital global e a mão-de-obra nacional.⁵⁰

Analisando essa moldura de identidade política pós-nacional proposto por Habermas, é possível visualizar que o patriotismo constitucional é um “localismo globalizado”,⁵¹ representando uma reinvenção da Nação política européia. Reformulada para o contexto da globalização neoliberal, a cidadania pós-nacional busca realizar uma “identidade” comum global, para além dos Estados nacionais, ou seja, uma linguagem cidadão comum planetária, que se estenda a todos os povos ... a partir da Europa.

Nessa passagem para um conceito de cidadania pós-nacional abstrato e universal, destaca-se o novo papel que a esfera jurídica obtém, num processo de relegitimação do político e do social pelo direito. Segundo Habermas, “os direitos fundamentais liberais e políticos fundamentam um *status* de cidadania que é auto-referencial na medida em que autoriza os cidadãos, reunidos democraticamente, a aperfeiçoarem o seu status pela via da legislação”.⁵² Há um processo de duplicação da legitimidade dentro da esfera jurídica que tem como consequência a eliminação da legitimidade política e social na comunidade nacional ou popular (Nação ou Povo).

49 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. RJ: Zahar, 1999. p. 74

50 AHMAD, Aijaz. *Linhas do Presente*. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 237

51 Boaventura utiliza esta contraposição, globalismo localizado – localismo globalizado, também para analisar os direitos humanos. Segundo Boaventura, a idéia de que os direitos humanos possuem uma matriz universal provém de uma visão monocultural Ocidental, que se torna globalmente hegemônica caracterizando-se como um localismo globalizado. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 445-7).

52 HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 98

Mais uma vez, o procedimento formal de participação política, amparado no jurídico, surge para legitimar o conceito liberal de cidadania, agora pós-nacional.

A consequência dessa concepção de cidadania pós-nacional formal já pode ser percebida em alguns fenômenos contemporâneos, como no processo chamado de hiperjuridicização dos processos políticos. Os partidos e governos tornam-se gestores, os cidadãos expectadores e os juízes verdadeiros poderes constituintes originários. O judiciário re-decide a política, com critérios de administração econômica, uma vez que os espaços da cidadania estão saturados de significado formal (cidadania nacional, regional, global, etc.), mas vazios de conteúdo. Jacques Ranciere aponta três fenômenos decorrentes desse processo de relegitimação do Estado, agora apolítico, pela duplicação da esfera jurídica:

a juridicização proliferante, as práticas de perícia generalizada e as da sondagem permanente. O direito e o fato tornam-se tão indiscerníveis quanto a realidade e sua imagem, quanto o real e o possível. O Estado perito suprime todo intervalo de aparência, de subjetivação e de litígio na exata concordância da ordem do direito com a ordem dos fatos. Aquilo de que o Estado se desfez ao ser constantemente averiguado, o que ele reconhece continuamente aos indivíduos e aos grupos em direitos sempre novo, ele readquire como relegitimação. E o poder do direito se identifica cada vez mais com essa espiral de superlegitimação do Estado científico, na equivalência crescente da produção de relações de direitos e da gestão dos equilíbrios mercantis, na recorrência permanente do direito e da realidade cujo termo final é a pura e simples identificação da forma democrática com a prática administrativa de submissão a necessidade mercantil. Em última instância a prova do direito do poder estatal identifica-se com a prova de que ele não faz nada além do que é apenas possível, nada além do que a estrita necessidade no contexto do enredamento crescente das economias no seio do mercado mundial recomenda. A legitimidade do poder estatal se reforça assim pela própria afirmação de sua impotência, de sua falta de escolha diante da necessidade mundial que o domina.⁵³

Desse modo, a moldura de cidadania pós-nacional de Habermas, não obstante tenha estabelecido alguns deslocamentos em relação à cidadania liberal, continua a reproduzir o paradigma jurídico-político de identidade e legitimidade da modernidade eurocêntrica. Entre os elementos do senso comum jurídico-estatal do conceito liberal de cidadania que, adaptados a nova realidade da globalização ne-

oliberal, continuam no conceito habermasiano estão: o individualismo político da democracia representativa, reproduzido agora em eleições feitas em parlamentos regionais; o universalismo abstrato consensual da cidadania política (separado da esfera econômica), de cima pra baixo, duplicado com o surgimento do imaginário jurídico constitucional supranacional; em prol de uma identidade jurídico-formal amparado na Constituição, o ahistoricismo é intensificado com a exclusão da dimensão sócio-cultural das diversas etnias e nações e seus movimentos políticos; por fim, o discurso da universalização de uma liberdade e igualdade para todos – direitos humanos universais – é agora reproduzido em nova dimensão, por meio das falsas expectativas de abertura de fronteiras identitárias e sociais para o “cidadão global”.

4. A APLICAÇÃO DA MOLDURA EUROCÊNTRICA DO CONCEITO LIBERAL DE CIDADANIA: OS RETRATOS DO CIDADÃO EM NEGATIVO NO BRASIL

[...] a cidadania conserva-se como ente mítico e estranho que paira acima das condições sociais de existência dos indivíduos. Passou a ser abordada de um ponto de vista mitológico, em vez de ser pensada como uma realidade histórica cujo estatuto encontra-se em permanente disputa pelos homens concretos. Transfigurou-se em discurso reatualizado, vazio e abstrato [...].⁵⁴

O conceito liberal de cidadania, de matriz eurocêntrica, foi historicamente utilizado como moldura discursiva e teórica oficial reproduzida nos países periféricos. O resultado dessa transposição além-mar como senso comum jurídico-estatal foi o ocultamento das práticas históricas de lutas insurgentes do povo brasileiro como, por exemplo, dos índios, dos negros, dos operários, das mulheres, etc.⁵⁵ Essa transposição ocorreu numa formação econômico-social bloqueada pelas origens coloniais, pela fratura de classe e étnico-racial e por um desenvolvimento capitalista periférico

54 ABREU, *Op. Cit.*, p. 317

55 Para Dussel, “Ao negar a inocência da “Modernidade” e ao afirmar a Alteridade do “Outro”, negado antes como vítima culpada, permite “des-cobrir” pela primeira vez a “outra-face” oculta e essencial à “Modernidade”: o mundo periférico colonial, o índio sacrificado, o negro escravizado, a mulher oprimida, a criança e a cultura popular alienadas, etc. (as “vítimas” da “Modernidade”) como vítimas de um ato irracional (como contradição do ideal racional da própria “Modernidade”).” Cf. DUSSEL, Enrique. D. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.) *A colonialidade do saber. Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 6

e associado. Nesse contexto, a negação das identidades nas colônias e na periferia legitimou a ascensão de pseudo-identidades de cidadanias nacionais hegemônicas importadas do Ocidente europeu.⁵⁶

Para contribuir com essa análise da transposição da moldura liberal de cidadã para o Sul do mundo, pretende-se, nesta última parte, utilizar a metáfora da “fotografia em negativo”. Na fotografia, o negativo se refere a um filme (imagem) fotográfico, que é obtido através da inversão da luz (claro/escuro) de uma imagem normal. As imagens claras aparecem escuras e vice-versa. Essa metáfora será utilizada para compreender a aplicação colonizada do conceito de cidadania nos países periféricos, em específico na realidade brasileira.

No Brasil, utiliza-se o termo cidadania a partir de uma moldura prévia para retratar em retrospectiva a realidade de uma cidadania “em negativo”, em esboço, inacabada. Após essa imagem, o negativo do Brasil é confrontado novamente com a fotografia padrão do modelo europeu para se constatar a incompletude “abissal”⁵⁷ (ou inversão do retrato ideal) de luz e cores da imagem da cidadania no Brasil.⁵⁸ A constatação é feita por contrastes dos retratos feitos da metrópole e da colônia: lá há civilização, aqui há barbárie; lá há judiciário, aqui coronéis; lá há eleições represen-

56 Segundo Anibal Quijano, “o processo de homogeneização dos membros da sociedade imaginária de uma perspectiva eurocêntrica como característica e condição dos Estados-nação modernos, foi levado a cabo nos países do Cone Sul latino-americano não por meio da descolonização das relações sociais e políticas entre os diversos componentes da população, mas pela eliminação massiva de alguns deles (índios, negros, mestiços). Ou seja, não por meio da democratização fundamental das relações sociais e políticas, mas pela exclusão de uma parte da população.” (QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: Lander, Edgardo (Org.) *A colonialidade do saber*. Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Cf. CLACSO), 2005. p. 262-3

57 No livro *Epistemologias do Sul*, Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 23-24) caracteriza o pensamento moderno ocidental como um pensamento abissal, onde há uma linha que divide de um lado realidades visíveis, existentes, incluídas e de outro realidades invisíveis, inexistentes, excluídas. “A característica fundamental desse pensamento abissal é a impossibilidade da co-presença dos dois lados da linha”.

58 No mesmo sentido, segundo Anibal Quijano, “Aplicada de maneira específica à experiência histórica latino-americana, a perspectiva eurocêntrica de conhecimento opera como um espelho que distorce o que reflete. Quer dizer, a imagem que encontramos nesse espelho não é de todo quimérica, já que possuímos tantos e tão importantes traços históricos, europeus em tantos aspectos, materiais e intersubjetivos. Mas, ao mesmo tempo, somos tão profundamente distintos. Daí que quando olhamos o nosso espelho eurocêntrico, a imagem que vemos seja necessariamente parcial e distorcida.” (2005, p. 240)

tativas, aqui há eleições a bico de pena; lá há direitos e deveres iguais, aqui relações desiguais de apadrinhamento.⁵⁹

Mas essa metáfora da “*fotografia em negativo*” não se aplica apenas aos autores conservadores e liberais, mas também a alguns autores progressistas. De frente para a Europa e de costas para a América Latina, muitos deles afirmarão que lá na Europa ocorre luta de classes e organização operária; aqui, há desorganização e falta de consciência de classe; lá surgiram partidos políticos fortes, aqui, apenas partidos operários clandestinos e pelegos; lá ocorreu um desenvolvimento industrial, aqui há apenas um país agrário ou “semifeudal”; lá há um povo com experiência política histórica, aqui há negros, índios e estrangeiros dispersos; lá ocorreu um Estado de bem-estar social, aqui apareceu um Estado populista.⁶⁰ A condição de dependência⁶¹ é escamoteada, sendo traduzida em atraso endógeno – um retrato em preto e branco – em comparação com a realidade desenvolvida do colonizador. Por fim, a fotografia em negativo da cidadania nos trópicos visualiza um processo de concretização de direitos decorrente da “outorga” ao povo pelas classes dominantes e não da pressão de lutas populares.

59 Segundo Roberto DaMatta “o caso brasileiro inegavelmente revela é que a noção de cidadania sofre uma espécie de desvio, seja para baixo, seja para cima, que a impede de assumir integralmente seu significado político universalista e integrador.” Diante dessa afirmação, indaga-se o autor “porque a noção de cidadania sofre tal variação no Brasil, quando o que caracteriza em sociedades como a inglesa, a francesa e a norte-americana é a sua invejável estabilidade”. Cf. DAMATTA, Roberto. *A Casa e a rua*. São Paulo: brasiliense, 1985. p. 64. E, ainda “a comunidade norte-americana seria homogênea, igualitária, individualista e exclusiva; no Brasil, ela seria heterogênea, desigual, relacional e inclusiva. Num caso o que conta é o indivíduo e o cidadão; noutro, o que vale é a relação. Seria isso que permitira explicar os desvios e as variações da noção de cidadania” (1985, p. 65-6).

60 Ver, como exemplo desse retrato, o texto de Leôncio Martins Rodrigues, “Classe operária e Sindicalismo no Brasil”. In: RODRIGUES, Leôncio Martins. *Sindicalismo e Sociedade*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968. A difusão do conceito de Populismo no Brasil decorre das análises de Francisco Weffort, que está sintetizada na obra “O populismo na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978”.

61 Para a teoria da dependência, a condição de dependência dos países periféricos parte do pressuposto de que há uma lógica mundial de acumulação capitalista intrinsecamente desigual e excludente que produz o desenvolvimento de determinados países - centrais do Norte - e o subdesenvolvimento de outros – periféricos do Sul – fenômenos entendidos como antagônicos/ desiguais – por se tratarem de situações distintas dentro de uma mesma lógica– e, ao mesmo tempo, complementares/combinados. Nessa abordagem, ver SANTOS, Theotonio dos. *A teoria da dependência: balanço e perspectivas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 379).

Verificamos, então, que há um duplo descompasso (por vezes distorção, por vezes inversão) na aplicação do conceito liberal de cidadania no Brasil: primeiro, entre a realidade e o retrato em negativo dessa realidade (já pré-determinado pela moldura européia); em segundo lugar, entre o retrato em negativo da cidadania brasileira e a retrato em positivo (ou impositivo) da cidadania européia. A primeira operação fotográfica da cidadania no Brasil – o retrato em negativo – oculta (não revela) a outra face da cidadania no Brasil, aquela praticadas nas ruas, social, não linear, coletiva e conflitiva em luta por direitos, como as reivindicações por direitos sociais trabalhistas desde o fim do Império e início da Primeira República. Essa negação ocorre porque na moldura se encaixa apenas o senso comum jurídico-estatal da cidadania eurocêntrica: liberal, linear, individual, não-conflitiva, de cima pra baixo. O que foge dessa moldura é considerado um erro, um desvio, um vácuo na história dos direitos e da cidadania no Brasil e, de igual forma, dos outros países periféricos.

Nessa história oficial, omite-se o fato de que são os próprios instrumentos da cidadania liberal aplicados no Brasil e na periferia do mundo (de forma errônea, dirão os liberais) que impedem a efetivação de uma cidadania (outra) efetiva. Como exemplo na História do Brasil, na passagem do Império para a República, verifica-se que: o direito de propriedade da elite agrária impediu qualquer possibilidade de universalização dos direitos para os negros e, em seguida, a distribuição de terras; o sistema político representativo impediu a participação política direta e a formação de partidos pelo povo; a Constituição foi utilizada para legitimar a aplicação estratificada das leis: intervencionismo autoritário quanto ao direito de associação e de greve dos operários; liberalismo absenteísta do Estado quanto aos direitos sociais dos trabalhadores; intervencionismo protecionista quanto aos direitos do café e de seus donos.

A segunda operação fotográfica da cidadania no Brasil – a exposição comparativa entre o retrato em negativo do Brasil e o retrato em positivo da Europa – oculta (não *revela*) a face excludente da transposição da moldura de cidadania européia: a padronização da moldura que elimina as diferenças. São eliminados/excluídos do retrato da cidadania as faces dos índios, dos negros, dos operários, dos camponeses, das mulheres, crianças etc.⁶² Da mesma forma, os instrumentos da cidadania liberal

62 Alguns historiadores brasileiros têm denunciado essa fotografia em negativo eurocêntrica por meio de uma pesquisa histórica, com viés crítico, das práticas políticas no Brasil: “Escravos ou operários eram entendidos como efeitos estruturais. O sistema escravista constituía os primeiros; a fábrica, os segundos. Desta concepção decorria a exclusão dos sujeitos de sua própria história. Assim, os responsáveis da luta pela abolição eram os abolicionistas e não os escravos. Os operários, por sua vez, eram subsumidos a um movimento organizado em sindicatos, greves e partidos ou a um estado populista. [...]” Cf. PETERSEN, Silvia. A presença da história social do trabalho

importada contribuíram para essa exclusão / ocultamento. O judiciário expulsou os imigrantes anarquistas subversivos, pois eram não-nacionais e não-passivos. O sistema eleitoral negou a participação de mulheres. Os negros⁶³ libertos foram abandonados pelo Estado “liberal”, que só interviria se o negro fosse uma estatística policial - um insurgente que estava impedindo a produtividade do café e da indústria nascente.

Assim, é possível visualizar que a aplicação do conceito de cidadania liberal moderna no Brasil e nos países periféricos como senso comum jurídico-estatal representou um retrato da *cidadania em negativo*, sempre em descompasso com a moldura padronizada estabelecida pela metrópole.

Nesse quadro, a passagem da cidadania nacional para a pós-nacional de Habermas não modifica os retratos em negativos feitos através das molduras europeias liberais. Como exemplo, existem as transposições dos processos de integração regional, que exportam a moldura da cidadania da União Européia (com seu déficit democrático) como padrão para o resto da periferia do mundo. Em substituição às práticas insurgentes de lutas de resistência política dos Cocaleros na Bolívia, dos Bolivarianos na Venezuela, dos Zapatistas no México, do Movimento dos Sem Terra no Brasil, entre outros, são importadas molduras de cidadania supranacional como as cidadanias das eleições parlamentares como, por exemplo, da Zona do Euro. Novamente, vemos mais uma vez a reprodução ampliada de uma cidadania de cima para baixo, estática, institucional, socialmente passiva e não conflitiva, baseada na democracia indireta; da Europa para o resto do mundo.

Em face dessa exposição de retratos multifacetados dos sentidos comuns do conceito eurocêntrico de cidadania liberal, verificamos que as aplicações desses conceitos importados de cidadania negaram historicamente a realidade de práticas populares e insurgentes praticadas nas ruas; e, ainda, excluíram e eliminaram, *a priori*, a maioria da população brasileira do retrato da cidadania, visto ser o povo identificado como *cidadão em negativo* diferente do padrão retratado na imagem do colonizador – o cidadão liberal.

no ambiente acadêmico nas últimas décadas no Brasil. In: *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH*. São Paulo, julho 2011. p. 5

63 Nas palavras de Darcy Ribeiro, “Desde a chegada do primeiro negro, até hoje, eles estão na luta para fugir da inferioridade que lhes foi imposta originalmente, e que é mantida através de toda a sorte de opressões, dificultando extremamente sua integração na condição de trabalhadores comuns, iguais aos outros, ou de cidadãos com os mesmos direitos”. Cf. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 173).

5. REFERÊNCIAS

- ABREU, Haroldo. *Para Além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.
- AHMAD, Aijaz. *Linhas do Presente*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- COELHO, Lígia Martha C. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. In: _____. (Et. al.) *Cidadania/Emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- DAMATTA, Roberto. *A Casa e a rua*. São Paulo: brasiliense, 1985.
- DUSSEL, Enrique. D. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.) *A colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. Cidadania e Identidade Nacional. In: _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.
- _____. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. II .
- _____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Identidades Nacionais y Postnacionales*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- _____. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização, o passado e o futuro da cidadania. In: *Novos Estudos CEBRAP*, n. 43. São Paulo, novembro, 1995.
- _____. Realizações e limites do Estado nacional europeu. In: BALAKRISHNAN, Gopal. *Um Mapa da Questão Nacional*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.
- HARVEY, David. *A Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 5ª. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992.
- HOBSBAWM, Eric. *Mundos do Trabalho*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. In: FERNANDES, Florestan. *Marx: sociologia*. 5ª ed. São Paulo: Ática, 1987.
- PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Ed. Acadêmica. 1988.
- PETERSEN, Silvia. A presença da história social do trabalho no ambiente acadêmico nas últimas décadas no Brasil. In.: *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH*. São Paulo, julho 2011.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: Lander, Edgardo (Org.) *A colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2005.
- RANCIERE, Jacques. *O Desentendimento: política e filosofia*. São Paulo: Ed. 34, 1996.

- RANDLE, Patricio H. Soberania Global. *Aonde lleva o mundialismo*. Buenos Aires: Ciudad argentina, 1999.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.
- _____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*. n° 39, pp. 105-12, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SANTOS, Theotonio dos. *A teoria da dependência: balanço e perspectivas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- VIEIRA, Liszt. *Entre a terra e o céu: a cidadania do nacional ao global*. In: ANNONI, Danielle (Org.) Os novos conceitos do novo direito Internacional. Cidadania Democracia e Direitos Humanos. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC. V. 03, n. 05, p. 48-57, 1982.
- WELMOVICKI, José. *O movimento operário da década de 80: construção da cidadania ou afirmação de classe?* Dissertação de Mestrado. Unicamp. 1998.
- ZIZEK, Slavoj. Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional. In: JAMESON, F; ZIZEK, S. *Estudios culturales: reflexiones sobre o multiculturalismo*. Buenos Aires: Paidós, 2003. p.137-188.

Capítulo 48

DIREITOS HUMANOS E EMANCIPAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A RETIRADA DE CRUCIFIXOS DO TJ/RS À LUZ DA QUESTÃO JUDAICA, DE KARL MARX

Enzo Bello¹
Rene José Keller²

1. INTRODUÇÃO

Karl Marx em um só estudo pôs os olhos sobre três questões fundamentais para a compreensão dos limites na relação entre Estado e religião: direitos humanos, emancipação política e emancipação humana. Na obra “Sobre a Questão Judaica”,³ de 1843, Marx examina criticamente dois escritos do então jovem hegeliano Bruno Bauer, que tratavam da emancipação política dos judeus perante o Estado prussiano.

Embora a aparente descontinuidade temporal, é possível estabelecer uma linha de contato com a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), que decidiu pela retirada de crucifixos das suas dependências acessíveis ao público⁴. A discussão central não se restringe à mera presença, ou não, de um símbolo religioso no ambiente de um órgão estatal, mas à própria ideia que se adota de emancipação política. Isto é, em que medida a retirada de um símbolo religioso representa o aprofundamento parcial da noção de emancipação humana postulada por Marx.

1 Doutor em Direito pela UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF.

2 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestrando em Direito na Universidade de Caxias do Sul (UCS) e bolsista CAPES. Email: rene.j.keller@gmail.com.

3 MARX, Karl. *Sobre a Questão Judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

4 Recentemente, o caso mais emblemático envolvendo a retirada de símbolos religiosos de espaços públicos ocorreu na Itália, país de população majoritariamente católica e cuja capital abriga a sede do Vaticano. A Itália foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em 18 de março de 2011, em razão de decisão interna, proferida em 2009, que vedava a exibição de crucifixos em escolas sob o fundamento do direito das crianças à liberdade de religião e pensamento. Sobre o tema, confira-se: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il «Crucifige!» e la democrazia*. Torino: Einaudi, 2007.

O trabalho é dividido em três partes. A primeira aborda os fundamentos da decisão, percorrendo os argumentos dos desembargadores para justificar a retirada dos crucifixos em correlato ao princípio da laicidade do Estado. A segunda, por sua vez, procede um cotejo entre o julgado e a Questão Judaica propriamente, expondo o aspecto da emancipação política. Na última parte, é abordado a religião como um direito humano universal dentro da perspectiva norteadora do estudo.

A abordagem será realizada a partir do método do materialismo histórico e dialético, desenvolvido por Marx e Engels, cuja premissa epistemológica está calcada na categoria da totalidade social.⁵ Esta preconiza uma compreensão ampla e não fragmentada do conhecimento, de modo que se possa ter uma visão abrangente sobre o fenômeno estudado, que extravasa as fronteiras do campo jurídico, bem como busca compreender suas relações reflexas com outras áreas do saber. Assim, tem-se a interdisciplinaridade como linha condutora na construção deste trabalho.

2. O PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO E A DECISÃO PELA RETIRADA DE SÍMBOLO RELIGIOSO DAS DEPENDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

No dia 6 de março de 2012, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou procedente o pedido veiculado pela Liga Brasileira de Lésbicas e outros grupos sociais para a retirada de símbolos religiosos, notadamente os crucifixos, das dependências de amplo acesso ao público do referido tribunal. Eis a ementa do julgado:

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. PLEITO DE RETIRADA DOS CRUCIFIXOS E DEMAIS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EXPOSTOS NOS ESPAÇOS DO PODER JUDICIÁRIO DESTINADOS AO PÚBLICO. ACOLHIMENTO. A presença de crucifixos e demais símbolos religiosos nos espaços do Poder Judiciário destinados ao público não se coaduna com o princípio constitucional da impessoalidade na Administração Pública e com a laicidade do Estado brasileiro, de modo que é impositivo o acolhimento do pleito deduzido por diversas entidades da sociedade civil no sentido de que seja determinada a retirada de tais elementos de cunho religioso das áreas em questão. PEDIDO ACOLHIDO.⁶

⁵ MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247-248.

⁶ TJ/RS. Processo administrativo nº 0139-11/000348-0. Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/blogs/miltonribeiro/2012/03/06/tj-rs-um-dia-glorio->

A decisão se baseou nos seguintes argumentos: (i) a laicidade do Estado brasileiro pressupõe o respeito tanto à profissão de fé do particular quanto à proteção do Estado em face da religião; (ii) o Estado deve adotar uma postura que se afaste de qualquer prática religiosa, evitando a exposição de símbolos dessa natureza, para garantir a sua neutralidade diante dos diversos valores religiosos; (iii) a laicidade é garantia da liberdade religiosa; (iv) a presença de símbolo religioso em ambiente público ou sala de audiência viola os princípios da impessoalidade da administração pública, da isonomia e da igualdade, além de (v) não situar o juiz em posição suficientemente equidistante para julgar casos em que dada religião tem posição determinada (aborto, união homoafetiva etc.); (vi) é permitido aos magistrados ostentar símbolos religiosos, políticos, esportivos etc. somente dentro de seus gabinetes.

Um problema que parecia estar resolvido secularmente, dissolvido na história, até hoje mostra seus desdobramentos e diversas facetas. É possível afirmar que no Brasil, a exemplo da maior parte do mundo, todos os religiosos (e não religiosos) foram emancipados politicamente. Todavia, face à retirada de crucifixos pelo Judiciário gaúcho, segmentos religiosos passaram a pugnar pela permanência desses símbolos no campo, ao menos simbólico, da esfera estatal.

Sob o enfoque constitucional, o Brasil não se autoproclama Estado confessional católico desde 1824.⁷ A secularização no Brasil acompanhou, ainda que tardiamente, um movimento de ordem global deflagrado pelo Iluminismo. Somente com a promulgação da Constituição de 1891 reconheceu-se formalmente a separação entre religião e Estado, como fruto da instauração da república, influenciada pelas forças políticas liberais e positivistas, que disputavam o poder na época.⁸ Todas as constituições subsequentes a imperial não adotaram uma religião oficial, havendo clara separação entre a religião predominante no país e o poder estatal. Ainda assim,

so-para-o-rio-grande-do-sul-o-voto-completo-do-dr-claudio-maciel/. Acesso em 02 de agosto de 2012.

7 “Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo”. Cf. MIRANDA, Jorge. *Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro*. Lisboa: CNCDP, 2001, p. 238. Como afirma o autor (*ibidem.*, p. 33), duas diferenças são enaltecidas em relação à religião na Constituição de 1824 em comparação com a portuguesa de 1826: a) a brasileira abre com a invocação da Santíssima Trindade; b) a portuguesa somente permite o culto de outras religiões a estrangeiros.

8 GUERRA, Bernardo Britto. *A difícil laicidade: o Estado entre o controle da hegemonia e o respeito à liberdade das religiões*. Monografia de conclusão de curso (Graduação em Ciências Sociais). Rio de Janeiro: UERJ, 2012.

como resquício da demasiada influência lusitana, a imagem de Cristo é ostentada em repartições públicas, como nas salas de julgamento dos tribunais.

A laicidade do Estado não se confunde com um poder público ateu, tampouco pode ensejar qualquer predileção por qualquer religião específica. A questão a ser enfrentada, portanto, consiste em se aferir em que medida a presença de um símbolo religioso, como o crucifixo, em um ambiente essencialmente estatal subverte essa lógica de separação entre a religião e o Estado. Além disso, indaga-se se a circunstância de a maioria da população brasileira se declarar enquadrada em um viés religioso específico, católico,⁹ é suficiente para justificar uma simbiose entre o Estado e a religião.

3. A RETIRADA DO CRUCIFIXO E A EMANCIPAÇÃO POLÍTICA À LUZ DA QUESTÃO JUDAICA

À época da reflexão sobre a questão judaica, nos idos de 1843, Karl Marx residia em Paris e já havia tido contato com as obras dos socialistas franceses, posteriormente denominados “utópicos”. Em seu conteúdo mais abrangente, o estudo consistia em uma forte crítica ao anacronismo político e ao atraso do Estado alemão, bem como uma incipiente contestação à estrutura geral da sociedade capitalista, destacando-se o papel do judaísmo no curso do desenvolvimento desse modo de produção¹⁰. A discussão centrava-se na possibilidade de (i) o Estado reconhecer os indivíduos na qualidade de cidadãos, independentemente da religião que ostentassem e (ii) da separação entre o poder estatal e a religião.

A obra deve ser analisada com certa cautela, pois foi produzida no período denominado “jovem Marx”, não guardando algumas das suas formulações consonância com o método, posteriormente desenvolvido, do materialismo histórico e dialético concebido como ciência da história¹¹. Marx iniciou o debate a partir de dois

9 Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP60&t=populacao-por-religiao-populacao-presente-e-residente>. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

10 MÉSZÁROS, István. *A Teoria da Alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 71-72.

11 A nomenclatura “jovem Marx” e “velho Marx” passou a ser utilizada a partir do escrito de Louis Althusser “La revolución teórica de Marx” (13ª ed. México, DF: Siglo XXI, 1975), no qual sustentava a existência de uma ruptura epistemológica na obra de Marx, nos idos de 1843 e 1844. A partir de então, Marx teria deixado para trás temas específicos da filosofia, do direito, da política e da literatura, assumindo um perfil mais “científico” em suas investigações e adotando como cerne a economia política. Roberto Lyra Filho censura essa postura que divide a obra de Marx em períodos, com a finalidade de conferir validade eterna a certos postulados – escritos em

textos de Bruno Bauer, para quem a emancipação política pretendida pelos judeus deveria ser condicionada ao abandono de sua própria religião.¹² O segundo jovem hegeliano preconizava a existência de um antagonismo meramente religioso entre judeus e cristãos.¹³ Sustentava que para se resolver essa oposição seria preciso inviabilizá-la e, a seu ver, o único meio para tal seria a superação da religião.¹⁴ Portanto, mostrava-se necessário conceber a emancipação política e a emancipação humana a um só tempo. A luta pela emancipação política deveria resolver, ao menos em parte, a própria questão da emancipação humana.

Em caminho diverso, Marx destoa de Bauer ao não propagar a ideia do abandono da religião para que, então, se lute pela emancipação política, justificando faticamente a possibilidade da sua ocorrência, independentemente do desprendimento religioso. Marx considera que “se até mesmo nos países da emancipação política plena encontramos não só a *existência* da religião, mas a existência da mesma *em seu frescor e sua força vitais*, isso constitui a prova de que a presença da religião não contradiz a plenificação do Estado”¹⁵. Portanto, Marx defendia que a emancipação política não estava condicionada ao abandono de determinada religião em específico; pelo contrário, alguns países haviam conquistado a emancipação política e seus respectivos povos ainda se estavam apegados a uma visão religiosa. Foi o caso, por exemplo, da América do Norte, onde a emancipação política se deu em contexto de ampla religiosidade.¹⁶

Em harmonia com a cosmovisão preponderante na sociedade brasileira, o Judiciário (a exemplo dos demais órgãos públicos) não se sentia incomodado por ostentar figuras religiosas. Essa postura representa um apego à tradição medieval de

momentos de maturidade intelectual, denominando o problema de “beatice marxista”. Para o autor, “[...] Marx tanto pode estar certo e fecundo neste ou naquele período, independentemente das datas ‘evolutivas’, já que a validade ou invalidade das teses não é questão de cronologia”. Cf. LYRA FILHO, Roberto. *Karl, Meu Amigo*: Diálogo com Marx sobre o Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983, p. 33.

12 O posicionamento de Bauer expressava o imaginário de sua época. A título ilustrativo, cabe ressaltar que o pai de Marx se converteu do judaísmo ao cristianismo, com o objetivo de não ser mais alvo de perseguições e preconceitos nos meios sociais da política e da advocacia. Cf. WHEEN, Francis. *Karl Marx: Biografia*. Rio de Janeiro: Record, 2001. Desse modo, evidencia-se o caráter visionária a compreensão da emancipação política como parte do processo de emancipação humana, como será explorado adiante.

13 TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels*: Emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011, p. 75-76.

14 MARX, Karl. *Sobre a Questão Judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 34.

15 MARX, Karl. *Ibidem.*, p. 38.

16 MARX, *Ibidem.*, p. 38.

confusão entre o Estado e a Igreja Católica, aos poucos superada com a emancipação política dos Estados nacionais, bem como denota a influência lusitana na formação social do Brasil.

Do ponto de vista histórico, ainda que tivesse como intento mitigar a força do cristianismo no Brasil, a decisão pela retirada do crucifixo não atingiria esse resultado. Afinal, como asseverava Marx, existe uma necessidade de envolvimento do cidadão livre com a religião mesmo no prisma secular. A limitação religiosa somente poderia ser abandonada quando solvidas suas restrições históricas.

A crítica ao cristianismo de Ludwig von Feuerbach influenciou fortemente Marx, que professou na obra em análise o ateísmo antropológico.¹⁷ É o que se infliu da seguinte passagem: “Não transformamos as questões mundanas em questões teológicas. Transformamos as questões teológicas em questões mundanas. Tendo a história sido dissolvida [...] em superstição, passamos agora a dissolver a superstição em história”.¹⁸ Isto remonta, em outros termos, ao defendido por Feuerbach quando refere que: “Demonstramos que o conteúdo e o objeto da religião é totalmente humano, demonstramos que o ministério da teologia é a antropologia, que a essência dividida é humana”.¹⁹ Marx destaca o fator humano na contradição entre o Estado e a religião. Por isso, Rosalvo Schütz afirma que o Estado assume em Feuerbach um *status* similar ao da religião.²⁰

Ainda imbuído dos ensinamentos de Feuerbach, Marx pondera que tem validade no Estado cristão a alienação²¹, não o homem. O único homem que tem valor

17 Segundo Draiton Gonzaga de Souza (*O Ateísmo Antropológico de Ludwig Feuerbach*. 2. Ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1999, p. 34), Feuerbach utilizava a redução como princípio explicativo, notadamente ao reduzir a teologia à antropologia. Todavia, essa redução significa a própria elevação da teologia à antropologia.

18 MARX, *Op. cit.*, p. 38. A visão fenomênica que se tem de Marx em torno da religião é comumente ligada à seguinte frase: “A religião é o ópio do povo”. In: MARX, Karl. *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 145. Nesse particular, Michel Löwy adverte que essa mesma frase pode ser encontrada, sob diversos contextos, nos seguintes autores: Immanuel Kant, Ludwig Feuerbach, Bruno Bauer, Heinrich Heine etc. O argumento do autor visa situar a afirmação dentro do pensando de um Marx ainda neo-hegeliano e discípulo de Feuerbach. In: LÖWY, Michel et. al. BORON, Atílio; AMADEO, Javier; GONZÁLES, Sabrina (Org.). *Marxismo e Religião: ¿opio del Pueblo?* In: *La Teoría Marxista Hoy: Problemas e Perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006, p. 282-283.

19 FEUERBACH, Ludwig. *A Essência do Cristianismo*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 267.

20 SCHÜTZ, Rosalvo. *Religião e Capitalismo: Uma reflexão a partir de Feuerbach e Marx*. Porto Alegre: Edipucrs, p. 35.

21 “O apelo para que abandonem as ilusões a respeito da sua condição é o apelo para abandonarem uma condição de precisa de ilusões. [...] A crítica da religião liberta o homem da ilusão, de

é o rei, que, ainda assim, está vinculado a Deus. A influência de Feuerbach também se manifesta quando Marx aduz que o fundamento desse Estado não é o cristianismo, mas o fundamento humano do cristianismo.²²

Nesse contexto, Marx defende que a emancipação política, do judeu ou do homem religioso em geral, guarda justa proporção com a emancipação do Estado em relação ao judaísmo, ao cristianismo ou outras religiões. Para o poder estatal assumir sua forma essencial, deve se emancipar da religião, e isso se dá por meio da emancipação da religião do Estado. Este deve, portanto, parar de professar uma religião e se declarar simplesmente como Estado. Ainda assim, a emancipação política tem uma limitação congênita, que não pode ser ignorada ou suprimida. Este limite tem como arrimo o fato de o órgão estatal poder efetivamente ser libertado das “amarras” religiosas sem que o homem o tenha sido. Ou seja, o Estado pode ser livre sem que o homem possua essa condição.²³

A libertação política que provém da separação entre religião e Estado é uma anulação política mediada por ele próprio. A emancipação política ocorre somente quando condicionada pelo Estado em si, que possui a sua forma específica de anular as diferenciações. A função precípua estatal de mediação não consiste em eliminar as diferenças fáticas (o homem professar, ou não, dada religião); pelo contrário, o próprio Estado só existe por decorrência desses elementos,²⁴ como expõe Tomás Bastian de Souza:²⁵ “Marx evidencia que o Estado nem sequer procura abolir esses elementos; ao contrário, *pressupõe* a sua existência efetiva. Só se constitui enquanto Estado *por cima* desses elementos particulares”. É, por isso, uma anulação essencialmente ideal.

Essa passagem de um estado de ausência de reconhecimento político para o de emancipação política traz consigo a crise do paradigma civilizacional. O reconhecimento moderno da cidadania tem como reflexo a dissociação entre o homem religioso em si (o católico, o judeu etc.) e o cidadão. Ao lado de uma perspectiva de vida celestial há a vida terrena, em que atua enxergando os demais como meios para obtenção de seus fins pessoais.²⁶

modo que pense, atue e configure a sua realidade como homem que perdeu as ilusões e reconquistou a razão, a fim de que ele gire em torno de si mesmo e, assim, em volta do ser verdadeiro sol”. MARX, *op. cit.*, p. 145-146.

22 *Idem, ibidem*, p. 45.

23 *Idem, ibidem*, p. 38-39.

24 *Idem, ibidem*, p. 39-40.

25 SOUZA, Tomás Bastian de. *Política e Direitos Humanos em Marx: Da Questão Judaica à Ideologia Alemã*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade de São Paulo – USP, 2009, p. 23.

26 MARX, *op. cit.*, p. 40-41.

A questão basilar, que deve ser frisada, é que a retirada do crucifixo pelo TJ/RS não tem a capacidade influir sobre a religiosidade real do homem. A emancipação política, compreendida também pela separação entre Estado e religião, não pretende eliminar a religiosidade da população, ao passo que o poder estatal não tem aptidão para promover tal ruptura no plano abstrato da consciência social. A decisão do TJ/RS representa a resolução da emancipação política dentro das circunstâncias objetivas do Estado brasileiro, em pormenor dentro do Poder Judiciário.

4. O DIREITO DE SER RELIGIOSO COMO DIREITO HUMANO UNIVERSAL

A decisão pela retirada dos crucifixos baseou-se essencialmente em argumentos jurídicos relacionados aos princípios da laicidade do Estado (artigos 5º, VI, e 19, I)²⁷ e da impessoalidade (art. 37, *caput*),²⁸ centrais no ordenamento constitucional brasileiro.²⁹ Ainda assim, ao menos dois pontos foram ofuscados na decisão do TJ/RS. O primeiro refere-se ao paralelo entre a retirada do crucifixo e a questão da emancipação política (consoante abordado no tópico antecessor). O segundo, ora sob análise, envolve o prisma dos direitos humanos.

Quando Marx analisou os direitos humanos em “Sobre a Questão Judaica”, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ainda era relativamente recente. O texto, de forte influência liberal, cindia os direitos humanos entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. Marx elucida que essa divisão corresponde à relação entre o Estado político e a sociedade burguesa:

27 Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

28 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

29 Para uma abordagem constitucional do debate em questão, veja-se: SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: *Idem. Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 161-178.

Os *droits de l'homme* se apresentam como *droits naturels*, pois a atividade consciente se concentra no ato político. O homem egoísta é o resultado passivo, que simplesmente está dado, da sociedade dissolvida, objeto da certeza imediata, portanto objeto natural. (...) Por fim, o homem na qualidade de membro da sociedade burguesa é o que vale como o homem *propriamente dito*, como o *homme* em distinção ao *citoyen*, porque ele é o homem que está mais próximo de sua existência sensível individual, ao passo que o homem *político* constitui apenas o homem abstraído, artificial, o homem como pessoa *alegórica, moral*. O homem real só chega a ser reconhecido na forma do indivíduo *egoísta*, o homem *verdadeiro*, só na forma do *citoyen abstrato*.³⁰

Os direitos do homem representariam uma antonomásia ao burguês, considerando-se os indivíduos de forma apartada dos demais, limitados às suas pessoas de forma egoística. Nas palavras de Marx: “Trata-se da liberdade do homem como mônada isolada recolhida dentro de si mesma”.³¹ A recente afirmação dos direitos humanos pelas Nações Unidas eliminou, em abstrato, a diferenciação entre o homem e o cidadão. Na prática, ainda prevalece a visão individualista-liberal dos direitos, ao lado do homem político, que ostenta o *status* de cidadão.

Acerca da compreensão da noção histórica dos direitos humanos, Marx reporta-se a Bauer, acatando as suas considerações para justificar o caráter histórico dos direitos humanos:

El pensamiento de los derechos del hombre sólo fue descubierto en (él mundo cristiano en el siglo pasado. No es innato al hombre; por el contrario, sólo se conquistó en el combate, contra las tradiciones históricas en que el hombre se educó hasta aquí. De este modo, los derechos del hombre no son un regalo de la naturaleza, una dote de la historia, sino el precio de la lucha contra el azar del nacimiento y contra los privilegios que la historia transmitió hasta aquí, de generación en generación. Son el resultado de la cultura y sólo puede poseerlos quien los adquirió y mereció.³²

30 MARX, *op. cit.*, p. 53.

31 *Idem, ibidem*, p. 49.

32 BAUER, Bruno. *La Cuestión Judía*. Disponível em: <<http://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2010/11/bauer_lacuestionjudia.doc>>. Acesso em: 30 jul. 2012. De certa forma, esta noção ainda se manifesta na atualidade, como se verifica em passagem de Norberto Bobbio: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos,

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, posteriormente reformada em 1793, havia a previsão do direito humano à religião. Esse direito decorria do fato de que a religião havia sido relegada à esfera privada. Atualmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla também o livre exercício de possuir, trocar ou professar (ou não) qualquer religião sem qualquer restrição. Assim já reconhecia Marx:

A incompatibilidade entre religião e direitos humanos está tão longe do horizonte dos direitos humanos que o direito *de ser religioso*, e de ser religioso da maneira que se achar melhor, de praticar o culto de sua religião particular é, antes, enumerado expressamente entre os direitos humanos. O *privilégio da fé* é um *direito humano universal*.³³

Ao que se sente, a decisão do TJ/RS não viola sob nenhum aspecto o direito humano à religião. Os cidadãos não sofrem limitação alguma em professar sua fé com a retirada do símbolo religioso das repartições públicas, pois não se trata de local que ostenta tal finalidade. Marx referia que “A emancipação do Estado em relação à religião não é a emancipação do homem real em relação à religião”.³⁴ Em certo grau representa o respeito ao direito humano daqueles que não professam fé alguma, deixando estes de enxergar o Estado com uma posição religiosa definida e parcial. O julgado atende, ainda, ao princípio da laicidade do Estado à medida que impede a ostentação pública de um símbolo religioso. A religião encontra no Estado apenas o permissivo para o exercício das crenças, relegado à esfera privada e inconfundível com interesses por ele materializados.³⁵

A defesa da profissão de culto em âmbito particular, o que engloba inclusive os gabinetes de cada magistrado, significa o respeito ao direito humano à religião. Por outro prisma, o banimento de símbolos religiosos do espaço público sela o processo de emancipação política brasileiro, iniciado em 1891, quando o Estado se declarou laico. Representa, ainda, um leve passo rumo à emancipação humana, do ser humano

ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

33 MARX, *Op. cit.*, p. 48.

34 *Idem, ibidem*, p. 46.

35 WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: Fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

voltado para si, não precisando relegar a forças místicas o que por ele mesmo é criado e vivenciado. Nas palavras de Marx:

Toda emancipação é redução do mundo humano e suas relações ao próprio homem. A emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente, e, por outro, a cidadão, pessoa moral. Mas a emancipação humana só estará plenamente realizada quando o homem individual tiver recuperado para si o cidadão abstrato e se tornado ente genérico na qualidade de homem individual na sua esfera empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais, quando o homem tiver reconhecido e organizado suas “forças próprias” [forças próprias] como forças sociais e, em consequência, não mais separar de si mesmo a força social na forma da força política.³⁶

Mesmo que fosse voltada a abolir a religião na esfera do particular, a decisão pela retirada dos crucifixos não atingiria esse resultado. Justamente por ter a sua face cultural, histórica, não é com a separação do Estado (ou do Judiciário) e da religião que irá ocorrer a superação real da religião. O homem real não deixará de ser cristão porque Cristo foi removido simbolicamente do judiciário. O imbróglio resulta, portanto, em um estágio avançado na emancipação política dentro das circunstâncias objetivas de uma população que se proclama católica (cristã) e o necessário afastamento da religião do Estado, como princípio da laicidade deste.

5. CONCLUSÃO

Mesmo diante do elevado número de adeptos ao catolicismo e/ou cristianismo na população brasileira, a decisão acerca da retirada dos crucifixos nos espaços públicos do TJ/RS reacendeu o debate acerca dos limites na relação entre Estado e religião. Há tempos obscurecida, essa questão havia sido abordada por Marx, em 1843, quando a Prússia buscava, tardiamente, sua emancipação política, criticando a prevalência dos interesses dos judeus sobre os dos demais cidadãos. Sua principal contribuição aos estudos sobre as relações entre Estado e religião consiste na demonstração do entrelaçamento imprescindível entre os temas emancipação política, emancipação humana e direitos humanos.

Embora aplaudida por grupos seculares e criticada por setores religiosos, a decisão do TJ/RS tem evidentes limitações fáticas. A retirada do crucifixo mesmo

36 MARX, *op. cit.*, p. 54.

que tivesse a pretensão de dissuadir a religiosidade do homem real não obteria sucesso, pois não tem o condão de suprimir a religião do âmbito privado. Da mesma forma que Marx outrora afirmou que diversos Estados haviam alcançado a emancipação política sem que os povos tivessem abandonado a religião, o Estado pode abolir um símbolo religioso sem mitigar em nada a força da religiosidade. A própria existência do Estado se deve, ao menos em parte, pelas contradições também religiosas que existem na base social.

O julgado do TJ/RS parece ter resgatado um ponto da emancipação política brasileira ainda inacabado: a separação total entre Estado e religião. Sua finalidade não se mostra voltada a subverter a ordem religiosa particular, mas a selar uma etapa da emancipação política, dentro do processo de emancipação humana. Assim, preserva-se o direito humano à religião, positivado em cartas de direitos desde 1789, em consonância com o ideário republicano, que preconiza centralidade de elementos como a isonomia, a impessoalidade e a secularidade no governo da coisa pública.

Ciente da sua natureza de produto da evolução histórica moderna, Marx jamais defendeu a extinção do fenômeno religião, que, a seu ver, seria mantido mesmo com o advento da emancipação política. Da mesma forma, a decisão do TJ/RS garante a preservação do espaço público como ambiente secular e plural, reforçando o direito humano à religião no âmbito privado, local em que deve ser cultivadas as crenças caso seja objeto de vontade.

6. REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. *La revolución teórica de Marx*. 13. ed. México: Siglo XXI, 1975.
- BAUER, Bruno. *La Cuestión Judía*. Disponível em: <<http://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2010/11/bauer_lacuestionjudia.doc>>. Acesso em: 30 de julho de 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- FEUERBACH, Ludwig. *A Essência do Cristianismo*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <<<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP60&t=populacao-por-religiao-populacao-presente-e-residente>>>. Acesso em: 02 ago. 2012.
- LÖWY, Michel et. al. BORON, Atílio; AMADEO, Javier; GONZÁLES, Sabrina (Org.). *Marxismo e Religião: ¿opio del Pueblo? In: La Teoría Marxista Hoy: Problemas e Perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006, p. 282-283.
- LYRA FILHO, Roberto. *Karl, Meu Amigo: Diálogo Com Marx Sobre o Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.
- MARX, Karl. *Sobre a Questão Judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- _____. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2006.

- MÉSZÁROS, István. *A Teoria da Alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro*. Lisboa: CNCDP, 2001.
- SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: Idem. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHÜTZ, Rosalvo. *Religião e Capitalismo: Uma reflexão a partir de Feuerbach e Marx*. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.
- SOUZA, Draiton Gonzaga de. *O Ateísmo Antropológico de Ludwig Feuerbach*. 2. Ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.
- SOUZA, Tomás Bastian de. *Política e Direitos Humanos em Marx: Da Questão Judaica à Ideologia Alemã*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade de São Paulo (USP). 2009.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Processo administrativo nº 0139-11/000348-0*. Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <<<http://www.sul21.com.br/blogs/miltonribeiro/2012/03/06/tj-rs-um-dia-glorioso-para-o-rio-grande-do-sul-o-voto-completo-do-dr-claudio-maciel/>>>. Acesso em 02 de ago de 2012.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *Os Direitos Humanos na Perspectiva de Marx e Engels: Emancipação política e emancipação humana*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.
- WHEEN, Francis. *Karl Marx: Biografia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il «Crucifige!» e la Democrazia*. Torino: Einaudi, 2007.

Capítulo 49

UMA CIDADANIA ATIVA PARA AS COMUNIDADES DO CEARÁ: NOTAS SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Bleine Queiroz Caúla
Valter Moura do Carmo
Dayse Braga Martins

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é resultado de um estudo bibliográfico, documental e de campo, que respaldou o trabalho social voluntário desenvolvido por alunos e professores do curso de Direito da Universidade de Fortaleza – Unifor, com o objetivo de concretizar o direito à educação ambiental consubstanciado na Constituição Federal de 1988, e conseqüente empoderamento dos cidadãos para também efetivarem sua obrigação de preservar e defender o ambiente no presente para assegurar o direito ao futuro a partir da sustentabilidade econômica, política e ambiental.

Enfrentou-se a problemática da apatia do cidadão frente às questões ambientais. Costuma-se atribuir ao Poder Público toda a responsabilidade de defender e preservar o meio ambiente, entretanto é pacífico que não há como consolidar tais obrigações sem formar estes cidadãos. Esta formação se dá com a Educação Ambiental, fomentada não somente pelo Poder Público, como também por organismos não governamentais, instituições de ensino privadas inclusive, como é o caso da Unifor.

Esta prática de efetivação da cidadania ambiental está retratada neste trabalho, com a análise das atividades desenvolvidas no Projeto Cidadania Ativa, cujo objetivo é integrar os corpos docente e discente no desenvolvimento de atividades voluntárias e políticas públicas voltadas para a comunidade. O projeto trabalha a prática permanente de responsabilidade socioambiental, despertando um espírito cívico na ânsia de uma sociedade menos desigual, com mutações sociais constantes e desafiadoras para a ciência do Direito.

Numa visão inovadora, sensível e consciente, o Centro de Ciências Jurídica da Universidade de Fortaleza – Unifor implantou o Projeto Cidadania Ativa,

em 2001¹. E, diante das práticas exitosas, vem promovendo a cidadania, a atividade voluntariada e a responsabilidade socioambiental. Tem como premissa fortalecer a cidadania nas comunidades periféricas de Fortaleza, conscientizando-as do exercício dos seus direitos e do cumprimento dos seus deveres, enquanto cidadãos.

O compromisso das Universidades não se limita à promoção da inclusão social por meio da oferta de ensino de qualidade ao maior número possível de pessoas. Existem outras atividades que podem ser trabalhadas junto à comunidade para que esta amplie seu conhecimento e consiga melhores oportunidades de inserção social, como é o caso deste Projeto.

O tema Educação Ambiental é trabalhado em vários programas do Projeto, tais como: o Programa Educação Jurídica Comunitária, que trabalha a orientação jurídica também em outras onze áreas; o Programa Educação Jurídica para Infância e Juventude; o Programa Gestão Ambiental que desenvolve formação para comunidade em temas como a Agenda 21 e o desenvolvimento sustentável, coleta seletiva de lixo, reciclagem, etc. O Projeto é interdisciplinar e conta com a participação de professores voluntários que orientam alunos também voluntários, envolvendo os cursos de direito, administração, psicologia e arquitetura. Estes alunos e professores, reunidos a cada semestre, elaboram cursos, palestras, seminários, apostilas e cartilhas para crianças, jovens e adultos que, empoderados, atuarão como agentes de cidadania, repassando o conhecimento adquirido para sua comunidade.

2. O MARCO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

A construção do debate ambientalista no Brasil desenvolveu-se ao longo de sua história. Verifica-se que a partir do momento que o homem passou a sofrer seriamente com as conseqüências da degradação ambiental, ele passou também a cultivar uma nova consciência sobre o meio ambiente. Esse pensamento consolidou-se juridicamente com a Constituição de 1988, uma das constituições mais avançadas do mundo em matéria ambiental.

A constitucionalização do Direito Ambiental representou um grande avanço e inovou em vários aspectos. Criou-se uma nova categoria de bens: os bens difusos, que não são particulares, nem públicos: são bens de uso comum do povo. Os sujeitos de direito são representados não só pelas presentes, mas também pelas futuras gerações. Por fim, a Constituição não somente atribui uma prerrogativa, mas

1 Idealizado pelos professores: Francisco Otávio de Miranda Bezerra (diretor do CCJ de 2001 a 2010), Ana Paula Araújo de Holanda, Luziânia Karla Pinheiro e João Alves Silva.

também uma obrigação ao Poder Público e à coletividade de defender e preservar o meio ambiente.

O Direito Ambiental, além de ser um direito fundamental de terceira geração, revela-se um dos Direitos Humanos inerentes à qualidade de pessoa, advindo dos direitos naturais, tendo ambos como princípio basilar à dignidade da pessoa humana.

Ao interpretar as normas ambientais constitucionais, é necessário aplicar os princípios da nova Hermenêutica Constitucional, quais sejam, o princípio da unidade da Constituição, da força normativa, do efeito integrador e da máxima efetividade.

O Direito Ambiental positivado no artigo 225 da Constituição é, pois, um direito humano fundamental de terceira geração, munido de força normativa, de aplicação imediata, essencial para a consolidação de um regime democrático. É nesse contexto que o papel do cidadão é definido como essencial à concretização desses princípios, na medida em que este cidadão é obrigado a preservar e defender o meio ambiente.

Observa-se que no *caput* do artigo 225 da CF/98 existe a obrigação do Poder Público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente, mas só é explicitamente definido as incumbências do Poder Público; ficam omissas as atividades positivas da coletividade para efetivar tal obrigação.

Ao fazer uma interpretação sistematizada do artigo 225 da CF/88, no trecho que impõe à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, observa-se que essa obrigação reflete a aplicação do princípio democrático, atribuindo ao cidadão não somente o poder, mas também o dever de participar com ações positivas das políticas ambientais.

Para a efetivação do princípio da participação no Direito Ambiental, é imprescindível a consolidação do dever constitucional do cidadão de preservar e defender o meio ambiente. E o marco referencial adotado é a Política Nacional de Educação Ambiental instituída com a aprovação da Lei nº 9.795 de abril de 1999. O texto legal possui vinte e um artigos, distribuídos em quatro capítulos que tratam: da Educação Ambiental; da Política Nacional de Educação Ambiental; da Execução da Política Nacional de Educação Ambiental e disposições finais. Esse diploma veio regular a educação ambiental no Brasil.

A lei conceitua, em seu artigo 2º, a educação ambiental como componente essencial e permanente da educação nacional. Determina que o poder público, as instituições educativas, os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, os meios de comunicação de massa, as empresas, entidades de classe,

instituições públicas e privadas e a sociedade como um todo têm a incumbência de promover a educação ambiental. Barbieri defende que:

A educação ambiental deve estimular as pessoas a serem portadoras de soluções e não apenas de denúncias, embora estas devam ser as primeiras atitudes diante dos desmandos socioambientais. Deve também produzir mudanças nas suas próprias condutas, modificando, por exemplo, seus hábitos de consumo.² (grifos nosso)

3. CIDADANIA ATIVA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A pesquisa aborda o Projeto Cidadania Ativa como prática pedagógica do curso de Direito da Unifor, hoje uma referência nacional entre os mais de mil cursos existentes, dado o seu caráter humanista e inovador. Esse reconhecimento foi consagrado com a avaliação como curso cinco estrelas pelo Guia do Estudante em 2012.

O curso de Direito da Unifor supera o objetivo de proporcionar o ensino de qualidade na medida em que desenvolve um projeto pautado num comportamento humanitário, estimulando a conscientização dos direitos, da cidadania e da democratização do acesso à justiça.³

Nesse contexto, os alunos são os canais para “ensinar cidadãos a serem cidadãos”. A Unifor é vanguardista no segmento dos meios alternativos de pacificação de conflitos. Desde o ano de 2001 implantou o Núcleo de Mediação e Conciliação para fomentar o diálogo entre as partes do conflito e preparar os alunos do curso de Direito para essa nova vertente da advocacia.

A prática pedagógica foi agraciada, na categoria advocacia, em dezembro de 2008, com o V Prêmio *Innovare* – Justiça para todos - Democratização do acesso à Justiça: meios alternativos de resolução de conflitos, promovido pelo Instituto *Innovare*, em parceria com o Ministério da Justiça e a Vale do Rio Doce. O trabalho desenvolvido teve o reconhecimento da promoção do acesso à justiça a partir da educação jurídica para a formação de agentes de cidadania na comunidade, assim como o trabalho desenvolvido pelos professores voluntários teve reconhecimento pela sensibilização dos alunos do curso de Direito para uma formação de profissionais éticos e humanistas. O *Prêmio Innovare* foi criado para identificar, premiar e divulgar práticas

2 BARBIERI, 2006, p. 77

3 BEZERRA, 2003

inovadoras do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia que estejam contribuindo para a modernização dos serviços da Justiça.⁴

É nesse cenário que o Projeto Cidadania Ativa prepara “agentes de cidadania” para que transmitam o conhecimento que adquiriram aos seus filhos, familiares e amigos. Dos 31 programas existentes no Projeto, quatro trabalham a educação ambiental não-formal, que são: Educação Jurídica Comunitária; Educação Jurídica para Infância e Juventude; Estatuto da Cidade e Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável⁵. Todos enfocam o direito fundamental ao ambiente e o dever de todo o cidadão de preservá-lo para as gerações futuras, conforme o mandamento do artigo 225 da Carta Constitucional de 1988; Desenvolvimento Sustentável e o aquecimento global; Agendas 21 Global, Nacional e Local; Evolução da Educação Ambiental no mundo e as principais Conferências; Dicas para um consumo sustentável, dentre outros.

Os quatro programas destacados trabalham a educação ambiental informal. A cada semestre letivo são selecionadas algumas escolas públicas para receber um curso de educação ambiental com abordagem interdisciplinar, com enfoque na legislação ambiental (Lei nº 9.795/99); Agenda 21 Local; Desenvolvimento Sustentável; reciclagem; coleta seletiva de lixo.

4 O Projeto Cidadania Ativa da Universidade de Fortaleza foi agraciado com o V Prêmio Innovare – ano 2008 pelo Ministério da Justiça, a Companhia Vale do Rio Doce e o Instituto Innovare. Professores premiados na categoria advocacia: Bleine Queiroz Caúla (Gestora do Projeto de 2005-2008); Ana Paula Araújo de Holanda (idealizadora e fundadora do Projeto) e o então diretor do Centro de Ciências Jurídicas, Francisco Otávio de Miranda Bezerra. A premiação representa a criatividade e responsabilidade social de uma equipe de alunos e professores voluntários na formação de “Agentes de Cidadania”: Adriana Bertolini, Alexandre Saldanha, Amanda Queiroz, Amélia Rocha, Ana Clara Feitosa, Ana Rita Cabral, Andreia Costa, Armando Costa, Beatriz Rosa, Beatriz Xavier, Bruna Souza, Carlos Eufrásio, Dayse Braga, David Acioly, Arthur Farache, Denise Almeida, Elaine Almeida, Erick Cysne, Fernando Veras, Graziella Batista, Geovana Cartaxo, Irisneile Gadêlha, Hilton Couto, Izaura Le Lonnes, João Neto, Jordão Pinheiro, Juliana Mamede, Lara Lobo, Melina Padron, Milene Dantas, Mônica Mendes, Rafael Benevides, Renata Pinto, Roberta Teles, Roberta Vasques, Ruth Leite, Sidney Guerra, Valter Moura, Veruska Fernandes, etc. Disponível em: << <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-cidadania-ativa-responsabilidade-social-de-disseminacao-dos-direitos-para-a-comunidade-2158/>>>.

5 PAULA, Bruna Souza (O Projeto cidadania ativa e o novo profissional do direito. 2007).

Na condição de colaboradora na criação do Projeto Cidadania Ativa, Holanda⁶ discorre que o projeto consiste em capacitar novas lideranças comunitárias, com o intuito de:

- a) formar multiplicadores da conscientização da cidadania, fornecendo substratos jurídicos aplicáveis ao contexto e as demandas comunitárias;
- b) cumprir os compromissos institucionais da UNIFOR em sua amplitude acadêmica, a serviço da sociedade;
- c) ampliar a dimensão sócio-pedagógica do curso de Direito, habilitando-o a ser referência regional e nacional do ensino jurídico;
- d) formar o discente a partir do conhecimento técnico-jurídico, com bases humanísticas.

São milhares de pessoas beneficiadas por estas ações de cidadania, com palestras, cursos, mini cursos, oficinas. Tudo com material (cartilhas) elaborado pelos alunos, professores e instituições parceiras, a exemplo da cartilha de Direito à Moradia, cedida pela Associação dos Defensores Públicos, que tiveram como beneficiários mais de 100 famílias, autores das Ações de Usucapião ajuizadas no Escritório de Prática Jurídica do curso de Direito da Unifor, em vias de adquirir a propriedade do imóvel que estão sob sua posse.

O programa Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável beneficiou 880 professores da rede municipal de ensino de sete municípios cearenses (Fortaleza, Caucaia, Maranguape, Maracanaú, Viçosa do Ceará, Pacatuba e Quixadá) no ano de 2007, por ocasião da pesquisa de campo da dissertação de mestrado em Administração de Empresas da professora de Direito Ambiental, Bleine Queiroz Caúla, que, junto com a professora Dayse Braga Martins, orientaram os alunos dos cursos de Direito e de Administração, para na elaboração da cartilha “Educação Ambiental e Agenda 21 Local: estratégias para a efetivação do desenvolvimento sustentável”, distribuídas para os professores após ser ministrada uma palestra sobre educação ambiental⁷.

A educação ambiental é, portanto, elemento essencial para a implantação do desenvolvimento sustentável, por meio de estratégias para a promoção do conhecimento, compreensão, habilidades e motivação, para assim adquirir atitudes, mentalidades e valores necessários para lidar com questões e problemas ambientais. Esse modelo de desenvolvimento com sustentabilidade é a solução para acabar com a rota

6 HOLANDA 2003, p. 17-18

7 CAÚLA, Bleine Queiroz (A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: 20 anos de melodia das agendas 21 locais, 2012).

da miséria, exclusão socioeconômica e degradação ambiental, pois visa compatibilizar necessidades de desenvolvimento das atividades econômicas e sociais com necessidades de preservação ambiental.⁸

Paulo Freire compreendia que “A educação é possível para o homem, porque este é inacabado e sabe-se inacabado. A educação, portanto, implica uma busca realizada por um sujeito que é o homem. O homem deve ser o sujeito de sua própria educação. Não pode ser o objeto dela. Por isso ninguém educa ninguém”.⁹

É a educação que permite o indivíduo ter consciência da sua existência, das suas capacidades, aprende a descobrir habilidades e forma suas percepções sobre o mundo, para, a partir daí, construir sua personalidade e desenvolver suas potencialidades, percebendo-se como sujeito da realidade de modo a poder exercer conscientemente a cidadania.

A educação deve ser direcionada para as necessidades e padrões da comunidade, deve, ainda, passar por sucessivas análises a fim de verificar sua qualidade, bem como a influência que fatores internos e externos podem causar no desempenho do processo educativo. Por isso foram criados os princípios constitucionais do ensino, positivados no artigo 206 da Constituição Federal, com o intuito de garantir condições mínimas para tornar viável o processo educativo.

O ordenamento jurídico infraconstitucional consolidou a educação ambiental com a aprovação da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei nº 9.795/99). No entanto, Genebaldo Freire Dias (2006) adverte que alguns professores ainda não receberam formação complementar conforme preconiza o texto legal e os recursos destinados à educação continuam sendo mal-aplicados¹⁰.

A educação ambiental consolidou-se nos programas citados, alinhando-se aos objetivos do artigo 5º da Lei nº 9.795/99, quais sejam: democratização das informações ambientais; o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica dos problemas ambientais e sociais; a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania; o fortalecimento da cidadania e a solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

8 DIAS, 1999

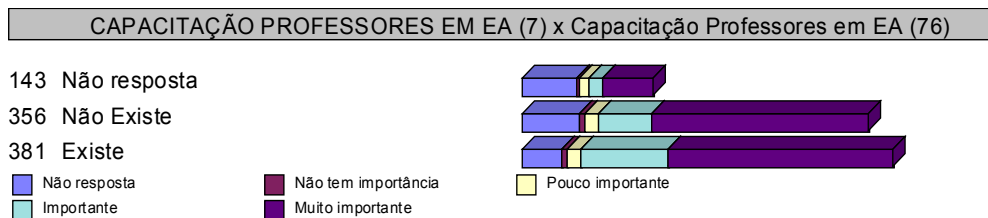
9 FREIRE, 1983, p. 27

10 Cfr. DIAS, Genebaldo Freire (*Atividades interdisciplinares de educação ambiental: práticas inovadoras de educação ambiental*, 2006) mesmo instituída uma Política Nacional específica para a Educação Ambiental – PNEA, os avanços na educação ambiental formal foram tímidos. Dentre 175 países, o Brasil ocupou a 11ª posição no índice global de sustentabilidade ambiental, divulgado em 2005, pelas Universidades de Yale e Columbia nos Estados Unidos.

Pela inteligência do artigo 7º da Lei nº 9.795/99, na esfera de ação da Política Nacional de Educação Ambiental – PNEA estão inseridos: os órgãos do SISNAMA; as instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino; os órgãos públicos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e as ONG's com atuação em educação ambiental. Ao ensino superior ficou facultada a criação de uma disciplina específica em educação ambiental nos cursos de pós-graduação, conforme preceitua o artigo 10, parágrafo 2º da lei.

A educação ambiental não-formal demanda ações e práticas educativas de sensibilização da coletividade no tocante a defesa e a qualidade do meio ambiente, ficando o poder público, nas três esferas de governo, na incumbência de incentivar a participação da escola, da universidade e de organizações não-governamentais na elaboração e execução de atividades de educação ambiental não-formal. É nesse cenário que o Projeto Cidadania Ativa está inserido, conscientizando os cidadãos sobre os problemas ambientais e que eles podem participar como atores sociais na busca de soluções.

Os objetivos precípuos da educação ambiental consubstanciam-se no dever de estimular a solidariedade, a igualdade, o respeito aos direitos humanos, primando por uma transformação humana e social que resulte no desenvolvimento de um senso crítico, mas essa questão implica em considerar que os processos educativos produzam resultados é necessário alguns pressupostos relevantes como: continuidade, estrutura física e material adequadas e o firme compromisso com o conhecimento e sua difusão. A forma adequada de promover a educação ambiental está associada ao despertar, instigar e aprimorar os indivíduos para a sua capacidade de reflexão dos problemas.¹¹ Esse diagnóstico é confirmado na pesquisa com 880 professores das escolas públicas de sete municípios cearenses (Fortaleza, Maracanaú, Maranguape, Viçosa do Ceará, Caucaia, Quixadá e Pacatuba), realizada entre janeiro a junho de 2007, conforme revela o gráfico 1:



11 MAMEDE, 2003

Gráfico 1: Cruzamento da existência de capacitação para os professores em EA (P.07) e o nível de importância atribuída pelos professores pesquisados (P.76). Fonte: CAÚLA, 2007.

Quanto às variáveis existe/não existe, os resultados mostram que somando o número de professores que responderam não existir capacitação em educação ambiental com o número de não resposta, ultrapassam os 381 que afirmaram que existe capacitação dos professores em educação ambiental. Esse resultado vem corroborar com a falta de recursos destinados à educação, incluindo-se aqui a ambiental. Quanto às variáveis: muito importante, importante, pouco importante e não tem importância, a maioria acredita ser muito importante a capacitação dos professores para trabalhar a educação ambiental.

Consultados acerca existência da Lei da Política Nacional de Educação Ambiental – PNEA, elevado número de professores revelaram que existe, conforme se depreende do gráfico 2:

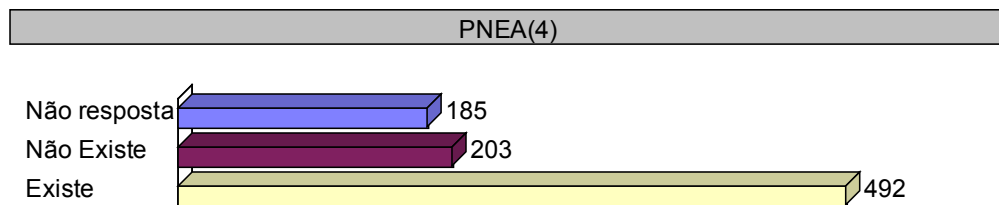


Gráfico 2: Política Nacional de Educação Ambiental (P.04). Fonte: CAÚLA, 2007.

A partir do gráfico acima, percebe-se que dos 880 professores consultados, 492 têm conhecimento da existência da Política Nacional de Educação Ambiental. Um dos objetivos colimados na pesquisa foi instigar os professores a lutar pelos seus direitos, exigir cursos, treinamentos e material educativo na área ambiental.

O compromisso das universidades não se limita à promoção da inclusão social, por meio da oferta de ensino de qualidade ao maior número possível de pessoas. Existem outras atividades que podem ser trabalhadas junto à comunidade para que esta amplie seu conhecimento e consiga melhores oportunidades de inserção social, a exemplo o Projeto Cidadania Ativa.

Nessa ação de cidadania participam, a cada semestre letivo, cerca de 400 (quatrocentos) alunos voluntários dos cursos de Direito, Administração, Psicologia, Arquitetura e Engenharia Ambiental. Oportunidade em que o corpo discente da Universidade tem o privilégio de trabalhar sua oratória, bem como exercer o seu

papel de responsabilidade social, levando o conhecimento até a comunidade. Alguns alunos que se destacam no projeto, devido a sua capacidade e desenvoltura para a área docente, são convidados a serem orientadores dos programas¹².

Na visão da Fundação Edson Queiroz, cujo *slogan* é “Ensinando e Aprendendo”, sempre há o que fazer, renovar, ensinar e aprender no processo educativo. A sua missão nunca se esgota. Além da Universidade de Fortaleza, que se constituiu no seu primeiro projeto social, a Fundação mantém diversas ações de responsabilidade social desenvolvidas no campus, em comunidades circunvizinhas e extra-campus. Nos projetos sociais, “o saber transpõe os muros devolvendo benefícios à comunidade e o conceito de sala de aula é ampliado influenciando o estudante a compreender o impacto de suas ações” (Relatório Social da Fundação Edson Queiroz, 2004).

A Fundação Edson Queiroz, mantenedora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR desenvolve outros projetos sociais voltados para a comunidade. A Divisão de Responsabilidade Social, coordenada pelo professor Carlos Eufrásio, tem a missão de articular as demandas entre a sociedade e a Universidade de Fortaleza. Na construção de uma cultura de serviços voluntários, propicia à comunidade acadêmica o exercício da cidadania com a prática e o desenvolvimento de serviços voluntários, por meio de programas de responsabilidade social, representados pelos seguintes projetos e núcleos: Núcleo de Atenção Médica Integrada, Escola de Aplicação Yolanda Queiroz, Escritório de Prática Jurídica, Programa Alfabetização Solidária, Projeto Jovem Voluntário, Educação e Saúde na Descoberta do Aprender, Núcleo de Atividades Estratégicas, Projeto Do Dendê e Centro de Formação Profissional da Comunidade do Dendê.¹³

A responsabilidade social das universidades implica nos deveres e obrigações a serviço do desenvolvimento da comunidade onde está inserida. As práticas sociais vão além da conduta legal da instituição, de atividades filantrópicas ou do apoio à comunidade. Significa mudança de paradigma, com uma perspectiva de gestão focando a qualidade das relações e a geração de novos valores. É importante estimular e sensibilizar os alunos para a temática, influenciando-os para as práticas futuras, na condição de jovens profissionais.

12 Destaque para alguns alunos egressos do Projeto Cidadania Ativa, e que hoje são professores, mestrandos e doutorandos: Bruna Souza Paula, Valter Moura do Carmo, Clóvis Renato, David Carvalho, Marcus Vinícius.

13 Disponível em: <<http://www.unifor.br/index.php?option=com_content&view=article&id=406&Itemid=859>>.

Acesso: 08 .Out. 2012.

Tachizawa aponta algumas das principais estratégias de gestão ambiental e de responsabilidade social que podem ser aplicáveis às Instituições de Ensino Superior: “os projetos sociais em meio ambiente; educação; saúde; cultura; de apoio à criança e o adolescente; em voluntariado e a imagem ambiental para fins de marketing”¹⁴.

As universidades não só contribuem para o avanço do conhecimento científico e tecnológico, mas também desenvolvem atividades de pesquisa voltadas para a solução de problemas e demandas da comunidade em que está inserida, pois elas têm um papel relevante no desenvolvimento das práticas da responsabilidade social, numa abordagem ética -profissional, a partir do tripé Ensino, Pesquisa e Extensão.

No universo de 880 professores de escolas públicas, perguntado quais instituições tem a responsabilidade de promover a educação ambiental, o resultado apontou como muito importante: poder público; meios de comunicação e universidades. As variáveis trabalhadas foram: não tem importância; pouco importante; importante e muito importante, conforme se observa na tabela 1:

	Não resposta	Não tem importância	Pouco importante	Importante	Muito importante	TOTAL
Poder Público 59a(128)	196	23	47	183	431	880
Meios de Comunicação 62a(131)	221	24	62	165	408	880
Universidades 60a(129)	217	22	53	187	401	880
Sociedade Civil 65a(134)	229	26	74	152	399	880
SISNAMA 61a(130)	246	23	43	174	394	880
Empresas públicas 64a(133)	219	26	62	184	389	880
Empresas privadas 63a(132)	234	32	76	170	368	880
Outros 66a(135)	495	19	33	94	239	880
Conjunto	2057	195	450	1309	3029	7040

Tabela 1. Instituições responsáveis em promover a educação ambiental. Fonte: CAÚLA, 2007.

Este resultado vem confirmar a necessidade das universidades desenvolverem projetos de educação ambiental formal e informal. O próprio dispositivo da Lei de Educação Ambiental permitiu a criação de uma disciplina específica de educação ambiental nos cursos de Pós-graduação.

A organização das Nações Unidas – ONU lançou em janeiro de 1999, o Programa Global Compact destinado à promoção do diálogo social para uma cidadania corporativa global, com vistas a conciliar os interesses das empresas com os valores e demandas da sociedade civil, os projetos da ONU, sindicatos, as ONGs, erigido por 10 princípios nas áreas relacionadas aos Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Corrupção.

14 Tachizawa, 2002, p. 287-288

As Universidades também participam do programa, cuja função precípua é a educação e motivação de líderes, incentivo de parcerias, desenvolvimento de pesquisas e coordenação técnica de eventos sobre o programa da ONU. Na área de educação, o ISAE/FGV é signatário do Global Compact foi primeira instituição no Brasil a colocar em todos os seus cursos de MBA Executivo disciplinas que tratam das questões da ética e da responsabilidade social em nível empresarial. Essa medida tem assento no fato de que todas as profissões interagem com o meio ambiente e atualmente passam por constantes ajustes para se tornarem sustentáveis, e, por conseguinte menos prejudiciais ao ambiente.¹⁵

O objetivo é promover a inclusão de universidades mundialmente engajadas cujo mister consiste em mudar a mentalidade da sociedade e do empresariado, conscientizando-os das questões relacionadas ao ambiente, passando necessariamente pela educação. A universidade funciona como um canal onde as empresas viabilizam suas ações sociais e proporcionam a sensibilização dos nossos alunos, que na condição de futuros empresários poderão adotar esse modelo no âmbito da gestão das suas organizações.

Os resultados da pesquisa confirmam que a instituição universitária, como todo local onde se promove a educação, é o espaço de experiências atuais, de formulação de expectativas e de construção de um futuro melhor na medida em que assume a missão formar cidadãos socialmente responsáveis, eticamente comprometidos e politicamente corretos.

O século XXI é marcado pelas mutações sociais, o multiculturalismo, o desafio ambiental-econômico-político, cujas soluções demandam uma sociedade mais responsável, mais crítica, mais consciente, na medida em que a figura do Estado fragiliza-se e o sentido de cidadania é consideravelmente ampliado e transcende o conceito de que ser cidadão significa votar e ser votado. Nesse cenário, a educação não pode ser preterida ou subestimada e as universidades assume um papel preponderante.

4. CONCLUSÃO

Os cidadãos além de direitos são titulares de obrigações. Todos os direitos impõem deveres. É premente a necessidade de fomentar a educação ambiental não

15 A relação dos participantes acadêmicos associados ao Programa Global Compact está disponível em: <<http://www.unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/academic_participation.html>>. Acesso em 8 de Out. 2012.

somente como política pública, mas também como política de instituições privadas, exercendo sua responsabilidade socioambiental.

Merece destacar que as universidades não podem se eximir da sua responsabilidade socioambiental na medida em trabalham a concretização da cidadania. A Unifor é uma instituição de ensino superior que vem cumprindo esse papel com eficiência e responsabilidade por meio do desenvolvimento de projetos sociais voltados para a comunidade, notadamente o Projeto Cidadania Ativa que presta relevante contribuição à disseminação do trabalho voluntário de seu corpo docente e discente, promove o acesso à justiça e forma um jurista com visão humanista.

O Projeto Cidadania Ativa tem atingido dois objetivos que são precípuos à sua função: propiciar um maior suporte na formação acadêmica dos alunos dos diversos cursos oferecidos e em especial aos bacharéis em Direito e atender a demanda social, a partir dos anseios das comunidades beneficiadas. Os beneficiados pelo projeto são empoderados para serem multiplicadores de cidadania ambiental – “Agentes de Cidadania”, a partir do momento em que repassam o conhecimento adquirido para sua comunidade e interferem como agente transformador da sua realidade. É um modelo que outras instituições poderiam adotar como exemplo de promoção da cidadania, integrando professores e alunos na realização de atividades de responsabilidade social.

O resultado dos projetos sociais voltadas à formação de cidadania ambiental para uma vida sustentável tem tido resultados positivos ao longo de mais de uma década. Estas práticas exitosas são frutos de pesquisas científicas, seguidas de ações afirmativas, para impactar na realidade social regional.

A responsabilidade socioambiental da Unifor não se limita a obediência das leis e formação de profissionais aptos a se inserirem no mercado de trabalho. Vai mais além, transformando e formando cidadãos ativos e cientes de seus direitos e obrigações, para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

O principal objetivo da Educação Jurídica Comunitária é informar as pessoas sobre os seus direitos para que, a partir daí, possam tutelá-los. Consiste em uma via de mão dupla em que os participantes-alvo aprendem os direitos e praticam os deveres como cidadãos ativos. É um momento que oportuniza a cada um formar uma visão crítica embasada no conhecimento para que possa ser capaz de identificar quando há lesão aos seus direitos a fim de sair da inércia e passar a exercê-los de maneira efetiva.

A partir do embasamento teórico dos alunos e dos exemplos de fatos reais citados pelos participantes, constrói-se um diálogo com o qual se torna possível conhecer os direitos básicos e identificá-los na rotina do cotidiano, no qual os assistidos

passam a conhecer direitos e se reconhecer como sujeito de direitos no contexto em que vivem. Esse diálogo leva os cidadãos a elaborar questionamentos, a observar situações, a identificar problemas e principalmente a buscar soluções. Ocorre o despertar de uma consciência por meio da qual eles saem de uma postura inerte para um comportamento participativo, interagindo no mundo e com o mundo que os cerca, deixando de figurar como meros espectadores dos acontecimentos para atuarem criando novas possibilidades, adaptando circunstâncias, transformando a realidade.

A partir do conhecimento dos seus direitos, cada indivíduo passa a ser um cidadão ativo, consciente dos seus direitos e deveres, saindo da inércia quando estes forem violados ou descumpridos. No período de 2005-2008, a prática pedagógica beneficiou 9.400 pessoas da comunidade, especialmente jovens de escolas públicas. Participaram dessa ação de cidadania 1.960 alunos voluntários do curso de Direito, Administração e Psicologia.

Percebe-se com essa prática pedagógica que os cidadãos desconhecem seus direitos e deveres e que os ensinamentos recebidos por meio dos seminários e das cartilhas os tornam cidadãos ativos. O Programa Educação Jurídica para Infância e Juventude trouxe significativos resultados, pois os adolescentes que participaram do curso “aprender os direitos e exercer os deveres” passaram a entender que não possuem apenas direitos, mas também deveres.

5. REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL, Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.
- BARBIERI, José Carlos. *Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BEZERRA, Francisco Otávio de Miranda. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org). *Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003.
- CAÚLA, Bleine Queiroz. *A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: 20 anos de melodia das agendas 21 locais*. Fortaleza: Premius, 2012.
- _____. *Educação Ambiental e Agenda 21 Local: estratégias para a efetivação do desenvolvimento sustentável*. 2007. 160f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Unifor, Fortaleza, 2007.
- DIAS, Genebaldo Freire. *Elementos para capacitação em educação ambiental*. Ilhéus: Editus, 1999.
- _____. *Atividades interdisciplinares de educação ambiental: práticas inovadoras de educação ambiental*. 2.ed. São Paulo: Gaia, 2006.
- ENCONTRO BRASILEIRO DO GLOBAL COMPACT, jul.2004.
- FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. v.1.

- HOLANDA, Ana Paula Araújo de. *Núcleo de estágio em direito: exercício da cidadania* In: SALES, Lília Maia de Morais (Org.). *Estudos sobre a afetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003.
- MAMEDE, Juliana Maria Borges. *Educação ambiental e participação política: elementos para a construção de uma cidadania ambiental*. 2003. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Unifor, Fortaleza, 2003.
- MARTINS, Dayse Braga. *Democracia e direito constitucional ambiental: o papel da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Unifor, Fortaleza, 2002.
- FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ. *Relatório Social da Fundação Edson Queiroz*. Fortaleza: Grafica da Universidade de Fortaleza, 2004.
- PAULA, Bruna Souza. *O Projeto cidadania ativa e o novo profissional do direito*. 2007. 90f. Trabalho Monográfico de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – UNIFOR, Fortaleza, 2007.
- TACHIZAWA, Takeshy. *Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira*. São Paulo: Atlas, 2002.

Capítulo 50

A AMBIGUIDADE DA ANISTIA NO BRASIL: MEMÓRIA E ESQUECIMENTO NA TRANSIÇÃO INACABADA¹

José Carlos Moreira da Silva Filho²

1. INTRODUÇÃO

A anistia no Brasil, especialmente quando considerada em relação à ditadura civil-militar ocorrida de 1964 a 1985, é um tema cercado de ambiguidades, contradições e mal-entendidos. Ora vista como uma conquista fruto da movimentação popular, ora tida como uma imposição dos militares e dos setores sociais que apoiavam a ditadura, de um lado é o marco da redemocratização brasileira, de outro é o entrave que estimula a impunidade e a continuidade da prática de crimes por agentes estatais, ora promove a reparação e o reconhecimento, ora dá continuidade à estigmatização dos grupos resistentes ao regime autoritário. Aponta igualmente para políticas de esquecimento e para políticas de memória.

Nos últimos anos o tema da anistia esteve firmemente presente na pauta política nacional, suscitando acirrados debates nas arenas jurídica, política e midiática.

1 Este artigo é fruto de projeto de pesquisa desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição, com sede no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. O projeto de pesquisa, do qual resultou este artigo, obtém auxílio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e conta com bolsa de iniciação científica da Federação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS e do CNPq.

Este artigo é uma versão reformulada do artigo de mesmo nome publicado no Relatório Azul 2011 da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, e também será publicado na obra: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (orgs.). *Direito à verdade e à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. *prelo*.

2 Correo-e: josecarlosfilho@terra.com.br . Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB; Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado - e Graduação em Direito); Bolsista Produtividade Nível 2 do CNPq; Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça; Membro-Fundador do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – IDEJUST.

Boa parte das discussões, contudo, perderam-se em meio aos desvãos e à complexidade inerente ao tema, alimentando a confusão ainda presente para grande parte da população quando o assunto é anistia. A verdade é que o Brasil vem experimentando desde os últimos anos da ditadura civil-militar diferentes processos de anistia e diferentes entendimentos sobre o seu significado.

O propósito deste texto é o de auxiliar no necessário esclarecimento do tema, destacando os capítulos principais dessa longa e inacabada história da anistia e da transição política brasileira.

2. A LUTA PELA ANISTIA EM 1979

Em primeiro lugar, é importante que se diga que a anistia sempre foi uma demanda presente ao longo do período ditatorial, mas foi especialmente na segunda metade da década de 70 que a bandeira pela anistia aos que eram perseguidos políticos pelo Estado brasileiro foi deflagrada de modo amplo por diferentes e representativos setores da sociedade brasileira.

No ano de 1975 é desencadeada a campanha pela Anistia, com o lançamento do Manifesto da Mulher Brasileira pelo Movimento Feminino pela Anistia (MFPA). Este movimento começa forte em São Paulo, conduzido por D. Terezinha Zerbini, e, de São Paulo, espalha-se por todo o país. Era o ano internacional da mulher e foi principalmente pelo protagonismo das mulheres, esposas de maridos desaparecidos, presos ou foragidos, irmãs, amigas, militantes, que se deu início a uma das mais belas movimentações políticas da sociedade civil brasileira.

No Rio Grande do Sul, por exemplo, constituiu-se o segundo núcleo do MFPA, sob a liderança da socióloga Lícia Peres,³ que se desdobrou em atividades de conscientização social, galvanizando setores organizados como a igreja, os estudantes, os políticos e a população de um modo geral.⁴ Em 1978, criam-se os Comitês Brasileiros de Anistia (CBA's), que tiveram atuação decisiva na mobilização da opinião

3 Como a própria Lícia Peres conta, foi instada por Dilma Roussef a organizar um núcleo feminino de luta pela anistia no Rio Grande do Sul (PERES, Lícia. Movimento feminino pela anistia no Rio Grande do Sul. In: PADRÓS, Enrique Serra; BARBOSA, Vânia M.; LOPEZ, Vanessa Albertinence; FERNANDES, Ananda Simões (Orgs.). *A ditadura de segurança nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória*. Porto Alegre: CORAG, 2009. v.4. p. 103).

4 Um episódio que ilustra bem a forte atividade desse núcleo ocorreu durante o velório do ex-Presidente João Goulart em São Borja. Mila Cauduro, a vice-presidente no núcleo gaúcho colocou a faixa da Anistia sobre o caixão de Jango. A foto tirada percorreu o mundo todo. Na missa de 30 dias da sua morte, a igreja da Matriz em Porto Alegre estava lotada, com grande aglomeração de pessoas em torno da escadaria. Mila gritou a palavra "Anistia", que contagiou a

pública em prol da libertação dos presos políticos e do retorno dos exilados. No Rio Grande do Sul, o CBA foi presidido por Raquel Cunha e atuou em conjunto com o MFPA. Ficaram célebres as vitoriosas campanhas desenvolvidas pela libertação de Flávio Koutzi, Flávia Schilling e Flávio Tavares.⁵

É preciso entender que no contexto de mobilização nacional pela anistia o próprio regime militar dividia-se entre uma linha dura e uma linha favorável ao abrandamento do autoritarismo tendo em vista uma passagem controlada à democracia formal. Portanto, havia um importante flanco a ser explorado entre os próprios apoiadores da ditadura. A mobilização dos movimentos e comitês pela anistia foi decisiva para fortalecer os setores da ditadura favoráveis à abertura, ainda que “lenta e gradual”.

O trabalho político corajosamente desenvolvido pelos movimentos e comitês pela anistia espalhados por todo o Brasil, além de darem um belo exemplo de engajamento e mobilização popular, já preparando o terreno para a campanha das Diretas, conseguiu minar os setores mais radicais da ditadura,⁶ de resto já enfraquecidos pelo próprio desgaste do regime autoritário, e garantir um ambiente político propício ao máximo de liberdade possível naquele contexto. Este “máximo” foi aquele demarcado pela aprovação da Lei de Anistia em agosto de 1979.

3. A ANISTIA DE 1979 COMO EXERCÍCIO DE ESQUECIMENTO: QUE ACORDO FOI ESSE?

A Lei 6683/79 foi, portanto, fruto de uma batalha política que instantaneamente beneficiou milhares de pessoas, permitindo o retorno dos exilados e a progressiva libertação dos presos políticos. Também representou a quase irreversibilidade do processo de abertura democrática no país. Paradoxalmente, e apesar de tudo isto, a Lei de Anistia foi também o passaporte dos agentes da ditadura para uma transição

multidão e acabou por provocar uma repressão imediata e brutal por parte da polícia de choque (Ibidem, p.110).

5 Especificamente sobre esta campanha e amplamente sobre a movimentação popular em prol da anistia na segunda metade da década de 70 ver o aprofundado e detalhado estudo de Carla Rodeghero, Gabriel Dienstmann e Tatiana Trindade: RODEGHERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. *Anistia ampla, geral e irrestrita: história de uma luta inconclusa*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

6 De todo modo, não conseguiu impedir que esses mesmos setores, representados pela chamada “linha dura”, obtivessem uma grande vitória na Lei de Anistia de 1979 ao terem a garantia de que os seus crimes não seriam investigados e de que por eles ficariam completamente impunes os seus autores e mandantes.

na qual nenhum dos seus crimes viria a ser investigado e punido. A anistia fez parte de um projeto cuidadosamente delineado por estrategistas do regime, comandados pelo arquiteto intelectual da ditadura, o General Golbery do Couto e Silva. Fazia parte desse plano o esfacelamento das forças políticas de oposição, que àquela altura, apesar de todos os esforços dos governos militares em sentido contrário, haviam se agrupado em torno do MDB.⁷

Também figurava no roteiro manter um forte silêncio sobre os fatos não esclarecidos ao longo de décadas de repressão estatal, como a localização dos corpos dos desaparecidos políticos, questão até hoje não solucionada. Nenhuma política consistente de reparação às vítimas da ditadura foi implementada naquele momento, o que só viria a acontecer mais de 20 anos depois. Nenhuma espécie de expurgo administrativo e judicial foi feito. Os juízes e promotores que forneceram todo o apoio jurídico necessário à judicialização da repressão, fazendo vistas grossas às insistentes denúncias de tortura e tentando legitimar juridicamente o que era indefensável, continuaram em seus cargos.

Os agentes policiais e os militares que tomaram parte na prática de crimes contra a humanidade também se mantiveram incólumes em suas funções públicas e os que não faleceram continuam até hoje recebendo pensão ou aposentadoria fornecida pelo Estado. O negacionismo quanto aos crimes de tortura e a outras graves e sistemáticas violações de direitos humanos, ou então o discurso de que era justificável o injustificável em nome do combate ao comunismo internacional, ganhou razoável espaço, até o presente, na sociedade brasileira, no âmbito midiático e na cultura institucional dos órgãos de segurança pública brasileiros, em especial as forças armadas.

Na prática, portanto, a anistia de 1979 funcionou muito mais como uma política de esquecimento do que de memória,⁸ embora tenha sido importante para o momento político da transição brasileira. É sintomático que, no ano de 2009, quando a Lei fez o aniversário de 30 anos, os meios de comunicação tenham silenciado

7 ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1984. p.269-270; SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.427-428.

8 Ver contraponto mais detalhado entre a Anistia de 1979 e a Anistia constitucional de 1988 regulamentada na Lei 10.559/2002, na qual se demarca o papel de esquecimento da primeira e de resgate da memória da segunda, em: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do Direito à Memória e à Verdade. In: PADRÓS, Enrique Serra; BARBOSA, Vânia M.; FERNANDES, Amanda Simões; LOPEZ, Vanessa Albertinence (Orgs.). *O Fim da Ditadura e o Processo de Redemocratização*. Porto Alegre: CORAG, 2009. p. 47-92. (A Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul.1964-História e Memória-1985, v.4).

a respeito e, com exceção de alguns eventos pontuais,⁹ a data tenha passado em branco.

Uma vez feitas as ressalvas sobre o significado de conquista que a anistia de 1979 assumiu, sobre o intenso envolvimento popular e sobre a importância em se apoiar os setores da ditadura que planejavam o seu próprio fim, ainda que tranquilo e seguro, é preciso repudiar fortemente a ideia de que o período de abertura “lenta e gradual”, comandado pelo ditador Ernesto Geisel representou um manso ou “suave” abrandamento do regime ditatorial. Do mesmo modo, é imperioso mostrar que não houve, de fato, nenhum acordo real em torno da Lei de Anistia de 1979, e, por fim, era do interesse do próprio regime ditatorial promover a anistia naquele contexto.¹⁰

É bem verdade que no ano de 1974 iniciou-se um processo que iria evidenciar de modo crescente a insatisfação social com a continuidade do regime de força. Nas eleições ocorridas neste ano a vitória do MDB, o partido de oposição controlada, foi expressiva, o que se deu, entre outros fatores, pelo forte envolvimento do clandestino Partido Comunista Brasileiro. Naquele momento quase todas as organizações que opuseram resistência armada ao regime ditatorial haviam sido massacradas.¹¹

Além da vitória eleitoral, no ano de 1975, como já relatado, é desencadeada a campanha pela Anistia, com o lançamento do Manifesto da Mulher Brasileira pelo Movimento Feminino pela Anistia. Surge também com vigor a mobilização sindical capitaneada pelos operários e metalúrgicos do ABCD paulista. A União Nacional dos Estudantes e as Uniões Estaduais dos Estudantes são recriadas. E, em 1978, criam-se os Comitês Brasileiros de Anistia, que tiveram atuação decisiva na mobili-

9 Entre tais eventos, cito a comemoração dos 30 anos da Anistia que foi promovida pela Comissão de Anistia no dia 22 de Agosto de 2009 no Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, com sessões de homenagem a ex-perseguidos políticos e, em especial, aos presos políticos que fizeram Greve de Fome Nacional pela Anistia ampla, geral e irrestrita. No âmbito acadêmico, a data foi contemplada com Seminários e eventos ocorridos em diferentes Instituições de Ensino Superior brasileiras, tais como: PUC-Rio, UERJ, USP, UNICAMP e UnB.

10 Neste ponto do artigo, sirvo-me dos apontamentos já externados em: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da . O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: Wilson Ramos Filho. (Org.). *Trabalho e Regulação - as lutas sociais e as condições materiais da democracia. Trabalho e Regulação - as lutas sociais e as condições materiais da democracia.* Belo Horizonte-MG: Fórum, 2012, v. 1, p. 129-177.

11 Esclarece Jacob Gorender que quando “o general Ernesto Geisel tomou posse da Presidência da República em março de 1974, a guerrilha urbana se extinguiu e a guerrilha do Araguaia agonizava” (GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas – a esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada.* 2.ed. São Paulo: Ática, 1987.p.232).

zação da opinião pública em prol da libertação dos presos políticos e do retorno dos exilados.

A esta altura a resistência armada havia sido brutalmente eliminada. A repressão passou então a mirar preferencialmente nos setores de resistência não armados, especialmente o Partido Comunista Brasileiro e o que havia sobrado do PCdoB após a Guerrilha do Araguaia, desarticulando completamente sua alta direção, prendendo e assassinando seus membros. O episódio mais emblemático dessa perseguição ficou conhecido como o “massacre da Lapa”, ocorrido em dezembro de 1976, na cidade de São Paulo. Agentes do Exército assassinaram três dirigentes do Partido: João Baptista Franco Drummond, Ângelo Arroyo e Pedro Pomar. Outros seis militantes foram presos, cinco deles torturados sistematicamente durante semanas.¹² Ao longo do ano de 1975, em todo o país, o então Ministro da Justiça, Armando Falcão deflagrou uma verdadeira caça aos comunistas. Dez dirigentes do PCB que caíram nessa ofensiva, inclusive, integram a lista de desaparecidos políticos brasileiros, como é o caso de David Capistrano da Costa.

De 1977 a 1981, registra Heloísa Greco, aconteceram cerca de 100 atentados por todo o país, sem que tenha havido qualquer apuração de responsabilidades.¹³ Os episódios que ficaram mais conhecidos foram a bomba que vitimou a secretária da OAB, Lyda Monteiro da Silva, em agosto de 1980 e a bomba no Riocentro, em abril de 1981. Durante o governo ditatorial de João Batista Figueiredo bancas de jornal eram incendiadas para impedir a circulação das publicações de esquerda, e enquanto isto o então presidente recebia a visita do genocida Jorge Videla, um dos ditadores da cruenta ditadura civil-militar argentina, hoje condenado à prisão perpétua. Ambos cordialmente afirmavam em Brasília, em comunicado conjunto, que: “Onde havia caos, hoje há ordem”.¹⁴

O terrorismo de Estado também continuava ativo nos assassinatos do jornalista Vladimir Herzog e Manoel Fiel Filho nas dependências do DOI/CODI em São Paulo. Denúncias de torturas de operários e militantes tornam-se conhecidas.¹⁵

12 Para mais detalhes sobre o episódio ver: POMAR, Pedro Estevam da Rocha. *Massacre na Lapa: como o Exército liquidou o Comitê Central do PCdoB – São Paulo*, 1976. 3.ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

13 GRECO, Heloísa Amélia. *Dimensões fundacionais da luta pela Anistia*. 2009. 456f. [Tese de Doutorado] – Curso de Pós-Graduação das Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2003. p.53.

14 MARCELO, Carlos. *Renato Russo: o filho da revolução*. Rio de Janeiro: Agir, 2009. p.175.

15 GORENDER, op.cit., p.233.

No final de 1978 acontece em Porto Alegre o célebre seqüestro dos uruguaios Lilian Celiberti e Universindo Dias,¹⁶ no contexto da Operação Condor.¹⁷

A tentativa de realizar o III Encontro Nacional de Estudantes em Belo Horizonte, em junho de 1977 e a sua realização clandestina na PUC-SP são violentamente reprimidas em uma operação comandada pelo Secretário de Segurança Antonio Erasmo Dias.

Vê-se, portanto, que o ambiente estava longe de ser “suave” ou propenso a acordos nos quais pudesse haver um mínimo de igualdade e proporção entre as partes. Como já assinalado, as eleições de 1974 manifestaram uma expressiva vitória do MDB.¹⁸ Isto trouxe um grande enigma à ditadura Geisel, que pode ser resumido na singela pergunta: como ganhar as próximas eleições?¹⁹ A “solução” encontrada foi fazer uso dos poderes ilimitados concedidos pelo AI-5. Em janeiro de 1976, Geisel utilizou o AI-5 para cassar os mandatos de dois deputados estaduais paulistas acusados de terem recebido apoio de comunistas. Em seguida, foi a vez de três deputados federais, e entre eles o deputado Lysâneas Maciel do MDB.

Mas nada disto se compara ao que ocorreu em 01 de abril de 1977. O ditador Geisel simplesmente impôs uma Emenda Constitucional através do AI-5 pela qual o Congresso é fechado. O pretexto que utilizou para isto foi a oposição do MDB a um projeto de reforma judiciária patrocinado pelo governo. O MDB alegava que não fazia o menor sentido a reforma sem a revogação do AI-5 e da Lei de Segurança

16 Ver o minucioso relato de Luiz Cláudio Cunha, o jornalista responsável pela denúncia do seqüestro: CUNHA, Luiz Cláudio. *Operação Condor: O seqüestro dos uruguaios – uma reportagem dos tempos da ditadura*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

17 Em outro artigo, se faz referência sucinta à Operação Condor: “Os governos ditatoriais latino-americanos nesse período possuíam polícias políticas e uma verdadeira rede de informações e operações conjuntas destinadas a prender e eliminar qualquer um que fosse suspeito de ser integrante da resistência ao regime de exceção. A conhecida Operação Condor, idealizada pelo Coronel Manuel Contreras, chefe da DINA (a polícia política de Pinochet), estendeu seus tentáculos por todo o continente, prendendo, matando e seqüestrando pessoas à revelia das fronteiras e dos sistemas jurídicos” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). *Justiça e memória: por uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p.124-125).

18 Segundo Skidmore, ao criar uma atmosfera menos rigorosa para a atuação da imprensa, Geisel contribuiu para o aumento da tendência de mobilização da opinião pública contra o regime ditatorial. “Geisel estava ajudando a sociedade civil a despertar novamente, mas não estava preparado para ouvir o que a voz da sociedade tinha para dizer” (SKIDMORE, op.cit., p.369).

19 Como explica Skidmore, o grande temor de Geisel eram as eleições para governadores em 1978, que seriam, em princípio, diretas e que provavelmente seriam ganhas de modo maciço pelo MDB (*Ibidem.*, p. 372-373).

Nacional.²⁰ Assim, fazendo uso do AI-5, Geisel baixou o que ficou conhecido como o “pacote de Abril”.

O pacote consistiu em uma série de reformas constitucionais no campo eleitoral com o indisfarçado objetivo de tornar a ARENA, partido de suporte da ditadura militar, imbatível nas próximas eleições, a saber: passa a ser exigida apenas a maioria simples; todos os governadores e um terço dos senadores seriam escolhidos indiretamente, nas eleições de 1978, por colégios eleitorais estaduais que incluíam os vereadores, o que bastava para assegurar com folga a vitória da Arena nestes colegiados; os deputados federais teriam o seu número demarcado com base na população e não no total dos eleitores registrados, o que na prática aumentava o número de parlamentares relacionados às regiões do país nas quais o apoio à ditadura era maior.

Como “cereja do bolo” o pacote incluiu também a criação de um sistema de justiça interno às Polícias Militares, antes vinculadas à esfera civil dos governos estaduais. Com isto, a atuação dessas polícias ficou imune ao controle jurisdicional civil. Por fim, acresça-se a tudo isto a existência, desde 1976, da chamada Lei Falcão, que restringia o acesso ao rádio e a televisão dos candidatos. Permitia-se apenas a imagem sem som do candidato.²¹

Após esta súbita e autoritária mudança das regras do jogo, Geisel “reabre” o Congresso no dia 15 de abril. Contudo, já em maio do mesmo ano, a censura é estendida a todas as publicações importadas, e em junho o mandato do líder do MDB na Câmara, Alencar Furtado, é cassado e o deputado é privado por dez anos dos seus direitos políticos.²² Como conclui Heloísa Greco em sua análise, “o efeito principal destas iniciativas é a garantia de fluidez na tramitação dos decretos-leis e das emendas constitucionais, o que permitiria ao governo prescindir da edição de novos atos institucionais”.²³

Após essas salvaguardas é que em outubro de 1978 a Emenda Constitucional 11 declara extintos os Atos Institucionais. Por outro lado, o estado de sítio é incorporado à Constituição e, da tranquilidade de um Congresso manietado e desfigurado, no qual nunca passaria qualquer projeto contrário à vontade do governo

20 *Ibidem.*, p.373.

21 Esta lei foi solicitada pelo governo ditatorial ao Congresso de 1976. A estratégia do MDB, naquele momento, era parecer ponderado aos olhos da ditadura para que assim as eleições de 1978 ocorressem conforme o previsto, na relativa convicção de uma vitória nas urnas populares (*Ibidem.*, p.370-374).

22 *Ibidem.*, p.374.

23 GRECO, *Op.cit.*, p. 59.

ditatorial, surge a nova Lei de Segurança Nacional (LSN), promulgada em 17 de dezembro de 1978.

Compensando a desapareção dos Atos Institucionais, a nova LSN, entre outras proezas, atribui poderes quase ilimitados ao Ministro da Justiça para censurar todo e qualquer material que seja considerado ofensivo à segurança nacional (art.50); responsabilização criminal de jovens de 16 anos (art.4); a instituição da figura da “comunicação reservada ao juiz”, pela qual se permite a continuidade da incomunicabilidade e das prisões clandestinas (art.53); criminalização de qualquer tipo de vínculo com instituições estrangeiras consideradas ameaçadoras à segurança nacional (art.12); proibição de divulgar fato ou notícia que possa, de algum modo, “indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas” (art.14).²⁴

Observa Heloísa Greco que este esquema todo “proporciona ao general Geisel dispositivos legais, burocráticos e militares de tal ordem, que ele passa a se qualificar como aquele que logrou a maior concentração de poderes entre todos os generais-presidentes do período da ditadura militar”.²⁵

Nunca é demais destacar que a máquina de moer dissidentes políticos continuava em funcionamento, bem estruturada, e a Doutrina de Segurança Nacional (DSN) continuava a conduzir os destinos políticos predominantes do país. Basta dizer que todo esse processo de distensão, como já se registrou acima, fazia parte de um plano engendrado pelo cérebro da DSN: Golbery do Couto e Silva. A Anistia, inclusive, fazia parte desse planejamento, assim como a abertura ao pluripartidarismo. A intenção era manter intactos os princípios e diretivas da DSN em um ambiente político razoavelmente “democrático”. O pluripartidarismo, ademais, poderia servir para desarticular o MDB, partido que havia ameaçado a hegemonia da ARENA nas eleições de 1974.²⁶

Por todo o exposto, pode-se notar claramente que o ambiente no qual se deu a proposição e a votação da lei de Anistia em 1979 estava longe de ser manso e propenso a um “suave compromisso”.²⁷ A violência continuava em ação, as prisões arbitrárias e clandestinas, a tortura, as cassações políticas e a censura. As regras do jogo legislativo haviam sido mudadas bruscamente, de maneira ilegítima e manipula-

24 *Ibidem.*, p.60-61.

25 *Ibidem.*, p.61-62

26 SKIDMORE, *Op.cit.*, p.427.

27 Como afirmou Eros Grau em seu voto na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N°153 (ADPF 153) julgada no STF. A discussão em torno desta Ação será mais detalhada no item 6 deste artigo.

da para que os resultados das votações que interessavam à ditadura fossem sempre ao seu favor, como aconteceu visivelmente na votação da lei de Anistia em 1979.

Ao se examinar todo o processo de votação e promulgação da lei de Anistia é que se pode ter noção mais cabal da inexistência de um acordo que mereça este nome. Apesar de toda a mobilização social em prol da Anistia, o governo Figueiredo agiu, desde o início como se não existisse nenhum outro interlocutor além dos setores ligados à própria ditadura. Quando o ditador Figueiredo encaminha para o Congresso o Projeto de Lei da Anistia (PL 14/1979) em 27 de junho de 1979, realiza concomitantemente uma grande cerimônia transmitida em cadeia nacional, e na qual inclusive chora. Tudo parece ser uma concessão magnânima do governo, ou como batizou o Ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF 153 uma “medida excepcional fundada na indulgência soberana do Estado”, ou ainda, como registrou o Ministro Marco Aurélio no mesmo julgamento, “um ato de amor”.

Toda essa “generosidade”, porém, não impediu que fosse bloqueada a participação de qualquer outro ator institucional, inclusive dos próprios parlamentares da ARENA, na elaboração do projeto.²⁸ Tamanho desprendimento, igualmente, não logrou incluir na Anistia²⁹ aqueles que foram condenados por terem participado diretamente da resistência armada³⁰ e também esteve presente no veto final do presidente à expressão “e outros dispositivos legais” que constava no *caput* do Art.1º da Lei, mantendo apenas a Anistia para os punidos com fundamento em Atos Institu-

28 GRECO, op.cit., p.231-232. O projeto foi elaborado pelo Ministro-Chefe da Casa Civil, Golbery do Couto e Silva, pelo líder da Arena e Ex-Presidente do Senado, Petrônio Portella, pelo Chefe do SNI, Octávio Aguiar de Medeiros, pelo Chefe do Gabinete Militar, Danilo Venturini e pelo Secretário Particular do Presidente, Heitor Ferreira (MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a Anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; FAPESP, 2006. p.38).

29 Embora muitos tivessem sido indultados no final daquele mesmo ano e outros tivessem a sua pena reduzida pelo Superior Tribunal Militar, o fato é que ficaram de fora da Anistia, o que na prática significou que muitos saíram da cadeia em liberdade condicional, tendo que se apresentar periodicamente às autoridades constituídas e não podendo se ausentar inclusive do próprio estado no qual se encontravam.

30 Curioso é que a justificativa apresentada para excluir os condenados da Anistia é que os “terroristas” teriam se envolvido em ações que não seriam simplesmente contra o regime, mas sim “contra a humanidade” (*Ibidem.*, p.39). Na verdade, a definição consagrada no direito internacional para “crimes contra a humanidade” não abriga atos de resistência diante da tirania, mas sim atos que se dão em meio a uma política de sistemática eliminação de parcela da população civil, que no caso da ditadura civil-militar brasileira era deflagrada pelo regime contra todos os que coubessem nos contornos frouxos da categoria “subversivo”.

cionais e Complementares. Isto afastou da Anistia, por exemplo, todos os professores demitidos e os alunos expulsos pelo Decreto Lei 477/69.

Por fim, a “generosidade” foi tão vasta que se encarregou de inserir na lei uma definição ambígua e obscura da expressão “crimes conexos”, ou no dizer de alguns dos julgadores do STF na ADPF 153, uma “interpretação autêntica” do próprio *caput* do art.1º feita no § 1º do mesmo artigo. Foi uma forma engenhosa de garantir a impunidade dos criminosos de Estado sem ao mesmo tempo admitir que os mandantes e os agentes do governo ditatorial tenham cometido tortura, assassinato, desaparecimento e outras vilanias flagrantemente ilegais até para o simulacro de legalidade da ditadura. A interpretação esdrúxula, sacramentada pelo Supremo Tribunal Federal foi “enfia da goela abaixo” da sociedade brasileira, dos juízes, parlamentares e juristas de um modo geral, em uma época que, como o próprio Sepúlveda Pertence reconhece, em parecer que produziu naquele ano, qualquer possibilidade de excluir expressamente os torturadores da Anistia era inegociável pelo governo. Não há outra palavra para descrever tal medida senão a palavra “auto-Anistia”.

O projeto de lei, assim delineado, foi enviado para o Congresso, onde foi formada uma Comissão Mista para a sua análise. Apesar da surpreendente presidência da Comissão Mista exercida por Teotônio Vilela, com visitas aos presídios e declarações favoráveis aos presos políticos, a Comissão já havia sido montada com uma folgada maioria da ARENA sobre o MDB: 13 contra 9, sendo que um destes 9 só votava em caso de necessidade de desempate, visto que era o presidente da Comissão Mista. Durante o período em que a Comissão funcionou todas as tentativas de polemizar e discutir, empreendidas pelos membros filiados ao MDB, foram sucessivamente ignoradas pela maioria arenista, o que se evidenciou por fim no substitutivo do relator Ernani Satyro (sem dúvida, uma verdadeira *sátira* aos processos verdadeiramente democráticos), da ARENA: uma reprodução fiel do projeto enviado pelo governo, com a exceção de ter ampliado o prazo da Anistia de 28 de dezembro de 1978 para 27 de junho de 1979.³¹

A esta altura é importante lembrar que o verdadeiro protagonismo na bandeira da Anistia ampla, geral e irrestrita esteve com os movimentos populares pela Anistia. Contudo, suas reivindicações não podiam ter outro canal senão a oposição

31 GRECO, Op.cit., p.236-239. Esclarece ainda a historiadora Heloísa Greco que “o substitutivo do relator incorpora *in totum* não só o espírito mas a própria letra do projeto do governo cujo princípio se mantém incólume, acolhendo parcialmente apenas emendas inócuas de redação, 67 de um total de 305. O resultado de todas as votações é o infalível 13 a 8, sempre a favor da ARENA, garantindo a rejeição de todas as emendas que poderiam afetar ou mesmo tangenciar o disposto no projeto de lei enviado ao Congresso Nacional pelo *presidente da República*” (grifos da autora).

consentida naquele momento, ou seja o MDB. Este, por sua vez, revelava-se muitas vezes um verdadeiro campo minado, já que muitos dos seus parlamentares haviam sido cassados e outros apresentavam uma posição moderada, insuficiente para dar vazão a todas as questões desejadas pelos movimentos de Anistia brasileiros.³² A questão da Anistia transformou-se realmente em um fato de conhecimento massivo da população quando ela foi abraçada por autoridades como Teotônio Vilela e por instituições admitidas pelo governo como a OAB, a ABI, e a CNBB.

Antes da Comissão Mista ter aprovado o substitutivo de Satyro, formou-se uma Frente Parlamentar pela Anistia, apoiada tanto pelos CBA's como pelos presos políticos, no sentido de elaborar um substitutivo do MDB para confrontar o projeto do governo³³. Naquele momento, as chances, por mais improváveis que fossem, estavam em se formar uma forte coesão em torno desse substitutivo. Surgiu então a Emenda n.7 de 9 de agosto de 1979, assinada por Ulisses Guimarães (presidente do partido), Freitas Nobre (líder da minoria na Câmara) e Paulo Brossard (líder da minoria no Senado). Dalmo Dallari e José Paulo Sepúlveda Pertence participaram ativamente da sua redação. Entre os pontos altos do substitutivo do MDB estavam: a Anistia para todos os perseguidos políticos, inclusive para os condenados por participação na resistência armada; a rejeição explícita da Anistia recíproca, ainda que não mencionasse a apuração e a responsabilização pelos crimes de lesa-humanidade; a matrícula de estudantes punidos e a instauração de inquérito para apurar os desaparecimentos políticos.

O substitutivo foi assumido como fruto da decisão unânime do MDB tanto no Senado como na Câmara. Todavia, como já se registrou, prevaleceu o placar estático de 13 a 8, pelo substitutivo de Satyro. Para fazer frente a esta situação, a estratégia imaginada pelos movimentos pela Anistia era que o MDB, na ocasião das votações no Congresso, rejeitasse o projeto do governo e trabalhasse em um projeto substitutivo próprio que incorporasse as demandas dos movimentos. Contudo, muitos parlamen-

32 Por exemplo, nas manifestações parlamentares por ocasião da discussão da Lei de Anistia em 1979, muitos deputados do MDB utilizaram a palavra “terrorista” para se referir a quem se envolveu na resistência armada, e passaram a defender a anistia recíproca. Nenhuma das duas atitudes expressava o pensamento que estruturou a atuação dos CBA's, muito pelo contrário (RODEGHERO, DIENSTMANN e TRINDADE, op.cit., p.160-162). De todo modo, a defesa da anistia recíproca neste contexto cerca-se de maior complexidade, na medida em que havia diferentes concepções de anistia em duelo. Para maior detalhamento desta questão, ver: RODEGHERO, DIENSTMANN e TRINDADE, op.cit. e RODEGHERO, Carla Simone. A anistia entre a memória e o esquecimento. In: *História Unisinos*, São Leopoldo, vol.13, n.2, p.131-139, maio-ago 2009.

33 GRECO, op.cit., p.241.

tares do MDB entenderam que a batalha havia sido perdida na Comissão Mista e que o melhor que tinham a fazer agora era apoiar o projeto do governo que, bem ou mal, trazia vários benefícios, ainda que parciais.

No dia da votação da lei, dia 22 de agosto de 1979, cerca de 800 soldados à paisana estavam desde a madrugada ocupando quase a totalidade dos lugares nas galerias. Os militantes pela Anistia, contudo, não esmoreceram e, finalmente, por volta das 14h, depois de muito protesto e gritaria, conseguiram que os soldados saíssem das galerias. A segurança reforçada no ambiente coibia a todo o instante as manifestações dos militantes, apreendendo faixas e cartazes. Na véspera, uma bomba havia explodido na rampa do Congresso durante uma manifestação em prol da Anistia ampla, geral e irrestrita. A ordem do Planalto era bem clara: o substitutivo de Satyro deveria ser votado na mesma forma que ele chegou ao Congresso Nacional, caso contrário Figueiredo vetaria toda a lei.³⁴

Apesar de todo o cenário até aqui apresentado, o empenho dos movimentos pela Anistia surtiu um efeito importante: a aprovação do projeto do governo foi muito menos fácil do que se imaginava. Alguns parlamentares arenistas, inclusive, demonstravam claramente a intenção de rejeitar o substitutivo de Satyro. Explica Greco, citando fontes da imprensa da época, que tais parlamentares foram “chamados à responsabilidade” pelo líder do partido na Câmara, o deputado Nelson Marchesan, que inclusive lançou mão de um recurso regimental pelo qual os deputados que desrespeitassem as diretrizes partidárias poderiam perder o seu mandato.³⁵

Após a votação, colheu-se o seguinte resultado: em votação preliminar, o substitutivo do MDB é derrotado por 209 votos a favor contra 194 desfavoráveis³⁶ (entre estes os votos de 12 arenistas dissidentes); a aprovação do substitutivo de Satyro ocorre em bloco, pela votação dos líderes dos dois partidos, ou seja, não foi nominal. Porém, houve a discordância silenciosa de 12 dos 26 senadores e a declaração de voto contrário de 29 dos 189 deputados do MDB. Tais manifestações não puderam ser formalizadas, pois, repita-se, a votação foi em bloco, sem votação nominal.

34 Ibidem, p.254.

35 Ibidem, p.255.

36 A Arena, graças ao pacote de abril de 1977, possuía a maioria numérica no Congresso. Eram 231 deputados da Arena contra 189 do MDB. Eram 41 senadores arenistas contra 26 emedebistas. Tal maioria era ainda fortalecida pelo recurso aos 22 senadores biônicos. Ou seja, qualquer “deslize” contrário aos interesses do governo ditatorial seria “sanado” no Senado. É de se mencionar também que havia um outro substitutivo, votado na sequência, que previa a anistia aos condenados na luta armada, mas mantinha a anistia aos agentes da ditadura. Era o substitutivo Djalma Marinho, derrotado por 206 votos contrários e 201 votos favoráveis.

Este foi, portanto, o “acordo” no qual a sociedade “falou altissonante”³⁷. Não havia possibilidade de qualquer tipo de barganha ou jogo de influências que conseguisse afastar a intenção do governo de se auto-anistiar ou de restringir a Anistia aos perseguidos políticos. Caso ocorresse a improvável conversão de um número maior de deputados arenistas, das duas uma: ou o senado biônico reverteria o resultado ou o ditador Figueiredo simplesmente vetaria o resultado na sua totalidade. Afinal, que acordo foi este?

4. A ANISTIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O SURGIMENTO DE UMA ANISTIA PELA MEMÓRIA

A Emenda Nº 26 de 1985, aprovada já no governo Sarney, teve como missão central a convocação da Assembleia Nacional Constituinte,³⁸ mas trouxe também uma série de disposições relacionadas à anistia, buscando ampliar a abrangência da anistia de 1979, incorporando estudantes, dirigentes sindicais, servidores e empregados civis.

Manteve, porém, o seu caráter ambíguo ao reproduzir no texto a referência da anistia aos “crimes conexos”, o que na prática significava manter a impunidade para os agentes públicos que cometeram crimes contra a humanidade.

Registre-se aqui a preferência pelo termo “ambígua” para caracterizar a anistia aos ditadores e seus sequazes e não “bilateral”, pois, para utilizar corretamente este último termo, haveria que se pressupor a existência de dois lados, como ocorre em uma guerra entre dois exércitos inimigos. O que se teve durante as ditaduras civis-militares latino-americanas, que se alastraram com o beneplácito estadunidense durante a segunda metade do século passado, foi a perseguição desigual e brutal de

37 Como registrou a Ministra Carmem Lúcia em seu voto da ADPF 153.

38 No caso brasileiro, a Constituinte acabou sendo um Congresso Nacional Constituinte, já que os militares temiam perder o controle do processo de transição caso houvesse a eleição para uma Assembléia específica para elaborar a Nova Constituição (ZAVERRUCHA, Jorge. *Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988*. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson [Orgs.]. *O que resta da ditadura - a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p.44-45). A solução encontrada foi híbrida. Por um lado, como expressão das forças de oposição à ditadura, não aceitou que a tarefa consituente fosse passada a um Congresso eleito na vigência da ditadura, por outro, como resultado das pressões das forças pró-ditadura, vetou-se a eleição de uma Assembléia Constituinte “pura”. Assim, nas eleições gerais de 1986, os parlamentares eleitos, além das funções inerentes ao mandato, acumularam a missão de elaborar e aprovar a nova Constituição do Brasil.

cidadãos nacionais pelo seu próprio Estado,³⁹ justamente aquele que tinha o dever maior de protegê-los. Um crime incestuoso portanto, agravado pelo fato de que se estabeleceu a partir da tomada golpista do poder, com a destituição de um presidente eleito pelo voto popular e com a flagrante violação maciça da Constituição democrática de 1946 e dos direitos fundamentais que lhe davam sustentáculo.

A ambiguidade da anistia brasileira que aqui se quer destacar, além de se apresentar no contexto da Lei 6683/1979, recoloca-se a partir do processo constituinte que culminou na promulgação da Constituição Republicana de 1988. Como destaca de modo perspicaz Cristiano Paixão,⁴⁰ a partir das eleições de 1986 e mais intensamente com a instalação da constituinte tornou-se nítida a disputa em torno do significado da Constituição, seja no conflito em torno dos procedimentos adotados pelos constituintes para elaborar o texto, seja nos esforços de defini-la como o resultado de uma ruptura ou de uma continuidade com o regime de força.

Alguns, como os juristas Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Carlos Moreira Alves, declararam à época que a Constituição consagraria os ideais revolucionários de março de 1964, já outros, como Ulysses Guimarães e Mário Covas, fizeram questão de assinalar a Constituição como um marco de repúdio e ruptura à ditadura que se encerrava.⁴¹ O sentido da Constituição, especialmente no que se refere aos seus marcos principiológicos e à sua raiz identitária, já começou em franca disputa, e como se viu recentemente no julgamento da ADPF 153, assim continua.

A ambiguidade da anistia a partir do processo constituinte é fruto da própria ambiguidade deste processo. Por um lado, a constituinte representou uma rica mobilização de setores populares e de grupos organizados da sociedade civil que surpreenderam o forte controle do processo de transição política praticado pelos militares e demais setores de apoio à ditadura.

A mobilização e os procedimentos adotados ao longo do processo constituinte permitiram que os movimentos sociais e amplos setores populares verdadeiramente participassem e interferissem no resultado final. Foi o que se viu, por exemplo, na questão indígena,⁴² nos direitos dos trabalhadores (especialmente no tocante à

39 Para uma análise introdutória sobre a vertente criminológica que se debruça sobre os Crimes do Estado articulando-a com os marcos teóricos da justiça de transição, ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da . Crimes do Estado e Justiça de Transição. *Sistema Penal & Violência*, v. 2, p. 22-35, 2010.

40 PAIXÃO, Cristiano. A constituição em disputa: transição ou ruptura? In: SEELAENDER, Airton (Org.) *História do Direito e construção do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2012 (no prelo).

41 Ibidem.

42 Ver o belíssimo trabalho de Rosane Freire Lacerda sobre a inédita história de mobilização dos indígenas brasileiros ao longo do processo constituinte, suas vitórias e também os discursos

sindicalização e ao direito de greve), na questão ambiental, na ampliação do rol de direitos fundamentais e na sua blindagem via cláusulas pétreas, na explícita abertura ao direito internacional dos direitos humanos, à questão urbana (de modo ainda tímido); à abolição da desigualdade no tratamento dado aos filhos e às entidades familiares, ao novo papel atribuído ao Ministério Público, aos princípios que regem a Administração Pública, entre outros.

Por outro lado, algumas questões-chave permaneceram intocadas ou abordadas de maneira muito tímida ou insuficiente, como ocorreu no caso da reforma agrária, da segurança pública e das forças armadas⁴³. Diante do contexto ainda delicado do processo de redemocratização⁴⁴, os movimentos sociais que atuaram no processo constituinte, bem como outras forças políticas de repúdio à ditadura, e até mesmo os setores organizados em torno dos que foram perseguidos politicamente, não investiram nesses temas, em especial no relativo à estrutura repressiva e militarizada dos órgãos de segurança pública e da manutenção das forças armadas como uma espécie de poder moderador⁴⁵.

que contra eles se insurgiram: LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade - o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009 (ver sobretudo o terceiro capítulo, intitulado “A subida da rampa do Congresso Nacional: o protagonismo dos povos indígenas no processo constituinte - 1985/1988”).

43 Afirmando João Gilberto Lucas Coelho e Antonio Carlos Nantes de Oliveira, em sua análise da Constituição de 1988, escrita logo após a sua promulgação, que: “Desde a Proclamação da República, o papel institucional dos militares é tema de tratamento constitucional e grandes debates. A nova Constituição mantém este papel, em suas linhas gerais. Apresenta pequeno avanço em relação a situações anteriores” (COELHO, João Gilberto Lucas; OLIVEIRA, Antonio Carlos Nantes de. *A nova Constituição - avaliação do texto e perfil dos constituintes*. Rio de Janeiro: Revan, 1989. p.45).

44 Importante não esquecer a forte repressão praticada pelos militares durante a campanha das Diretas e especialmente na votação da Emenda Dante de Oliveira em 1984.

45 O artigo 142 da Constituição estatui que as forças armadas “destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. Ainda que este artigo tenha mencionado que a garantia da lei e da ordem se dá por iniciativa dos poderes constitucionais, fica no ar saber-se o que satisfaz a condição deste acionamento. A Lei Complementar n.69, de 1991 definiu que cabe ao Executivo o direito de pedir a intervenção interna. Outra pergunta que pode ser feita: o que representa a violação da ordem? Quais pessoas definirão isto? De todo modo, não creio que o Art. 142 esteja a legitimar a possibilidade de um Golpe de Estado, como argumenta Zaverucha em seu texto (ZAVERUCHA, Jorge. *Relações civis-militares*, p.49), ainda que sempre seja possível encontrar malabaristas do direito autoritário dispostos a endossar interpretações deste calibre quando lhes é conveniente. Porém, o Art. 142, em conjunto com os demais dispositivos constitucionais que tratam do tema, não demarca um estatuto suficientemente subordinado das forças militares ao poder civil e à democracia. Mantém-se ainda uma forte mi-

Assim, com a chegada da Constituição de 1988 as grandes pautas políticas nacionais de repúdio ao autoritarismo cederam espaço às demandas setorizadas dos emergentes e renovados movimentos sociais. É como se houvesse um campo de força barrando a discussão política e jurídica sobre as contas não pagas da ditadura e seus efeitos devastadores. Os movimentos populares, outrora unidos em torno de pautas políticas comuns, fragmentaram-se e passaram a se concentrar em seus objetivos específicos, o que embora tenha trazido o amadurecimento e aprofundamento das suas demandas, evitaram a confrontação mais direta com o recém findo regime ditatorial.

Apesar desse silenciamento contextual sobre a ditadura, que ainda fumegava em suas cinzas, é digno de nota o fato de que a nova base fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, em nenhuma das suas centenas de disposições normativas, repetiu a referência aos “crimes conexos”. Por outro lado, no Artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o constituinte firmou, com clareza inequívoca, que a anistia era devida aos que “foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares”. Aqui finalmente é expurgado do cenário jurídico brasileiro o monstro esquizofrênico da anistia aos crimes conexos, ao menos no texto constitucional.

Todavia, a inatividade das autoridades institucionais e dos movimentos sociais, com exceção do corajoso e persistente esforço dos amigos e familiares de mortos e desaparecidos políticos, contribuiu para manter viva, isolada, segura e esquecida esta criatura aberrante, que foi vividamente ressuscitada pelo Supremo Tribunal Federal em 2010 no julgamento da ADPF 153. Alguns Ministros,⁴⁶ sabedores

litarização das forças de segurança no país, aplicando ao policiamento interno, do qual participa ostensivamente a polícia militar, o mesmo caráter de combate ao inimigo que predominou ao longo da ditadura. Mantém-se, igualmente, a justiça militar. A legislação que regula a vida militar, como o Código Penal Militar, por exemplo, vem dos anos ditatoriais.

De todo modo, é sintomático que na primeira versão apresentada do Art. 142, quando não se atribuía aos militares o papel de garantidores da lei e da ordem, o Ministro do Exército à época, General Leônidas Pires Gonçalves, tenha ameaçado zerar todo o processo de redação constitucional e o então Presidente da Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições (que era encarregada dos capítulos ligados às forças armadas e à segurança pública), Senador Jarbas Passarinho, o mesmo que endossou o AI-5 mandando às favas os escrúpulos, tenha dito que a esquerda queria se vingar dos militares e deles retirar a responsabilidade pela ordem interna (Ibide, p.50). Diante da pressão, os constituintes voltaram atrás e fizeram o texto citado acima. Não há no Brasil, portanto, até os dias atuais, uma clara separação entre a polícia, que por vocação deveria cuidar da segurança interna, e as forças armadas, vocacionadas para os conflitos externos.

46 Como foi o caso de Gilmar Mendes e de Eros Grau em seus votos.

de que o texto constitucional de 1988 não traz qualquer fundamento ou menção de uma anistia aos agentes da ditadura, invocaram e defenderam a estranha tese de que a constituinte que produziu a Constituição de 1988 não era plenamente soberana, estando adstrita aos limites estabelecidos pela Emenda Constitucional N° 26/1985, mesmo sendo esta uma emenda à “Constituição” de 1967, forjada e imposta em pleno regime autoritário.

Veja-se, portanto, que, ao contrário do que foi argumentado no julgamento da ADPF 153, a anistia aos agentes da ditadura não foi recebida pelo texto constitucional de 1988. Por outro lado, também não foi expressamente repudiada. De todo modo, ao não mencionar o tema e ao assinalar o forte repúdio à tortura, considerada crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia⁴⁷, a partir dos seus princípios e direitos fundamentais, a Constituição revela-se um local muito pouco confortável para abrigar a anistia aos crimes conexos entendida como a anistia aos crimes dos agentes da ditadura. Há uma evidente contradição principiológica e valorativa no argumento de que a Constituição brasileira de 1988 endossa a anistia a tais crimes.

Além de excluir da sua apreciação a anistia aos crimes da ditadura, o Artigo 8° do ADCT lançou as bases de uma verdadeira política de reparação aos ex-perseguidos políticos. Porém, como era de se esperar naquele ambiente ainda mutilado politicamente, contaminado pelo esquecimento forçado e seguido de perto pelo autoritarismo, a lei regulamentadora dessa política de reparação sinalizada pelo texto constitucional só viria à luz mais de 20 anos depois, mais precisamente em 2001.

Os anistiandos brasileiros, organizados em Associações representativas, finalmente conseguiram se articular o suficiente para pressionar o governo Fernando Henrique Cardoso a regulamentar o Art.8° do ADCT via Medida Provisória, a MP N° 2.151 de 2001, com a participação do então Ministro da Justiça José Gregori. Registre-se que o mesmo governo já tinha o mérito da instauração da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos e do reconhecimento oficial da prática do desaparecimento forçado por parte do Estado brasileiro na Lei N° 9.140 de 1995, o que

47 No Art. 5°, XLIII a Constituição estabelece esta condição, complementada pela Lei 9.455/97. Importa mencionar, além disso, o Art. 5°, §4° que reconhece a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional. O Tratado de Roma penetra a ordem jurídica interna brasileira por força do Decreto Legislativo N° 4.388/2002, estabelecendo explicitamente que a tortura praticada de forma sistemática a parcelas da população civil, ou seja, como prática de um crime contra a humanidade é imprescritível. Por fim, a Constituição demarca no Art. 5°, XLIV que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. Ora não foi exatamente isto que fizeram os militares golpistas de 1964, com o apoio de grupos civis?

também foi o resultado da decisiva mobilização dos amigos e familiares de mortos e desaparecidos políticos.⁴⁸

Posteriormente, a MP N° 2.151/2001 foi convertida na Lei N° 10.559/2002, que instituiu a Comissão de Anistia.⁴⁹ A nova lei de anistia, além de prever direitos como a declaração de anistiado político, a reparação econômica, a contagem do tempo e a continuação de curso superior interrompido ou reconhecimento de diploma obtido no exterior, institui a Comissão de Anistia, vinculada ao Ministério da Justiça, e que fica responsável pela apreciação e julgamento dos requerimentos de anistia.⁵⁰

Observando a atuação da Comissão de Anistia, desde a sua criação, e, especialmente, durante o segundo mandato do Presidente Lula, a condução do Ministério da Justiça por Tarso Genro e a presidência da Comissão por Paulo Abrão Pires Junior, percebe-se uma radical mudança na concepção da anistia como política de esquecimento. Em primeiro lugar, ao exigir a verificação e comprovação da perseguição política sofrida,⁵¹ a lei de anistia acaba suscitando a apresentação de documentos e narrativas que trazem de volta do esquecimento os fatos que haviam sido desprezados pela anistia de 1979. Passa a ser condição para a anistia a comprovação e detalhamento das violências sofridas pelos perseguidos políticos.

Nas sessões de julgamento da Comissão de Anistia, os requerentes que estão presentes são convidados a se manifestarem, proporcionando em muitos casos importantes testemunhos, que são devidamente registrados. Os autos dos processos

48 Importante também mencionar os esforços de diversas Comissões especiais formadas nos diferentes Estados da Federação com o intuito de fornecer reparações civis aos que sofreram sevícias e maus tratos nas mãos dos agentes da ditadura. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a Comissão especial foi instituída em 1997, durante o Governo Britto através da Lei N° 11.042/97.

49 Nesta altura sirvo-me de alguns apontamentos já registrados em: SILVA FILHO, Dever de memória e a construção da história viva, p. 82-84.

50 A Comissão é composta hoje por 25 Conselheiros e Conselheiras escolhidos e nomeados pelo Ministro da Justiça, e liderados pelo Presidente da Comissão de Anistia, também escolhido pelo Ministro. Dos membros da Comissão um necessariamente representa o Ministério da Defesa e outro representa os anistiandos. Os membros da Comissão possuem, quase todos, formação jurídica, e, de um modo geral, atuam na área dos direitos humanos. Os Conselheiros não recebem pagamento pelo seu trabalho, considerado, de acordo com a lei, de relevante interesse público. O conselho funciona como um tribunal administrativo, mas a responsabilidade final da decisão é do Ministro da Justiça, completando-se o processo de anistia apenas após a assinatura e publicação da Portaria Ministerial.

51 Em seu art. 2º, a Lei 10.559/2002 prevê ao todo 17 situações de perseguição por motivação exclusivamente política que justificam o reconhecimento da condição de anistiado político e os direitos dela decorrentes. Aqui estão prisões, perda de emprego, ser compelido ao exílio, ser atingido por atos institucionais, entre outras situações.

contêm uma narrativa muito diferente daquela que está registrada nos arquivos oficiais. Os processos da Comissão de Anistia fornecem a versão daqueles que foram perseguidos políticos pela ditadura militar, contrastando com a visão, normalmente pejorativa que sobre eles recai a partir dos documentos produzidos pelos órgãos de informação do período.

Durante a gestão de Tarso Genro no Ministério da Justiça e de Paulo Abrão Pires Junior como Presidente da Comissão de Anistia, a Comissão passou a implementar políticas de memória. Uma das mais expressivas e que vem alcançando grande repercussão nacional são as Caravanas da Anistia. Nelas, a Comissão se desloja das instalações do Palácio da Justiça em Brasília e percorre os diferentes Estados brasileiros para julgar requerimentos de anistia emblemáticos nos locais onde as perseguições aconteceram, realizando os julgamentos em ambientes educativos como Universidades e espaços públicos e comunitários.⁵²

Durante esses julgamentos, todos os procedimentos, inclusive os debates e as divergências entre os Conselheiros e as Conselheiras, são realizados às claras, diante de todos os presentes e contando sempre com o testemunho emocionado de muitos anistiandos e anistiandas. Esses testemunhos expressam de modo cristalino as características do testemunho como ligação entre memória e história. A experiência das Caravanas da Anistia permite que se vivencie algo insubstituível: testemunhar o testemunho. A narrativa do sofrimento é quase impossível, mas, como disse Adorno, é a condição de toda verdade.⁵³ É a possibilidade de recolocar no plano simbólico a violência negada e repetitiva.

O momento alto das Caravanas e de todas as sessões de apreciação de requerimentos de anistia, o que já indica a mudança de sentido da anistia a partir das práticas da Comissão e do que estabelece o texto constitucional, é o pedido formal de

52 Até outubro de 2012, 63 Caravanas foram realizadas em todo o Brasil. Em recente publicação, apoiada pelo Projeto Marcas da Memória, está o detalhamento das primeiras 50 Caravanas realizadas acompanhado de diversos textos escritos sobre o significado das Caravanas, escritos por diversas personalidades dentre artistas, intelectuais, pesquisadores, ex-perseguidos políticos, juristas, jornalistas, entre outros. Ver: COELHO, Maria José H.; RITTA, Vera (orgs.). *Caravanas da Anistia: o Brasil pede perdão*. Brasília: Ministério da Justiça; Florianópolis: Comunicação, Estudos e Consultoria, 2012. Uma descrição mais sucinta de todas as Caravanas realizadas de 2007 a 2010 pode ser vista em: *Ações Educativas da Comissão de Anistia - relatório de gestão 2007-2010*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Para as Caravanas mais recentes, inclusive com vídeos, entrevistas e transcrição de depoimentos, ver o Blog do Ministério da Justiça no site: <http://blog.justica.gov.br>.

53 ADORNO, Theodor W. *Dialectica negativa*. Tradução de Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005. p.28.

desculpas em nome do Estado brasileiro aos que por ele foram perseguidos no passado⁵⁴. Tal pedido é formulado de viva voz pelo Presidente da sessão ao comunicar o resultado de deferimento do pedido e integra o texto do voto vencedor.

54 Diante disto e de tantas outras ações que vem sendo desenvolvidas pela Comissão de Anistia soa no mínimo incompreensível a crítica feita por Glenda Mezarobba de que o fato de a Comissão ser chamada de Comissão de “Anistia” seja o suficiente para desacreditar as suas ações. A autora parece não perceber o aspecto libertário e memorialístico presente na palavra “anistia” e o seu caráter historicamente ambíguo no Brasil, assinalado neste artigo.

Ela ainda afirma o seguinte: “Como se pode conceber que tais perseguidos precisem, ainda hoje, ingressar no órgão instalado no Ministério da Justiça com um pedido de anistia política e, em caso de tal pedido ser aceito, aguardar pela publicação da ‘concessão do benefício’ no *Diário Oficial da União*, exatamente como era no governo do general João Baptista Figueiredo, depois da aprovação da anistia? Por que as vítimas, e não o Estado, têm de pedir perdão pelos sofrimentos que lhes foram impingidos? Isso sem mencionar as recém-criadas Caravanas da Anistia, parte integrante de um projeto de educação em direitos humanos da comissão, cuja proposta é percorrer todos os estados do país, difundindo ‘conhecimento histórico’ e buscando mobilizar a sociedade para o tema, inclusive com o julgamento de casos, algumas vezes na presença do próprio ministro da Justiça. Se em sentido amplo o significado da anistia é esquecimento, o que seria isso, senão a permanência da lógica do arbítrio, da falta de memória, da omissão, ainda que em sua concepção os objetivos a serem realizados possam ser outros?” (MEZAROBBA, Glenda. O processo de acerto de contas e a lógica do arbítrio. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson [Orgs.]. *O que resta da ditadura - a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p.117). Ora, pressupõe-se que todo o pesquisador quando se debruça sobre um fato da realidade que estuda busque fazê-lo aproximando-se deste fato. Diante das observações feitas pela autora, é possível deduzir que não ocorreu, no seu caso e com relação às Caravanas da Anistia, tal aproximação. Para começar, quem pede perdão, como já foi mencionado, não são as vítimas e sim o Estado. Em segundo lugar, a anistia da qual trata a Lei Nº 10.559/2002 e a Constituição em seu Art. 8º do ADCT não é a anistia penal, volta-se para o aspecto da reparação. Tanto a Lei Nº 6683/1979 como a EC Nº 26/1985, além de tratarem da anistia penal, também estabeleceram, ainda que de modo restrito, o direito à reparação, o que ajuda a explicar porque o tema da reparação ficou vinculado ao tema da anistia. Porém, a Constituição de 1988 desvincula a reparação da idéia de “crime político” e a aproxima do conceito de “perseguição política”, mudando radicalmente o sinal. O fato de esta reparação, que não é só econômica, mas é também moral, ser chamada de “anistia” não a torna algo arbitrário e tampouco a vincula à noção de esquecimento. O significante anistia comporta outros significados, especialmente em um país como o Brasil, no qual o termo tem experimentado flagrante ambiguidade. Quanto ao reclamo de Mezarobba de que o procedimento da concessão da reparação seja igual ao da época de Figueiredo, importa dizer que o Estado não deve mesmo conceder de ofício tal reparação. É um direito do ex-perseguido político querê-la ou não, havendo até mesmo os que a repudiam. E é claro que o pedido deverá ser analisado e, caso concedido, que a decisão seja publicada mesmo no Diário Oficial da União, como o devem ser todos os atos públicos. Basta lembrar que cerca de 34% dos pedidos feitos à Comissão foram indeferidos, e que muitos não guardavam qualquer relação com a perseguição política praticada na ditadura. Por fim, as aspas que a autora coloca na

5. A COMISSÃO DE ANISTIA E AS CRÍTICAS AOS VALORES DAS REPARAÇÕES

Desde a sua criação a Comissão de Anistia sempre sofreu ataques da imprensa questionando os valores pagos a título de reparação. O problema não é o questionamento em si, visto que é obviamente saudável que se debata democraticamente os critérios adotados para aferir os valores reparatórios, mas sim o modo desrespeitoso e mal informado pelo qual, em muitas ocasiões tal questionamento é feito.

Utiliza-se aqui como exemplo a cobertura dada pelo Jornal O Globo⁵⁵ no lançamento do Projeto Caravanas da Anistia, ocorrido na sede da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) no Rio de Janeiro no dia 04 de abril de 2008, e em especial às reparações que foram concedidas aos jornalistas e cartunistas Ziraldo e Jaguar.

Em notícia publicada no dia 05 de abril de 2008, logo após a realização da Caravana, e que traz o título “Críticaram a ditadura e ganharam R\$ 1 Milhão”,⁵⁶ não

expressão “conhecimento histórico”, atribui uma conotação pejorativa às Caravanas da Anistia, o que é grave caso nos lembremos de que nelas o ponto alto é justamente o testemunho dos que foram perseguidos politicamente. Figuras como Clara Scharf, Teodomiro Romeiro dos Santos, Gilney Vianna, João Vicente Goulart Filho, Joseph Comblin, Rose Nogueira, Alípio Freire, Maurice Politti, Perly Cipriano, Suzana Lisboa, Iara Xavier Pereira, Raul Pont, Hildegard Angel, Carlos Eugênio da Paz, Denise Crispim, e tantos outros já deram seu testemunho em Caravanas que reúnem jovens, adultos e idosos em locais públicos e espaços educativos. Afirmar que estes e tantos outros testemunhos não contribuem para divulgar conhecimento histórico sobre a ditadura é no mínimo estranho.

55 Em pesquisa feita no Jornal O Globo, de 2001 a 2010, sobre a repercussão das atividades da Comissão de Anistia foi possível constatar também que embora as críticas quanto aos valores e critérios praticados pela Comissão fosse uma constante nas notícias, houve uma incidência ainda maior de notícias destacando o papel político exercido pelos requerentes ou a perseguição que eles sofreram, resultado que surpreendeu a expectativa inicial da pesquisa. De um modo geral, a maior parte das notícias que destacavam a polêmica sobre os valores e critérios também fazia uma referência ao reconhecimento da perseguição sofrida e da militância exercida (Ver: SILVA FILHO, José Carlos. A Comissão de Anistia e a Concretização da Justiça de Transição no Brasil - Repercussão na Mídia Imprensa Brasileira - Jornal O Globo - 2001 a 2010. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; TORELLY, Marcelo Dalmás; ABRAO, Paulo (Orgs.). *Justiça de Transição nas Américas - olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Forum, 2013. *prelo*).

56 AUTRAN, Paula; DUTRA, Marcelo. Críticaram a ditadura e ganharam R\$ 1 milhão. *O Globo*, Rio de Janeiro, 05 abr. 2008. Primeiro Caderno, p.18.

só fez-se uso da pejorativa expressão “Bolsa-Ditadura”,⁵⁷ como também deixou-se de lado a explicação acerca dos critérios para a fixação dos valores. Como se pode deduzir do próprio título da notícia, bem como do seu texto, o que causou perplexidade ao Jornal foi a concessão do retroativo, não propriamente do valor fixado para a reparação mensal, mas na notícia não se fornece uma explicação sobre o que consiste e sobre como é calculado o valor do retroativo.

O julgamento dos pedidos de reparação de Ziraldo e de Jaguar marcou, além do lançamento do Projeto Caravanas da Anistia, a comemoração dos 100 anos da ABI. Curiosamente, a própria imprensa, na comemoração dos 100 anos da entidade que a representa, não deu a importância que a ocasião merecia. No Jornal O Globo, por exemplo, mal foi mencionado que a cerimônia também homenageou os jornalistas Davi Capistrano, com a presença de sua viúva, Maria Augusta Capistrano, de 89 anos, e Vladimir Herzog; que o filho de Vladimir, Ivo Herzog, recebeu a placa de Maurício Azedo, presidente da ABI, em reconhecimento ao papel de seu pai na construção da democracia. Disse ele: “A história de Vlado não pertence apenas à minha família, mas ao Brasil. O que aconteceu com ele foi uma vergonha. O reconhecimento do Estado ajuda a não se cometer mais os mesmos erros”.⁵⁸

A indenização que Ziraldo e Jaguar receberam é fruto de um direito de status constitucional garantido pela Lei Nº 10.559/2002, a lei que regula a anistia política no Brasil, e que, por sua vez, se apóia no Art.8º do ADCT. A Lei prevê que quem perdeu seu emprego ou atividade laboral por ter sido perseguido politicamente pelo regime ditatorial faz jus a uma prestação mensal, permanente e continuada no valor do salário que hoje teria se não houvesse sido demitido ou perdido sua atividade laboral. O valor dessa prestação pode levar em conta os planos de carreira e as pro-

57 O termo “Bolsa-Ditadura” surgiu pela primeira vez em texto do jornalista Elio Gaspari publicado no Jornal O Globo em 12 de março de 2008, intitulado: “Em 2008 remunera-se o terrorista de 1968”. O texto comentava a reparação recebida por Diógenes Carvalho de Oliveira, apontado como uma das pessoas que teria colocado uma bomba no Consulado Estadunidense em São Paulo e cuja explosão vitimou Orlando Lovecchio Filho, que veio a perder uma perna. O jornalista compara a reparação recebida por Diógenes com uma pensão especial recebida por Lovecchio (que não provém da Comissão de Anistia), sendo esta menor que aquela. Neste texto, mesmo reconhecendo o direito de Diógenes, Gaspari critica a reparação menor recebida por Lovecchio e utiliza pela primeira vez o termo “Bolsa-Ditadura” para se referir à reparação pecuniária determinada pela Comissão de Anistia, demarcando sem dúvida um tom pejorativo para ela (GASPARI, Elio. Em 2008 remunera-se o terrorista de 1968. *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 mar. 2008. Seção Elio Gaspari, p.7).

58 Disponível em http://www.vermelho.org.br/noticia_print.php?id_noticia=33245&id_secao=1. Acesso em 12/10/2012.

gressões e promoções previstas para cada tipo de profissão (funcionários públicos, militares, professores, jornalistas, profissionais liberais, etc). A Comissão de Anistia, como forma de estabelecer valores razoáveis para as indenizações, e a partir do que a própria lei lhe permite,⁵⁹ tem adotado de modo predominante desde 2008 o critério médio indicado em planos de cargos e salários estabelecidos em pesquisas de mercado que são atualizadas mês a mês.

Importa saber que tanto Ziraldo quanto Jaguar tiveram fechados pelos agentes da repressão jornais e revistas que fundaram e nos quais trabalharam. O valor fixado para ambos, com base na atividade laboral que perderam, foi de R\$ 4.375,88 por mês, valor ao qual farão jus mensalmente até o fim da vida. Não é, portanto, um salário exorbitante ou acima da média do que recebem muitos profissionais de classe média no Brasil. O alto valor alardeado pela grande mídia (em torno de R\$ 1 milhão) diz respeito ao retroativo. De acordo com o art.6º, parágrafo 6º da Lei Nº 10.559/2002, o anistiado tem o direito de receber o retroativo equivalente aos cinco anos anteriores à data de entrada do pedido de anistia, até o limite do dia da promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse direito é bem menor do que, por exemplo, alguém que é reintegrado ao serviço público por decisão judicial, pois, neste caso, o reintegrado faz jus ao valor de todos os salários que não recebeu desde a data em que foi exonerado. Acrescente-se, ainda, que somente quando a prestação mensal, permanente e continuada for até o valor de R\$ 2.000,00 é que o valor do retroativo será recebido em uma única parcela, quando o valor ultrapassa tal soma, o retroativo é pago em parcelas diferidas por 9 anos⁶⁰.

Outro aspecto que é sempre bom lembrar é o fato de que, para a grande maioria dos perseguidos políticos pela ditadura militar, a anistia de 1979 nada representou em termos de indenização ou reparação econômica. Os valores dos retroativos hoje são altos porque o Estado demorou mais de 20 anos para pagar a sua dívida com essas pessoas, ou seja, mais tempo do que durou o próprio golpe militar. O que eles hoje recebem de indenização representa, na maioria dos casos, o salário que não ganharam esse tempo todo.

59 O Art. 6º, § 1º da Lei 10.559/2002 prevê expressamente a possibilidade de que o valor da prestação mensal, permanente e continuada seja arbitrada com base em pesquisa de mercado.

60 Conforme estabelecido na Lei 11.354/2006, disponível em <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%2011.354-2006?OpenDocument>>. Acesso em 12. Out. 2012.

O Estado ainda está em mora com muitos perseguidos políticos,⁶¹ sendo que muitos deles morreram sem ver a sua anistia reconhecida, sem ter recebido a sua indenização e, o que é pior, sem a sua reabilitação moral diante da sociedade brasileira, que só um instituto como a anistia política pode dar. Em respeito à luta de todas essas pessoas e a toda sociedade brasileira, não se pode admitir expressões ofensivas, maldosas e injustas como “Bolsa-Ditadura”.

É bem verdade que ocorreram algumas indenizações cujo valor mensal fixado foi muito alto e acima da média do trabalhador brasileiro. Mas casos como este são isolados e localizados mais ao início das atividades da Comissão. A média dos valores das prestações mensais (quando é o caso de prestação mensal e não de prestação única) é de R\$ 2.960,52.⁶² É preciso também saber que, dos requerimentos já julgados pela Comissão de Anistia até o final de 2010, cerca de 34% foram indeferidos. Além disso, 41,33% de todos os requerimentos apreciados pela Comissão até Dezembro de 2010 foram deferidos mas sem a concessão de qualquer reparação econômica,⁶³ visto que a Lei 10.559/2002 prevê outros direitos além desta modalidade de reparação, tais como: a declaração de anistiado político, a contagem do tempo, a reintegração/readmissão de servidores e empregados públicos e a conclusão de curso interrompido por perseguição política em escola ou Universidade pública.

Estabelecer um procedimento público mediante o qual o Estado reconheça que errou ao perseguir, torturar, matar e seviciar cidadãos que estavam sob sua custódia, e estabelecer uma indenização para aqueles que foram alvo da repressão estatal, muitos dos quais com vidas destruídas e dilaceradas, é o mínimo que um país que se pretenda uma democracia deve prover, já que, até o presente, não julgou aqueles que

61 Até Dezembro de 2010 foram autuados 68.517 requerimentos de anistia na Comissão de Anistia, dos quais 57.628 foram julgados até Dezembro de 2010. Deste total, até Dezembro de 2010, foram indeferidos 19.603 (34%) e deferidos 38.025 (66%). Dados obtidos em: RELATÓRIO ANUAL DA COMISSÃO DE ANISTIA - 2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p.119.

62 Este valor é referente à média de valores de prestações mensais concedidas durante a gestão de Tarso Genro no Ministério da Justiça (2007-2010). Levando-se em conta cada gestão do Ministério desde a criação da Comissão de Anistia, tem-se as seguintes médias de valores das prestações mensais: José Gregori (R\$ 5.644,52), Aloysio Nunes Ferreira Filho (R\$ 4.049,02), Miguel Reale Júnior (R\$ 3.294,13), Paulo de Tarso R. Ribeiro (R\$3.861,24), Márcio Thomaz Bastos (R\$ 3.935,70). Dados obtidos em: RELATÓRIO ANUAL DA COMISSÃO DE ANISTIA - 2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p.120.

63 ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição no Brasil. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de Transição* - manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; New York: International Center for Transitional Justice, 2011. p.491.

torturaram e mataram sob o manto do Estado. Trata-se de um princípio elementar do Direito: quem causou o dano deve repará-lo. E quando o Estado, via legislativo, assume a causação deste dano e indeniza o lesado (em um valor infinitamente menor ao que efetivamente muitos perderam, e com relação a prejuízos de ordem física e moral incalculáveis), sem a necessidade do processo judicial, é sinal de um pacto democrático, de resgate da memória, de reconciliação⁶⁴ com os erros do passado, e que está firmado na Constituição de 1988.

Por outro lado, nenhum dos agentes públicos que cometeram as atrocidades inenarráveis que a Comissão de Anistia lê, ouve e constata em seus requerimentos e sessões de apreciação, perdeu o seu emprego por isto, continuando a receber seus salários e, depois, a sua aposentadoria ou pensão. Certamente se fosse calculado o valor das pensões militares pagas a todos os militares que se envolveram diretamente na prática de crimes contra a humanidade, seja ordenando, executando ou se omitindo, o valor superaria de longe o que o Estado brasileiro vem pagando aos ex-perseguidos políticos.

Por outro lado, é também importante saber que a Lei de Anistia de 2002, embora tenha sido, juntamente com a Lei N° 9.140,1995 que instituiu a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos, o caminho pelo qual foi possível trazer à tona a discussão sobre as dívidas em aberto da ditadura, também tem as suas imperfeições e incoerências, visto que representa o resultado de um embate político de forças no qual prevaleceu a pressão dos funcionários públicos, dos empregados da iniciativa privada com carteira assinada e os profissionais liberais que conseguiram comprovar o exercício da sua atividade à época da perseguição. Para estes, como já se disse, a

64 Termos como “reconciliação” e “perdão” provém da esfera religiosa e quando utilizados para o plano político devem ser compreendidos como metáforas relacionadas à esfera pública. O perdão, propriamente dito, assim como a reconciliação, remetem a um plano pessoal estranho ao da política, privativo das vítimas e dos ofensores diretos (Ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da . Memória e Reconciliação Nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira. In: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo ; TORELLY, Marcelo D. (Org.). *A Anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília; Oxford: Ministério da Justiça; Oxford University, 2011. p. 278-307). Ao invocar a reconciliação para a esfera pública, quer-se indicar a recuperação da confiança nas instituições públicas que foram cúmplices e permitiram operacionalmente a prática de crimes contra a humanidade, cujas vítimas foram os próprios cidadãos. Em um país como o Brasil, no qual o Judiciário, amplamente cúmplice dos crimes da ditadura, e as forças de segurança, executoras diretas da opressão, continuam a encobrir a gravidade desses crimes e a praticar a tortura sistematicamente, a efetiva reconciliação, possível no espaço público, está longe de acontecer, a despeito de todas as ações de reparação que vem sendo empreendidas pela Comissão de Anistia e pela Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos.

indenização prevista (desde que se comprove que a perda do emprego ou da atividade laboral se deu por motivação exclusivamente política) é uma prestação mensal, permanente e continuada que tem como critério para sua fixação o valor do salário que aquele profissional estaria recebendo hoje caso não houvesse sido demitido⁶⁵, recebendo, ainda, o retroativo equivalente a 5 anos antes da formulação do pedido de indenização, tendo como limite a data de 05 de outubro de 1988.

Por outro lado, quem não conseguiu comprovar perda de vínculo laboral por motivação política (porque não era empregado ou funcionário público - sendo estudante, por exemplo), mas foi preso, torturado, monitorado, etc, tem o direito a receber uma indenização em prestação única equivalente a 30 salários mínimos por ano ou fração de ano de perseguição política, até o limite de R\$100.000,00. Constata-se com isto que a Lei de Anistia simplesmente reproduz o modelo desigual já existente na sociedade brasileira, no qual um agricultor, um jornalista, um servente, etc ganha muito menos do que um alto funcionário público, um jornalista, um advogado, etc.

Um estudante, por exemplo, pode ter oferecido intensa resistência e mobilização política contra a ditadura e receber no máximo R\$100.000,00, enquanto um funcionário público ou um bancário, pode não ter tido qualquer mobilização mais expressiva (sendo demitido, por exemplo, porque o seu irmão era filiado ao PCB) e receber um valor muitíssimo maior.

Apesar disto, importa lembrar que tais critérios foram definidos em lei, discutida democraticamente e em acordo com as instituições públicas e a Constituição, não são fruto do que a Comissão e seus Conselheiros e Conselheiras acham o mais adequado. A Lei de Anistia de 2002 foi bem mais além do que a de 1979, mas ainda padece de insuficiências e incoerências. Foi aquela possível de se alcançar no momento político em que surgiu. E se ela por um lado perpetua injustiças e desigualdades estruturais do modelo econômico capitalista no qual estamos mergulhados, ela permite, como já se disse, que o Estado brasileiro reconheça publicamente que errou ao perseguir, matar e torturar pessoas que deveria proteger, e por cujos direitos deveria zelar. Permite que o Estado formalize publicamente o pedido de desculpas pela perseguição promovida, com declaração que consta no texto dos votos e que é feita presencialmente sempre que o anistiado está presente à sessão de julgamento.

A história dos perseguidos políticos da ditadura civil-militar brasileira está sendo contada agora, nos processos de todos eles. A história contada pelos documentos oficiais de monitoramento já se conhece em parte, embora com lacunas atroz

65 Importa esclarecer que a natureza da prestação mensal, permanente e continuada, assim como da prestação única, não é salarial nem previdenciária. É indenizatória. O que tem caráter trabalhista é, tão-somente, o critério escolhido pela lei para a fixação do valor indenizatório.

que se devem ao caráter ainda autoritário das forças armadas, que se negam a divulgar os seus arquivos e a informar a localização dos restos mortais dos desaparecidos políticos. Muitos fatos só estão agora vindo à tona. Se não houvesse a lei da anistia o debate estaria submerso, e se estaria ainda mais distante de uma autêntica democracia.

6. A COMISSÃO DE ANISTIA E O DEBATE SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES DA DITADURA

O processo de transição política brasileiro, ainda em curso, teve a peculiaridade de ser capitaneado, ainda que tardiamente, pelos processos de reparação, um dos pilares do conceito de justiça de transição. As Comissões de reparação brasileiras, em especial a Comissão de Anistia, acabaram por inserir em suas atividades a presença de outros dois pilares do conceito (o quarto e último pilar é a Reforma das Instituições Democráticas, ainda pendente de um enfrentamento mais direto): a Justiça e o Direito à Memória e à Verdade.⁶⁶

A Justiça diz respeito à responsabilização de caráter penal aos agentes públicos que cometeram crimes de lesa-humanidade. Foi somente após quase trinta anos da edição da Lei de Anistia de 1979 que finalmente o tema do julgamento dos agentes repressores da ditadura brasileira por violações aos direitos humanos e por cometimento de crimes contra a humanidade conseguiu sair do círculo mais restrito dos familiares e amigos das vítimas do regime de exceção e dos grupos militantes, alcançando de modo insistente as páginas dos principais jornais do país e a esfera pública institucional.

Há um episódio que demarcou claramente esta mudança de cenário.⁶⁷ No dia 31 de julho de 2008 a Comissão de Anistia organizou uma audiência pública no

66 Também consultar: ABRÃO, Paulo; TORELLY, M. D.; ALVARENGA, R. V.; BELLATO, S. A. Justiça de Transição no Brasil: o papel da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 1, p.12-21, jan/jun, 2009.

67 Importante também mencionar a corajosa e importante sentença do juiz Gustavo Santini Teodoro, de outubro de 2008, confirmada pelo Tribunal de Justiça paulista em agosto de 2012, e que, embora só tenha efeitos declarativos, foi a primeira manifestação judicial que reconheceu explicitamente um ex-agente público brasileiro como torturador: o Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, apontado em dezenas de relatos de ex-perseguidos como torturador e que foi comandante da temida Operação Bandeirante em São Paulo na década de 70. É muito pouco para um Poder Judiciário que se pretende democrático e garantidor de direitos fundamentais. O Poder Judiciário, dos três poderes da República, é o mais avesso à discussão transicional, especialmente quando o tema é a responsabilização dos agentes da ditadura.

prédio sede do Ministério da Justiça em Brasília para discutir as possibilidades jurídicas de julgamento dos torturadores que atuaram em prol do governo ditatorial. A reação da imprensa foi imediata e incessante, e, apesar da tentativa inicial de desqualificar o debate, pautou o tema com elevada frequência em jornais, revistas e outros meios de massa. Artigos a favor e contra a possibilidade do julgamento eram publicados e não paravam de surgir nas páginas dos principais jornais do país. Até então este parecia um assunto proibido.

O então Presidente do Conselho Federal da OAB, Cezar Britto, compareceu à audiência e meses depois, sob a influência da discussão, mobilizou o Conselho e propôs, com a assinatura de Fábio Konder Comparato, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153 no STF.

Nesta ação a Ordem dos Advogados do Brasil pretendeu que o Supremo Tribunal Federal firmasse uma interpretação restritiva ao Art. 1º, §1º da Lei 6683/79, portanto não se trata de propor a “revisão” ou “anulação” da Lei de Anistia como se alardeou indevidamente na mídia brasileira, mas sim a sua interpretação adequada. A interpretação prevalecente até hoje é a de que ao utilizar a expressão “crimes políticos ou conexos com estes” a lei anistiou não apenas os perseguidos políticos, mas também os agentes públicos que tenham cometido crimes de lesa-humanidade na perpetração dessas perseguições. O intuito da OAB era o de provocar o STF a dizer que a Anistia não deve ser estendida para estes casos. A ação foi interposta em outubro de 2008 e julgada nos dias 28 e 29 de abril de 2010, com o resultado de sete votos a dois pelo indeferimento da ação.

Em outro artigo já se teve a oportunidade de comentar longamente esta decisão⁶⁸. Resumindo brevemente, foi uma péssima decisão, seja pelo resultado, seja,

68 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da . O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: Wilson Ramos Filho. (Org.). *Trabalho e Regulação - as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Trabalho e Regulação - as lutas sociais e as condições materiais da democracia. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2012, v. 1, p. 129-177. Registre-se ainda alguns episódios contextuais importantes: o Ministro Relator negou pedido de audiência pública formulado pela OAB em 2010; o processo foi posto subitamente em pauta, coincidentemente ou não, com um mês de antecedência em relação à audiência na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a propósito do Caso Araguaia, no qual o Brasil figurava pela primeira vez no banco dos réus por crimes cometidos pela ditadura; foi notória a influência e o desejo do então Presidente Lula pelo indeferimento da ação, o que foi representado simbolicamente por um jantar oferecido a todos os magistrados do STF no Palácio do Planalto no primeiro dia de julgamento da ADPF 153; e, o Ministro Marco Aurélio Mello, meses antes do julgamento da ADPF 153 concedeu entrevista em cadeia nacional na qual afirmou que a ditadura foi um “mal necessário”, e que “foi melhor não esperar para ver” o que iria acontecer. A entrevista foi dada ao repórter Kennedy Alencar no programa “E notícia” da Rede TV! E foi ao ar no dia 22 de feve-

principalmente, pelos seus fundamentos. Destaca-se aqui alguns dos mais críticos: incorreu-se fartamente na já comentada falácia do acordo; perverteu-se o lema da anistia (anistia ampla, geral e irrestrita) afirmando-se que o sentido da amplitude, defendido pelos movimentos sociais pela anistia, abarcava também os torturadores (quando na verdade se voltava aos que estavam presos por envolvimento na resistência armada, e que no fim não foram anistiados pela Lei de 1979); comparou-se a anistia brasileira com a sul-africana, esquecendo-se que nesta era condição para a anistia o reconhecimento da autoria da violência praticada; decantou-se candidamente a cordialidade do povo brasileiro como explicação para a nossa anistia “ampla”, classificada pelo Ministro Marco Aurélio Mello como “um ato de amor”; buscou-se vincular, limitar e amordaçar a soberania do legislador constituinte ao que estatuiu em termos de anistia a Emenda N° 26/1985, como se a Constituição de 1988 não fosse soberana neste assunto e estivesse materialmente limitada; muito embora não se possa encontrar nenhum caso de conexão na doutrina penal que acolha a ideia de que os crimes praticados pelos agentes da ditadura contra os perseguidos políticos eram conexos aos atos destes considerados como criminosos pela Lei de Segurança Nacional, afirmou-se que se tratava de um novo tipo de conexão penal, criado ali mesmo pela Lei de Anistia de 1979; e, por fim, que durante a ditadura vivíamos uma República, ou seja, que se pode considerar Direito um conjunto esdrúxulo de Atos Institucionais e Leis draconianas infensos a qualquer controle jurisdicional que pervertiam a existência e a interpretação de qualquer outra norma jurídica no sistema.

Os maiores absurdos da decisão do STF na ADPF 153, porém, podem ser colhidos no campo do Direito Internacional, especialmente na rotunda ignorância e desprezo que os Ministros e Ministras da corte dedicaram ao Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶⁹: ignorou-se completamente o conceito de “crimes contra a humanidade”, pedra angular da nova ordem internacional que emergiu após a Segunda Guerra Mundial⁷⁰; ignorou-se completamente a jurisprudência da Corte

reiro de 2010. O seu vídeo está disponível em: <<[<http://mais.uol.com.br/vi/ew/e0qbgxid79uv/ditadura-foi-um-mal-necessario-diz-Ministro-do-stf-04029C3768D8C14326?types=A>>](http://mais.uol.com.br/vi/ew/e0qbgxid79uv/ditadura-foi-um-mal-necessario-diz-Ministro-do-stf-04029C3768D8C14326?types=A)>. Acesso em 12 de Out. de 2012.

69 Sobre este ponto, ver especialmente o artigo de Deisy Ventura: VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). *A anistia na era da responsabilização – o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça; Oxford: Oxford University, 2011. p.308-343.

70 O crime contra a humanidade foi inicialmente definido, no Acordo de Londres de 1945 em seu artigo 6º, como “o assassinio, extermínio, sujeição à escravidão, deportação ou qualquer outro ato desumano cometido contra quaisquer populações civis, ou as perseguições por motivos

Interamericana de Direitos Humanos, que veda a auto-anistia; projetou-se uma noção fraca e estapafúrdia do costume internacional ao não considerá-lo como fonte do Direito Penal Internacional; desprezou-se a ratificação e a forte atuação da delegação brasileira no Acordo de Londres de 1945; desconheceu-se até mesmo as Convenções de Genebra e a vedação que estas trazem de que, no caso de conflitos internos, os Estados-Parte não podem matar pessoas indefesas, muito menos torturá-las; não se cogitou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é da sua própria natureza, visto que os governos autoritários e suas forças de sustentação nunca investigam seus próprios crimes e atravancam ao máximo sua posterior investigação na transição política; despercebeu-se que a imprescritibilidade destes crimes já estava, na época da ditadura, reconhecida e assegurada em Resoluções da Assembléia da ONU e no costume internacional; e exilou-se a constatação óbvia de que uma junta militar ditadora nunca iria ratificar um tratado internacional de prevenção à tortura.

Mais vergonhosa ainda ficou a decisão do STF quando em Novembro de 2010 o Brasil foi condenado no Caso Gomes Lund e registrou-se com todas as letras, e por unanimidade, que

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.⁷¹

políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições forem cometidos na seqüência de um crime contra a paz ou de um crime de guerra, ou em ligação com estes crimes” (GARA-PON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar* – para uma justiça internacional. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: Piaget, 2004. p.24-25). A partir daí o conceito de crime contra a humanidade obteve um franco desenvolvimento nos Estatutos e nas decisões dos Tribunais Penais Internacionais, passando a figurar como uma categoria cada vez mais autônoma em relação à guerra. É possível, sucintamente, identificar a constância de três elementos que o caracterizam: a) o caráter inumano e hediondo do ato criminoso; b) a enunciação não taxativa da enumeração destes atos; e c) o fato de que sejam praticados em meio a uma política de perseguição geral e sistemática a uma parcela da população civil (INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE – ICTJ). Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n.1, p.352-394, jan.-jun. 2009. p.356-357).

71 Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso n.º 11.552 – Julia Gomes Lund e outros vs Brasil. 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<<http://www.corteidh.or.cr/>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos anotou que a Suprema Corte brasileira em sua decisão na ADPF 153 não realizou o controle de convencionalidade ao qual estaria obrigada, já que é um dos poderes do Estado brasileiro, o mesmo Estado que se vinculou voluntariamente à Convenção Americana e à jurisdição da Corte. Logo, fazendo referência explícita à interpretação chancelada pelo STF à Lei de Anistia, assim declarou a sentença da Corte Interamericana em sua fundamentação:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.⁷²

Assim, conclui a sentença:

O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja.⁷³

docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc>> Acesso em 12 Out. 2012. p.114.

72 *Ibidem* p. 66.

73 *Ibidem* p. 115.

No momento em que se escreve este artigo, pairam nas mãos do Ministro Luis Fux, substituto do aposentado Ministro Eros Grau, os Embargos Declaratórios propostos pelo Conselho Federal da OAB nos quais se pede que o Supremo se manifeste explicitamente sobre a compatibilidade de sua decisão na ADPF 153 com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Araguaia. Em outras palavras, a decisão do STF na ADPF 153 ainda não está finalizada e ainda não transitou em julgado. Caso, o STF teime em persistir no erro da sua decisão e nem o executivo nem o legislativo tomem atitudes que superem este entendimento, o Brasil estará claramente violando suas obrigações internacionais, e passará, como disse Fabio Konder Comparato, a ser um “fora-da-lei” internacional.

7. A COMISSÃO DE ANISTIA E O DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE

Tratando agora das ações da Comissão de Anistia no plano do Direito à Memória e à Verdade é preciso mais uma vez lembrar que os seus arquivos registram a narrativa daqueles que sofreram a perseguição empreendida pelo Estado, afinal, é condição para a concessão da reparação econômica que sejam conhecidos e comprovados os fatos relacionados à perseguição política. E este processo de conhecimento dá-se a partir da iniciativa peticionária dos anistiandos, não se dá por ofício. Porém, almejando a comprovação dos fatos alegados na inicial do Requerimento de Anistia, a Comissão pode, mediante diligências aos órgãos públicos, reforçar o conjunto probatório juntado pelo requerente aos autos.

Cada processo que chega ao seu deferimento traz um conjunto riquíssimo de documentos, dentre os quais se destacam as narrativas fornecidas pelos ex-perseguidos políticos. Tais narrativas são ainda reforçadas pelos testemunhos presenciais que muitos dos requerentes fazem na ocasião dos seus julgamentos, todos devidamente gravados. Ora, se é verdade que o campo historiográfico já renunciou acertadamente à ideia de uma história ou narrativa oficial, também é verdade que dentre todas as narrativas existentes sobre violências e tragédias, a narrativa das vítimas ganha precedência, não só por uma questão moral que não pode ser contornada, mas também pelo fato de que as vítimas dessas violências têm a capacidade de reconstituir o fio da história, estabelecendo a ponte que o seu testemunho fornece entre aquilo que é inenarrável ou inominável e a própria realidade.⁷⁴

74 Este paradoxo do testemunho foi mais explorado em: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). *Justiça e memória: por uma crítica ética da violência*. São Leopoldo:

Ao abrir o espaço público para essas narrativas a Comissão contribui fortemente para recolocar politicamente no cenário público aqueles que foram expulsos da comunidade política, violados, agredidos e desumanizados. Muito mais relevante do que prover uma reparação econômica, portanto, é realizar uma reparação moral,⁷⁵ calcada na esfera do reconhecimento⁷⁶, seja do papel político de resistência e do padecimento de violações atrozes, seja do caráter abominável dos atos praticados pelos agentes públicos, e do caráter ilegítimo de um governo ditatorial que adota como política generalizada a prática de crimes internacionais.

Não bastasse tal fato, inerente à própria razão de ser da Comissão de Anistia, e as políticas de memória já comentadas acima, foi ela quem, principalmente desde 2007, quando assume sua presidência Paulo Abrão Pires Junior, trouxe para o espaço público e também acadêmico⁷⁷ do país a discussão sobre o tema da Justiça de

UNISINOS, 2009. p.121-157. Sobre o tema, ver o excelente artigo de Márcio Seligmann-Silva: SELIGMANN-SILVA, Márcio. Narrar o trauma. A questão dos testemunhos de catástrofes históricas. In: UMBACH, Rosani Ketzler (org.). *Memórias da repressão*. Santa Maria: UFSM, PPGL, 2008. p.73-92.

75 Destacando o aspecto da reparação moral relacionada ao trabalho da Comissão de Anistia brasileira ver: ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRAO, Paulo; MacDowell, Cecília; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro* - Estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Coimbra: Universidade de Coimbra; Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p.26-59.

76 A anistia como reconhecimento é trabalhada com profundidade teórica em: BAGGIO, Roberta. Justiça de Transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRAO, Paulo; MacDowell, Cecília; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro* - Estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Coimbra: Universidade de Coimbra; Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p.260-285.

77 A composição da Comissão de Anistia, especialmente a partir de 2007, contou com pessoas, tanto no Conselho como na equipe administrativa, fortemente vinculadas ao universo acadêmico. Um dos objetivos declarados do então Ministro da Justiça Tarso Genro era o de explorar as dimensões educativas da Comissão de Anistia. Para isto, nada mais coerente do que designar um professor universitário e pesquisador como presidente da Comissão. As atividades da Comissão nesse campo contribuíram fortemente para trazer um tema até então ignorado para o debate e a pesquisa na área do Direito e para dar um novo impulso a um tema não tão priorizado no campo das Ciências Sociais. Dentre as iniciativas mais importantes no campo do incentivo à pesquisa acadêmica estão: a) a criação de uma Revista científica chamada “Revista Anistia Política e Justiça de Transição”, com todos os números disponíveis digitalmente no site da Comissão de Anistia; b) a criação de uma rede nacional e internacional de estudantes, professores e pesquisadores das mais diversas áreas que se encontram duas vezes por ano para apresentarem trabalhos e discuti-

Transição. Foi no bojo desta temática que se colocou intensamente no espaço público e midiático brasileiro questões como a punição aos torturadores, a reparação moral às vítimas e a Comissão da Verdade, encampada posteriormente no III Plano Nacional de Direitos Humanos, organizado e construído sob a supervisão da Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Na prática, tanto a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos quanto a Comissão de Anistia têm cumprido boa parte das funções de uma Comissão da Verdade, daí porque será decisivo para o bom funcionamento da Comissão da Verdade, instituída pela Lei N° 12.528/2011, que seja aproveitado o acúmulo de informações e a experiência de ambas, promovendo um trabalho conjunto e coeso.

8. CONCLUSÃO

É nitidamente abissal a distância que separa a Anistia de 1979 e a Anistia instaurada com a Constituição de 1988 e regulamentada com a Lei N° 10.559 de 2002. É verdade que ambas surgiram da mobilização dos grupos sociais mais organizados em torno da temática, contudo, enquanto a primeira marcou uma política de esquecimento, a segunda abriu espaço para uma verdadeira explosão de políticas de memória.

A anistia no Brasil segue ainda refém da ambiguidade e da própria divisão social ainda presente quando o assunto é ditadura, mas em sua fase mais recente o irregular e tortuoso caminho da anistia conseguiu pautar um amplo debate público sobre a transição brasileira, estimulando as iniciativas sociais, institucionais e acadêmicas em torno da questão. Ainda é difícil saber se todo esse resgate será o suficiente para que realmente se possa avançar rumo à implementação mais ampla de mecanismos transicionais e ao amadurecimento da democracia brasileira, no qual se possa mudar o sinal da cultura de violência e autoritarismo que ainda impregna fortemente os setores civis e as instituições públicas no Brasil, em especial as que lidam com a segurança, como as forças armadas, policiais e o poder judiciário. Tanto a transição política brasileira como a anistia seguem como tarefas inconclusas.

rem os temas em comum, chamada de Grupo de Estudos em Internacionalização do Direito e Justiça de Transição - IDEJUST (maiores informações ver << <http://idejust.wordpress.com/> >>); c) a realização de Seminários e Simpósios por todo o Brasil e em outros países, a partir de importantes parcerias internacionais (Universidad Pablo de Olavide na Espanha, Universidade de Coimbra, University of Oxford, entre outras); d) o lançamento dos editais “Marcas da Memória”, que apóiam financeiramente projetos culturais no Brasil de resgate da memória política; e) a construção do Memorial da Anistia Política na Universidade Federal de Minas Gerais, que guardará e organizará para a pesquisa os arquivos da Comissão de Anistia.

Capítulo 51

SUBDESENVOLVIMENTO E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE UMA POSSÍVEL ABORDAGEM MATERIALISTA

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima¹

“A confusão, porém, nem sempre é o caos. Ela contém tendências que, embora algumas vezes possam reforçar temporariamente as contradições internas, movem-se, em última análise, para sua resolução”².

1. Introdução.

A afirmação sobre a ausência de uma teoria do Direito em Marx é procedente e tal busca poderá ser em vão. Isso não significa que o direito e a teoria do Direito nada tenham a ganhar com Marx, ou melhor, não é impossível compreender o direito –o constitucional, de maneira específica– sob a ótica marxiana. Este é o ponto não enfrentado pelo lugar-comum a repetir incessantemente não haver teoria do Direito em Marx. E esta recusa bem que possui suas razões para existir!

Com idêntico desdém, afirma-se que Marx e democracia não combinam, comprovando-se a assertiva com três palavras a – supostamente - revelarem a substância do pensamento marxiano: ditadura do proletariado. De um pensador que propõe qualquer ditadura não poderia se esperar mesmo qualquer vertente democrática, repete-se em todo o mundo, com maior ou menor ênfase. Não bastasse esta constatação “objetiva” do pensamento marxiano, a experiência do comunismo na antiga União Soviética e nos países do Leste Europeu apenas ratificou não somente o fracasso das idéias comunistas, socialistas etc., como ainda o descrédito definitivo de seu pai intelectual: Karl Marx. Em meio a tanta confusão é que se reatualiza a afirmação de Luckás com que iniciei este trabalho. A confusão a se operar tem, portanto, suas razões objetivas para afastar do direito e da democracia a reflexão marxiana.

1 Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade d Frankfurt. Professor da Universidade de Fortaleza e Procurador-Geral do Município de Fortaleza.

2 Luckács, Georg. História e Consciência de Classe, p. 5.

Como tentarei abordar neste breve estudo Marx e o direito constitucional, limito-me, agora, apenas a afirmar, sobre as preocupações democráticas em Marx, que deve ser lembrado o fato de a filosofia marxiana ser, antes de mais nada, uma filosofia revolucionária. A democracia – jamais no seu modelo liberal e burguês a dominar o mundo praticamente até hoje – constitui-se, sim, numa preocupação de Marx, porém num instante segundo, nunca secundário. Os processos de luta pela emancipação humana careciam, segundo Marx e Engels, de uma natureza explicativa teórica, a conduzir o homem como “senhor de sua própria história” e conhecedor de seu potencial neste sentido. Deriva daí o norte a guiar Marx e Engels a elaborarem tão consistentes críticas concretas ao capitalismo e à acumulação de poder político e econômico, além da riqueza, em favor do capital e das classes que o defendem. Desta forma é que a formação de uma democracia numa sociedade sem classes passaria a ser uma especulação posterior para Marx e Engels, uma vez que a grande exigência era aquela da realização e sucesso dos processos revolucionários transformadores. Neste contexto é para ser compreendida a expressão “ditadura do proletariado”, e não simplesmente desvinculada do próprio pensamento de seu formulador: a ditadura será uma fase transitória, presente tanto em quase todas as fases da história das relações políticas em sociedades, desde Roma Antiga, como, igualmente, em quase todo o pensamento político ocidental³.

Provocado pelo lugar-comum de especulações como as que abordei, é que penso ser perfeitamente possível uma abordagem marxiana do direito, isto é, uma análise da possibilidade de se compreender o direito constitucional da atualidade sob os pressupostos gerais de Marx. No presente texto, procurarei abordar ambientes qualificados como subdesenvolvidos economicamente e que se viram diante de constituições dirigentes, a partir dos anos oitenta. Tomarei como exemplo o caso brasileiro, para tentar, a partir de sua Constituição Federal de 1988, uma possível análise marxista do constitucionalismo brasileiro recente, sempre na linha de se permitir um enriquecimento em favor do direito constitucional. Primeiro, explicitarei as razões metodológicas a me convencerem da insuficiência das visões meramente normativistas – mais conhecidas pelo gênero “neoconstitucionalismo” – para a efetividade não somente do extenso rol de direitos e garantias individuais que a Constituição Federal trouxe, como ainda das diretrizes desenvolvimentistas, de matriz nitidamente intervencionista. Referida opção de análise é assaz limitada para explicar a complexidade dos nexos entre Estado e sociedade no Brasil. Demais, não me parece possível tal debate dar conta dos enormes desafios de ordem política e econômica, a não deixarem de bater às portas dos poderes do Estado. Num segundo momento, procurarei

³Cf. Schmitt, Carl. *Die Diktatur*, pp. 2ss.

sustentar porque a constituição dirigente nas sociedades chamada de periféricas do capitalismo, ou subdesenvolvidas, não podem sozinhas, e de acordo com uma possível reflexão marxista, nem realizarem a “revolução pela constituição”, tampouco serem concebidas como parte caudatária das complexas estruturais nestas sociedades.

2 .A análise normativista e sua insuficiência.

Na análise sobre neoconstitucionalismo parece possível depreender-se o quê há de muito tempo se sabe: não é a autonomia do universo normativo que resgatará a constituição e sua efetivação, ou ainda o próprio constitucionalismo, principalmente o constitucionalismo dirigente brasileiro. Não há como se crer que a única esperança seja a constituição, sem que esta esperança venha articulada com outros parâmetros. Avelãs Nunes⁴ deixa evidente, em lúcidas idéias, o significado da inclusão, para a análise da economia política, dos elementos exteriores ao mercado e às mercadorias, que, até o século XIX, não adentravam no universo dos economistas, dos juristas, dos políticos e de todos os setores da sociedade. Isso porque os grandes economistas políticos clássicos recusavam-se a ir além dos mercados e das mercadorias para solucionar também os problemas econômicos, políticos e sociais das sociedades, a fim de proporem realistas soluções para a miséria da maior parte da população, da deficiência da representação política e da instável e traiçoeira política internacional das então grandes potências econômicas da fase tardia da Revolução Industrial. A objetividade do acúmulo histórico comprovou que o enfrentamento de algumas destas grandes tarefas não se resolveu somente com a crença na autonomia dos mercados e das mercadorias.

De forma semelhante, a crença do neoconstitucionalismo de que a interpretação constitucional com base no normativismo autônomo ou partindo dos juízos que seus aplicadores possuem, tudo pode resolver ou mesmo emprestar à constituição um prestígio de efetivação e de validade que ela jamais teria tido, pode ser caracterizada como a fria tentativa de compreender apenas “o mercado e as mercadorias” para definir a economia política, negando vitalidade aos elementos que objetivamente a formam e com elas interagem em seu percurso histórico-político. Não se conhece somente os resultados desta operação do neoconstitucionalismo em campos distintos do saber, como o da economia aqui apontado. No âmbito do direito constitucional, existe registro desta experiência, com o desgaste da própria Constituição Federal, quando se socorre de elementos meramente normativos na tentativa de manutenção, empurrando, por exemplo, movimentos sociais para a ilegalidade, quando, na verdade

4 NUNES, António José Avelãs. Ricardo e Marx: continuidade e rotura, pp. 33ss.

uma legalidade maior “(...) o cumprimento efetivo da Constituição da República”⁵ é que está em disputa.

Não há nada de estranho em se constatar contradições nas constituições dirigentes ou sociais. Este modelo de constitucionalismo surgiu nas sociedades exatamente para alteração do modo econômico, político e social. Assim, é difícil imaginar que se possa construir um consenso permanente sobre pontos extremamente delicados, como é o caso da questão da propriedade na Constituição Federal, como destaca Gilberto Bercovici:

Será justamente na ordem econômica da Constituição que os seis críticos encontrarão as >contradições< e os chamados >compromissos dilatórios<. E isso desde o debate da Constituição de Weimar. Já em sua Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*), de 1928, Carl Schmitt afirmava que essa Constituição, embora contivesse as decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta do povo alemão, possuía em seu texto inúmeros compromissos e obscuridades que não levavam a decisão alguma, mas, pelo contrário, cuja decisão havia sido adiada⁶.

Uma vez dotada de compromissos políticos – e, para o caso brasileiro, em grande parte das vezes imobilizadores da ação do estado – não há como se pretender que aplicadores optem por uma posição de neutralidade frente aos valores por elas escolhidos. Aqui, julgadores e legisladores estão vinculados aos valores econômicos e sociais desta Constituição, vendo-se, portanto, na obrigatoriedade de decidirem neste sentido, não deixando dúvidas quanto a este posicionamento. Oferece substância a esta afirmação a tese de que o momento do debate foi o instante constituinte, superado durante o processo de elaboração, que para a Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto à sua legitimidade democrática formal.

Não parece difícil que se entenda a razão de as “teorias modernas da justiça” a alimentarem o neoconstitucionalismo tenham sua reflexão na bibliografia de reconhecidas autoridades intelectuais dos Estados Unidos da América, como Bruce Ackerman, Ronald Dworkin e John Rawls. Afinal, a Constituição Americana nada tem de dirigente e o tema da intervenção do Estado na economia, ou mesmo a prevalência sobre o indivíduo ainda representam verdadeiros mitos para a jurisprudência americana. Correto em se cogitar da possibilidade de aplicação de tais teorias nos

5BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento, p. 169.

6Id. Ib., p. 38.

Estados Unidos ou naquelas sociedades de consolidada tradição liberal. Mesmo os liberais que servem de base para o neoconstitucionalismo, nessa hipótese, confirmam que tais teorias se mostram bem sucedidas nestas sociedades porque tais teorias consideram a formação econômica e política já existente e esta formação é, claro, liberal. Após constatarem este detalhe, é possível teorizar sobre comunitarismo, universalismo, decisionismo etc.

Não surpreende que este detalhe passe despercebido pelos que pelem em favor da recepção no Brasil – e no constitucionalismo brasileiro – das teorias liberais, a instruírem o neoconstitucionalismo. E já que ante este olhar sempre se busca desesperadamente o “progresso”, só nos resta valer-se de Marleau-Ponty: “Transformar caminhada em progresso é elaboração ideológica das elites”.

Se não se pode dizer que o neoconstitucionalismo é culpado das marchas e contra-marchas da Constituição da República, não se tem como deixar de qualificá-lo como forte colaborador do discurso conservador que busca desacreditá-la, não por força de sua inefetividade baseada em tormentos econômicos, políticos e sociais realisticamente não compreendidos e assim enfrentados; porém pela convicção das correntes neoconstitucionalistas de que a tarefa de efetivação constitucional é de intérpretes, lingüistas e suas ponderações. Tal qual a proposta radical da democracia, esta tarefa é de todos os atores presentes nos conflitos sociais. Afinal, democracia nada mais é do que viver com conflitos a exigirem cada vez mais dos Estados e das sociedades.

Se, apenas argumentativamente, pode ser creditado também na conta do idealismo a geração dos novos instrumentos democráticos a proliferarem, por outro lado, agora não mais de forma singelamente argumentativa, deve-se cobrar do mesmo idealismo uma outra fatura: aquela do desgaste moralista e abstrato de sua implementação, a que muito do neoconstitucionalismo brasileiro tem lançado mão, realizando, desta forma, a astuta operação sempre presente na aventura do constitucionalismo domesticado pelo liberalismo/neoliberalismo: oferece-se conquistas apenas no papel, no texto legal, para, mais tarde, no campo do realismo, impedir-se ações realistas que levem a sua efetivação. É aqui que vale a precisa observação de Marx, quando nos lembra, em sua “A Questão Judaica” que o conteúdo constitucional do Estado capitalista não corresponde à realidade em que ele opera:

Além do mais, com a anulação política da propriedade privada não somente a propriedade privada é confirmada, como até pressuposta. O Estado suspende a diferença por força de *nascimento*, de *status*, de *educação*, de *ocupação* à sua maneira, exatamente quando o próprio Estado declara como

apolíticas as diferenças provenientes de nascimento, status, educação e ocupação; quando ele, sem qualquer consideração, proclama todos iguais e partícipes na *mesma proporção* da soberania popular, concebendo todos os elementos da vida real do povo a partir de seu ponto de vista. Não por acaso que permite o Estado que a propriedade privada, educação, ocupação *atuem* de *seu modo*, e façam propriedade privada, educação, ocupação *especialmente* válidas. (...) Onde o Estado político alcançou sua forma, leva o homem uma vida dupla não somente no pensamento ou na consciência, mas na *realidade*; uma vida no céu outra na terra: a vida na *comunidade política* faz que valha como *comunidade política*; a vida na *sociedade civil* faz com que ele seja uma pessoa privada, que utiliza os outros como meio, a ponto de indignificar-se a si próprio e servir de juguete de forças exteriores. O Estado político comporta-se espiritualmente para a sociedade civil da mesma forma que o paraíso para a terra⁷.

Assim, ante a primeira das perspectivas metodológicas a que me referi anteriormente, a visão marxiana sobre o direito, presente não somente neste instante de sua obra, porém em diversas outras abordagens, conduz à reflexão de que, se não há uma teoria do Direito em Marx, não se pode dizer que o direito não possa vir a ser compreendido e reatualizado pela ótica marxiana.

3. Dirigismo constitucional e subdesenvolvimento.

Praticamente no século XX é que textos clássicos da economia política voltaram suas atenções para o tema do subdesenvolvimento. As bases do capitalis-

⁷Marx, Karl: Zur Judenfrage, pp. 354/355. No original: „Dennoch ist mit der politischen Annullation des Privateigentums das Privateigentum nicht nur nicht aufgehoben, sondern sogar vorausgesetzt. Der Staat hebt den Unterschied der Geburt, des Standes, der Bildung, der Beschäftigung in seiner Weise auf, wenn er Geburt, Standes, Bildung, Beschäftigung für unpolitische Unterschiede erklärt, wenn er ohne Rücksicht auf diese Unterschiede jedes Glied des Volkes zum gleichermässigen Teilnehmer des Volkssouveränität ausruft, wenn er alle Elementen des wirklichen Volkeslebens von dem Staatsgesichtspunkt aus behandelt. Nichtdestoweniger läßt der Staat das Privateigentum, die Bildung, die Beschäftigung auf ihre Weise, d.h. als Privateigentum, als Bildung, als Beschäftigung wirken und ihr besondres Wesen geltend machen. (...) Wo der politische Staat seine Wahre Ausbildung erreicht hat, führt der Menschen nicht nur im Gedanken, im Bewußtsein, sondern in der Wirklichkeit, im Leben ein doppeltes, ein himmlisches und ein irdisches Leben, das Leben im politischen Gemeinwesen, worin er sich als Gemeinwesen gilt, und das Leben in der bürgerlichen Gesellschaft, worin er als Privatmensch tätig ist, die andern Menschen als Mittel betrachtet, sich selbst zum Mittel herabwürdigt und zum Spielball fremder Mächte wird. Der politische Staat verhält sich ebenso spiritualistisch zur bürgerlichen Gesellschaft wie der Himmel zur Erde“.

mo moderno estruturaram-se, então, a partir de uma percepção que lhe é inerente: somente se considera para fins de determinação dos rumos do Estado os números que a economia política até o século XIX contava: comércio, mercadores, industriais, intercâmbios comerciais intra e internacionais, expansão e aperfeiçoamento tecnológico dos meios de transportes etc. Neste sentido, mais uma vez, a parcela da força humana empregada a gerar e movimentar todo este aparato não integrava as análises da economia política, o que, impossibilitaria que se entendesse o capitalismo realmente como ele é, ou seja, com suas grandes manifestações como desenvolvimento e subdesenvolvimento.

Uma primeira significativa análise de Marx sobre a acumulação e capital e de crítica à economia política tradicional deu-se com a publicação dos “Manuscritos Econômico-Filosóficos do Ano de 1844”. Embora se trate de uma obra inacabada, os três manuscritos antecipam os estudos de mais tarde, resultantes na publicação de *O Capital*.

Sem dúvida que o *Primeiro Manuscrito* é o mais importante dos três. Esta parte do trabalho se divide em “Salário e Trabalho; Lucro e Capital; Renda da Terra e O Trabalho Alienado”. Nesta relativamente pequena obra, Marx desenvolveu uma categoria central de todo o seu pensamento: a alienação. Ante uma perspectiva econômica, a alienação é concebida como a parte produzida pelo trabalhador que não lhe pertence, mas sim ao capitalista. Desta forma, o homem aliena-se a si próprio por meio de seu próprio trabalho. É, portanto, uma alienação de si mesmo, onde o trabalhador é seu próprio algoz; impotente em razão das exigências para seu sustento e de sua família. Nas palavras do próprio Marx, dos *Manuscritos*: “Mas a alienação não se revela apenas no resultado, mas também no processo da produção, no interior da própria atividade produtiva. Como poderia o trabalhador estar numa relação alienada com o produto de sua atividade se não se alienasse a si mesmo no próprio ato de produção?”⁸

Se esta parte alienada do trabalho não é considerada pela economia política e pela política constitucional dos Estados, não surpreende que não integra ela, com o seu lado “escandalosamente desumano”, na linguagem de Marx, referencial teórico algum desta mesma economia política. Por qual razão? Marx responde: “A economia política esconde a alienação na natureza do trabalho porquanto não examina a

⁸Marx, Karl: *Ökonomisch-Philosophische Manuskripte*. No original: “*Aber die Entfremdung zeigt sich nicht nur im Resultat, sondern im Akt der Produktion, innerhalb der produzierenden Tätigkeit selbst. Wie würde der Arbeiter dem Produkt seiner Tätigkeit fremde gegenübertragen können, wenn er im Akt der Produktion selbst sich nicht sich selbst entfremdet?*”

imediate relação entre o trabalhador (trabalho) e a produção”⁹. Desta forma é que “Atinge-se a conclusão de que o homem (o trabalhador) só se sente livremente ativo nas suas funções animais – comer, beber e procriar, quando muito, na habitação, no adorno etc. – enquanto nas funções humanas se vê reduzido a animal. O elemento animal torna-se humano e o humano animal”¹⁰. A dialética desta linha investigativa sustenta-se, em Marx, na sua compreensão sobre o *homem genérico*. O homem genérico é aquele que se relaciona com a própria espécie e com a natureza, “mas comporta-se perante si mesmo como uma espécie presente, viva, como um ser universal, e, desse modo, livre”¹¹. O trabalho alienado “1. ao alienar o homem de si mesmo, 2. a sua função ativa, a sua atividade vital, aliena igualmente o homem a respeito da espécie; transforma vida genérica em meio da vida individual”¹². Desta forma, “A propriedade privada decorre por isso da análise do conceito de trabalho alienado, ou seja, do homem alienado, do trabalho alienado, da vida alienada, do homem estranho a si próprio”¹³. A partir deste instante é que se confirma em Marx aquilo que Fernand Braudel¹⁴ também registrou. Para Marx, então “O trabalhador só existe como trabalhador a partir do momento em que existe como capital para si mesmo; e só existe como capital quando há um capital para ele. (...) Desse modo, a economia política não conhece o trabalhador desocupado, o homem que trabalha, na medida em que ele se encontra fora da relação de trabalho. O burlão, o ladrão, o pedinte o desempregado, o faminto, o miserável, o criminoso são figuras de homem que não existe para a eco-

9Id. ib., p. 513. No original: “*Die Nationalökonomie vergibt die Entfremdung in dem Wesen der Arbeit dadurch, daß sie nicht das Unmittelbare Verhältnis zwischen dem Arbeiter (der Arbeit) und der Produktion betrachtet*“.

10Id. ib., pp. 514/515. No original: “*Es kommt daher zu dem Resultat, daß der Mensch (der Arbeiter) nur mehr in seinen tierischen Funktionen, Essen, Trinken und Zeugen, höchstens noch Wohnung, Schmuck etc., sich als freitütig fñhlt und in seinen menschlichen Funktionen nur noch mehr als Tier. Das Tierische wird als Menschliche und das Menschliche als Tierische*“ (trad. Portuguesa, p. 162).

11Id. ib., p. 515. No original: “*(...) sondern auch indem er sich zu sich selbst als der gegenwärtigen, lebendigen Gattung verhält, indem er sich zu sich als einem universellen, darum freien Wesen verhält*“.

12Id. ib., p. 516. No original: “*Indem die entfremdete Arbeit dem Menschen 1. die Natur entfremdet, 2. sich selbst seine einige tätig Funktion, seine Lebenstätigkeit, so entfremdet sie dem Menschen die Gattung; sie macht ihm das Gattungsleben zum Mittel des individuellen Lebens*“.

13Id. ib., p. 520. No original: “*Das Privateigentum ergibt sich also durch Analyse aus dem Begriff der entäußerten Arbeit, d.i. des entäußerten Menschen, der entfremdeten Arbeit, des entfremdeten Lebens, des entfremdeten Menschen*“.

14Cf. Braudel, Fernand. *Civilização Material, Economia e Capitalismo – Séculos XV-XVII*, pp. 415-417

nomia política, mas só para outros olhos, para os do médico, do juiz, do cozeiro, do burocrata etc. São fantasmas que se situam fora do domínio da economia política”¹⁵.

Conhecer, portanto, uma outra forma de manifestação do capitalismo, ou seja, o subdesenvolvimento – e, sobretudo, seus efeitos escandalosamente desumanos – foi uma tarefa posterior tanto para a economia política, como, em maior intensidade, para o constitucionalismo. Na verdade, a percepção de que o capitalismo exportava algo mais que mercadorias para fora das metrópoles européias está presente em reflexões bastante anteriores a Marx. Ao lado de Marx, outra vítima do pensamento fácil é Adam Smith e sua obra “A Riqueza das Nações”. Para este, a economia política nada mais seria do que o “ramo da ciência do estadista ou legislador”¹⁶, sugerindo-se que os desafios da economia não se deixariam traduzir de forma simplista pela “mão invisível” do mercado. Daí a imprescindível tarefa da presença do Estado a, por exemplo, diminuir ao máximo a taxa de lucro em favor da produção: “Portanto, em prol do interesse social geral, os legisladores são aconselhados e se contrapor e não ceder aos interesses do poder capitalista. Longe de se mostrar simpático ao capital, o conselho de Smith ao legislador era, quase invariavelmente, simpático à mão-de-obra”¹⁷. É nessa esteira que Smith detecta a astúcia do capitalista inglês, a reclamar da elevação salarial em sua terra, sem, porém, proferir qualquer palavra sobre seu elevadíssimo lucro, sobre “os efeitos perniciosos de seus próprios ganhos. Queixam-se somente dos ganhos dos outros”¹⁸. Como se sabe, os lucros que aportavam na Europa do séc. XIX eram necessariamente vinculados à miséria econômica humana produzida fora deste continente.

No Brasil, este fenômeno não passou sem cuidados de investigação. Assim, é que o “subdesenvolvimento é uma criação do desenvolvimento”¹⁹, um não podendo existir sem o outro; o primeiro não consistindo numa “fase” quase natural para o segundo. Dito de outra forma, o subdesenvolvimento é apenas mais uma das formas coexistentes de manifestação e proliferação do capitalismo: “Em síntese, desenvolvimento e subdesenvolvimento devem ser considerados como dois aspectos

15Id. *Ib.*, p. 523/524 (trad. Portuguesa, p. 174). No original: “*Der Arbeiter ist nur als Arbeiter da, sobald er für sich als Kapital da ist, und er ist nur als Kapital da, sobald ein Kapital für ihn da ist. (...) Die Nationalökonomie kennt daher nicht den unbeschäftigten Arbeiter, den Arbeitsmenschen, soweit er sich außer diesem Arbeitsverhältnis befindet. Ser Spitzbube, Gauner, Bettler, der unbeschäftigte, der verhungernde, der elende und verbrecherische Arbeitsmenschen sind Gestalten, die nicht für sie, sondern nur für andre Augen, für die des Arytes, des Richters, des Totengräbers und Bettelvogs existieren, Gespenster außerhalb Ihres Reichs*“.

16Arrighi, Giovanni. Adam Smith em Pequim, p. 57.

17Id. *Ib.*, p. 62.

18Id. *Ib.*, p. 62

19Furtado, Celso. Raízes do Subdesenvolvimento, p. 88.

de um mesmo processo histórico. Ligado à criação e à forma de difusão da tecnologia moderna”²⁰. O mesmo Celso Furtado ratifica e aprofunda sua tese central a respeito do binômio subdesenvolvimento/desenvolvimento noutro instante ao afirmar que “O subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento”²¹. Será, pois, nesta ambiência que o constitucionalismo terá que enfrentar suas resposta ao difícil relacionamento com a economia subdesenvolvida nacional, e a procurar resolver, igualmente em terreno pantanoso, o papel e protagonismo do Estado.

4. Desenvolvimento no constitucionalismo brasileiro.

A assimilação da idéia de subdesenvolvimento pelo constitucionalismo no Brasil começou bem antes do advento da Constituição Federal de 1988. Os esforços intervencionistas existentes já com a Constituição de 1934, e, com maior vigor e decisão, a partir da gênese da Constituição de 10 de novembro de 1937 são elementos objetivos a provarem tal existência. Alguns exemplos concretos de decisões tomadas sob a vigência desta realidade constitucional não deixam dúvidas quanto à concepção interventiva do Estado na economia, como ainda do forte dirigismo deste mesmo Estado, na perspectiva de superação do subdesenvolvimento, protagonizado por um Estado que, finalmente, fundava-se em torno de objetivos estratégicos nacionais. Tem-se, desta forma a criação do Conselho Nacional do Petróleo, em 1938; da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941; da Companhia Vale do Rio Doce, em 1942. Aliado a tais instituições jurídico-políticas, presenciou-se, então, o aparecimento de um dos instrumentos legislativos de maior impacto na relação entre capital e trabalho no Brasil, na busca de se realizar aquilo que Adam Smith lembrou: minimização do lucro em favor da mão-de-obra. Neste panorama, é que ingressou no direito brasileiro, por meio do Decreto-Lei nº 5.42, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho. Do ponto de vista da estrutura constitucional, veio o Conselho da Economia Nacional (art. 57 da Constituição de 1937, o qual, mais tarde, em conjunto com o Conselho de Desenvolvimento Econômico dos anos 70, constituiu-se naquilo que Eros Roberto Grau definiu como “poder planejador”²²). O ideário do “estado planejador”, na verdade, já havia aportado no Brasil, pelo menos desde 1948, com a influência da vertente da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*). Para esta

20Id. *Ib.*, p. 88.

21Furtado, Celso. Teoria e política do desenvolvimento econômico, p. 197.

22Grau. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, pp. 283ss.

concepção deveria absorver as reais peculiaridades e problemas da região, sem uma automática transposição da experiência de padrões estrangeiros. Assim é que a formulação da CEPAL exigia uma madura reflexão sobre a natureza econômica, política e social da concreta situação das sociedades do continente latino-americano²³.

Porém, o mais significativo resumo do intervencionismo dirigente e constitucional foi aquele dos art. 140 a 155 da Constituição de 1937, a determinar a intervenção do Estado no domínio econômico, de forma a introduzir nos conflitos “o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”, ao lado de se conceber o trabalho como um dever social, sempre cabendo ao Estado a sua proteção (art. 136 da Constituição de 1937). Uma legislação infraconstitucional também estaria presente no período de vigência da Constituição de 1937, O Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938 foi considerado a primeira lei antitruste brasileira, nascendo de uma visão nacionalista, defendida pelo então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Agamenon Magalhães, o mesmo a defender e ser autor do projeto que derivou no Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945 (conhecido como “Lei Malaia”, de repressão ao abuso do poder econômico, a cair juntamente com o Presidente deposto, em novembro de 1945²⁴). Uma verdadeira guerra legislativa se deu em torno da regulamentação da remessa de lucros ao exterior. Primeiramente, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946 limitou a remessa de lucros e dividendos em oito por cento do valor do capital registrado. No segundo governo de Getúlio Vargas, veio o Decreto nº 30.363, de 3 de janeiro de 1952, a regulamentar o então vigente Decreto-Lei nº 9.025/46. Vargas sofre derrota política imposta pela força do capital internacional, fazendo promulgar a Lei nº 1.807, de 7 de janeiro de 1953, na convic-

23 Apenas para se ter uma breve noção da importância desta temática, merece nota o fato de que a primeira grande produção intelectual brasileira a adquirir respeito científico dentro e fora do Brasil, bem como a enfrentar os polêmicos temas da miscigenação e multiculturalismo nacionais foi “Casa Grande & Senzala – Formação da Família Brasileira sob o Regime da Economia Patriarcal”, de Gilberto Freyre, publicada em 1933. Até o aparecimento desta versão interpretativa do caráter nacional brasileiro, a miscigenação racial do País era vista como um entrave ao progresso econômicos, cultural e político, havendo pensadores a proporem a imigração nórdica da Europa para o Brasil, como alternativa viável à superação da “maldição racial”. Com Gilberto Freyre, ao contrário, a miscigenação passa a ser concebida como a “chave” para a solução dos problemas brasileiros, embora oferecendo este Autor uma romantizada visão sobre a vida entre senhores e escravos seus nexos culturais, econômicos e sociais.

24Uma nova “Lei Malaia” veio surgir somente em 1962, regulamento o abuso do poder econômico: Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, já no governo do Presidente João Goulart, a qual foi inteiramente revogada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

ção, a exemplo de 1945, de que “as empresas norte-americanas empreendiam esforços para sabor o seu governo”²⁵. Desta forma, empresas estrangeiras radicadas no Brasil, a exemplo do que se registrava no velho capitalismo inglês, sentiram-se mais à vontade para reclamar da elevação salarial em sua origem nacional, sem mencionar as enormes compensações provenientes da miserável remuneração paga, igualmente sob a forma de salários, em outros países onde atuavam, e, na maior parte das vezes, de forma decisiva para seus investimentos financeiros internacionais.

Se é verdade que o regime militar brasileiro mostrou-se nacionalista, na perspectiva de proteção do interesse econômico nacional, não é menos verdade que este intervencionismo se deu com forte aliança do setor empresarial pátrio, incapaz, este último, de articular-se de maneira razoavelmente independente frente ao interesse internacional. A contar ainda com a completa exclusão do setor de trabalhadores, isto é, da mão-de-obra, os esforços em favor do “estatalismo” a perdurarem de 1964 a 1988 – quando se fala em termos de vigência da estrutura jurídico-política constitucional – não consideraram tal setor da sociedade, diferente, neste sentido, da vertente inaugurada com o Estado Novo de Vargas.

A orientação da política econômica do regime militar era francamente de acumulação financeira em favor de setores privados internacionais e da classe média. O capital acumulado servia para o interesse internacional, com uma política de crédito direcionada para grandes empresas transnacionais, o que conduziu à *débâcle* de iniciativa privada nacional, com sacrifício, por fim, dos salários. Estes, mantidos sob congelamento a fim de tornarem atrativos os investimentos no Brasil, desencadearam crises econômicas sem precedentes, cujas conseqüências ainda repercutem no abismo salarial brasileiro. A política econômica praticada, representada principalmente por Roberto Campos, Otávio Gouveia de Bulhões e Antonio Delfim Netto, foi responsável por uma das mais marcantes recessões da história econômica brasileira, identificada com a espiral inflacionária descontrolada. Neste contexto, a sustentação do regime militar restou inviável, levando o País a se reorganizar politicamente, agora com o retorno ao pluripartidarismo; seguido de eleição, posse e funcionamento de uma assembléia nacional constituinte, responsável pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do debate travado em torno da natureza do sistema constitucional econômico “intervencionista/dirigente/social” (*Sozial-wirtschaft*), ou “de mercado” (*Marktwirtschaft*) da Lei Fundamental da Alemanha de 23 de maio de 1949²⁶,

25Castro, Matheus Felipe. Capitalista Coletivo Ideal, p. 224.

26Reich, Norbert. Markt und Recht, pp. 42ss. Não durou pouco este debate a respeito da natureza da Lei Fundamental alemã. Os debates denunciados nesta obra são bastante esclarecedores, não

a Constituição Federal de 1988 indica claramente sua tendência dirigente e intervencionista. Se já nos princípios fundamentais as referências ao dirigismo constitucional saltam aos olhos, esta natureza é ratificada pelos dois últimos títulos da Constituição: da ordem econômica e financeira e da ordem social, estendendo-se tais determinações do art. 170 ao art. 232. Em mais de sessenta artigos, o dirigismo constitucional é analisado, atingindo todos os assuntos da vida institucional brasileira, sendo dedicados onze artigos aos princípios gerais da atividade econômica. Deve ser ressaltado, porém, um dispositivo de maneira toda especial, a não somente impor o dirigismo, como a permitir identificar claramente as visões e vontades constituintes. Trata-se do art. 219, a afirmar que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

A vinculação às idéias de Adam Smith é aqui inevitável. Para este teórico, “A economia política, considerada como um setor da ciência própria de um estadista ou legislador, propõe-se a dois objetivos distintos: primeiro, prover uma renda ou manutenção farta para a população, ou mais adequadamente, dar-lhe possibilidade de conseguir ela mesma tal renda ou manutenção; segundo, prover o Estado ou a comunidade de uma renda suficiente para os serviços públicos”²⁷. Constata-se, portanto, a importância do Estado para a regulamentação do mercado e de seus objetivos, na medida em que “estadistas e legisladores” são chamados a uma tarefa fundamental de orientação e regulação do mercado, na direção da riqueza de seus povos. Noutra vertente, encontra-se Marx a ressaltar, também por meio da intervenção, o poder que o mercado possui sobre toda a economia política, afastando-se de Smith, no sentido de que sua preocupação será com as classes sociais, mais precisamente, com o embate entre “os possuidores do capital e os possuidores da força de trabalho”²⁸. É evidente que Marx não tem ilusões: a intervenção sobre a qual discorre é aquela que os “possuidores do capital” detêm sobre a estrutura do Estado; e não outra, isto é, a intervenção eventualmente conduzida pelos “possuidores da força de trabalho”. O aplacar deste conjunto de tensões políticas e sociais será tarefa do dirigismo consti-

somente por representarem o enfretamento das correntes econômicas e políticas liberais e social-democrata na reconstrução da Alemanha após a II Guerra Mundial. Para além deste ponto, estava em jogo uma vitória ideológica a ser aplicada sobre a realidade econômica e social daquele País, a depender de qual entendimento fosse vitorioso. A decisão a prevalecer foi aquela de que a Lei Fundamental não privilegia nem uma corrente – *Marktwirtschaft* – nem outra – *Sozialwirtschaft* – possuindo o governo legitimidade para medidas tanto num sentido, quanto no outro, preservados os princípios na Lei Fundamental expostos.

²⁷Smith, Adam. *A Riqueza das Nações*, p. 357.

²⁸Arrighi, Giovanni. *Adam Smith em Pequim*, p. 85.

tucional, a fim de manter-se uma nova possibilidade de economia de mercado, qual seja, a “economia social de mercado”.

5. Conclusão: Uma perspectiva materialista para o constitucionalismo?

Diante da realidade constitucional dirigente, como poderia a teoria marxiana oferecer elementos de análise, se, como afirmei, inexistiu uma teoria marxista do Direito²⁹? Embora interpretações mais recentes tenham avançado na direção de redimensionar o papel do Direito numa teoria “neo-materialista” do Direito³⁰, no sentido de admitir-se uma produção jurídica emancipatória por “fora” do Estado, a ser forjada pelas crescentes formas de participação social, creio não ser possível tal adequação em sociedades do subdesenvolvimento, mesmo para o caso do Brasil, exemplo de sociedade a ter alcançado elevado índice de consolidação democrática nas últimas décadas. É que em tais casos, como bem adverte a história, o protagonismo do Estado não deve ser automática e necessariamente identificado como “tutela” da sociedade, ou mesmo como “direção” da vontade popular. O Estado democrático da constituição dirigente no subdesenvolvimento pode vir a incorporar bem mais a realidade das concretas necessidades e vontades populares, apresentando-se como importante ator político, por exemplo, a retrabalhar distribuição de renda, acesso a ensino público e serviços de saúde, a ponto de tais prestações desencadearem reações de exigências da mesma sociedade. Aqui, por meio de regularidade de processos decisórios e políticos, com ampla possibilidade de vitória dos mais variados espectros políticos, o Estado adquire uma conformação não de “contra” a sociedade, porém de “parte” dela, com seus nexos a dialogarem constantemente.

O desafio consiste mais em enxergar nos instrumentos críticos oferecidos por Marx a chave para a compreensão desta realidade e de seus possíveis desdobramentos. Parece oportuno, assim, o abandono a visão tradicional - e incompleta - sobre “superestrutura e infra-estrutura” a atribuir-se a Marx. Duas significativas passagens do principal colaborador de Marx autorizam o abandono desta posição. A primeira delas, localiza-se na “Introdução às Lutas de Classe na França de Marx”, republicada em 1895, onde Engels percebeu que

29Cf. ainda a recente reflexão de Sonja Buckel: *Neo-Materialistische Rechtstheorie*, p. 119ss.

30Cf. Ernesto Laclau e Chantal Mouffe em “*Hegemonie und radikale Demokratie. Zur Dekonstruktion des Marxismus*“ (Viena, 1983), apoiados por Buckel, Sonja. *Subjektivierung und Kohäsion*, pp. 317ss.

A ironia da história mundial tudo revolve. Nós, os ‘revolucionários’, os ‘agitadores’ temos muito mais a ganhar através dos métodos legais, do que pela ilegalidade e agitação. Os partidos da ordem, como eles se denominam, perecem diante da legalidade por eles próprios estabelecida e clamam desesperados com Odilon Barrot: *la légalité nos tue*, a legalidade é a nossa morte (...) ³¹.

O segundo momento, também de Engels, acha-se em sua correspondência de 1894:

O desenvolvimento político, jurídico, filosófico, religioso, literário, artístico etc., toca o econômico. E todos eles reagem no nível econômico e uns sobre os outros. Não se trata de afirmar que a condição econômica é sozinha a causa ativa de tudo e, no mais, o resto possui apenas um efeito passivo. É, precisamente, a alternância dos efeitos sobre o fundamento da contínua necessidade econômica a se realizar, em última instância. Não se trata de, como se deseja aqui e acolá e de forma confortável, afirmar o efeito automático da economia, mas os homens fazem a sua própria história, porém num dado e condicionado *Milieu* ³².

O potencial crítico marxiano para o Direito relaciona-se bem mais com o princípio da totalidade das tensões sociais, onde a crítica à acumulação, ao capital, à produção – e não o “barulhento mercado” – incluem a instância do jurídico, no dizer de Andréa Maihofer:

31Engels, Friedrich. Einleitug zu Marx’ “Klassenkämpfe in Frankreich“, p. 525. No original: „*Die Ironie der Weltgeschichte stellt alles auf den Kopf. Wir, die „Revolutionäre“ die „Umstürzler“; wir gedeihen weit besser bei den gesetzlichen Mitteln als bei den ungesetzlichen und dem Umsturz. Die Ordnungsparteien, wie sie sich nennen, gehen zugrunde an dem von ihnen selbst geschaffenen gesetzlichen Zustand. Sie rufen verzweifelt mit Odilon Barrot: la légalité nos tue, die Gesetzlichkeit ist unser Tod (...)*“.

32Engels, Friedrich. Brief an H. Starkenburg, p. 366. No original: „*Die politische, rechtliche, philosophische, religiöse, literarische, künstlerische etc. Entwicklung beruht auf der ökonomischen. Aber sie alle reagieren auch aufeinander und auf die ökonomische Basis. Es ist nicht, daß die ökonomische Lage Ursache allein aktiv ist und alles anderes nur passive Wirkung. Sondern es ist die Wechselwirkung auf Grundlage der in letzter Instanz stets sich durchsetzenden ökonomischen Notwendigkeit. [...] Es ist also nicht, wie man sich hier und da bequemere vorstellen will, eine automatische Wirkung der ökonomischen Lage, sondern die Menschen machen ihre Geschichte selbst, aber in einem gegebenen, sie bedingenden Milieu*“.

Marx afirma que a origem do direito está tanto na esfera econômica quanto fundamentado nas relações de vida materiais de uma sociedade. Segundo ele, uma determinada forma social nada mais é que uma combinação de distintas formas de produção sob a dominação de uma forma de produção. O total de uma esfera econômica, de relações de vida materiais numa determinada formação social advém de múltiplos fatores. (...) Em outras palavras, o total da esfera econômica é um rede de diferentes, igualmente históricas, temporalmente desiguais relações, práxi, tais quais formas sociais conscientes e neste sentido elaboradas³³.

Desta forma, além do diálogo entre as unidades integrantes da sociedade, domínio e predominância da economia significam mais uma distorção do que propriamente a visão que o materialismo de inspiração marxiano oferece. O entrelaçamento histórico e elaborado das diversas instâncias sociais é que traduzem as formas de produção de uma sociedade.

Na realização deste diálogo faz-se necessária a clareza sobre os limites da constituição dirigente. Numa prospectiva marxiana, como chama a atenção Norbert Reich, o Direito deve ocupar seu lugar como Direito; de uma “práxis teórica”, uma vez que o “critério da verdade”, em Marx, repousaria na própria “prática teórica” (*theoretische Praxis*)³⁴. Assim é que a constituição dirigente no subdesenvolvimento deve ser observada e concebida como instrumento constitucional da prática cotidiana do governo, que, em concordância com os ditames da própria constituição, impõem a realização da intervenção do Estado para a garantia da superação de uma dada situação concretamente constitucionalizada e aceita como advertência ao Estado e à sociedade. Conceber o Direito nesta ótica como único elemento possibilitador ou imobilizador de reivindicações emancipatórias seria um equívoco: nem ao Direito – isto é, à constituição dirigente – pode ser atribuída tarefa de tamanha envergadura,

33Maihofner, Andrea. Das Recht bei Marx, p. 150, No original: „Marx behauptet hiernach, die Entstehung des Rechts ist in der ökonomischen Sphäre gegründet bzw. in den materiellen Lebensverhältnissen einer Gesellschaft begründet. Eine historisch bestimmte Gesellschaftsformation ist ihm zufolge selbst wiederum eine Kombination verschiedener Produktionsweisen unter der Domina ζ einer Produktionsweise. Die Gesamtheit einer ökonomischen Sphäre, der materiellen Lebensverhältnissen einer historisch bestimmten Gesellschaftsformations besteht also aus einer Vierzahl verschiedener, häufig auch historisch ungleichzeitiger, gesellschaftlicher Verhältnisse, Interesse und Praxen. Sie ist mit anderen Worten ein Netz verschiedenster, auch historisch ungleichzeitiger materieller Verhältnisse, Praxen sowie mehr oder weniger ausgearbeitet gesellschaftlicher Bewußtseinsform“.

34Reich, Norbert. Marxistische Rechtstheorie – Historische und aktuelle Dinskussionen und Tendenzen, p. 39.

nem a política deve ser relegada ao grau de mecanicismo, limitada ao que as previsões normativas estabelecem. Daí deriva o fato de que as correntes interpretativas normativistas sobre Direito Constitucional, muito além de reduzirem a atuação da própria política – e da política democrática – resvalam para uma autonomia que Direto, Economia etc., sozinhas não possuem no âmbito das tensões sociais. O mesmo pode ser imputado à natural decorrência do resultado concreto apregoado pelas mesmas correntes normativistas, ou seja, o mundial fenômeno da judicialização da política. Tem-se o deslocamento dos conflitos para o palco judiciário, em vez de se operarem, tais processos conflituosos, no terreno da disputa política, agora do imenso e legítimo palco social.

A concepção de uma “práxis teórica” para a constituição dirigente do subdesenvolvimento, além de reveladora das desigualdades sociais e regionais de um território diversificado como o brasileiro, além da importância entre capital e trabalho, mercado e produção, com a clara sua opção pelo intervencionismo, revela a totalidade dos elementos a interagirem na esfera do Direito, enriquecendo análises, trazendo com isso uma outra dimensão da utopia: aquela do concreto, da esperança, como diria Ernst Bloch; a esperança concebida a tratar da energia humana, traduzida pela paixão do êxito sobre o fracasso³⁵. A energia a movimentar a esperança será a ação, sempre para frente, em direção aos objetivos que se impõem perante o homem em sociedade. Daí deriva a crítica de Bloch a Hegel e a Freud. O futuro, o infinito *vir-a-ser* é de Marx, que conclamou a todos os homens do mundo numa perspectiva universalista. Pois desta forma é que devem ser compreendidos, por exemplo, os direitos fundamentais e a constituição dirigente. Liberdade de expressão de pensamento, de reunião, direito de greve não deveriam ser objetos de garantia. Não se trata, sob esta ótica e para Bloch, sobre direito “*de*” alguma coisa, mas de direito “*para*”, “em direção” a alguma coisa. Assim é que a “*liberdade final*” seria uma liberdade que não se oporia à ordem, mas seria dela parte, “*uma ordem concebida numa sociedade pura e simplesmente não coercitiva, de uma estrutura não antagonista*”³⁶.

A contribuição marxiana para o Direito poderá então ser aquela da construção de práxis teórica do cotidiano, o quê, no caso da constituição dirigente no subdesenvolvimento, poderá consistir na advertência que a esperança no futuro depende da ação humana. Decorre, pois, deste ponto o fato de que os revolucionários muito têm a ganhar com a legalidade democrática, para também preservá-la no futuro. Este

35 Bloch, Ernst. O Princípio Esperança, pp.50-51.

36Caldwell, P. **Dictatorship, State Planning and Social Theory in the German Democratic Republic**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 129. No original: “[...] *an order conceived of as “an uncoerced structure of non-antagonistic society pure and simple”*”.

lugar da política não lhe pode ser retirado pelo esperto jogo semântico, a deitar análises sobre a constituição dirigente e a função de suas normas a partir do conteúdo das próprias normas.

Referências

- ARRIGHI, Giovanni. **Adam Smith em Pequim – Origens e Fundamentos do Século XIX**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BLOCH, Ernst. **O Princípio Esperança**, v.1. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto/Ed. da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2005.
- BRAUDEL, Fernand. **Civilização Material, Economia e Capitalismo – Séculos XV-XVII. Os Jogos das Trocas**, v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BUCKEL, Sonja. **Neo-Materialistische Rechtstheorie**. In: *Neue Theorien des Rechts*, Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.). Stuttgart: Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, 2006, pp. 117-138.
- _____. **Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theori des Rechts**, 1. Auflage. Weilerwist, 2007.
- CALDWELL, Peter C. **Dictatorship, State Planning and Social Theory in the German Democratic Republic**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- CASTRO. Matheus Felipe de. **Capitalista Coletivo Ideal – Estado, Constituição e Desenvolvimento no Brasil Contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mimeo: Florianópolis, 2008.
- ENGELS, Friedrich. **Brief an H. Starkenburg**. In: Marx, K. und Friedrich Engels: *Briefe über das Kapital*. Berlin: Dietz Verlag, 1954, p. 365-367.
- _____. **Einleitung zu Marx’ “Klassenkämpfe in Frankreich“**. In: Karl Marx – Friedrich Engels Werke, Bd. 22. Berlin: Dietz Verlag, 1963, pp. 506-527.
- FURTADO. Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.
- _____. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.
- GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- LUCKÁCS, Georg. **História e Consciência de Classe**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MAIHOFER, Andrea: **Das Recht bei Marx**, 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992.
- MARX, Karl. **Zur Judenfrage**. Marx-Engels Werke, v. 1. Berlin: Dietz Verlag, 1977, pp. 347-377.

NUNES, António José Avelãs. **Ricardo e Marx: continuidade e rotura.** *In:* Boletim de Ciências Económicas, XLIX. Coimbra. 2006, pp. 1-82.

REICH, Norbert. **Marxistische Rechtstheorie – Historische und aktuelle Diskussionen und Tendenzen.** *In:* Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Eine Sammlug von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973.

----- **Markt und Recht – Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland.** Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verl., 1997.

SCHMITT, Carl. **Die Diktatur.** 6. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações,** vol. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Capítulo 52

DERECHOS HUMANOS Y FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN DESDE ABAJO

Alejandro Rosillo Martínez¹

1. INTRODUCCIÓN

La fundamentación de derechos humanos se ha vuelto un tema clásico en el pensamiento jurídico, especialmente en relación con la Filosofía del Derecho. No obstante, en la mayoría de los casos, las reflexiones dominantes desconocen que los derechos humanos tienen su génesis en la lucha popular, conduciendo a la fundamentación a instancias ahistóricas y abstractas. En cierta forma, pasa algo semejante a lo que, respecto al Derecho Internacional de derechos humanos, denuncia el jurista indio Balakrishnan Rajagopal, en su conocida obra *El derecho internacional desde abajo: El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*². Sobre esta posición, en el prólogo de dicho libro, César Rodríguez comenta:

“En contra de la visión del derecho internacional ‘desde arriba’ –narrada desde el punto de vista de las élites políticas y económicas y centrada en el Estado como único actor legítimo en las relaciones internacionales–, el jurista indio propone una perspectiva ‘desde abajo’, esto es, una mirada a la construcción y transformación del derecho desde el punto de vista de los actores políticos subalternos.

(...)

Esto explica, por ejemplo, por qué los textos de enseñanza del derecho internacional se ocupan de los nuevos instrumentos internacionales sobre derechos de las comunidades indígenas – desde el Convenio 169 de la OIT hasta el proyecto de la Declaración Internacional de Derechos Indígenas de la ONU – sin mencionar el hecho de que dichas normas resultaron de un proceso de presión y movilización internacional de los pueblos indígenas que lleva ya más

1 Profesor investigador de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Correo-e: alejandro.rosillo@uaslp.mx

2 RAJAGOPAL, Balakrishnan, *El derecho internacional desde abajo: El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.

de tres décadas. Lo mismo sucede con otros movimientos sociales que desaparecen de la narrativa oficial del derecho internacional, desde los movimientos locales y globales de mujeres que han dado lugar a las normas internacionales contra la violencia doméstica y la discriminación de género, hasta los movimientos sindicales sin cuya presión no habrían surgido las convenciones de la OIT”.³

Algo parecido ha pasado con la fundamentación de derechos humanos, pues en las filosofías dominantes se realiza una “narrativa desde arriba”, con simbólicas simétricas, ahistóricas y abstractas, que invisibilizan las luchas sociales. En efecto, es necesario que desde la filosofía se realice una fundamentación “desde abajo”, con simbólicas asimétricas, históricas y concretas, que no desconozcan la tarea que tienen las luchas de resistencia en la construcción y comprensión de derechos humanos. Es lo que se pretende en este escrito utilizando algunas ideas de la Filosofía de la Liberación (FL).

Con el uso de conceptos y categorías de la FL podemos establecer tres vertientes generales de fundamentación de derechos humanos; ninguna de ellas cabe, de forma estricta y precisa, dentro de las corrientes iuspositivistas, iusnaturalistas o iusrealistas. Probablemente pudieran ser clasificadas como producto del diálogo entre las iusnaturalistas y las iusrealistas, o como una construcción entre iuspositivismo e iusrealismo; o, finalmente, como una síntesis de las tres posturas. Como sea, lo cierto es que intentar clasificar a estas vías de fundamentación dentro de cualquiera de dichas clases es una metodología poco adecuada, pues ellas están estrechamente ligadas a las elaboraciones iusfilosóficas del centro mundial, y responden de una u otra forma a la consolidación del estado moderno y de su ciudadanía desde esa ubicación geopolítica, mientras que la FL se comprende como un pensamiento geopolíticamente ubicado desde la periferia. La anterior postura no significa una defensa del relativismo, sino de una comprensión de la inteligencia humana donde la verdad no está dada sino que se va construyendo.

Ante los cuestionamientos sobre la tarea de fundamentar derechos humanos, podemos decir que si no se hace se corre el riesgo de invisibilizar sus matrices históricas, y se pierde así una instancia crítica. Con esto, la no-fundamentación tendría un efecto semejante a las fundamentaciones dogmáticas: a los derechos humanos ya reconocidos se les hipostasiaría, desvinculándolos de la praxis humana y colocándolos en un ámbito ahistórico; pero aún así, seguirían teniendo una directa repercusión en los procesos políticos concretos de los pueblos. Se impondrían (imponen) conte-

3 RODRÍGUEZ, César, “Prólogo” en RAJAGOPAL, Balakrishnan, *Op. cit.*, pp. 10-11.

nidos normativos y criterios de legitimidad política ajenos a los procesos históricos de cada pueblo, y así derechos humanos terminarían (terminan) siendo instrumentos de ideologización que justificarían (justifican) la dominación y la opresión de unos países sobre otros, de unas clases sociales sobre otras, o de unos grupos sobre otros. Sin fundamentación, “derechos humanos” es presa fácil de la falacia desarrollista y se vuelven instrumentos ideologizados de opresión. De aquí se desprende otra razón más del porqué fundamentar derechos humanos: construir una instancia crítica que sirva para verificar en la realidad cómo ciertos “derechos humanos” contribuyen o no con los procesos de liberación de las personas y los pueblos. Si bien la fundamentación no puede ser la única instancia crítica, puede ser una de gran importancia, si se evita caer en los riesgos que comentaremos a continuación.

2. RIESGOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Antes de entrar al núcleo de nuestro escrito, podemos sostener en general que el problema de fundamentar derechos humanos tiene cuatro cuestiones que han de ser enfrentadas y evitadas, si es que buscamos una fundamentación en perspectiva liberadora. Estas son: el dogmatismo, el pensamiento débil, el reduccionismo y el etnocentrismo.⁴ Son cuatro cuestiones que ponen en entredicha la legitimidad de la tarea filosófica respecto al fundamento de derechos humanos.

Una fundamentación de derechos humanos es *dogmática* cuando pretende encontrar un fundamento absoluto. Se trataría de establecer un tipo de fundamento que fuera una razón tan evidente que ninguna persona podría estar excusada en reconocerla; una vez establecido no puede posteriormente discutirse y quien se rebela a él queda, por ese hecho, excluido de la comunidad de los sujetos racionales. Esa postura corre el riesgo de terminar en actitudes intolerantes, pues al considerar que se tiene un acceso privilegiado al conocimiento del fundamento de derechos humanos –y del derecho en general– entonces aquellos que se oponen han de ser considerados irracionales y, por lo tanto, criminales.

A la par del dogmatismo, nos topamos con el *pensamiento único*, es decir, con las posturas que fundamentan derechos humanos desde los presupuestos y puntos propios del pensamiento político y económico hegemónico; se trata de aquellas pos-

4 Parte de esta clasificación se ha inspirado en la obra de Juan Antonio Senent de Frutos, quien habla de problemas de la fundamentación de los derechos humanos, y señala el dogmatismo, el reduccionismo y el etnocentrismo (SENENT, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 48-58).

turas (neo)liberales que comprenden que el mercado es el único agente regulador de la sociedad y, por lo tanto, es la libertad (en el mercado) el único derecho humano a defender; los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos, serían falsos derechos o formas de mermar los auténticos derechos, que son los que provienen de la libertad (en el mercado) del individuo. Fuera de este modelo basado en la libertad individualista, no hay alternativas, y sólo así pueden comprenderse derechos humanos.

Ante el rechazo del dogmatismo nos topamos con el *pensamiento débil*, propio de la postmodernidad occidental. Una de sus propuestas es tratar de establecer varios fundamentos posibles. Con ella se corre el riesgo de un relativismo donde ante una cantidad considerable de fundamentos se pierda su carácter de instancia crítica y no se haga referencia alguna con la realidad concreta de las víctimas de los sistemas. Si bien la FL se ha valido de algunas contribuciones de la filosofía postmoderna⁵, no puede asumir el pensamiento débil en relación con el fundamento de derechos humanos. En este sentido, González Faus analiza cómo este tipo de pensamiento conlleva tanto al sujeto débil como a los derechos débiles; ante la acusación de los pensadores postmodernos de que todo fundamento conlleva a totalitarismos, este autor señala que los derechos humanos terminan siendo reducidos en el pensamiento débil al valor de cambio del mercado.⁶ La manera para enfrentar el *dogmatismo* y el *pensamiento único* por parte de la FL no debe ser el relativismo y el pensamiento débil, pues a través de ellos poco favor se les hace a quienes se les niegan las condiciones para producir y reproducir su vida, sino que ha de otorgar la construcción viable de varios fundamentos fuertes que reconozcan la dinámica histórica de derechos humanos, y por lo tanto, aunque fuertes no se consideren una solución definitiva sino sólo de carácter provisorio, pues debe estar en constante revisión ante la situación de los pobres, los oprimidos y las víctimas.

En cuanto al *reduccionismo* entendemos las teorías que en el desarrollo del fundamento se enfocan sólo a una de las dimensiones de derechos humanos. Son posturas que cercenan la realidad, y desconocen diversas parcelas por las cuales los procesos de derechos humanos se ven afectados; sólo enfocan su análisis ya sea en lo jurídico, en lo político, en lo social o en lo ético, dejando a un lado las otras dimensiones. Aquí podemos mencionar ciertas versiones de iuspositivismos, iusnaturalismos, historicismos y el monoculturalismo.

5 DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998, p. 517.

6 GONZÁLEZ FAUS, José Ignacio, "Derechos humanos, deberes míos. I. Pensamiento débil/consumo fuerte" en *Christus*, no. 702, México, septiembre-octubre 1997, p. 23.

El último problema en la fundamentación de derechos humanos, y muy relacionado con el anterior reduccionismo, es el etnocentrismo. Como señala Senent, “[u]no de los problemas teóricos con que nos encontramos al tratar la cuestión de los derechos humanos es que se señala que estos representan una institución etnocéntrica, y precisando aun más, se denuncia que son una institución eurocéntrica”.⁷ Para superar esta situación, la fundamentación de derechos humanos debe posibilitar el diálogo intercultural para mostrar que la experiencia de lucha por la dignidad humana, y el uso de instituciones políticas y jurídicas para protegerla, no son postulados exclusivos de Occidente. De lo contrario, la fuerza crítica del discurso de derechos humanos se ve disminuida en realidades periféricas, ajenas total o parcialmente a la tradición eurocéntrica, y se vuelven ideologizaciones e instrumentos que justifican la opresión de las clases dominantes – que suelen ser funcionales a y simpatizar con los intereses de las potencias del Norte – sobre las clases pobres y populares.

3. EL FUNDAMENTO DE LA ALTERIDAD

La FL, aún cuando es crítica de la Modernidad, no renuncia a la subjetividad. Para los procesos de liberación es importante que la víctima, el pobre y el oprimido se constituyan en sujetos de su propia historia. Sin embargo, la FL no fundamenta derechos humanos en el sujeto abstracto de la Modernidad, ni en el individuo egoísta que sólo busca su propio interés. La autonomía del sujeto no es sinónimo de la subjetividad moderna que inicia los procesos de derechos humanos. Esto porque el sujeto abstracto de la Modernidad se constituye como una Totalidad excluyente, no abierta a la proximidad, ni a la exterioridad del Otro. Además, como señala Hinkelammert, la moderna sociedad occidental más que antropocéntrica es mercadocéntrica⁸; ha colocado el mercado como un supuesto orden natural, y la legitimidad y validez de las instituciones están en función de que permitan el libre desenvolvimiento de las leyes de mercado. Por eso, la visión del sujeto y de la subjetividad de la Modernidad, iniciada con Descartes, terminó ligándose al dominio de la naturaleza y de la realidad social a través del capitalismo. Se trata de una concepción *egocéntrica* del ser humano, que sacraliza al individuo como propietario que fomenta la enajenación y mercantilización de todas las facetas de la vida humana. Reducir la dimensión subjetiva del ser humano a la subjetividad individualista de la Modernidad hegemónica significa

7 SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio, *Op. cit.*, p. 56.

8 Cf. HINKELARMERT, Franz, *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, EUNA, Heredia de Costa Rica, 2005.

promover un desperdicio de la experiencia. Desde otras culturas, la subjetividad se ha construido de manera distinta, y en diversas ocasiones de forma comunitaria.

Por eso, la subjetividad debe constituirse en el encuentro con el otro. Como es bien sabido, es Enrique Dussel quien, partiendo de la filosofía de Emmanuel Levinás, ha introducido la alteridad como un elemento fundamental de la FL. Por eso, se habla de una FL concebida como una metafísica de la alteridad o una filosofía de la alteridad ética.⁹ A partir de ahí, se trataría de constituir subjetividades de personas y de pueblos; es decir, tanto subjetividades personales como subjetividades colectivas.

Del conjunto de categorías que Dussel aporta a la FL, algunas de ellas tienen relación con una fundamentación de derechos humanos desde la alteridad y, además, autores juristas cercanos a los movimientos de liberación las han tomado en cuenta para la construcción de su pensamiento jurídico.¹⁰ Estas categorías son la proximidad, la totalidad, las mediaciones, la libertad situada, la exterioridad y la enajenación.

a) *Proximidad*: Dussel señala que la experiencia griega o indoeuropea y la moderna privilegiaron la relación ser humano–naturaleza.¹¹ Comprendieron el ser como *lux* o como *cogito*, lo que conlleva definir el ámbito del mundo y lo político como lo visto, lo dominado, lo controlado. En cambio, si se privilegia la relación ser humano-ser humano (la especialidad y lo político), se puede dar un discurso filosófico con otro origen. En efecto, se trata de comenzar desde la proximidad, distinguiéndola de la proxemia.¹² Praxis es acortar distancia; es un obrar hacia el otro como otro. Es una acción que no se acerca a las cosas, sino al otro en cuanto otro; por eso es un aproximarse y no una proxemia. De ahí que pueda hablarse de diversas proximidades (originaria, histórica, metafísica)¹³. Ante esta equivocidad de la proximidad histórica, Dussel habla de la proximidad inequívoca, que es la que se da ante el rostro del oprimido, de la víctima, del que es exterior a todo sistema. Es la proximidad ante el que clama justicia, al que invoca responsabilidad. La proximidad inequívoca es la que se establece con el que necesita servicio, porque es débil, miserable, necesitado. De ahí

9 Cf. GARCÍA RUIZ, Pedro Enrique, *Filosofía de la liberación. Una aproximación al pensamiento de Enrique Dussel*, Driada, México, 2003, pp. 171-202; SALAMANCA, Antonio, *Yo soy guardián mundial de mi hermano. Hacia la universalización ética de la opción por el pobre desde el pensamiento de K.O. Apel*, E. Dussel y X. Zubiri, IKO, Frankfurt, 2003, pp. 65-70.

10 Cf. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, Porrúa, México, 2007, pp. 139-159.

11 Cf. DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, Nueva América, Bogotá, 1996, p. 29.

12 *Ídem.*, p. 30.

13 *Ídem.*, pp. 31-35.

que la proximidad es la raíz de la praxis y desde donde parte toda responsabilidad por el otro, y en concreto con el *otro* víctima del sistema.

b) *Totalidad*: La totalidad es la manera cómo las cosas se presentan al ser humano. La proximidad, el cara-a-cara del ser humano con el ser humano, deja irremediablemente lugar a la lejanía. Entonces el ser humano se acerca a los entes, a las cosas, a los objetos; las cosas-sentido, los entes, nos enfrentan en una multiplicidad casi indefinida. No obstante, esto se da en una *totalidad*, en un sistema, que los comprende y los unifica. Los entes, señala Dussel, no nos rodean de manera caótica sino que forman parte de un *mundo*, que es una totalidad instrumental de sentido. Es el horizonte cotidiano en el cual vivimos.¹⁴

c) *Mediaciones*: Las mediaciones no son otra cosa que aquello que empuñamos para alcanzar el objetivo final de la acción. La proximidad es la inmediatez del cara-a-cara con el otro; la totalidad es el conjunto de los entes en cuanto tal: en cuanto sistema. Las mediaciones posibilitan el acercarse a la inmediatez y permanecer en ella, constituyen en sus partes funcionales a la totalidad.¹⁵

d) *Libertad situada*: Las cosas y entes que constituyen su entorno son mediaciones, posibilidades. Cuando el ser humano obra, lo hace por un proyecto. Ese proyecto determina las posibilidades, las mediaciones para su realización. Es decir, la persona está asediada por decisiones que debe tomar, y caminos que se abren y se cierran. Este estar abierto al deber de continuamente determinarse por esta o aquella posibilidad; el estar algunas veces desconcertado y no saber cuál elegir; el poder elegir lo mismo y no elegir nada; la capacidad o poder sobre las mediaciones, se denomina, según Dussel, la libertad. En efecto, el ser humano se realiza por determinaciones electivas. Elegir libremente no consiste en poder determinar absolutamente las mediaciones desde una indeterminación absoluta (sería la libertad infinita, radical). Tampoco el ser humano está totalmente determinado, condicionado; es libre y al mismo tiempo históricamente determinado. La mediación es posibilidad para una libertad. La cosa es ente porque siendo interpretado en su sentido y estimado en su valor es por último elegido y postergado en vista del proyecto.

e) *Exterioridad*: Dussel afirma que esta es la categoría más importante para la FL, y que posibilita realizar un discurso nuevo. Es decir, la *exterioridad* es una categoría que marca la diferencia de la FL con las filosofías del centro que usan también las categorías arriba descritas. Posibilita un discurso nuevo porque hace viable fijarse en la realidad de los pueblos periféricos: “Es la novedad de nuestros pueblos lo que se

14 *Ídem.*, p. 37.

15 *Ídem.*, p. 45.

debe reflejar como novedad filosófica y no a la inversa”.¹⁶ La exterioridad parte del hecho de que en el conjunto de todos los entes, sobresale uno, distinto a todos los demás: *el rostro de los otros seres humanos*. Alejados de la proximidad, consumidos por la proxemia –donde aun el rostro humano es asumido como una cosa-sentido, como un ente más–, la presencia de este rostro nos recuerda la necesidad de aquélla. El ser humano como ente es parte de la totalidad, de los sistemas, pero la emergencia de su rostro nos vuelve a enfrentar a la proximidad; es cuando el otro se nos revela en toda su exterioridad.¹⁷

f) *Alienación*: La alienación se da cuando se le niega al otro su calidad de otro. La totalidad, el sistema, tiende a totalizarse, a autocentrarse; busca eternizar su estructura presente y a devorar intrasistémicamente a toda exterioridad posible.¹⁸ Entonces para el sistema el *otro* aparece como algo diferente, que pone en peligro la unidad de “lo mismo”. En efecto, al *otro* en tiempo de peligro se le transforma gracias a la ideologización en “el enemigo”.

Las categorías expuestas arriba, propias de la FL desarrollada por Dussel y, en parte, por Scannone, nos posibilitan establecer un fundamento de derechos humanos desde la alteridad, desde el encuentro con el otro. A diferencia de los fundamentos hegemónicos de derechos humanos basados en una subjetividad del individuo, que finalmente son parte de la totalidad, del sistema dominante, la FL propone un fundamento en la alteridad, desde una subjetividad abierta al otro y no cerrada en la mismidad. En este contexto, la subjetividad moderna es parte de la totalidad que sólo reconoce derechos a *los mismos*¹⁹, no al inequívocamente otro, al que por la totalidad es considerado extraño, ajeno y hasta peligroso al sistema. A ese otro, al contrario, aunque exija la satisfacción de las mismas necesidades que *los mismos*, es catalogado de delincuente; por eso, se criminalizan la protesta y las luchas sociales y las praxis de liberación se reprimen (ellas son finalmente los medios en que los otros emergen para romper la alienación a la que son sometidos). En efecto, la fundamentación de derechos humanos efectuada sólo desde el individuo carga con algunos de los reduccionismos que comentamos; está marcada por el reduccionismo monocultural e historicista. Derechos humanos fundamentados desde el sujeto abstracto fácilmente se convierte en herramienta de enajenación, y son parte de lo que Dussel describe

16 *Ídem.*, p. 55.

17 *Ídem.*, p. 56.

18 *ídem.*, p. 70.

19 Esos *mismos*, esos que reafirman la *mismidad* del sistema, son los que concretizan al ser humano abstracto, a ese ser humano que se considera “sujeto universal de derechos”, es decir, el varón, blanco, burgués, adinerado, occidental, etc.

en el siguiente texto: “Vestida de nobles virtudes nietzscheanas, guerreras, saludables, blancas y rubias como los arios, Europa se lanza sobre la periferia, sobre la exterioridad geopolítica; sobre las mujeres de otros varones; sobre sus hijos; sobre sus dioses. En nombre del ser, del mundo humano, de la civilización, aniquila la alteridad de otros hombres, de otras culturas, de otras eróticas, de otras religiones. Incorpora así aquellos hombres o, de otra manera, despliega violentamente las fronteras de su mundo hasta incluir a otros pueblos en su ámbito controlado”.²⁰

Sin negar la subjetividad como elemento de una fundamentación de derechos humanos, es imprescindible abrirla a la pluriculturalidad y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta; se trataría de un sujeto inter-subjetivo, comunitario, que sea el sujeto de derechos humanos como praxis de liberación. Es lo que propone la FL a partir de una metafísica de la alteridad, que se concretiza en comprender a la ética, a la responsabilidad por el otro, como el inicio de toda filosofía. Esta ética es una ética de la solidaridad que tiene sus consecuencias para la construcción de una juridicidad alternativa, generada desde las luchas sociales.²¹

La ética de la alteridad busca una apertura del sujeto que sea capaz de comprender lo nuevo de la historia que se construye desde la exterioridad. “El punto de partida es la víctima, el Otro, pero no simplemente como otra ‘persona-igual’ en la comunidad argumentativa, sino ética e inevitablemente (apodócticamente) como Otro en algún aspecto negado-oprimido (*principium oppressionis*) y afectado-excluido (*principium exclusiones*).”²² Desde el otro como otro —el pobre, el oprimido, la víctima—, que es libertad incondicionada por cuanto se desprecia su exterioridad considerándola nada (como incultura, analfabetismo, barbarie, primitivismo, incivilización), es como surge en la historia lo nuevo. Por ello todo sistema futuro realmente resultante de una revolución subversiva en su sentido metafísico es analógica: semejante en algo a la anterior totalidad, pero realmente distinto.

Todo lo anterior se realiza, se hace realidad, cuando alguien dice, por ejemplo, “¡[t]engo hambre, necesito alimento!”.²³ El hambre del pobre es consecuencia de un sistema injusto, y en su situación de víctima no tiene lugar dentro del sistema. No tiene lugar por ser negatividad, por sufrir falta-de, por ser no-ente en el mundo. Pero fundamentalmente está fuera porque saciar estructuralmente el hambre del po-

20 DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, Op. cit., p. 69.

21 WOLKMER, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, UAA-ITESO-Porrúa, México, 2002, pp. 179-180.

22 DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación*, Op. cit., p. 417.

23 *Ídem.*, p. 524.

bre es cambiar radicalmente el sistema. En efecto, derechos humanos fundamentados desde la alteridad han de comprenderse en herramientas de lucha de quienes son víctimas del sistema, y por eso, más que elementos conservadores del sistema han de ser subversivos, transformadores, revolucionarios. El cara-a-cara con el otro inequívoco obliga a repensar constantemente derechos humanos, pues los derechos del otro no son parte del sistema.²⁴

Este encuentro con el otro, el *cara-a-cara*, queda complementado y llevado más allá, con el pensamiento de la liberación de Franz Hinkelammert. Este autor habla del *retorno del sujeto*, pero no del sujeto metafísico, sino del sujeto viviente, corporal, en cuanto horizonte filosófico para una crítica radical de la globalización neoliberal. Como habíamos dicho, este autor señala que la sociedad moderna occidental más que antropocéntrica es *mercado-céntrica*.

El concepto de sujeto surge en la relación sujeto-objeto, en la filosofía de Descartes. El sujeto es visto como instancia que se relaciona con el objeto, es decir, la *res cogitans* frente a la *res extensa*. Es un sujeto del pensamiento que se enfrenta al mundo de los objetos. Para él todo es objeto, tanto la corporalidad del otro como la propia corporalidad. Por eso, Hinkelammert señala que es un sujeto trascendental, que desde un punto de vista externo a la corporalidad del mundo juzga sobre éste como mundo objetivo, del que no se considera parte sino sólo juez.²⁵ Su existencia se sostiene solamente en su autorreflexión sobre sí mismo, y por eso no tiene corporalidad ni tampoco, en consecuencia, tiene sentidos.²⁶

Pero no queda ahí la noción de este sujeto epistemológico, pues es a la vez un individuo poseedor; es el individuo que se dirige al mundo para dominar y poseer; al pensar el mundo corporal como objeto, en la relación sujeto-objeto se entiende como poseedor del mundo. Lo más grave es que la negación del sujeto trascendental realizado por la postmodernidad no ha significado una recuperación de una subjetividad liberadora e intercomunitaria; al contrario, ha fortalecido al sujeto actuante como individuo propietario; al respecto, señala Hinkelammert: “Pero esta negación del sujeto trascendental no ha afectado al individuo poseedor, que es su contrapartida. De hecho ha sustituido el sujeto pensante por el sujeto actuante, que es un individuo propietario y calculador de sus intereses. Sigue interpretando todo el mundo corporal como objeto de acción, pero se ve a sí mismo más bien como una sustancia calculadora, que se mueve en un mundo de puros objetos, y calcula su posibilidad de acceder a este mundo consumiéndolo y acumula como propiedad

24 DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, *Op. cit.*, p. 59.

25 HINKELAMMERT, Franz, *El sujeto y la ley*, *Op. cit.*, p. 485.

26 DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación*, *Op. cit.*, p. 515.

partes crecientes de él. Para este sujeto calculante, el propio cuerpo sigue siendo un objeto igual como lo es el mundo exterior. No tiene cuerpo, para calcular su acción sobre cuerpos, que es su objeto. Este sujeto calculante es el individuo, que no se ve molestado por la negativa al sujeto trascendental”.²⁷

Una fundamentación de derechos humanos desde el sujeto trascendental, o desde su negación postmoderna, termina siendo funcional para los intereses del sujeto calculante. Los derechos humanos se reducen a los “derechos” necesarios para acceder “al mundo consumiéndolo” y acumular propiedades. Paradójicamente, el sujeto actuante verá en los otros a objetos, pues la sociedad del mercado lo conduce a “[t]ransformar todo en objeto, inclusive a sí mismo, [y esto] es presentado ahora como libertad y salvación”.²⁸ Entonces los bienes protegidos por los derechos humanos no son satisfactores para la producción y reproducción de vida, sino meros objetos para ser consumidos. En cambio, la FL propone recuperar al ser humano como se hace presente en la realidad, como ser corporal, como sujeto viviente frente a otros que también se hacen presentes como seres corporales y sujetos vivientes; es una relación de cuerpo a cuerpo, de *cara-a-cara*. La pregunta clave de este sujeto no es “si existo” sino “puedo seguir existiendo”. Se trata de responderse por las condiciones de posibilidad de vivir cómo ser corporal, como ser viviente.

La demanda de la recuperación del sujeto, de la vida humana concreta, de la vida para todos, en las instituciones sociales y en las construcciones culturales, es la demanda más urgente del mundo de hoy, según Hinkelammert. Para esto, derechos humanos es, sin duda, una herramienta importante, pero fundamentado en un sujeto inter-subjetivo. Y esto tiene que ver con la vuelta, en palabras de nuestro autor, al sujeto reprimido y al bien común.

4. EL FUNDAMENTO SOCIO-HISTÓRICO (PRAXIS DE LIBERACIÓN)

La FL no se comprende sólo como una ética de la alteridad, sino también puede entenderse como una filosofía de la praxis. Diversos autores – por ejemplo, Ellacuría, Dussel y Hinkelammert– abordan en su reflexión las diversas formas de *praxis*. De una u otra forma, buscan encontrar sus características para poder considerarla como una praxis de liberación. Si bien parten del análisis de la praxis humana en general, coinciden en señalar que no toda praxis es liberadora, sino que existen

27 HINKELAMMERT, Franz, *El sujeto y la ley*, *Op. cit.*, pp. 486-487.

28 *Ídem.*, p. 487.

unas opresoras, homicidas y alienantes. En este sentido, derechos humanos como realidad histórica está afectada por esta ambivalencia de la praxis; derechos humanos bien pueden ser instrumentos de ideologizaciones funcionales a prácticas opresoras o herramientas para la liberación. Fundamentar derechos humanos desde la praxis significa encontrar un fundamento sociopolítico; se trata de entenderlos como herramientas de las praxis de liberación.

Ellacuría aborda la praxis desde el análisis de los elementos y dinamismos que integran la realidad histórica que van desde la materialidad hasta la dimensión personal, y desde el individuo hasta el cuerpo social. Como señala Antonio González, la praxis humana “en cuanto apropiación y transmisión tradente de posibilidades es la categoría más apropiada para comprender la originalidad de lo histórico”.²⁹ En diversos escritos, tanto en los de carácter político, filosófico como teológico, Ellacuría utiliza el concepto *praxis*, y en variadas ocasiones lo hace de manera adjetivada; así se encuentran conceptos como *praxis histórica*, *praxis social*, *praxis política*, etc. Es un concepto utilizado por este autor como parte de su diálogo con el marxismo, aunque con una importante fundamentación en el pensamiento de Xavier Zubiri.

Para Ellacuría, por su carácter transformador, la praxis es el ámbito donde con mayor claridad se expresa la interacción entre el ser humano y el mundo, pues en ella las relaciones no son siempre unidireccionales sino respectivamente codeterminantes. A través de la praxis se muestra el poder creativo del ser humano. Este poder “está en estrecha relación con el grado de libertad que vaya alcanzado [el ser humano] dentro del proceso histórico”.³⁰ Si bien todo tipo de actividad humana transformadora está incluido en la reflexión filosófica de la praxis humana, pues ella incluye todas las formas del quehacer humano, tanto especulativas, educativas, técnicas, religiosas, etc., Ellacuría pone énfasis en las praxis históricas de liberación, es decir, en aquellas que actúan como productoras de estructuras nuevas más humanizantes. En sentido semejante, Dussel señala que la praxis de liberación “es la acción posible que transforma la realidad (subjetiva y social) teniendo como última referencia siempre a alguna víctima o comunidad de víctimas”.³¹

El proceso práxico de liberación, ya en el ámbito ético y político, es principalmente dialéctico —aunque no exclusivamente— en cuanto busca negar la negación de los seres humanos, y se avance afirmando lo positivo. Un proceso que se da dentro

29 GONZÁLEZ, Antonio, “Prólogo” en Ignacio Ellacuría, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, 1999, p. 11.

30 SAMOUR, Héctor, “Filosofía y libertad” en Rodolfo Cardenal y Jon Sobrino (Coord.), “Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida”, Sal Terrae, Santander, 1999, p. 110.

31 DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación*, *op. cit.*, p. 553.

del dinamismo histórico de la posibilitación y capacitación, por lo cual no existe ninguna garantía de triunfo. Ya se ha dicho que la realidad histórica puede ser principio de humanización y de personalización, pero también puede ser de opresión y alienación. Esto porque “la *praxis* histórica no es reducible ni a las leyes del mundo natural ni a los saltos dialécticos de algún presunto espíritu”.³² A diferencia de lo que puede suceder con posturas idealistas o mecanicistas de la historia, el mal y la injusticia en la historia no pueden ser legitimados ni justificados como unas necesidades lógicas en el desarrollo de una teleología o como partes de un devenir forzoso de la historia. Más bien el mal histórico es un límite real que se presenta como un desafío a la *praxis* de liberación.

La liberación es, entonces, un proceso a través del cual el ser humano va ejerciendo su libertad, y va haciéndose cada vez más libre gracias a su estructura de esencia abierta. “La liberación es, por lo pronto, un proceso. Un proceso que, en lo personal, es, fundamentalmente, un proceso de conversión y que, en lo histórico, es un proceso de transformación, cuando no de revolución”³³.

La concepción de la *praxis* hasta ahora analizada tiene importantes consecuencias para la fundamentación de derechos humanos, si estos se asumen como momentos de la *praxis* histórica de liberación. En este contexto no sería viable, y carecería de sentido, un fundamento absoluto y dogmático, desde el que se proponga un tipo de “falacia desarrollista”. En efecto, deberán comprenderse derechos humanos desde su complejidad como momentos pertenecientes a las distintas fuerzas históricas; es decir, contemplarlos como momentos tanto jurídicos como ideológicos, sociales y políticos. Esto significaría asumir una concepción compleja de derechos humanos.

El comprender derechos humanos como momentos de la *praxis* histórica de liberación se constituye en un fundamento socio-histórico. Es decir, se trata de entender la *praxis* de liberación de los nuevos sujetos socio-históricos como fundamento de derechos humanos. En cierta forma, el análisis crítico que realiza Helio Gallardo tiene relación con nuestro tema. Este autor señala que el fundamento de derechos humanos no es filosófico sino sociológico; éste debe entenderse como matriz, y por tanto se constituye por la formación social moderna que contiene tensiones, conflictos y desgarramientos. Es decir, el fundamento se encuentra en la sociedad

32 GONZÁLEZ, Antonio, “Prólogo”, *Op. cit.*, p. 11.

33 ELLACURÍA, Ignacio, “En torno al concepto y a la idea de liberación””, en *Escritos Teológicos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2000, p. 640.

civil, en su dinámica emergente liberadora, en sus movimientos y movilizaciones sociales contestatarios.³⁴

El fundamento de derechos humanos tendría entonces como motor la lucha social en matrices sociohistóricas; así, Gallardo afirma que “[d]esde el punto de vista de su práctica, el fundamento de derechos humanos se encuentra, ostensiblemente, en *sociedades civiles emergentes*, es decir en movimientos y movilizaciones sociales que alcanzan incidencia política y cultural (configuran o renuevan un *ethos* o sensibilidad) y, por ello, pueden institucionalizar jurídicamente y con eficacia sus reclamos”.³⁵ Esta fundamentación sociohistórica es asumida por el pensamiento de la liberación pero no sólo desde el aspecto sociológico sino también desde el horizonte filosófico.

Ahora bien, la FL no sólo desarrolla la comprensión del sentido de la praxis sino también del sujeto de ella. De entrada, toda persona puede constituirse en sujeto de la praxis de liberación, ya sea en su calidad de víctima o por ser solidario con el oprimido, en cuanto realiza acciones, organiza instituciones o transforma sistemas para que las víctimas, los pobres y los oprimidos disfruten y ejerzan efectivamente derechos humanos.³⁶ Pero el analogado principal del sujeto de la praxis de liberación es la víctima que adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida. En este sentido, Dussel afirma: “El *sujeto de la praxis de liberación* es el sujeto vivo, necesitado, natural, y por ello cultural, en último término la víctima, la comunidad de las víctimas y los a ella co-responsablemente articulados. El ‘lugar’ último, entonces, del discurso, del enunciado crítico, son las víctimas empíricas, cuyas vidas están en riesgo, descubiertas en el ‘diagrama’ del Poder por la razón estratégica”.³⁷

El sujeto de la praxis de liberación supone no una mera subjetividad individual sino la ya mencionada inter-subjetividad. La intersubjetividad no significa la creación de un sujeto colectivo natural, pues esto conlleva finalmente a una sustantivización indebida; los sujetos socio-históricos son fluidos y fragmentarios, aparecen y desaparecen en coyunturas bien determinadas, según las tramas sociales. Más bien significa el reconocimiento de la subjetividad de cada sujeto humano concreto, y de su encuentro con el otro, que también es sujeto, y que por sus cualidades de víctimas

34 Cf. GALLARDO, Helio, *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, DSR, Murcia, 2008, p. 31.

35 *Ídem.*, p. 44.

36 DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación*, *Op. cit.*, p. 513.

37 *Ídem.*, p. 525.

o solidario con ellas, se conforman en una comunidad de vida.³⁸ Como señala Dussel, la intersubjetividad “se constituye a partir de una cierta comunidad de vida, desde una comunidad lingüística (como mundo de la vida comunicable), desde una cierta memoria colectiva de gestas de liberación, desde necesidades y modos de consumo semejantes, desde una cultura con alguna tradición, desde proyectos históricos concretos a los que se aspira en esperanza solidaria”.³⁹

Por su parte, Hinkelammert resalta el carácter procesual del hacerse sujeto que, para la FL, significa la vuelta —la recuperación— del sujeto reprimido: “...el ser humano como sujeto no es una instancia individual. La intersubjetividad es una condición para que el ser humano llegue a ser sujeto. Se sabe en una red, que incluye la misma naturaleza externa al ser humano: que viva el otro, es una condición de la propia vida”.⁴⁰ El ser humano para vivir requiere hacerse sujeto; la vida es un llamado a constituirse como sujeto. En efecto, el ser sujeto no es un antes, un a priori del proceso, sino que resulta del mismo proceso.⁴¹ Es decir, el “sujeto” no contiene un valor o una sustancia a priori, sino que depende del sentido negativo del sistema que lo hace víctima; lo que podría decirse es que ese sujeto buscará revertir su situación de víctima a través de la generación de un nuevo sistema. En efecto, para llegar a ser sujeto de la praxis de liberación es necesario efectuar una crítica autoconsciente del sistema que causa la victimización. Las víctimas han de caer en la cuenta de que no habían participado en el acuerdo originario del sistema —por utilizar expresiones de la ética del discurso— y, sobre todo, en que debido a dicho sistema no pueden producir, reproducir y desarrollar su vida.⁴²

Habíamos señalado párrafos arriba que el proceso práxico de liberación es principalmente dialéctico, aunque no exclusivamente. En cuanto a derechos humanos, la praxis de liberación se constituye, en diversas ocasiones, por el enfrentamiento de un movimiento social organizado de las víctimas y un sistema formal dominante. Se genera un conflicto ético, con consecuencias sociales y jurídicas, donde la comunidad de víctimas busca modificar las tramas sociales para lograr una transferencia de poder con el fin de satisfacer sus necesidades de vida.⁴³ Si la praxis de liberación se realiza por un sujeto inter-subjetivo, el principio normativo “crítico democrático” es parte de

38 GALLARDO, Helio, *Teoría crítica*, *Op. cit.*, p. 60.

39 DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación*, *Op. cit.*, p. 525.

40 HINKELAMMERT, Franz, *El sujeto y la ley*, *Op. cit.*, p. 495.

41 *Ídem.*, p. 496.

42 *Ídem.*, pp. 495-496.

43 GALLARDO, Helio, *Teoría crítica*, *Op. cit.*, p. 44. DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación*, *Op. cit.*, p. 541.

ella. La intersubjetividad en las luchas de liberación se basa en el consenso crítico de las víctimas. Un movimiento social basado, por ejemplo, en las decisiones de “líderes” y que no se guía por la voluntad consensada de las víctimas, terminará reproduciendo el mismo sistema que excluye a las víctimas y esos “líderes” terminarán utilizando el poder de manera fetichizada. Por eso, la intersubjetividad tiene que ver con dicho principio, que Dussel define de la siguiente manera: “El principio normativo crítico democrático apunta a promover el consenso crítico de las víctimas, por su participación real y en condiciones simétricas”.⁴⁴ En efecto, al fundamentar derechos humanos en la praxis de liberación, se comprende la importancia del consenso de las víctimas para que la lucha por “nuevos derechos” signifique la creación de un nuevo sistema, que incluye la participación de los que habían sido excluidos.

De lo anterior podemos concluir que el estado no es fundamento de derechos humanos; a lo más puede ser un instrumento, un conjunto de instituciones, para hacerlos efectivos. La praxis de liberación de los pueblos es un hecho más radical que la existencia y el funcionamiento del estado.⁴⁵ Si se fundamenta derechos humanos en la praxis histórica de liberación se potencializa, siguiendo las categorías de Boaventura de Sousa Santos, el pilar emancipatorio de la Modernidad. En cambio, si se fundamentan en el estado, se potencializará a la larga uno de los pilares de control.⁴⁶ Por tanto, recuperando lo mejor de la Modernidad, la FL ha de insistir que derechos humanos deben conservarse como parte del pilar emancipatorio fundamentándolos en las praxis de liberación.

Los derechos humanos tienen como uno de sus fundamentos la praxis histórica de liberación, en cuanto ésta se realiza por una comunidad de víctimas –que se constituye en un sujeto intersubjetivo– que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Esto conlleva el colocar a la praxis como el hecho más radical, que antecede al estado o a la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Es un fundamento no-dogmático, ni etnocéntrico, ni historicista; defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

44 DUSSEL, Enrique, *Veinte tesis de política*, Siglo XXI, México, 2006, p. 105.

45 Cf. SALAMANCA, Antonio, *Filosofía de la revolución. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI*, UASLP-CEDH, San Luis Potosí, 2008, pp. 28-34.

46 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, p. 31.

5. EL FUNDAMENTO DE LA PRODUCCIÓN DE VIDA

La FL tiene como un tema central de su reflexión al “sujeto vivo”, y en conexión con él a la satisfacción de las necesidades para la vida. La recuperación del sujeto no sólo es referida a un sujeto intersubjetivo y a un sujeto de la praxis de liberación, sino también al sujeto como sujeto vivo, como un ser corporal, por el que la satisfacción de necesidades se constituye como un hecho radical. Esto no quiere decir que el sujeto intersubjetivo y el sujeto de la praxis queden relegados a un segundo sitio, otorgándole la primacía al sujeto vivo. No se trata de jerarquizar a los “sujetos”. Es decir, para que el sujeto de derechos humanos realmente sea tal, debe ser alternamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico.⁴⁷ La ausencia de cualquiera de ellos, o la ausencia total de sujeto, significaría que la fundamentación de derechos humanos caería en alguno de los riesgos analizados al inicio de esta sección.

En virtud al sujeto vivo, la fundamentación de derechos humanos se constituye como un referente crítico del sujeto de la praxis, encaminado a responder a la interpelación que las víctimas realizan a través del sujeto intersubjetivo. Es decir, si el sujeto de la praxis dirige su actuar para lograr una liberación integral, a través de la organización y el consenso de la comunidad de víctimas que transforma el sistema a través de “nuevos derechos”, la satisfacción de necesidades para la vida es el marco material de esa praxis, de esa organización y de ese consenso entre las víctimas: “El juicio de hecho crítico (desde el marco material de la ética) se enuncia como la posibilidad de la producción, reproducción y desarrollo de la vida de los sujetos reales del sistema, y como ‘medida’ o criterio de los fines del mismo: si la vida no es posible, la razón instrumental que se ejerce en hacerlo imposible es éticamente perversa”.⁴⁸

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone –o se pretende imponer– a la sociedad entera.⁴⁹ Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.”⁵⁰ A la eficiencia y la

47 Cf. HINKELAMMERT, Franz, *Crítica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002.

48 *Idem.*, p. 523.

49 Cf. HINKELAMMERT, Franz, *El sujeto y la ley*, *op. cit.*, pp. 19-23.

50 *Idem.*, p. 23.

racionalidad económica se les consideran los aportes de la competitividad, y ambas son transformadas en los valores supremos. Esta competitividad borra de la conciencia el sentido de la realidad, pues provoca que se perciba como “realidad virtual”. El maíz o el trigo son producidos si son competitivos, no porque alimenten; una pieza de ropa no se fabrica, aunque caliente y dé abrigo, si su producción no es competitiva. Con esta realidad virtual, según la cual todo tiene su criterio en la competitividad, desaparece el valor de uso de las cosas. No obstante, esto se extiende a todas las facetas de la vida, incluyendo aquellas relacionadas con lo jurídico y derechos humanos. Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer, y su desaparición podrá ser interpretada como un devenir natural de los acontecimientos y por el “ejercicio de la libertad” de sus miembros que optaron por dejar de utilizar, por ejemplo, su lengua (es más competitivo hablar inglés que ñañú, por ejemplo); o, igualmente desde este criterio, se ha de considerar que las transformaciones sociales que no aumenten la competitividad no deben realizarse. El dominio de la competitividad no admite acciones frente a los efectos destructores que ella produce; es más, impide siquiera verlos. Significa la afirmación de la Totalidad y la negación del Otro; el encubrimiento del rostro de la víctima, quien lo es por su propia responsabilidad, por no ser “competitivo”. Por eso un sujeto práctico o actuante no es suficiente.

Contrario a la racionalidad medio-fin, Hinkelammert señala que la vida del actor no puede ser un fin, dado que no puede ser tratada como un fin en competencia con otros. Quien elige la muerte, elige la disolución de todos los fines posibles. La vida es la posibilidad de tener fines, y sin embargo, no es un fin. Por eso, si abordamos al actor como un ser vivo que se enfrenta a sus relaciones medio-fin, entonces lo miramos como sujeto. El actor, antes de ser actor, es sujeto humano; sólo se transforma en actor cuando ha decidido sobre el fin y calcula los medios, incluyendo en estos su propia actividad. La racionalidad reproductiva es la propia del sujeto vivo. Para poder enfocar esta racionalidad, debemos asumir al actor más allá de sus relaciones medio-fin; percibirlo como sujeto y, por tanto, no como un fin sino condición de la posibilidad de los fines. El ser humano como sujeto vivo concibe fines y se refiere al conjunto de sus fines posibles. Pero no puede realizar todos los fines que bajo un cálculo medio-fin parecen posibles; por lo menos debe excluir aquellos fines cuya realización atenta contra su posibilidad de vivir. Si bien el sujeto determina sus fines, no puede desconocer la materialidad de la historia, como señala Ellacuría.⁵¹ De ahí que el sujeto esté “atado” al circuito natural de la vida humana que es condición de posibilidad de su propia vida.

51 Cf. ELLACURÍA, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, op. cit., pp. 55 y ss.

El criterio de vida o muerte se convierte en el criterio en última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida. La irracionalidad de lo racionalizado no es otra cosa que la evidencia de esta contradicción performativa. Como señala Hinkelammert, “[l]a racionalidad medio-fin aplasta la vida humana (y de la naturaleza), lo que evidencia su carácter potencialmente irracional.”⁵²

La racionalidad del sujeto vivo se enfrenta a la pretensión de mostrar como racionales las acciones que producen muerte. Hinkelammert denuncia la desorientación del mercado y del pensamiento sobre él en relación con la racionalidad reproductiva. Ante el criterio del mercado todas las acciones medio-fin son igualmente racionales, aunque desde la racionalidad reproductiva sean destructoras. Por tanto, las actividades devastadoras de la vida son promovidas por el mercado al igual que las actividades compatibles: “Cortar la rama del árbol sobre la que el actor se halla sentado, es tan racional como cortar cualquier otra”. Se genera entonces una tendencia inevitable del mercado hacia la destrucción en términos de la racionalidad reproductiva; se trata de la muerte tanto de los seres humanos como de la naturaleza: “Esta tendencia destructiva es la irracionalidad de lo racionalizado.”⁵³ Ahora bien, esta tendencia a la destrucción no es necesariamente la finalidad de nadie, sino que resulta de la propia racionalidad medio-fin y por constituirse en una totalidad. El sistema coordinador de la división social del trabajo —el mercado— la hace surgir. Podrán tratarse de efectos externos para la racionalidad medio-fin, pero son indiscutiblemente internos para la vida y para la racionalidad reproductiva.

No obstante, cuando la racionalidad medio-fin pretende totalizarse, la racionalidad reproductiva no deja de existir y sigue haciéndose presente. Esta racionalidad no es una postura idealista, sino que responde a una exigencia material, al enfrentamiento del ser humano con la materialidad de la realidad histórica; por tanto, se le asume para preservar la vida o se le soslaya para producir muerte. Cuando más se niega esta racionalidad, aumentan las situaciones que imposibilitan la satisfacción de necesidades, tales como el desempleo, la violencia, el subdesarrollo, la pauperización, etc. Entonces, como señala Hinkelammert, estas insatisfacciones se hacen sentir como exigencias y protestas, pero además “donde no hay protesta posible, como en el caso de la naturaleza destruida, la ausencia de la racionalidad reproductiva se hace presente por las crisis ambientales. (...) Y donde la protesta social no es posible, la

52 HINKELAMMERT, Franz, *El sujeto y la ley, op. cit.*, p. 49.

53 *Ídem.*, p. 53.

ausencia de racionalidad se hace sentir en las crisis de la convivencia, las migraciones, la descomposición social, el crimen y la corrupción”.⁵⁴

De lo anterior se desprende la relación del sujeto vivo con el sujeto de la praxis de liberación. La praxis que busca la liberación integral ha de tener como momento material y objetivo la satisfacción de las necesidades de las víctimas; la transformación del sistema y la generación de una nueva institucionalidad deben de tener como objetivo posibilitar la vida y evitar la muerte.⁵⁵

La toma de conciencia de la víctima para generar una comunidad y constituirse en una subjetividad emergente que genera “nuevos derechos” tiene como momento inicial el enfrentamiento ante la muerte. Si el aprendizaje de la razón medio-fin es descrito como un aprendizaje de prueba y error, en cambio, el aprendizaje de la racionalidad reproductiva es diferente. Señala Hinkelammert que es un aprendizaje que se enfrenta a la muerte para evitarla; busca evitar el derrumbe de todos los fines con la muerte. Se persigue afirmar la vida y entonces el esfuerzo de evitar aquello que la amenace; se trata de un aprendizaje negativo. La praxis de liberación surge, en este contexto, como consecuencia de la experiencia, por parte de las víctimas, de las distorsiones que el mercado produce en la vida y en la naturaleza. Además, la afirmación de la vida no es un fin sino un proyecto: el conservarse como sujeto que puede tener fines. Es así como se genera una conciencia generadora de praxis de liberación: “Se trata de conservar la vida del actor, y no de realizar algún fin positivo mediante una gama de alternativas de la acción por probar. Este aprendizaje en la lógica de la racionalidad reproductiva se refiere a un futuro desconocido con la posibilidad del fracaso. De ahí que los valores implícitos de este aprendizaje son diferentes: de solidaridad; de respeto a la vida propia y a la de los otros, incluyendo a la propia naturaleza; de cuidado y sabiduría. Son valores que relativizan la racionalidad medio-fin y la transforman en racionalidad secundaria. Su relativización es, asimismo, cuestión de vida y muerte”.⁵⁶

Si bien la comunidad de víctimas toma conciencia y se organiza, generando un consenso para guiar su praxis (principio formal), éste debe tener como proyecto –y a la vez como límite– el desarrollo de la vida (principio material). El sujeto tiene un horizonte objetivo que es de vida y muerte.⁵⁷ Si no contara con ese horizonte no sería un sujeto vivo; podría en cambio pretender ser un actor de la racionalidad

54 *Ídem.*, p. 57.

55 HINKELAMMERT, Franz, *Crítica de la razón utópica*, op. cit., p. 338.

56 HINKELAMMERT, Franz, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 66-67.

57 Cf. *Ídem.*, p. 70.

medio-fin que no tiene como límite la vida y llega a generar, como hemos visto, el suicidio.

Quedarse únicamente con el criterio de la producción de vida, del sujeto vivo, como fundamento de derechos humanos correría el riesgo, entre otros, de terminar defendiendo un individualismo justificador de un egoísmo que afirmase un imperativo “sálvese quien pueda” o “viva quien pueda vivir”. Por eso es necesario completar este fundamento con el fundamento de la alteridad y de la praxis de liberación. En este sentido, Hinkelammert señala que “[e]l querer salvar no es suficiente, si bien es condición necesaria. A partir de esta situación, toda relación humana tiene que ser reenfocada. No hay salida, excepto por un reconocimiento mutuo entre sujetos que, a partir de este reconocimiento, someten todo el circuito medio-fin a la satisfacción de sus necesidades. Si se parte de este reconocimiento, es necesaria una solidaridad que sólo es posible si este la sustenta”.⁵⁸ El sujeto se hace sujeto por la afirmación de su vida, pero esta subjetividad se complementa con la afirmación de la vida del otro.

El otro aparece con claridad en las crisis de los sistemas que causan muerte: “Surge así *en y ante* los sistemas, en los diagramas del Poder, en los lugares *standard* de enunciación, de pronto, por dichas situaciones críticas, el Otro que el sistema, el rostro del oprimido o excluido, la víctima no-intencional como efecto de la lógica performativa del todo formal racionalizado, mostrando su irracionalidad desde la vida negada de la víctima”.⁵⁹

6. CONCLUSIÓN

A partir de los conceptos y categorías de la FL es posible construir un fundamento de derechos humanos basado en tres pilares: la alteridad, la praxis de liberación y la producción de vida. Esta fundamentación busca superar los riesgos que corre el intento de fundamentación, tales como el dogmatismo, el pensamiento débil, el reduccionismo y el etnocentrismo. Sin negar la subjetividad como elemento esencial de derechos humanos, la FL la abre a la pluralidad cultural y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta; por eso, se trata de un sujeto *inter-subjetivo*, que desarrolla una praxis de liberación para juridificar las necesidades y acceder a los bienes para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. Para la FL, derechos humanos deben tener al criterio de vida o muerte como de última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso

58 *Ídem.*, pp. 68-69.

59 DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación*, *op. cit.*, p. 523.

en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida.

La fundamentación propuesta significa un *retorno del sujeto*, pero no del sujeto metafísico, sino del sujeto viviente, corporal, intersubjetivo y práxico, como un horizonte filosófico para una crítica de la globalización neoliberal. Es decir, la praxis se realiza por una comunidad de víctimas —que se constituye en un sujeto intersubjetivo— que busca, ejerciendo el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Por eso la praxis es un hecho más radical que el estado o la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Rechaza el dogmatismo, el etnocéntrico y el historicismo, sino que defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

7. REFERÊNCIA

- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, Porrúa, México, 2007.
- DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998.
- DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, Bogotá, Nueva América, 1996. DUSSEL, Enrique, *Veinte tesis de política*, Siglo XXI, México, 2006.
- ELLACURÍA, Ignacio, “En torno al concepto y a la idea de liberación””, en *Escritos Teológicos*, Tomo I, San Salvador, UCA Editores, 2000.
- ELLACURÍA, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, 1999.
- GALLARDO, Helio, *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, Mauricia, DSR, 2008.
- GARCÍA RUIZ, Pedro Enrique, *Filosofía de la liberación. Una aproximación al pensamiento de Enrique Dussel*, México, Driada, 2003.
- GONZÁLEZ FAUS, José Ignacio, “Derechos humanos, deberes míos. I. Pensamiento débil/ consumo fuerte” en *Christus*, no. 702, México, septiembre-octubre 1997.
- GONZÁLEZ, Antonio, “Prólogo” en Ignacio Ellacuría, *Filosofía de la realidad histórica*, San Salvador, UCA Editores, 1999.
- HINKELAMMERT, Franz, *Crítica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002.
- HINKELARMERT, Franz, *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, EUNA, Heredia de Costa Rica, 2005.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan, *El derecho internacional desde abajo: El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.
- SALAMANCA, Antonio, *Filosofía de la revolución. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI*, San Luis Potosí, UASLP-CEDH, 2008.

- SALAMANCA, Antonio, *Yo soy guardián mundial de mi hermano. Hacia la universalización ética de la opción por el pobre desde el pensamiento de K.O. Apel, E. Dussel y X. Zubiri*, IKO, Frankfurt, 2003.
- SAMOUR, Héctor, “Filosofía y libertad” en Rodolfo Cardenal y Jon Sobrino (Coord.), “Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida”, Sal Terrae, Santander, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009.
- SEMENT, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Valencia, Trant lo Blanch, 2007.
- WOLKMER, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, UAA-ITESO-Porrúa, México, 2002.

Capítulo 53

MOVIMIENTO SOCIAL Y JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, CASO PRÁCTICO DEL DERECHO A LA SALUD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

Aurora Molina Sánchez¹

1. INTRODUCCIÓN

La efectividad de los derechos sociales es en un factor importante en un ámbito de democracia, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural en la vida de un pueblo, como lo establece el artículo 3 de la Constitución Mexicana.² Si no hay un mejoramiento de vida del pueblo y por el contrario se excluye y se margina, estaremos hablando de un sistema antidemocrático.

En este sentido Ferrajoli propone dos dimensiones de democracia:³

Democracia formal: que consiste en saber quien está legitimado para decidir, o sea quien gobernará.

Democracia sustancial: que consiste en normas que vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales.

Si vemos al derecho como una garantía de limitación al poder, Luigi Ferrajoli nos dice que el derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos, y da la opción del garantismo como un modelo alternativo del Estado de Derecho.

Así es que, veríamos al derecho como una forma de inmediatez en la demanda de los derechos sociales; pero nos encontramos en un problema determinante en la efectividad de estos derechos, ante un derecho como instrumento de dominación y de control⁴. Al respecto nos dice Ferrajoli que “*el modelo liberal de estado de derecho*

1 Posgrado de derecho de la UNAM, integrante del proyecto PAPIIT IN301711-UNAM, *Movimientos sociales y procesos constituyentes contemporáneos en América Latina*, en el grupo de investigación de Derecho y Sociedad de Crítica Jurídica, México.

2 Artículo 3 fracción II a) democracia. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México 2011.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta 1999a. p.864-867.

4 CORREAS, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. Editorial Fontamara. México, 2004.

*presenta insuficiencias, hay una insuficiencia del estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas y la proyección del modelo garantista globalmente en relación a la decadencia del concepto de soberanía*⁵, en este sentido el estado de derecho liberal preocupado por el libre mercado, solo profundiza las desigualdades sociales, por un lado se generan ricos más ricos y por otro lado pobres más pobres, al intentar ocultar las desigualdades sociales crea un estado de bienestar pero no un estado social de derecho.

Esto nos muestra que existe una crisis de legalidad, como la crisis de un estado de derecho, crisis de estado social, y crisis del Estado-Nación, nos refleja la realidad de un estado antidemocrático y, ante esto, surge el sistema garantista para remediar el caos normativo y la violación sistemática del poder público.

Para asegurar la protección de los derechos sociales, el autor en comentario propone: “*una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de estos ante la arbitrariedad*”⁶, atendiendo a esto entiendo que suprimiría la criminalización de la protesta social.

En relación a esta crisis del estado de derecho, Boaventura de Sousa Santos, concibe la función del derecho como un sistema artificial de garantías ya que es precisamente en la constitución que se tutelan los derechos fundamentales, el problema radica en hacer valer esos derechos, en atención a esta problemática, concibe a los derechos sociales como una legalidad débil, nos dice que la ley en la práctica es cómo el poder habla el derecho.⁷

El individuo titular de los derechos en el espacio público es siempre el ciudadano, ese espacio público tiene que ser de interacción política, y al promulgarse los derechos sociales se niega el cuadro de aplicación, ¿Cómo vamos a aplicar esos derechos sociales que se garantizan constitucionalmente al ciudadano, al negar un cuadro de aplicación? y por otro lado se posibilita la creación de un derecho hiperespecializado sobre el derecho y deja al ciudadano común desarmado en el aspecto común jurídico.⁸ Este aspecto facilitó la legitimación del poder político y aumentó la distancia entre los ciudadanos y el derecho.

El problema procedimental y formal en que nos encontramos al exigir la efectividad de los derechos sociales, radica en la estrecha semejanza entre democracia y mercado, por ejemplo en materia de salud, la población tiene derecho a la atención

5 Ibid.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta 2005. p. 290.

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Editores Manuel Alberto Alonso y Jorge Giraldo Ramírez. Ediciones Escuela Nacional Sindical. Edición febrero de 2001. Medellín. p. 179.

8 SANTOS, Op. cit.

médica, -pero cómo va a construir un hospital el Gobierno si no hay recursos económicos- es el argumento del gobernante, porque su atención está en otras presiones y exigencia de grupos económicos dominantes que linean reformas en sentido del capital, dejando en rezago la atención social.

Mientras tanto, al radicalizarse la pobreza surgen grupos sociales en demanda de los derechos fundamentales, como una forma de subsistencia necesaria, la población se organiza en casos concretos y buscan mecanismo de aplicación, surge la necesidad de la protesta social y la organización como un campo de demanda y de exigencia ante esa marginación y exclusión, para demandar elementos básicos de subsistencia como derecho a la alimentación, a salarío digno, a la tenencia de la tierra, al agua, a la preservación de los recursos naturales y a la salud.

Analicemos en la práctica que está sucediendo. Enfocare este trabajo al caso concreto del derecho a la salud.

Citaré un caso trascendente de judicialización del derecho a la salud en la comunidad de Mini Numa, en el Estado de Guerrero, México.

2. ASPECTOS GENERALES

La comunidad de Mini Numa se conforma por indígenas Na Savi,⁹ es una comunidad mixteca, asentada territorialmente en montañas de difícil acceso, del municipio de Metlatónoc, Guerrero, México. La montaña de Guerrero es una de las regiones de mayor pobreza.¹⁰ El desarrollo del municipio de Metlatónoc se considera

9 Indígenas Na Savi, Nuu Savi, que significa la gente de la lluvia, son grupos que radican geográficamente entre las sierras de Guerrero, Oaxaca y Puebla del país de México, se les atribuye origen mixteco, comparten territorio con otro indígenas como nahuas, chochos, nancue, ñomdaa, mixtecos, me'phaa, triquis y afromexicanos. En Guerrero se ubican entre otro municipios en Metlatónoc y El Grande son los mas pobres de México con niveles de desarrollo similares a países africanos, padecen la pobreza y exclusión social. La población ocupa en territorio montañoso de difícil acceso, lo que dificulta actividades agrícolas y otras formas de producción. Na Savi son un pueblo que en la vida cotidiana padece el impacto del actual modelo económico, político y cultural. GARCÍA LEYVA, Jaime. *Oralidad, historia y educación de Na Savi*. UNAM biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3098/7.pdf

10 El estado de Guerrero junto con Chiapas y Oaxaca se le considera uno de los 3 estados más pobres de México, y como resultado los 3 estados son los de mayor participación de resistencia y conflicto social en Chiapas tenemos el movimiento Zapatista, en Oaxaca el movimiento magisterial con organización del pueblo (APPO).

como una de las poblaciones más pobres del mundo se compara con el de Kenia y Malawi en el continente africano.¹¹

Pero ¿por que viven en extrema miseria comunidades como Mini Numa, en un país tan rico en recursos naturales como México? tal vez será porque al sistema neoliberal no le interesan las personas de los pueblos, sino la riqueza de sus tierras y productos naturales.

Citaré una nota del periódico la Jornada como sigue: “*Uno de cada cuatro niños muere antes cumplir 6 años de edad por enfermedades de la pobreza ocasionadas por parásitos como diarrea, vomito y desnutrición; por cada 100 mil partos mueren 281 mujeres en la montaña de Guerrero a la falta de atención medica*”¹² y no cuentan con infraestructura adecuada por parte del Estado¹³.

La movilización social surgió en la comunidad de Mini Nuna Guerrero, después de diferentes muertes de niños y adultos, al recurrir al derecho de petición administrativamente la autoridad menor del Sector de salud les negó su petición de dotar de un hospital o clínica argumentando que no contaban con recursos económicos, ni con un espacio adecuado para dar atención medica, por lo que la comunidad organizada en sus terrenos construyeron con adobe y con techo de laminas un espacio para que se instale la clínica que ellos solicitaban, esto es que los ciudadanos activamente estaban siendo partícipes y colaborando para materializar su derecho a la salud, pero solo encontraron negativas por parte del gobierno y recurrieron al juicio de amparo, articulando la acción social, política y jurídica.

El Derecho suele ser un instrumento de legitimación del poder político.¹⁴ El derecho dominante favorece a la construcción de sociedades desiguales como las que advertimos cotidianamente, con tan profundas contradicciones sociales, en las que la discriminación, la pobreza y la exclusión predominan, el acceso a los derechos en muchos casos es un privilegio. Aún atendiendo esta advertencia del papel que desempeña el derecho dominante los habitantes de la comunidad de Mini Numa iniciaron el camino jurídico con el ejercicio del derecho de petición, formulando diferentes oficios a la Secretaria de Salud de Guerrero, y ante su negativa al servicio de una clínica de atención medica adecuada, los ciudadanos interpusieron un recurso administrativo

11 Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI)-Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) México, *Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas de México-2006*, México, Noviembre 2006. ISBN970-753-037-5

12 Periódico la Jornada Guerrero, *Sección Sociedad*. Nota publicada en Guerrero México. Miércoles 2 de julio 2008.

13 INEGI (Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática). Consultar estadísticas.

14 WOLKMER, Antonio, “*Introdução ao pensamento jurídico crítico*”. Editora Saraiva. Brasil 8ª edição. p.71.

de inconformidad, para que le diera atención a su demandada de hacer efectivo el derecho a la salud, la autoridad administrativa les negó ese derecho argumentando falta de presupuesto económico y técnico ya que por razón del número de habitantes nos les correspondía una clínica, ante la negativa de la autoridad, los habitantes de la comunidad de Mini Numa acudieron al poder judicial federal, presentando demanda de amparo indirecto ante el juzgado de Distrito número 7, en el Estado de Guerrero, radicándose el juicio de amparo administrativo número 1157/2007-II.¹⁵

Este caso fue poco común que se presentó al poder judicial federal, el juez de distrito resolvió el juicio de amparo interpuesto por los quejosos, como un asunto sin precedentes en la historia de México, concedió el amparo y protección parcialmente, ordenando al Ejecutivo que proporcione atención medica a los demandantes. El juez de distrito entro al estudio de tratados internacionales que vinculan el derecho a la salud y contra la marginación, estos argumentos principales vertidos por los quejosos.

Como elemento importante, el Juez de Distrito concedió el amparo de forma social, ya que el amparo solo protege al quejoso en forma personal contra actos de autoridad, y un elemento importancia en esta sentencia de amparo fue que, en atención a los tratados internacionales, el derecho a la salud es un derecho fundamental y el Juez consideró que era de trascendencia conceder el amparo de forma social a la comunidad de Mini Numa.

Esta sentencia fue una resolución sin precedentes en México, abre la puerta a la judicialización de los derechos sociales consagrados en la Constitución.

Sin embargo a la fecha los habitantes de la comunidad de Mini Numa cuentan con una sentencia de Juicio de amparo que manda se les cumpla con su derecho a la salud, a la fecha siguen sin la atención médica adecuada.

3. CONCLUSIONES

PRIMERO: Actualmente la comunidad de Mini Numa cuenta con una sentencia de amparo que le concede el derecho a la salud y ordena al Gobierno de Guerrero que habilite un hospital en esa comunidad; pero se encuentran con la problemática de hacer valer esa sentencia, y no me refiero a los procedimientos judiciales

15 Sentencia del Juicio de Amparo de fecha 11 de julio de 2008, que resolvió del Juez Séptimo de Distrito de Guerrero Licenciado Luis Almazán Barrea, con residencia en la ciudad de Chilpancingo de los Bravo, Estado de Guerrero. Juicio de Amparo número 1157/2007-II, promovido por el Delegado Municipal y por cuatro integrantes del Comité de Salud de la comunidad de Mini Numa, municipio de Metlatonoc, Guerrero, México.

para ejecución de sentencia, sino a los problemas económicos y de resistencia de la autoridad para hacer valer los derechos sociales, actualmente la comunidad sigue sin la construcción y equipamiento de un hospital que de atención médica.

SEGUNDO: La falta de una norma de aplicación secundaria refleja la ausencia de las garantías jurídicas en los derechos fundamentales en la Constitución, cuando el legislador ha omitido una legislación de aplicación.

TERCERO: Retomando a Ferrajoli que propone: “una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de estos ante la arbitrariedad”¹⁶.

4. REFERÊNCIAS

BURGOA O., Ignacio. *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa. México, 2002.

BURGOA O., Ignacio. *Derecho de amparo*. Ed. Porrúa. México, 1998.

CORREAS, Oscar. *Teoría del derecho*. Ed. Fontamara. México, 2004.

CORREAS, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. Ed. Fontamara. México, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal de Enemigo y la Disolución del Derecho Penal*. Ius. Verano 2007.

GOMEZJARA, y otros. *Sociología*. Ed. Porrúa. México 1998.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Editores Manuel Alberto Alonso y Jorge Giraldo Ramírez. Ediciones Escuela Nacional Sindical. Medellín. Edición febrero de 2001.

MORENO CRUZ, Rodolfo. *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli, lineamientos generales*. Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<<http://www.juridicas.unam.mx>>>.

KAHN, Paul. *El Análisis Cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Editorial Gedisa. Yale Law School.

POULANTZAS, Nicolas. *La crisis del estado*. Ed. Barcelona 1977.

POULANTZAS, Nicolas. *Estado poder y socialismo*. <<http://www.opuslibros.org/index_libros/Resenciones_!/poulantzas_pou.htm>>.

SEGALES, José y otros. *Los dueños del mundo y los cuarenta ladrones*. Ed. El Viejo Topo. España, 2002.

L. Althusser. *Ideología y aparatos ideológicos del estado*. Ed. Quinto sol. México.

V. I. Lenin. *Lenin entre dos revoluciones*. Ed. Progreso. Moscú 1981.

WOLKMER, Antonio, “*Introdução ao pensamento jurídico crítico*”. Editora Saraiva. Brasil 8ª edição.

16 FERRAJOLI, op. Cit. p. 290.

OTRAS FUENTES:

CONSULTA DE SENTENCIA JUDICIAL:

Juicio de Amparo número 1157/2007-II, promovido por el Delegado Municipal y por cuatro integrantes del Comité de Salud de la comunidad de Mini Numa, municipio de Metlatonoc, Guerrero, México. Sentencia del Juicio de Amparo de fecha 11 de julio de 2008, que resolvió el Juez Séptimo de Distrito de Guerrero Licenciado Luis Almazán Barrea, con residencia en la ciudad de Chilpancingo de los Bravo, Estado de Guerrero.

LEGISLATIVAS.-

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa. México, 2011.

HEMEROGRAFICAS: Periódico La Jornada, nota de la Jornada Guerrero.

**MÉXICO: ENTRE LA DEMOCRACIA ELECTORAL,
Y LA DEMOCRACIA RADICAL**

Jesús Antonio de la Torre Rangel¹

1. INTRODUCCIÓN

En la Primera Jornada de esta VII Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, celebrada en San Luis Potosí, México, en mi comunicación me referí a la contribución de los jesuitas del Siglo de Oro español a la Crítica Jurídica. Uno de esos aportes constituye su concepción democrática del origen del poder, el cual se transmite al gobernante para su ejercicio, pero no se abdica del mismo, de tal modo que la revocación del mandato y la revolución están siempre en estado latente en el titular originario de la potestad: el pueblo.

En este rubro, de manera especial, destacamos las teorías jurídicas y políticas de Juan de Mariana (1536-1624).

Mariana, justifica el tiranicidio, si el monarca hace un ejercicio del poder en contra de los intereses del pueblo. Para justificar el tiranicidio, así como toda su teoría del poder, se basa en una concepción democrática. Considera que el poder reside originariamente en el pueblo, y el ejercicio del mismo es delegado a un príncipe que debe llevarlo a cabo en beneficio de ese propio pueblo. Su teoría democrática no es contractualista, a la manera de las concepciones individualistas de la Ilustración, sino comunitaria. La comunidad política no nace pactada, sino que es natural al hombre.

Para Mariana el orden entraña subordinación de unos poderes a otros: sobre el rey, el pueblo; sobre el pueblo, la ley; y sobre la ley, la justicia. El desorden que implica la tiranía, subvierte todo el orden.

Para Juan de Mariana la producción del Derecho se legitima con el consentimiento del pueblo:

¹ Universidad Autónoma de Aguascalientes.

La dignidad real... tiene su origen en la voluntad de la república. Si así lo exigen las circunstancias, no sólo hay facultades para llevar a derecho al rey, las hay para despojarle del cetro y la corona si se niega a corregir sus faltas. Los pueblos le han transmitido su poder, pero se han reservado otro mayor para imponer tributo; para dictar leyes fundamentales es siempre indispensable su consentimiento... sólo queriéndolo el pueblo se pueden levantar nuevos impuestos y establecer leyes que transformen las antiguas.²

Mariana censura severamente las prácticas devaluacionistas de la moneda de los monarcas. El rey no puede alterar el valor de la moneda sin contar con el consentimiento del pueblo. Supremacía del poder del pueblo sobre el poder del rey. La moneda de vellón es aquella alterada en su valor natural, pero que conserva su valor nominal; es decir, se reduce la cantidad de metal precioso. El aguerrido jesuita se opone a ello.³

Para Mariana el rey debe procurar que exista un equilibrio en el reparto de la riqueza; “que por crecer unos desmesuradamente en riquezas y el poder, no queden otros excesivamente extenuados y reducidos a la última miseria.”⁴ Por lo tanto, debe el gobernante poner límites a las riquezas de sus súbditos, y esto lo hará por medio de la ley; al través de las normas debe ponerse coto a la codicia de los propietarios. “En una república en que unos rebosan de riquezas y otros carecen de lo necesario no puede haber paz ni felicidad...”⁵, dice Mariana. Para el jesuita es injusto que se prive a los pobres de sus derechos políticos, pero esa injusticia es producto de otra “la de no proporcionarles los recursos económicos que necesitan para vivir libremente; una sociedad que tolera este doble desorden lleva en ellos sus propia ruina.”⁶

Las ideas de Juan de Mariana, sin duda, expresan la *democracia radical*.

Al término *democracia* le he puesto un calificativo: *radical*. Así que vale la pena hacer algunas precisiones.

2 Juan de Mariana, *La tiranía y los Derechos del Pueblo*, Introducción, Selección y Notas de José Ma. Gallegos Rocafull, el libro *Del Rey y la Institución Real*, Ed. Secretaría de Educación Pública, Biblioteca Enciclopédica Popular, México, 1948, p. 43.

3 Cfr. Víctor Rico González, *Antología de Juan de Mariana*, del *Tratado y Discurso sobre la Moneda de Vellón que al presente se labra en Castilla y de algunos desordenes y abusos*, Ed. Secretaría de Educación Pública, Biblioteca Enciclopédica Popular, México, 1947, págs. 82,83 y 84.

4 Citado por José María Gallegos Rocafull, *El Hombre y el mundo de los teólogos españoles de los siglos de oro*, Ed. Stylo, México, 1946, p. 166.

5 Citado por Gallegos, *Op. Cit.*, p. 168.

6 Gallegos, *Op. Cit.*, págs. 167 y 168.

2. ¿DE QUÉ DEMOCRACIA ESTAMOS HABLANDO?

Dice el filósofo López Farjeat que nuestras palabras –que es el modo de referirnos a la verdad- “han transitado de la equivocidad metafórica a la esterilidad significativa”⁷, perdiendo su valor. Un término paradigmático, en ese sentido, es “democracia”. Se trata de un concepto complejo; pero además, como dice López Farjeat, “cuando la palabra se usa indiscriminadamente sin precisar lo que quiere decirse con ella, se vuelve un vocablo multiusos, un ‘referente plástico’... en el debate público: el vocablo ‘democracia’ sirve para defenderlo todo: pluralidad, tolerancia, derechos humanos, justicia, procesos electorales, etc.”⁸

Sigue explicando López Farjeat: “Cuando las palabras son de plástico adquieren una cualidad especial, a saber, la multifuncionalidad: se utilizan para todo porque significan cualquier cosa; y, si designan cualquier cosa, no designan nada en específico.”⁹ Así pasa con la palabra “democracia”. Por eso es conveniente precisar de que democracia estamos hablando.

Quiero, en principio, entender “democracia” y tenerlo como referente, lo que dice Jean Robert, siguiendo a Lummins, en el sentido de *democracia radical*, es decir desde las raíces.

La democracia radical es la lucha del pueblo por el ‘poder del pueblo’, no un aparato que pretende representar ese poder... La democracia sólo puede ser una recreación nunca acabada; es un intento siempre de reivindicación, y una felicidad que, en palabras de los que la han experimentado, no puede agotarse en palabras...¹⁰

En ese sentido, la democracia radical es la subversión, no permanente, sino siempre posible, de cualquier régimen, llámase o no democrático.¹¹

En esta comunicación, además de las reflexiones que hemos hecho a la *democracia radical*, hablaremos de la *democracia electoral* en México y de acciones que producen *democracia radical* también en México.

7 Luis Xavier López Farjeat, “La democracia plastificada”, en *Conspiratio* 15, México, enero-febrero de 2012, p. 45.

8 *Idem*, p. 48.

9 *Ibidem*.

10 Jean Robert, “La democracia radical”, en *Conspiratio* 15, *Op. Cit.* p. 55.

11 *Idem*, p. 56.

3. NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL EN MÉXICO, EN RELACIÓN A LA DEMOCRACIA ELECTORAL

Producto de varias reformas, algunas ya de hace algunos años y otras recientes, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece, entre otros, estos derechos de los ciudadanos mexicanos: votar en las elecciones populares; poder ser votado para los cargos públicos de elección popular –pudiendo registrar la candidatura tanto los partidos políticos como los ciudadanos–; iniciar leyes; y votar en las consultas populares (Art. 39).

El artículo 41 establece como el pueblo ejerce su soberanía, y en ese numeral se establecen las bases para la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo “mediante elecciones libres, auténticas y periódicas”, dice. En ese mismo lugar se establecen muchas y grandes prerrogativas a los partidos políticos –podemos decir que en México vivimos una partidocracia, pero ese es otro tema–; se ponen, también las normas básicas para la organización de las elecciones federales, mandando que “es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordenen la ley. En el ejercicio de esta función estatal, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores.”

También en ese mismo larguísimo artículo, se manda que para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación.

Completan estas normas lo relativo al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia. Le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, entre otras: las impugnaciones en las elecciones federales de diputados y senadores; las impugnaciones que se presenten sobre la elección del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos; las impugnaciones de actos o resoluciones definitivas y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas (Estados) para organizar y calificar los comicios (Art. 99).

Estas son algunas normas básicas del funcionamiento de la democracia representativa institucional.

En México también, constitucionalmente, se reconoce el pluralismo cultural, político y jurídico, con cierta autonomía indígena, al reformarse el artículo segundo de la Constitución, en el año 2001. Reconocimiento de pluralismo ciertamente limitado e impugnado por pueblos y comunidades indígenas; pero, al fin y al cabo,

normatividad vigente, y que puede ser utilizada y se utiliza en su favor por esos propios pueblos y comunidades.

3.1. *La democracia electoral en los hechos*

Y, ¿cómo opera esta democracia electoral en México, teniendo como base las normas anteriores?

El dos de julio de 2000 fue una fecha de trascendencia histórica para México. Culminaba un largo proceso jurídico-político encaminado a hacer valer el voto ciudadano, a lograr el reconocimiento pleno de la voluntad del pueblo en la elección de sus gobernantes. Se hizo valer el voto ciudadano. Creíamos, en esos tiempos, que la democracia electoral, en cuanto a sus formas, se había conseguido. Esto en virtud de que se terminaba el largo periodo de setenta años con un partido de Estado –el Partido Revolucionario Institucional (PRI)-; y además, se demostraba la efectividad del funcionamiento de un órgano autónomo del Estado, ciudadanizado, capaz de organizar, con absoluta limpieza, las elecciones: el Instituto Federal Electoral (IFE).

Hoy, a doce años, vemos con mucho menos optimismo el funcionamiento de nuestra democracia electoral. Es cierto, ya no existe un partido de Estado; pero vivimos una partidocracia. Funciona el sistema electoral en cuanto a sus formas; pero ni siquiera por ello podemos hablar de democracia electoral, pues ésta ha sido secuestrada, en buena medida, por grandes grupos económicos –legales e ilegales- que invierten mucho dinero en publicidad, manipulación y compra del voto aprovechándose de la enorme pobreza de buena parte del electorado; y entre estos grupos económicos destaca TELEVISA el gigante concentrador de los medios de comunicación.

El 1 de julio de 2012 se celebraron en México elecciones federales, para renovar al Congreso –Cámaras de diputados y senadores- y para renovar el Poder Ejecutivo, eligiendo Presidente de la República.

La mayoría de los votos emitidos fueron para el candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI), Enrique Peña Nieto. La alianza de partidos formados por el Partido de la Revolución Democrática (PRD), el Partido del Trabajo (PT) y Movimiento Ciudadano, que postularon a Andrés Manuel López Obrador, impugnaron la elección ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La impugnación que se hizo de la elección presidencial fue argumentando la violación directa a los principios constitucionales, que se establecen en su artículo 41, al mandar que la renovación de los poderes Legislativos y Ejecutivo se realizará mediante *elecciones libres y auténticas*. La elección no habría sido ni libre ni auténtica,

porque, entre otros actos ventajosos y tramposos, hubo uso propagandístico con las encuestas, rebase de gastos de campaña, desvío de recursos públicos con los cuales se otorgaban tarjetas bancarias y de centros comerciales con los que se pagaba el voto. Sin embargo, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) validó la elección de Peña Nieto. Dice Ackerman que: “Es evidente que los magistrados se autolimitaron y abdicaron de su responsabilidad constitucional de garantizar la celebración de elecciones libres y auténticas”¹²; Jesús Cantú, a su vez, sostiene:

Con su fallo los magistrados sepultaron la igualdad política, uno de los más preciados valores de la democracia, y la equidad en la contienda, uno de los principios indispensables para que existan elecciones libres, auténticas y democráticas.¹³

Si esto es así, por lo que ve a México, tenemos una democracia electoral que funciona deficiente; una democracia electoral, en muchos aspectos, simulada.

3.2. La insurgencia de los movimientos sociales

EL proceso electoral federal de 2012, a pesar de los vicios y deficiencias ya señalados, trae buenas noticias para la política mexicana: la irrupción de sectores amplios e importantes de la sociedad civil, en un “fuerte protagonismo... para exigir, demandar, cuestionar, confrontar y proponer.”¹⁴

De pronto, en medio de un proceso electoral monótono, manipulado por las encuestadoras y los grandes medios de comunicación, con un discurso mediocre de los candidatos, irrumpen en el escenario los jóvenes estudiantes en la calle y en las redes sociales, que constituyen el Movimiento “Yo soy 132” que cobra vida en mayo del presente año; y se hace presente con fuertes cuestionamientos el Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (MPJD), que había nacido en abril de 2011.

Ambos movimientos, tienen tal fuerza, que los partidos y los candidatos presidenciales se ven obligados a ceder a sus requerimientos. El Movimiento “Yo soy

12 Jhon M. Ackerman, “La hipocresía del Tribunal Electoral”, en *Proceso* No. 1871, México, 9 de septiembre de 2012, p. 64.

13 Jesús Cantú, “La equidad sepultada”, en *Proceso* No. 1870, México, 2 de septiembre de 2012, págs. 14-15.

14 Jorge Rocha, “Sociedad y Cultura. La ciudadanía frente al proceso electoral”, en *Christus* No. 792, México, septiembre-octubre, 2012, p. 4.

132”, organizó un tercer debate ante los medios de comunicación participando los candidatos a la Presidencia de la República Andrés Manuel López Obrador, Josefina Vázquez Mota y Gabriel Quadri de la Torre –Enrique Peña Nieto, de plano, se negó a asistir aduciendo que el movimiento era en su contra-; y el MPJD sentó públicamente a responder a sus cuestionamientos a los cuatro candidatos presidenciales.

La gestación, desarrollo y propósitos de estos dos movimientos sociales, más allá de su participación en el proceso electoral, son y serán muy importantes en el acontecer social y político de México.

3.3. Movimiento por la paz con justicia y dignidad

Por estos días ya finales del sexenio presidencial –octubre de 2012- se habla ya de más de sesenta mil muertos, producto de la violencia del crimen organizado –narcotráfico, narcomenudeo, secuestro, extorsión- y por la violencia del Estado mexicano que lo combate con una estrategia de guerra, comprometiendo a las propias Fuerzas Armadas. Los muertos no sólo pertenecen a los combatientes, esto es a los miembros de los cárteles y grupos delictivos –que también se combaten entre sí- y a los elementos del Estado, llámese miembros de las Fuerzas Armadas (Ejército y Marina), policías federales, estatales y municipales; sino que los muertos, también son víctimas directas, miembros de la sociedad civil, dañados por la comisión directa de delitos en su contra o caídos en “fuego cruzado”, como “daños colaterales”. Al dolor por tanto muerto es necesario añadir el dolor por las “víctimas indirectas”, los familiares.

Ante tanto sufrimiento, y frente a la impotencia y rabia por la impunidad, a principios de abril de 2011, nació un movimiento ciudadano de resistencia a la violencia, que se ha denominado Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (MPJD). Se ha manifestado con grandes eventos y se ha logrado que, en muchos sectores de la población, se tenga una percepción distinta sobre la violencia que padecemos y una mayor conciencia social sobre las raíces de esa propia violencia. Además, el Movimiento ha luchado por rescatar la memoria de las víctimas y su dignidad; y los familiares dolientes se han expresado públicamente, se han agrupado y organizado y mutuamente se han dado consuelo y han exigido justicia a las autoridades del Estado. Y a esas demandas y acciones puntuales, el Movimiento ha añadido propuestas sociales muy importantes.

3.3.1. Inicio del Movimiento

La madrugada del lunes 28 de marzo de 2011, fueron hallados los cuerpos de siete personas, atados de pies y manos con evidentes signos de haber sido torturados, en el municipio de Temixco, vecino de Cuernavaca, en el Estado de Morelos. Una de esas personas era Juan Francisco Sicilia Ortega, joven estudiante de 24 años de edad, hijo del poeta¹⁵ y periodista, Javier Sicilia. Todos ellos, según arrojan las investigaciones, víctimas inocentes de esta guerra contra el crimen organizado.

¿Quién lo fuera a decir? Los frutos miserables de esta guerra le pegaron, en donde más podía dolerle, a uno de los críticos más lúcidos de esta política prioritaria del actual gobierno. Sí, porque Sicilia, en sus artículos en el semanario *Proceso*, desde mucho antes de la muerte de su hijo, hace crítica de la guerra y sus funestas consecuencias, y va al fondo en el análisis de las causas sistémicas del crimen y al fondo también del corazón humano. Además, Sicilia es un militante de la “no-violencia”, que es la actitud activa crítica de la guerra.

A partir de entonces Sicilia se convierte en el principal convocante y líder del Movimiento. Como escritor, publica un verdadero *manifiesto* fundacional del MPJD que titula “Carta Abierta a Políticos y Criminales. Estamos hasta la madre...” Acusa a los políticos en general y a los partidos a los que pertenecen de “haber desgarrado el tejido de la nación” en sus luchas por el poder; de la guerra del Estado contra el crimen organizado, dice que está “mal planteada, mal hecha, mal dirigida”. Se opone a la “criminalización” de las víctimas, sobre todo de varios de los jóvenes caídos. A los criminales también les dice que “estamos hasta la madre, de su violencia, de su pérdida de honorabilidad, de su crueldad, de su sinsentido”. Y en ese mismo manifiesto convoca a las primeras acciones de resistencia civil que dan vida al Movimiento.¹⁶

3.3.2. La Marcha Silenciosa del 8 de mayo de 2011

La gran tragedia nacional que constituyen los tantos miles de muertos por la violencia desatada este sexenio, llevaron a la convocatoria de una marcha silenciosa, que salió de la ciudad de Cuernavaca el jueves cinco y culminó el domingo ocho de mayo de 2011 en la Plaza de la Constitución (conocida como “Zócalo”), en el centro mismo de la Ciudad de México.

15 En abril de 2009 Javier Sicilia recibió el Premio Nacional de Poesía.

16 Javier Sicilia, “Estamos hasta la madre... (Carta abierta a los políticos y criminales)”, en *Proceso* No. 1796, México, 3 de abril de 2011, págs. 8 y 9.

Alrededor de ciento cincuenta mil manifestantes, llenaron el “Zócalo” de la Ciudad de México, esa inmensa plaza que constituye el corazón del País. Muchos familiares de las víctimas se manifestaron. Cerró el evento Javier Sicilia, yendo al fondo de los problemas nacionales, y dijo:

Por ello, es necesario que todos los gobernantes y las fuerzas políticas de este país se den cuenta que están perdiendo la representación de la nación que emana del pueblo... Si no lo hacen, y se empeñan en su ceguera, no sólo las instituciones quedarán vacías de sentido y de dignidad, sino que las elecciones 2012 serán las de la ignominia, una ignominia...¹⁷

Las organizaciones sociales plantearon de cara al Estado, acciones concretas en relación con: 1. Verdad y Justicia; 2. Fin a la estrategia de guerra y asumir un enfoque de seguridad ciudadana; 3. Combatir la corrupción y la impunidad; 4. Combatir la raíz económica y las ganancias del crimen; 5. Atención de emergencia a la juventud y acciones efectivas de recuperación del tejido social; y 6. Democracia participativa, mejor democracia representativa y democratización de los medios de comunicación.¹⁸

3.3.3. La Caravana y el Pacto Ciudadano por la Paz con Justicia y Dignidad

El ocho de mayo, al culminar la marcha, se convoca a una Caravana; ésta salió también de Cuernavaca rumbo a Ciudad Juárez, considerada la ciudad más violenta de México. Esa Caravana, de la que formaron parte aproximadamente cuatrocientas personas, tocó varias ciudades del centro y del norte del País, señaladas especialmente por la violencia que se ha apoderado de ellas en los últimos tiempos, como Morelia, Zacatecas y Durango.

En Ciudad Juárez, el diez de junio, se firmó un Pacto Ciudadano por la Paz con Justicia y Dignidad. El mismo contiene ampliados los puntos de exigencia de la Marcha del ocho de mayo; y agrega lo relativo a la implementación de una reforma laboral en la que, ante el desempleo, incluya alternativas económicas; y cuestiones relativas a derechos y cultura indígena, migración y alternativas en el campo. También se aprovecha la firma del Pacto, para reafirmar las características del MPJD, como au-

¹⁷ *Proceso*, 1801, 8 de mayo de 2011, p. 11.

¹⁸ *Reforma*, 9 de mayo de 2011.

tónomo e independiente de partidos políticos y grupos, y con participación inclusiva; en un proceso constante de construcción colectiva del país que se quiere.¹⁹

3.3.4. *Diálogo con el Presidente de la República y con el Congreso*

La fuerza y legitimidad del Movimiento, obligó al Presidente Felipe Calderón Hinojosa, a aceptar el diálogo público y abierto con una comisión representativa de las organizaciones que conforman este movimiento ciudadano. El acto tuvo lugar el veintitrés de junio de 2011, en el Castillo de Chapultepec, en la Ciudad de México. Como acto político fue extraordinario; un diálogo político en un país en donde esa práctica cívica es prácticamente inexistente. Las partes expusieron las razones que tienen para sostener su postura y argumentaron para avalarlas. Por otro lado, varios de los familiares de las víctimas estuvieron frente al Presidente y varios de sus ministros y pudieron expresar libremente sus quejas. El Ejecutivo, sin embargo, lejos de ceder, se reafirmó en su estrategia de seguridad. A pesar de ello, Sicilia considera como logros que se visibilizaron las víctimas y se abrió el conducto para volverse a sentar para empezar a dar poco a poco dignidad a los deudos con una Ley de Víctimas que es fundamental.²⁰

Del mismo modo, el MPJD logró sentar a dialogar al Poder Legislativo Federal, en una reunión celebrada en el Castillo de Chapultepec, el jueves 28 de julio de 2011.

Quizás los frutos de cambio en políticas públicas y acciones legislativas, que se esperaban, no se han dado; pero el diálogo mismo, y la fuerza de testimonio público del dolor y los reclamos de las víctimas, tienen un gran valor en sí mismo. Pietro Amiglio, militante de la no-violencia y participante del MPJD, escribe: “Precisamente este Movimiento ha basado mucha de su fuerza en la palabra... Humanizar y dialogar con el adversario es un principio básico de la construcción de la política, la paz y la noviolencia, eso no tiene nada que ver con sumisiones o traiciones, las exigencias fuertes y claras que hicieron las víctimas no dejaron lugar para ninguna especulación ni manipulación al respecto.”²¹

19 Información difundida por el Área de Comunicación y Visibilidad de CENCOS.

20 *Proceso*, 1808, 26 de junio de 2011, p. 10.

21 Pietro Amiglio, “¿Hacia donde va el movimiento por la paz?”, en *La Jornada*, 26 de junio de 2011.

3.3.5. *La Caravana al Sur*

El MPJD realizó también una Caravana al Sur. Recorrió casi 4 mil kilómetros; visitó ocho entidades (Morelos, Guerrero, Oaxaca, Chiapas, Tabasco, Veracruz, Puebla y del Distrito Federal) y la frontera con Guatemala. Logró concentrar varios miles de personas en muchas ciudades y realizó varias actividades: caminatas, mítines, conferencias y ceremonias. La Caravana movilizó más de 700 personas, en 14 autobuses y más de 30 vehículos.

Sus logros: Se avanzó en la visibilización de las víctimas, en su organización y en la exigencia de justicia; las violencias y sus víctimas quedaron en evidencia, no sólo las que implican las acciones criminales, sino las estructurales, como la pobreza, la discriminación y la desigualdad, que sufren en especial pueblos indígenas y migrantes; se reforzó el diálogo por la paz con comunidades, organizaciones sociales, populares y sindicatos. Dice Emilio Álvarez Icaza: “Se habló con la Junta de Buen Gobierno de Oventic y con representantes del Ejército Zapatista. No falta los que se preocupan o se espantan, como otros lo hicieron con los diálogos con el Presidente, el Congreso a la Coparmex. El MPJD va a dialogar con izquierdas y derechas, arriba y abajo, con quien se tenga que hablar para avanzar en la construcción de la paz y detener esta guerra.”²²

3.3.6. *Caravana por la Paz, en los Estados Unidos*

El MPJD, en el pasado mes de septiembre, llevó a cabo una Caravana por la Paz, en territorio norteamericano, haciendo un recorrido desde San Diego, en el estado de California, hasta Washington, con el objeto de hacer conciencia en Estados Unidos de la violencia que se padece en México y “decirles que también ellos tienen una responsabilidad”, dice Sicilia.

3.3.7. *Sobre Sicilia*

Sicilia no está metido en la lucha social recién el asesinato de Juan, su hijo. Ha participado en diversas causas sociales utilizando los métodos de la no-violencia y ha sido un implacable crítico social desde sus revistas, primero *Ixtus* y luego *Cons-*

22 Emilio Álvarez Icaza L. “Pasos en el sur: 4 mil kilómetros después”, en *El Universal*, México, 23 de septiembre de 2011.

piratio, y sobre todo, desde sus artículos de la revista *Proceso*, en donde escribe desde 1999.²³ Su motivación es radicalmente cristiana.

3.4. El movimiento “Yo soy 132”

Sin duda, la mejor noticia del proceso electoral 2012 en México, es el regreso de las y los jóvenes universitarios como una voz crítica ante los candidatos electorales y los medios masivos de comunicación. La movilización callejera y en las redes sociales, se inicia el 11 de mayo con la visita del candidato del PRI Enrique Peña Nieto a la Universidad Iberoamericana (jesuita) de la Ciudad de México.

Esta movilización de jóvenes universitarios que parece que llegó para quedarse, está motivada por varios factores: hartazgo generalizado ante la forma de proceder de la clase política, que no toma en cuenta las necesidades ciudadanas; falta de oportunidades y de empleos dignos para las y los jóvenes; el crecimiento de la conciencia en estos jóvenes universitarios, ante los grandes problemas sociales.²⁴

La participación juvenil se caracterizó por su entusiasmo, inteligencia, creatividad y humor.²⁵ Mauleón dice que “la guerra en las redes sociales no cambio el rumbo de la elección. Pero provocó una movilización cívica inédita y abrió una forma insospechada de deliberación... de articulación social... en la que todos representan a todos en el ejercicio de la crítica, la exigencia de rendición de cuentas...”²⁶

Si, el Movimiento “Yo soy 132”, no logró cambiar el rumbo de las elecciones; pero planea “vigilar” la democracia con diversas acciones.²⁷ No ha dejado de expresarse críticamente, de diversos modos, postelectorales y es de esperarse lo siga haciendo.

4. ELECCIONES EN CHERÁN: COLINDANDO CON LA DEMOCRACIA RADICAL

23 Cfr. Javier Sicilia, *La voz y las sombras. Artículos de Proceso*, selección y estudio introductorio Jesús Antonio de la Torre Rangel, Ed. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2009.

24 Cfr. Rocha, *Op. Cit.*, págs. 5-6.

25 Cfr. Carmen Aristegui F. “Los estudiantes”, en *Reforma*, 1 de junio de 2012.

26 Héctor de Mauleón, “De la red a las calles”, en *Nexos* No. 417, México, septiembre de 2012, p. 42.

27 “Presentan jóvenes plan contra la imposición. “Plantea #Yo soy 132 vigilar democracia”, en *Reforma*, 20 de julio de 2012.

En San Francisco Cherán, en la meseta purépecha, talamontes como parte del crimen organizado o apoyados por éste, “han devastado aproximadamente 20 mil hectáreas de bosque en señal inequívoca de que el Estado con sus tres poderes y en sus tres niveles, ha sido omiso, por decir lo menos, en brindar seguridad frente al saqueo de un recurso tan preciado.”²⁸

Ante semejante despojo y ausencia de Estado, agobiados por la delincuencia, los miembros de la comunidad de Cherán decidieron tomar el control de la seguridad y de los accesos a su territorio; a partir del 15 de abril de 2011.²⁹ Han organizado una policía comunal, como grupo de autodefensa, suplantando a la policía municipal.

Se trata, también de un ejercicio de autonomía de producción jurídica. En el caso de Cherán, además de organizar normalmente la autodefensa, ya que participa toda la comunidad, se han establecido normas contra el alcoholismo. Esas políticas y esa normatividad han rendido frutos, pues ha disminuido considerablemente la delincuencia interna, la tala y el consumo de alcohol.

Ese ejercicio de autonomía, con la autodefensa, ha fortalecido los lazos comunitarios; ha hecho crecer las solidaridades. He escuchado testigos manifestando que la gente se fortalece juntándose en la calle a rezar y a comer. “Entre las piedras que sirven de retén –dice un reportaje– los pobladores de Cherán levantaron una bandera mexicana. Las mujeres hacen tortillas, cocinan frijoles, arroz, corundas y tamales.”³⁰ Jorge Atilano González escribe:

Comer y rezar juntos en la calle fue la estrategia de resistencia que creó la comunidad de Cherán. Actualmente son doscientos altares y cocinas repartidas en toda la comunidad que a partir de las ocho de la noche se activan para cerrar las calles y crear altares vivos de esperanza y comunión. El organizarse para comer y rezar juntos en la calle fue recuperar la pertenencia a la comunidad, más allá de detener o no la tala ilegal de los árboles, Cherán ha sabido emprender las acciones que permitan crear vida desde el dolor y la injusticia. Quienes han decidido emprender el camino de la corrupción son personas que se desvincularon de la comunidad. Tanto individualismo los condujo a sentirse separados de los otros. En cambio, la población de Cherán tomó fuerza para replegar al crimen

28 Magdalena Gómez, “Cherán: opacidad del Estado y razón de comunidad”, en *La Jornada*, México, 24 de mayo de 2011.

29 “Arman en Cherán ‘ejercito’ de civiles”, nota de Adán García, en *Reforma*, 4 de mayo de 2011.

30 “En Cherán, a punto de gritar ¿a las armas?”, nota de Francisco Castellanos y José Gil Olmos, en *Proceso*, 1803, México, 22 de mayo de 2011, p. 24.

organizado cuando reactivó sus lazos comunitarios por medio de las fogatas, comiendo y rezando juntos.³¹

La comunidad de Cherán, decide reafirmar y ampliar su autonomía en los hechos: rechaza participar en las elecciones generales que se celebraron en 2011 en el Estado de Michoacán, para renovar el Legislativo y el Ejecutivo así como las autoridades municipales, y decide elegir sus autoridades por medio de sus usos y costumbres, rechazando el sistema de partidos políticos. Y así, el 22 de enero de 2012 realizaron sus elecciones.

Estas elecciones pudieron celebrarse y plenamente validarse gracias a una histórica sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; en esta resolución los magistrados electorales sí se basaron en los principios constitucionales. Con fecha dos de noviembre de 2011, resolvieron revocar un acuerdo del Congreso General del Instituto Electoral de Michoacán por el que respondía negativamente a la petición de la Comunidad Indígena de Cherán para celebrar sus elecciones bajo sus usos y costumbres, y determinaron “que los integrantes de la Comunidad Indígena de Cherán tienen derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades, siguiendo para ello sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, con pleno respeto a los derechos humanos.”

El TEPJF basó su sentencia en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y consecuentemente a la autonomía para, entre otras cosas... elegir de acuerdo a sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.”

El Tribunal Electoral cita además, en apoyo de su resolución, el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y criterios anteriores sustentados por el propio TEPJF.

Orlando Aragón, abogado de la Comunidad de San Francisco Cherán en el proceso judicial electoral que hemos mencionado, escribe:

31 Jorge Atilano González, S.J., “Cherán, México: Unidad frente al crimen organizado”, en *Mensaje* No. 608, Santiago de Chile, mayo de 2012, p. 49.

El legado principal... que nos regala la comunidad de Cherán a todos los michoacanos y mexicanos es más bien la invitación a seguir sus pasos, a construir una sociedad en que la interculturalidad no se limite a un acto folclórico, a otorgar iniciativa política a los pueblos indígenas, a aprender de ellos; pero sobre todo, a desafiar lo que por todos los medios se nos repite que es ‘imposible’, a no conformarnos con la miseria política en la que vivimos, a reinventarle para nuestro bien.³²

5. PALABRAS FINALES

La democracia electoral, en los hechos, en México, es muy deficiente, en buena medida es una simulación.

Pero la *democracia radical* se vive en algunas experiencias de pueblos y comunidades indígenas, como en Cherán y también en algunos movimientos sociales como el MPJD y el “Yo soy 132”. Desde la vivencia de la experiencia de la *democracia radical*, que viven los jóvenes “diseminan la esperanza” –dice Jorge Rocha- frente al cansancio y una sociedad muy golpeada “las y los jóvenes universitarios se erigen como un faro de esperanza que nos invita a la acción, a la indignación y a volver a tomar ánimos que nos lleven a transformar una sociedad que no procura el bienestar de todas y todos.”³³ Desde ese ejercicio de la *democracia radical*, también los comuneros de Cherán reconstruyen sus lazos comunitarios y sus fortalezas. Y el MPJD “ha recreado –como dice Sicilia- la verdadera democracia”. Y agrega, desde su fe de cristiano: “Pero más que una recreación o, mejor, que una aparición de la vida democrática en el desastre nacional, yo hablaría de una categoría más profunda: el Reino.” Explica: “Una experiencia que aparece allí donde los seres humanos vuelven a unirse en amor.”³⁴

Muchos dirán que la esperanza, la construcción de solidaridades y el amor poco tiene que ver con el Derecho; pero quizás, como componentes de la democracia radical, sean su sentido más profundo.

32 Orlando Aragón Andrade, “Cherán o la esperanza de la política en México”, en *La Jornada Michoacán*, 23 de enero de 2012. (<http://www.lajornadamichoacan.com.mx/author/edicionimpresa/>)

33 Rocha, *Op. Cit.*, p. 6.

34 Javier Sicilia, “La democracia y el Reino”, en *Proceso*, No. 1829, México, 20 de noviembre de 2011, p. 32.

PARTE 6

INTERCULTURALIDADE E DECOLONIALIDADE

Capítulo 55

A DOUTA IGNORÂNCIA E A ECOLOGIA DE SABERES NA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: UMA ORIENTAÇÃO ÉTICA, POLÍTICA E EPISTEMOLÓGICA EM QUE A HUMILDADE E O RESPEITO SÃO PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS

João Pedro Lima De Guimarães Vargas¹

É um Ser Humano (Anthropos) Sábio (Sóphos) aquele que sabe lidar com a Vida. Sabedoria é aprendizado. Um sábio se reconhece mais como um aprendiz do que como Mestre. *Sócrates*, um sábio, dizia: “Só sei que nada sei”. É um dançarino que aprende a dançar a Dança da Vida. É um aprendiz da Vida, pois a primeira sabedoria é justamente a de que ninguém está acabado, pronto, mas todo Ser Humano está em vias de... A Sabedoria é sempre humilde, pois ela é o espanto e a admiração diante do Infinito e do Eterno, daquilo que é muito, muito maior do que os nossos próprios egozinhos. Arrogância é falta de Sabedoria. Sábio é o Ser Humano que sabe lidar com os desafios, com os segredos e com os mistérios da vida a partir de sua própria consciência e de suas possibilidades de Liberdade. (...) A Sabedoria (*Sophia*) é consequência da *Liberdade*. E outra consequência é o *Amor* (*Eros*).²

1. INTRODUÇÃO

A aposta deste trabalho é de que vivemos num período histórico transicional. A ideia básica deste entendimento é que estamos vivendo transformações profundas em nossos modos de conhecer e estas estão fortemente relacionadas à alterações nos modos de organizar a sociedade. Dentro de um paradigma hegemônico em crise, em que uma racionalidade indolente e preguiçosa é dominante e colonizadora, percebe-se, mesmo que de forma sutil, um paradigma intercultural emergente. Este é um momento de incertezas.

1 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos e em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Endereço eletrônico: beavisjp@gmail.com

2 MORAES, Wesley Aragão. *O caminho interior (e o exterior) do médico (ou do terapeuta)* – Espiritualidade Prática Contemporânea. Rio de Janeiro: Apostila do Instituto Gaia, 1997, p. 1.

Nesta perspectiva, o objeto do presente estudo é a importância da douda ignorância e da ecologia de saberes na transição paradigmática em que vivemos.

A pergunta que orienta o trabalho é que postura é interessante ao humano assumir ante as desigualdades sociais e desequilíbrios ecológicos em graus alarmantes?

Neste sentido, esta pesquisa tem como objetivo caracterizar nosso tempo como um período de transição paradigmática em que a douda ignorância e a ecologia de saberes precisam ser assumidas como postura, como orientação ética, política e epistemológica perante a diversidade de saberes e as diversas formas de colonização. Neste caminho, portanto, definiremos o que é a douda ignorância, a ecologia de saberes e a transição paradigmática a partir das leituras de Nicolau de Cusa, filósofo do século XV, e do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos.

Deste modo, identificaremos que uma postura humana que seja orientada pela douda ignorância e pela ecologia de saberes tem muito para contribuir com o tempo presente e com a própria condição humana. Com esta postura, que deve ser assumida no cotidiano, sobretudo, nos ambientes pedagógicos e científicos, será possível acessar a novas emoções e afetividades, novos sentimentos e paixões, a diversas concepções de vida e de dignidade humana, portanto, a novos universos simbólicos e de conhecimento. Assim sendo, será crível uma sociedade e um novo paradigma em que a decolonização seja possível, tendo em vista um conviver intercultural.

A partir desse panorama, temos três objetivos específicos. Num primeiro momento do estudo, busca-se apresentar um pouco sobre o filósofo Nicolau de Cusa e seu tempo. Nesta etapa, objetiva-se apresentar de forma sucinta o que é para ele a *douda ignorância* a partir de sua obra homônima. Para este primeiro objetivo, atentar-nos-emos, sobretudo, ao livro primeiro da obra citada (I). Na segunda parte da pesquisa trataremos da necessidade de se trazer os conhecimentos de de Cusa para nosso tempo a partir da análise do que Boaventura de Sousa Santos entende por *transição paradigmática e ecologia de saberes*. Para levar a cabo esta proposta destacaremos que o pensamento hegemônico da modernidade está em crise e que, por isso, as muitas formas de colonialismo também o estão. Contudo, os desafios para ultrapassar dignamente este momento são imensos e cabem opções que não um pensamento indolente. O texto do sociólogo português que aqui servirá de guia é intitulado *A filosofia à venda, a douda ignorância e aposta de Pascal*. Para ser possível compreender esta segunda fase, daremos destaque aos conceitos de *razão indolente, pensamento ortopédico, razão cosmopolita e sociologia das ausências e das emergências* (II). Num último momento, concluiremos que a douda ignorância e a ecologia de saberes são uma orientação e uma responsabilidade ética, epistemológica e política importantíssima que têm muito

para contribuir à humanidade na passagem de um paradigma marcado pela colonialidade para outro solidário e intercultural (III). Posto nosso percurso, passamos ao caminho teórico propriamente dito.

2. NICOLAU DE CUSA E A DOUTA IGNORÂNCIA

Nesta fase inicial do percurso, objetiva-se identificar o que é a *douta ignorância* para Nicolau de Cusa. Perseguindo este conceito, reconheceremos que o não-saber é saber. É saber tanto em relação ao infinito como em relação à limitação do conhecimento que temos das coisas finitas. Esta noção resgatará a ideia de que a vida é um eterno aprendizado e que a pesquisa humilde e permanente é uma virtude essencial. Nesta esteira, passamos à busca.

Nicolau de Cusa nasceu no século XV (1401 – 1464) em Kues, na Alemanha. Foi ele um grande e importante pensador que, para muitos de nós, resta desconhecido.

De Cusa viveu em um período de grandes transformações culturais, econômicas, políticas, jurídicas e epistemológicas na Europa, se assim podemos arriscar dizer. Nesta época estavam presentes traços do medievo, viviam-se muitas das experiências do renascimento e já começavam a se observar no horizonte as portas para o que costumamos chamar de modernidade.

Diante deste contexto, era este pensador a própria efervescência de seu tempo. Exemplo disso era sua ligação com a mística alemã que não impediu sua nomeação como Vigário-Geral pelo Papa Pio II em 1459. Não por acaso, foi um precursor e defensor da tolerância religiosa. Era ele um típico humanista que a partir da teologia enveredou também pela filosofia e pelas ciências em geral como a matemática e a geografia. Nicolau de Cusa era alguém que amava o conhecimento e as manifestações naturais da perfeição.

Perpassado um pouco sobre o cusano e sua época – destacando o momento de transformações em que ele viveu - passa-se agora a apresentar o que é a *douta ignorância* para o filósofo. Para tal esforço, nos atentaremos ao livro primeiro da obra citada.

A principal questão que se coloca o autor é que tipo de certeza se pode ter e se é possível uma ciência da totalidade; em última análise, a filosofia dá conta de trabalhar o infinito, noutras palavras, Deus? Esta é uma questão existencial, em que o problema da finitude humana e do próprio conhecimento humano é colocado ao lado da infintude da natureza e do universo.

Para a realização da empreitada que se propõe - a própria busca pelo conhecimento da totalidade - Nicolau de Cusa opta pela via intelectual, ou seja, pela via da razão. Apropriando-se da herança escolástica da lógica formal-aristotélica, a virada de cusano se dá exatamente neste aspecto: é impossível ao humano, a partir das coisas finitas – sensíveis - passar a dizer e conhecer perfeitamente as coisas infinitas – não sensíveis -, estas últimas somente lhe serão palpáveis pela via do não saber.

Um dos grandes destaques que se pode fazer à novidade do pensamento de cusano é que, sendo um teólogo e tratando do problema acerca de Deus, realiza uma ruptura nesta tradição no sentido de que o divino é um problema para o conhecimento. Noutras palavras, o problema ontológico acerca de Deus faz parte do âmbito da teoria do conhecimento, o que podemos também chamar de epistemologia. Sendo assim, os problemas colocados por cusano são concomitantemente existenciais, metafísicos e epistemológicos.

Um ponto a se ater é que de Cusa vai lidar diretamente com as coisas sensíveis, observáveis, finitas, ou seja, vai lidar com o empírico³. É este, para o filósofo, o plano de conhecimento em que o humano está presente e lhe é possível conhecer. Neste sentido, tratando das coisas finitas como pode o humano dizer e passar ao conhecimento do infinito, do próprio Deus que lhe é oculto aos olhos e aos sentidos? Esta é a questão central que de Cusa se coloca.

Sendo um humano e considerando que o que lhe é possível conhecer é tão somente as coisas sensíveis e finitas, quem é colocado à parede não é o próprio Deus - o infinito - mas a própria razão humana, principal via de conhecimento que ele tem.

Para deixar claro que a reflexão de Nicolau de Cusa permanece no âmbito racional e na via sensível, citamos Rudolf Steiner⁴. Este nos apresenta a importância de de Cusa para a tradição filosófica mística dos séculos XIII ao XVII. Para Steiner, o cusano nos atentou para a limitação da própria razão e da ciência sem, contudo, deixar de ser cientista, ou seja, deixar de lidar com as coisas sensíveis; isto impediu que o mesmo percorresse por vias mais ocultas do conhecimento humano, do próprio humano e dos mundos.

Para Steiner, o conhecimento científico de Nicolau é um dos mais ricos exemplos da experiência humana que tornou explícito as faculdades de pensamento,

3 Nele se inclui também os signos e símbolos.

4 Por referência, cabe apenas dizer que Rudolf Steiner foi o fundador do que se passou a chamar Antroposofia ou Ciência Espiritual ou mesmo Ciência Oculta. Grande pessoa e Doutor em Filosofia, ele passou por muitos ramos do conhecimento humano, como medicina, pedagogia, agricultura, economia, dentre outros.

autoconhecimento, crítica e liberdade. Entretanto, permanecendo no âmbito do sensível, permaneceu finito. De Cusa resta por não explorar sua infinitude, mesmo que a tenha anunciado.

Porém Nicolau também estava postado sobre um abismo fatídico na vida espiritual humana. Ele era um homem científico. E a primeira coisa que a ciência faz é afastar o ser humano da inocente concórdia em que ele se encontra com o mundo enquanto se entrega a uma postura de vida puramente ingênua. Com tal postura de vida o ser humano sente surdamente a sua interconexão com o todo-do-mundo; é um ser como os outros, inserido na correnteza dos efeitos naturais. Com o saber, ele se separa desse todo. Ele constrói dentro de si um mundo espiritual, e com este se posta solitário frente à natureza. Ele se tornou mais rico – mas a riqueza é um fardo que lhe pesa carregar. Pois de início ele pesa sobre ele sozinho. Ele precisa encontrar por sua própria força o caminho de volta à natureza. Ele precisa reconhecer que agora ele mesmo tem que inserir a sua riqueza no fluxo de efeitos do mundo, como antes a natureza inseriu sua pobreza mesma. E aqui todos os demônios perversos o emboscam. Sua força pode facilmente se paralisar. Em lugar de realizar a inserção ele mesmo, em tal paralisia ele recorrerá a uma revelação vinda de fora que o liberte da sua solidão, que conduza o saber que ele sente como fardo de volta ao seio primordial da existência, à divindade.⁵

Apresentar o que destaca Rudolf Steiner não serve para afastar o conhecimento de Nicolau de Cusa, pelo contrário. Nicolau nos mostra o caminho possível para além da mera ingenuidade. O conhecimento nos é possível e é um grande fardo. Cusano é um pensador que, contribuindo para a inauguração do pensamento científico da modernidade, já nos adiantou em séculos a limitação da própria razão e da ciência perante a totalidade e a infinitude do universo. O conhecimento humano a partir da razão e dos signos que utiliza, por ser finito, tem dificuldades de lidar com o infinito.

Nicolau de Cusa, conscientemente ou não, faz uma virada no conhecimento. Sua ruptura não é simplesmente quanto à natureza e a própria natureza divina, mas também quanto ao próprio humano e as limitações e ilimitações do mesmo. No entanto, ele não adentra a outros âmbitos do conhecimento humano, como por

5 STEINER, Rudolf. *A Filosofia Mística nos Séculos XIII a XVII* – e sua relação com a concepção-de-mundo moderna., São Paulo: Antroposófica, 2011, p. 116

exemplo o conhecimento por via dos sentimentos – típico de algumas tradições místicas.⁶

Para tornar um pouco mais palpável o que se diz, Nicolau elege a matemática como linguagem e suporte para sua investigação filosófica. Ciente da limitação da própria linguagem para dizer o que se quer dizer e ainda mais para se dizer a totalidade, ele não faz a escolha da lógica proposicional propriamente dita, já que esta trabalha com signos ainda mais complicados e carregados de diversidade interpretativa do que os números. Os números e a geometria, ou seja, a matemática trabalha com enorme exatidão e precisão quando quer lidar com as coisas finitas, com as coisas sensíveis. É neste sentido que em sua pesquisa o autor explora os limites do saber utilizando-se dos signos mais exatos que pode o humano utilizar – os símbolos matemáticos.

Com o pensamento de Nicolau nos é possível compreender que o conhecimento do infinito apenas nos é possível pelo saber de que não sabemos. Ademais, nesta mesma esteira, o conhecimento das coisas finitas também nos é limitado, tendo em vista que este é sempre um saber comparativo em relação a algo já conhecido que, contudo, não é nunca idêntico àquilo que lhe é novo ao conhecimento.

Este é realmente um peso⁷ enorme que Nicolau de Cusa nos faz herdar, despertando, sobretudo, não a ingenuidade, mas a perseverança e a humildade de reconhecer que a busca pela verdade é a própria verdade. É desta forma que no pensamento de cusano a douta ignorância é essencial para o humano perceber em sua natureza finita a natureza infinita do universo e daquilo que sempre há por conhecer. A humildade de reconhecer a ignorância é condição para o conhecimento.⁸

Intitulado *De que modo saber é ignorar*, o capítulo primeiro do primeiro livro inicia-se pela admiração de cusano em relação à tendência natural das coisas à perfeição segundo as suas próprias naturezas. É diante disto que ele chega à conclusão de que a natureza tende à perfeição, caso contrário, tudo seria apenas acidente. Desta conclusão inicial o autor, por comparação, evidencia o caráter livre, sadio e discursi-

6 Não é por acaso que o pensamento de Nicolau de Cusa se aproxima tão fortemente da “doutrina socrática” do “conhece a ti mesmo e admite o pouco que conheces”. Karl Popper em seu trabalho *As origens do conhecimento e da ignorância* aborda muito bem esse tema. Contudo, muitos pensadores não radicalizam tal ensinamento ao ponto de Rudolf Steiner. Ele invoca o autoconhecimento como novidade trazida pelos pensadores precedentes.

7 Esse é a possibilidade do autoconhecimento. Reconhecendo que pensamos é possível ao humano reconhecer que é livre e criativo. Sem aprofundar neste ponto, apontamos a obra *A filosofia da liberdade* de Rudolf Steiner.

8 Talvez não por acaso Rudolf Steiner ao expor as condições para *O conhecimento dos mundos superiores* em sua obra homônima diz que o respeito, a veneração, a humildade e admiração são essenciais para tal conquista. Não aprofundaremos aqui este percurso que alia sentimento e pensamento.

vo do conhecimento humano, no sentido de que este caráter é reflexo da coercível tendência do humano de busca pela verdade. Portanto, como a natureza de todas as coisas é a busca da perfeição, a inteligência tende a buscar a verdade por necessidade natural.

É neste sentido que o filósofo observa a essencialidade da *admiração* para o conhecimento e o desenvolvimento do intelecto humano. Aí está o primeiro suspiro da douda ignorância. Nas palavras do pensador:

Afirmam os naturalistas que à fome antecede uma sensação desagradável na boca do estômago, para que, dessarte, a natureza, empenhada por conservar-se, mediante tal estímulo restabeleça as forças. Por isso julgo, com razão, que o admirar, causa do filosofar, é anterior ao desejo de saber, a fim de o intelecto, cujo ser é inteligir, seja aperfeiçoado pela busca da verdade.⁹

Na radicalidade deste ponto em específico, fica latente no pensamento de Nicolau a especificidade humana de sempre buscar. Para tanto, é essencial a admiração eterna que se reflete na humildade cotidiana perante a natureza infinita.

Diante desta tendência natural à busca pela verdade, o humano, sendo e vivendo com as coisas corpóreas, quando investiga/procura algo novo o faz comparando, por proporção, a algo já conhecido. Para de Cusa toda pesquisa é uma comparação a algo já vivenciado. Daí que o cusano nos atentará para a dificuldade de se chegar ao conhecimento do infinito e do divino por comparações com aquilo que já conhecemos, já que aquilo que conhecemos é finito e nos é dado pelos sentidos. Sendo assim, o infinito não é passível de conhecimento, já que é dado pelos sentidos. Nas palavras do autor:

(...) todos quantos investigam julgam o incerto, comparando-o e relacionando-o proporcionalmente com algo já antes aceito como certo. Portanto, toda investigação é comparativa, valendo-se do meio da proporção. (...) Logo, toda investigação cifra-se numa proporção comparativa fácil ou difícil. Eis a razão por que o infinito enquanto infinito, por subtrair-se a toda e qualquer proporção, é desconhecido. (...) a precisão das combinações nas coisas corpóreas e a adaptação adequada do conhecido ao desconhecido são de tal modo superiores à razão humana que pareceu a Sócrates nada saber a não ser que era um ignorante (...)¹⁰

9 DE CUSA, Nicolau. *A douda ignorância*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 39

10 *Ibid.*, p. 42 e 43

Na esteira do que Nicolau tem nos indicado, a nossa tendência natural é de sempre buscar conhecer o que não se conhece, por isso desejamos, no fundo, saber que não sabemos. Quem chega a seguir esse ensinamento alcançará a douta ignorância. O conhecimento é sempre busca, sempre busca pela verdade. Conforme o pensador:

(...) nas coisas mais manifestas, deparamos uma dificuldade, (...) já que a tendência em nós não existe em vão, desejamos saber que não sabemos. Se conseguirmos isso plenamente, alcançaremos a douta ignorância. A nenhum homem, ainda ao mais douto, nada sobreviverá mais perfeito em conhecimento do que descobrir-se doutíssimo na mesma ignorância, que lhe é própria: quanto mais douto alguém for, tanto mais reconhecerá ser ignorante.¹¹

Portanto, no que diz respeito à douta ignorância de Nicolau, o não saber é saber quando é o mesmo assumido conscientemente pelo humano, seja em relação às coisas corpóreas e aos signos, já que sempre nos deparamos com um novo, seja em relação à Deus – ao infinito - que não cabe nenhuma comparação.

Neste sentido, a douta ignorância é o reconhecimento do humano de sua própria essência de agente que busca sempre, por isso, de que é ignorante e sempre tem mais o que saber. O não saber é um saber na medida em que a infinitude é assumida pelo ser humano.

Diante desta doutíssima ignorância, podemos afirmar que de Cusa é alguém que prega a humildade e o amor ao saber. Tendo em vista que o conhecimento é sempre busca de algo novo, deve o conhecedor pressupor o não saber e deve o pressupor mais ainda quando for lidar com um âmbito ainda maior do conhecimento: o infinito. Contribuindo à nossa compreensão acerca da douta ignorância, cabe citar Boaventura de Sousa Santos analisando o pensamento de Nicolau e destacando a *infinitude* e a *humildade*:

(...) em Nicolau de Cusa, a infinitude é aceite enquanto tal, enquanto consciência de uma ignorância radical. Não se trata de a controlar ou dominar, mas de a reconhecer por uma dupla via: pela total ignorância que temos dela; e pelas limitações que põe à precisão do conhecimento que temos das coisas finitas. Perante ela, não é possível a arrogância, tão só a humildade. Contudo, a humildade não significa negatividade ou cepticismo. Pelo contrário, a reflexão e o conhecimento dos limites do saber contém uma insuspeitada

11 *Ibid.*, p. 43 e 44

positividade. É que, dialecticamente, e como afirma João Maria André, reconhecer os limites é, de algum modo, estar para além deles (1997: 94). O facto de não ser possível atingir a verdade com precisão não nos dispensa de a buscar. Ao contrário, o que está para além dos limites (a verdade) comanda o que é possível e exigível dentro dos limites (a veracidade, enquanto busca da verdade).¹²

Encerrando o que vem sendo apresentado acerca da douta ignorância, cabe apenas caracterizar o que o autor chama de movimento da razão para que torne clara a experiência humana enquanto parcial, ou seja, que lida com as coisas sensíveis e corpóreas. Para tanto tomamos por análise o capítulo terceiro, chamado *A verdade exata é incompreensível*. Neste momento, de Cusa nos apresenta os argumentos para a incompreensão da verdade exata.

De cusa torna evidente que pelo exercício racional da semelhança não atingimos a verdade, que o é em absoluto. A verdade exata é algo que não pode haver nada maior, por isso não a apreendemos por nossa forma de conhecimento - pela semelhança e comparação -, mas tão somente pelo não saber, pela ignorância. Vivendo no mundo da diversidade e da pluralidade, não acessamos diretamente o máximo, o uno, o infinito, mas tão somente as partes do todo. Essa é douta ignorância que precisa ser assumida pelos humanos. Longe de impedir a busca, incentiva a eterna busca e a virtude da humildade.

A partir do raciocínio comparativo e da proporção – da semelhança - percebemos que entre aquilo que é a medida de comparação e o comparado existe uma enorme diferença: eles não são idênticos. Como afirma de Cusa:

(...) por mais iguais que sejam entre si, a medida e o que é medido sempre permanecerão diferentes. (...) Conseqüentemente, o intelecto finito não logra atingir a verdade das coisas, com exatidão, mediante a semelhança. A verdade não é suscetível de mais nem menos, consistindo em algo indivisível. Nada que não seja a verdade mesma logra medi-la com exatidão (...). O intelecto está para a verdade como o polígono inscrito num círculo. (...) Portanto, o intelecto, que não é a verdade, jamais compreende a verdade tão exatamente que ela não possa ser compreendida infinitamente com mais exatidão. (...) Quanto mais formos doutos nessa ignorância, tanto mais nos aproximamos da verdade em si. (...) A verdade constitui-se em

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. “A filosofia à venda. A douta ignorância e a aposta de Pascal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n° 80 (n° temático: Epistemologias do Sul), 2008, pp. 11-44, pg.25 e 26

necessidade absolutíssima, que não pode ser maior ou menor do que é, e nosso intelecto constitui-se em possibilidade.¹³

O conhecimento humano para de Cusa é aproximativo. Assim sendo, não há possibilidade de se progredir do sensível/finito para o absoluto/infinito. O próprio conhecimento do que é finito é limitado ao que já foi conhecido noutra momento, sendo este último parâmetro. Entretanto, este parâmetro de comparação não tem identidade em relação ao novo por ser conhecido - para o cusano, todo ser particular tem uma individualidade inalienável.

Nesta perspectiva, é de se evidenciar a concepção da limitação do pensamento simbólico da razão. Noutras palavras, é preciso assumir, a limitação da razão e daqueles símbolos que ela utiliza para nomear as coisas, sobretudo, para nomear o infinito. É exatamente por tudo isso que Nicolau de Cusa pode ser considerado alguém que, por mais que se assemelhe em muitos aspectos com as tradições que herda, rompe com muito do pensamento precedente. Ele aponta para o pensamento como possibilidade. Em sua empreitada, o filósofo acaba por colocar em xeque o grande princípio da não-contradição, reinante nos ambientes escolásticos de até então e que permanecem atormentando os espíritos humanos até os dias de hoje. Conforme o cusano:

O fato, porém, de as realidades espirituais, que de si nos são inatingíveis, poderem ser investigadas por meio de símbolos radica no que foi dito antes, ou seja, todas as coisas têm entre si, reciprocamente, uma certa proporção (a qual, no entanto, nos permanece oculta e incompreensível) (...) Isso, porém, ultrapassa toda nossa intelecção a qual não consegue combinar, pela via da razão, os contraditórios no seu princípio, pelo fato de procedermos por aquilo que se nos torna manifesto pela natureza. A razão, estando afastada dessa força infinita, não pode ao mesmo tempo conectar os contraditórios infinitamente distantes. (...) De modo incompreensível, portanto, acima de todo discurso racional, vemos que a maximidade absoluta é infinita à qual nada se opõe e com a qual coincide o mínimo. (...) Os nomes, com efeito, são impostos por um movimento da razão, o que é muito inferior ao intelecto, para diferenciar as coisas. Visto a razão não lograr transcender as coisas contraditórias, não há nome ao qual não seja oposto um outro, segundo o movimento da razão.¹⁴

13 DE CUSA, *op. cit.*, p. 47

14 *Ibidem*, p. 50, 62 e 93

A consciência deste não saber é saber e deve ser assumida pelo humano. Neste sentido, cusano não acha que pela teologia positiva, ou seja, pela acumulação de conhecimento das coisas finitas, seja possível ao humano chegar ao conhecimento do infinito. Deste modo, o que de Cusa coloca em questão, não é a existência de Deus, invisível aos olhos humanos, mas sim a própria forma e possibilidade de conhecimento do infinito.

A tradição de até então utilizava-se da *teologia positiva*, que, tendo Deus como objeto do conhecimento, acreditava ser a fundamentação racional – como descrição - suficiente para a demonstração da existência de Deus. A *teologia negativa* do cusano, contudo, levou ao extremo a fundamentação racional, sem deixar de utiliza-la.

Nesta perspectiva, Nicolau de Cusa interdita a linguagem e intervem na teologia positiva, mantendo a angústia humana de que não é simplesmente pela palavra, pela razão e pela fundamentação que acessamos a Deus. Não há descrição de Deus, da totalidade, do infinito. Na realidade, é a própria experiência da limitação que nos aproxima do infinito, do máximo absoluto. Sendo assim, a linguagem nos é apenas uma ferramenta de aproximação da perfeição, mas não consegue defini-la e nem descreve-la. A linguagem é uma importante ferramenta que o humano tem em mãos para perceber a abertura, a infinitude e a própria cosmologia, mas que não descreve a totalidade.

Portanto, diante de todo o exposto, temos que a douta ignorância é a tomada de consciência de que o não-saber é saber. É saber tanto em relação ao infinito como em relação à limitação do conhecimento do que é finito. Longe de ser uma limitação ao conhecimento, é a doutíssima ignorância uma virtude. Virtude que impele o humano a ser humilde e a continuar a buscar permanentemente.

Para nossos fins é interessante também relembrar que o pensamento de Nicolau não só é atual pelo desafio que nos trás como também o é por ter sido elaborado num contexto conturbado e de muitas transformações como é o nosso e veremos a partir de agora.

3. A DOUTA IGNORÂNCIA COMO ECOLOGIA DE SABERES

No pensamento de Nicolau de Cusa percebemos a sua preocupação e questionamento acerca da possibilidade de se fazer a ciência do infinito. Esta ciência, para ele, só seria possível se feita por meio da teologia negativa e da douta ignorância. A partir da consciência da experiência finita/parcial que temos,

exige-se reconhecer nossa ignorância. Estes ensinamentos de Nicolau nos são muito importante tendo em vista as características de nosso tempo, especialmente se observarmos como o problema do infinito apresenta-se a nós atualmente e veremos na seqüência.

Neste momento do exercício trataremos da necessidade de se trazer os conhecimentos de de Cusa para hoje. Para tal fim seremos guiados pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos. O trabalho do autor que nos servirá é intitulado *A filosofia à venda, a douta ignorância e aposta de Pascal*. Neste sentido, temos por objetivo caracterizar o momento transicional pelo qual passamos para depois conceituar a *ecologia de saberes* e aproxima-la da douta ignorância.

Antes de tudo, cabe sucintamente salientar que o trabalho de Boaventura é fortemente impactado pela hermenêutica pragmática muito difundida a partir do século XX, sobretudo com Gadamer, Perelman, Habermas, dentre outros. O pensador português se apropria de tal tradição e realiza sua inovação teórica ao aproximar e relacionar ética, epistemologia e política, de forma que todas devem ser trabalhadas conjuntamente. Isto é possível ao autor a partir daquilo que ele chama de “movimentos de libertação contra o colonialismo e os novos movimentos sociais – do movimento feminista ao movimento ecológico, do movimento indígena ao movimento dos afrodescendentes, do movimento camponês ao movimento da teologia da libertação, do movimento urbano ao movimento LGBT”.¹⁵

Exatamente neste sentido, o trabalho de Santos que temos como referência trata como pano de fundo do que ele tem vindo chamar de “*Epistemologias do Sul*”. Esta última, para ele, não é uma verdadeira epistemologia, mas, antes, um conjunto de epistemologias em que o objetivo é incluir o máximo das experiências de conhecimentos do mundo. Esclarecendo, este conjunto de epistemologias “visa a recuperação dos saberes e práticas dos grupos sociais que, por via do capitalismo e do colonialismo, foram histórica e sociologicamente postos na posição de serem tão só objectos ou matéria-prima dos saberes dominantes, considerados os únicos válidos”.¹⁶ Daí que os conceitos principais deste conjunto seja a *sociologia das ausências e das emergências*, a *ecologia de saberes* e a *tradução*.

É por esse caminho que também trilharemos. Contudo, para compreender melhor essa Epistemogias do Sul, a ecologia de saberes e a importância da douta

15 SANTOS, *op. cit.*, pg. 20 e 21

16 *Ibid.*, pg. 11

ignorância, cabe-nos apresentar antes de tudo, as principais características que nos possibilita apostar que vivemos um momento de *transição paradigmática*.

3.1 *Transição paradigmática*

O pensamento teórico de Boaventura analisa a realidade contemporânea em que estamos e ao fazer esta complexa análise, percebe o autor que vivemos um contexto transicional entre paradigmas. Dentro de um paradigma hegemônico em crise, em que uma racionalidade indolente e preguiçosa é dominante e colonizadora, percebe-se, mesmo que de forma sutil, um paradigma intercultural emergente. Este é um terreno fértil que não esconde perigo e risco. Este é um tempo de incertezas.

Nesta esteira, o sociólogo português identifica que a transição paradigmática em que estamos apresenta várias dimensões, sendo as duas principais a epistemológica e a societal. A ideia básica deste entendimento está na aposta de que estamos vivendo transformações profundas em nosso modo de conhecer e estas estão relacionadas aos modos de organizar a sociedade. Estas conclusões lhes são possíveis a partir dos estudos destinados, em grande parte, à ciência, ao direito e à política.¹⁷

A partir de seus estudos, afirma o autor que os tempos de transição são, por definição, tempos de perguntas fortes e respostas fracas. Conforme o sociólogo, vivemos num tempo de perguntas fortes e respostas fracas e testemunhamos a crise final da hegemonia do paradigma sócio-cultural da modernidade ocidental.

As perguntas fortes são definidas por ele como perguntas dirigidas às fundações que criam o horizonte de possibilidades entre as quais é possível escolher, não só as nossas opções de vida individual, mas também de vida coletiva. São estas questões que nos causam perplexidade, já que questionam diretamente as bases de orientação, inclusive, do que se entende por humano e mundo. Já as respostas fracas são as que procuram responder aquelas perguntas fortes sem colocar em causa o horizonte de possibilidades, ou seja, as bases de orientação de ação e visão de mundo. Conforme o autor, o desequilíbrio entre as perguntas fortes e respostas fracas deriva das intensas e diversas zonas de contato em que

17 Entre outras obras, salientamos duas muitíssimo interessantes e bastante completas do ponto de vista teórico acerca do que aqui estamos resumidamente apresentando: *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência* – e *A gramática do tempo – por uma nova cultura política*. Ambos os trabalhos estão presentes em uma coleção intitulada *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*.

vivemos hoje. Em seus dizeres, esta tensão:

Deriva da diversidade contemporânea de zonas de contacto envolvendo diferentes culturas, religiões, economias, sistemas sociais e políticos e modos de vida, resultante do que vulgarmente denominamos por globalização. As assimetrias de poder nestas zonas de contacto são tão vastas hoje, se não mais ainda, do que no período colonial, sendo mais numerosas e intensas. A experiência de contacto é sempre uma experiência de limites e fronteiras. Nas condições presentes, é a experiência de contacto que provoca a discrepância entre as perguntas fortes e as respostas fracas.¹⁸

Uma das fortes explicações para esse fenômeno não se equilibrar é que as perguntas fortes e os problemas que elas suscitam foram deixados de lado por parte do conhecimento privilegiado de nosso tempo – a ciência moderna. Isto tudo ocorreu à medida que esta última se institucionalizou, profissionalizou e se especializou. Á época da origem da ciência era bastante aceito que as dificuldades mais relevantes acerca da existência lhe escapavam – como aquela acerca de Deus apresentada por Nicolau de Cusa.

Estas dificuldades perante as questões problemáticas acerca da existência dificultavam a realização da ciência, na medida em que não eram por ela abordadas as bases fundamentais de sua realização. Noutras palavras, ela não dava conta da verdade científica enquanto verdade. Sendo assim, ainda tinham lugar a teologia e a própria filosofia.

Estes problemas convergiram para um outro bem mais dilemático para a ciência: o problema de a ciência não dar conta do fundamento de sua cientificidade, da verdade científica enquanto verdade. No mundo ocidental estes problemas continuaram a ser do domínio da filosofia e da teologia durante os séculos XVII e XVIII. A partir do século XIX, porém, e com a crescente transformação da ciência em força produtiva do capitalismo, ocorreu uma dupla redução nesta complexa relação entre saberes.¹⁹

Com o advindo do século XIX e toda a sua efervescência muita coisa mudou. Paulatinamente a ciência se transformou em força produtiva do capitalismo

18 SANTOS, op. cit., p. 14

19 *Ibid.*, p. 14

e solapou por vez aquelas perguntas inquietantes acerca da existência. Isto gerou, também, a submissão de outros saberes, como a filosofia, a política e a teologia aos marcos analíticos científicos.

Para nos ater mais claramente ao que se quer apresentar, valendo-se de Michel Foucault e Ortega y Gasset, o autor define aquilo que ele chama de *pensamento ortopédico*. É este conceito e prática que realiza o afastamento e invisibilidade das questões existenciais. Esta prática é possível a partir da hegemonia do uso do método científico. Esta hipertrofia passou a ocultar a própria hegemonia da ciência e a redução do conhecimento humano a marcos analíticos especializados que ignoram a vastidão dos problemas existenciais.

A institucionalização, profissionalização e especialização da ciência como força produtiva do capitalismo acentuou a submissão de outros saberes à ciência moderna ocidental. Este é o principal traço do pensamento ortopédico. Conforme nos apresenta o autor:

Como acontece, em geral, com qualquer hegemonia, a hegemonia da ciência estendeu-se para além da ciência, submetendo a filosofia, a teologia e as humanidades em geral a um processo de cientificização, a um processo que ocorreu de múltiplas formas, correspondentes às múltiplas faces do positivismo, sobretudo na forma de positivismo ou empirismo lógico. Com isto, o pensamento ortopédico prolongou-se para além da ciência e, com a crescente institucionalização e profissionalização destas disciplinas, os problemas por elas tratados passaram a ser exclusivamente os problemas por elas enunciados.²⁰

Junto ao pensamento ortopédico subjaz o que o autor chama de *razão indolente*. Esta última pode ser resumida como razão preguiçosa, que se considera única, exclusiva, e que não se exercita o suficiente para poder ver a riqueza inesgotável do mundo.²¹

Este enorme processo de monopolização e preguiça epistemológica é chamado por Boaventura de epistemicídio ou fascismo epistemológico. Este é um dos traços do amplo processo de colonização de outros saberes, por isso, de indivíduos e grupos que caracteriza bem o paradigma hegemônico da modernidade.

20 *Ibid.*, p. 15

21 *Ibid.*, pg. 25

Por mais que esta violenta relação entre saberes aparente ser simplesmente epistemológica, não o é. Esta relação assimétrica é mais complexa do que parece ser. Ela é uma assimetria mais política do que epistemológica. Conforme Santos:

Esta assimetria é complexa porque, sendo epistemológica, manifesta-se menos como uma questão epistemológica do que como uma questão política. Ou seja, a assimetria entre os saberes ocorre sobreposta à assimetria dos poderes. (...) O fascismo epistemológico existe sob a forma de epistemicídio, cuja versão mais violenta foi a conversão forçada e a supressão dos conhecimentos não ocidentais levadas a cabo pelo colonialismo europeu e que continuam hoje sob formas nem sempre mais subtis.²²

“Este processo amplo de monopolização e de colonização que se mostra mais político do que epistemológico não ocorreu, contudo, sem contradições”.²³ São as perguntas fortes e as respostas fracas que evidenciam o dilema atual e a aposta de que vivemos em uma transição paradigmática. O autor apresenta quatro exemplos de perguntas fortes e respostas fracas. Entretanto, abordaremos sucintamente apenas duas.

A primeira ótima pergunta é acerca da unicidade do conceito de direitos humanos imposto pela tradição hegemônica. Nela o mesmo é afirmado como universalismo abstrato. Contudo, como pode ser afirmada esta unicidade, já que a experiência existencial demonstra uma diversidade infinita de noções e concepções de humano e de dignidade humana? A partir da experiência múltipla, o questionamento acerca da existência de uma humanidade única nos confronta diretamente com a fraqueza do conceito universal abstrato de direitos humanos amplamente difundido pelo pensamento ortopédico e pela razão indolente. Conforme Boaventura:

Primeira pergunta: se há uma só humanidade, por que é tão grande a diversidade de princípios, concepções e práticas de dignidade humana e são tão óbvias as divergências e mesmo contradições entre elas? A resposta do pensamento ortopédico consiste em reduzir essa diversidade ao universalismo abstracto dos direitos humanos. Uma resposta fraca porque nega o que afirma (o universalismo) ao afirma o que nega (a diversidade). Se os direitos humanos são múltiplos e internamente diversos, não há nenhuma

²² *Ibid.*, p. 28

²³ Cabe apenas lembrar que as questões econômicas também se inserem aqui e têm importante destaque.

razão para crer que tal multiplicidade e diversidade se confinem as que eles propõem. Basta pensar que a diferenciação interna dos direitos humanos, longe de ser um processo sistêmico auto-poiético, é o resultado de contradições e lutas sociais que, entre muitas outras manifestações, se condensam em direitos.²⁴

A outra questão é acerca de como lidar com os problemas ecológicos. A resposta fraca é que estes são problemas científicos e serão resolvidos com mais ciência e tecnologia e com a criação de mercados ambientais e indústrias de ecologia – não necessariamente ecológicas.

Diante de questões como estas, nosso tempo é um adensar de sentimentos de carência de conhecimentos críveis que nos contemple e possibilite uma vida digna e prudente. Isso foi possível pelo afastamento das questões existenciais que, ao mesmo tempo, facilitou imposições ideológicas que colocam os indivíduos numa solidão extrema.

Adensa-se, no entanto, no espírito da época, o sentimento de que esta diferença de impactos, apesar de real e abissal, esconde a tragédia de uma condição comum: a saturação de conhecimento-lixo incessantemente produzido por um pensamento ortopédico que há muito deixou de pensar nas mulheres e homens comuns. Esta solidão exprime-se na carência inabarcável de conhecimento credível e prudente que nos garanta a todos, mulheres, homens e natureza, uma vida decente.²⁵

Toda essa carência nos dificulta definir e identificar os problemas que afligem a época. Contudo, os sentimentos contraditórios de exaustão, mal-estar, injustiça, raiva e esperança revelam que as razões para rejeitar o que existe ética, política e epistemologicamente em nossa realidade colonizadora são maiores que as alternativas defendidas, sobretudo, pelo pensamento ortopédico e pela razão indolente. Reconhecer isso é assumir plenamente o nosso tempo radicalizando os sentimentos de rejeição e buscando incessantemente alternativas, mesmo que seja radical a incerteza de nosso futuro.

Embora o autor elabore e realize uma sociologia amplíssima acerca do caráter transicional de nosso tempo, o mesmo não descarta que a possibilidade para tal transformação efetiva dependa das ações humanas. É neste sentido que ele vai abor-

24 SANTOS, op. cit., p. 15

25 *Ibid.*, p. 17

dar a aposta de Pascal, a filosofia à venda e a artesanaria das práticas em seu trabalho, o que, contudo, neste momento não abordaremos.

Sem aprofundar nestes temas, destacamos que nosso tempo tem como característica central ser um momento de transição paradigmática. Nele o paradigma hegemônico em crise é regido pelo pensamento ortopédico e pela razão indolente. O desequilíbrio entre as perguntas fortes e respostas fracas ilustram bem esta situação.

3.2 *A doura ignorância e a ecologia de saberes em nosso tempo*

Diante da carência ética, epistemológica e política de nosso tempo, hegemonicamente dominado pelo pensamento ortopédico e pela razão indolente, não nos cabe outra coisa senão rejeitar radicalmente este pensamento e esta razão citadas e, por isso, procurar alternativas. Neste sentido, assumir nosso tempo é buscar ampliar e avaliar nossas experiências a partir de uma racionalidade mais ampla.

Boaventura chama esta última de *razão cosmopolita*. Ela se baseia nos procedimentos não convencionais da *sociologia das ausências e das emergências* que se assentam no esforço de credibilizar a própria busca em condições de elevada incerteza. Estas duas sociologias tentam fazer uma espécie de arqueologia daqueles pensamentos solapados e invisibilizados pela monopolização do saber ortopédico e indolente. Eles existem e são produzidos ativamente. Como exemplos destes pensamentos temos tanto saberes filosóficos e teológicos como os saberes dos movimentos de libertação e dos novos movimentos sociais já aqui citados. Nas palavras de Santos:

Muita da realidade que não existe ou é impossível é activamente produzida como não existente e impossível. Para a captar, é necessário recorrer a uma racionalidade mais ampla que revele a disponibilidade de muita experiência social declarada inexistente (a sociologia das ausências) e a possibilidade de muita experiência social emergente, declarada impossível (a sociologia das emergências). (...) Como referi, assumir a condição do nosso tempo consiste, não só em rejeitar o pensamento ortopédico, como também em procurar alternativas a partir da radical incerteza destas. Ou seja, a sociologia das ausências e das emergências deve assentar em procedimentos epistemológicos que credibilizem a busca de alternativas em condições de elevada incerteza.²⁶

²⁶ *Ibid.*, p. 20

Vivemos em tempos de elevadas incertezas e as mesmas se tornam cada vez mais evidentes. Boaventura nos apresenta duas grandes incertezas de nosso tempo: *o paradoxo da finitude e da infinitude*, e *a urgência da mudança civilizacional*. Neste momento, contudo, abordaremos tão somente a primeira incerteza e dois procedimentos que contribuirão para credibilizar a busca e o exercício da sociologia das ausências e das emergências. São estes os procedimentos da *douta ignorância* e da *ecologia de saberes*.

Segundo Santos, uma das incertezas que estamos vivenciando é o paradoxo da finitude e da infinitude. É a diversidade epistemológica potencialmente infinita em um mundo finito que causa este paradoxo.

Aqueles movimentos de libertação e os novos movimentos sociais propiciaram e contribuíram fortemente, não só para essa incerteza, mas também para aquelas sociologias insurgentes. Estes últimos movimentos salientados, além de ampliarem os âmbitos das lutas sociais, ampliaram o acesso a diversas concepções de vida e de dignidade humana, novos universos simbólicos e de conhecimento, novas cosmogonias e até mesmo novas ontologias. Além destas concepções, esses movimentos trouxeram também novas emoções e afetividades, novos sentimentos e paixões.

Estas movimentações e aparições, que designamos por globalização, fizeram com que fossem aprofundadas de forma dupla a consciência de infinitude e de finitude. Primeiro, pela infinitude da experiência humana; segundo pela finitude do planeta terra. Como pode, num mundo finito, uma infinidade de experiências?

Diferentemente da relação finitude e infinitude em que Nicolau de Cusa se deparou em seu tempo, em nosso tempo essa relação paradoxal decorre da inesgotável diversidade da experiência humana e dos limites de conhecê-la. Desta infinitude, temos duas finitudes inerentes a cada experiência e que aprofundam ainda mais o paradoxo: os limites do que se conhece da experiência do mundo e pelos limites do que se conhece sobre os outros saberes do mundo. Conforme Santos:

Sem surpresa, quase seis séculos depois, a dialética da finitude/infinitude, que caracteriza o tempo presente, é muito diferente da de de Cusa. A infinitude com que nos debatemos não é transcendental, decorre da inesgotável diversidade da experiência humana e dos limites para a conhecer. (...) A nossa infinitude tem, pois, uma contraditória dimensão epistemológica: uma pluralidade infinita de saberes finitos sobre a experiência humana no mundo. A finitude de cada saber é, assim dupla, constituída pelos limites do que conhece sobre a experiência do mundo e pelos limites (quiza maiores) do que conhece sobre os outros saberes do mundo e, portanto, sobre o conhecimento do mundo que outros saberes

proporcionam. É, sobretudo, a diversidade epistemológica do mundo que causa incerteza no tempo actual. (...) Por isso, uma das dimensões principais da sociologia das ausências é a sociologia dos saberes ausentes, ou seja, a identificação dos saberes produzidos como não existentes pela epistemologia hegemônica.²⁷

Diante de tal paradoxo e daquela carência epistemológica à qual o autor se refere nos resta perguntar como revelar, buscar, identificar e articular os saberes que sabemos com os saberes que ignoramos. Daí a importância da razão cosmopolita e da sociologia das ausências e das emergências.

Na perspectiva que vem sendo apresentada, é a diversidade epistemológica do mundo que causa a incerteza de nosso tempo. Sendo o pensamento ortopédico e a razão indolente preguiçosos, não podem guiar-nos nesta empreitada. Resta-nos, pois, não solapar outros saberes, mas buscar conhecê-los. *Este é um complicado trabalho que trás consigo a necessidade da humildade epistemológica da douda ignorância.* Tal como ocorre com a douda ignorância em de Cusa, a infinidade de saberes do mundo não nos dispensa de procurar conhecê-los; pelo contrário, exige-nos. Nas palavras do autor:

Ser um doudo ignorante no nosso tempo é saber que a diversidade epistemológica do mundo é potencialmente infinita e que cada saber só muito limitadamente tem conhecimento dela. (...) Mas tal como acontece com a douda ignorância de Nicolau de Cusa, a impossibilidade de captar a infinita diversidade epistemológica do mundo não nos dispensa de procurar conhecê-la, pelo contrário, exige-o. A essa exigência chamo a ecologia de saberes. Por outras palavras, se a verdade só existe como busca da verdade, o saber só existe como ecologia de saberes.²⁸

A ideia de que o saber somente existe como ecologia de saberes é a noção de que o saber só existe como pluralidade de saberes. Segundo este entendimento, a comparação entre saberes é necessária para que os próprios saberes se tornem conhecidos, mesmo à eles próprios. O que isto significa? Isto significa que *as possibilidades e os limites de cada saber só o são conhecidos na medida em que cada saber se relacionar com outros saberes. Esta comparação consiste em levar ao máximo a consciência da incompletude dos saberes e é este exercício que o autor designa como ecologia de saberes.* Segundo Boaventura:

O saber só existe como pluralidade de saberes, tal

27 *Ibid.*, p. 27

28 *Idem.*

como a ignorância só existe como pluralidade de ignorâncias. As possibilidades e os limites de compreensão e de acção de cada saber só podem ser conhecidas na medida em que cada saber se propuser uma comparação com outros saberes. Essa comparação é sempre um versão contraída da diversidade epistemológica do mundo, já que esta é infinita. É, pois, uma comparação limitada, mas é também o modo de pressionar ao extremos os limites e, de algum modo, de os ultrapassar ou deslocar. Nessa comparação consiste o que designo por ecologia de saberes.(...) Quanto menos um dado saber conhecer os limites do que conhece sobre os outros saberes, tanto menos conhece os seus próprios limites e possibilidades. A comparação não é fácil, mas nela reside a douda ignorância adequada ao nosso tempo. Por outras palavras, a diferença epistemológica só pode ser minimizada através de comparações recíprocas entre saberes na busca de limites e possibilidades cruzadas. (...) A proposta que faço, da ecologia de saberes, é a epistemologia da douda ignorância. (...) O uso recíproco deste procedimento, longe de eliminar a incompletude de casa saber, aumenta-a. A douda ignorância consiste precisamente em levar ao máximo a consciência dessa incompletude. O aumento da incompletude resulta da astúcia da douda ignorância.²⁹

Deste modo, é possível concluir que o esforço epistemológico da ecologia de saberes não acontece sem a douda ignorância. Além de ocorrer conjuntamente, “é este exercício um esforço e uma orientação ética, política e econômica, não só epistemológica”.³⁰

Por isso, buscou-se neste tópico tornar evidente e esclarecedor que a ecologia de saberes é um exercício e uma postura orientadora necessária ao tempo presente. Com ela será possível passar de um paradigma colonizador para um intercultural e solidário Por tudo isso, é esta orientação uma responsabilidade de todos nós que não será realizada sem a douda ignorância. A douda ignorância como ecologia de saberes é uma postura humilde que reconhece e busca reconhecer a limitação de nossos saberes e a infinitude de saberes que há no mundo. Esta postura orientadora só é

²⁹ *Ibid.*, p. 27-29

³⁰ Ao modo de Bourdieu em sua introdução a uma sociologia reflexiva, na ciência, e ao final das contas em todos os âmbitos da vida, devemos sempre desconfiar de nós e dos métodos e saberes aos quais estamos inseridos – especialmente os científicos - e essa dúvida radical é levada a cabo na relação com outros saberes e métodos. A realidade é relacional. Nas palavras do autor: “Uma prática científica que se esquece de pôr a si mesma em causa não sabe, propriamente falando, o que faz.” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 2002, p. 35)

possível com um esforço ético, político e epistemológico solidário e colaborativo que envolve a todos e todas.

Assim sendo, a ecologia de saberes é um passo importante para viver este momento de incertezas. Ela contribuirá para desafiar ao máximo o reconhecimento da incompletude humana e dos conhecimentos humanos e, ainda, que “não há justiça global sem justiça cognitiva global, ou seja, sem justiça entre os conhecimentos”.³¹ Deste modo, poderemos reconhecer e trabalhar melhor as possibilidades e os limites de nossos saberes e ações para ser crível uma vida decente e prudente. Este é o esforço ético a que nos propomos e a própria douda ignorância nos revela diante da importância de se reconhecer o infinito. Viver em nossa condição é buscar e aprender cotidianamente, especialmente para reconhecer limites e possibilidades.

4. DO COLONIALISMO À SOLIDARIEDADE INTERCULTURAL

Concluindo nosso percurso, esperamos ter despertado a importância da douda ignorância como ecologia de saberes para o nosso tempo. Com o sentimento de respeito que ambas nos trás - a ecologia de saberes e a douda ignorância -, buscamos enfatizar uma postura que assuma a responsabilidade inerente à nossa condição humana, sobretudo, neste momento de incertezas. Esta postura é um permanente agir ético, político e epistemológico humilde nas relações com os outros e com a diversidade infinita das experiências.

Para levar a cabo esta proposta, destacamos que o pensamento hegemônico da modernidade está em crise e que, por isso, as muitas formas de colonialismo também o estão. Contudo, os desafios para ultrapassar dignamente este momento são imensos e cabem opções que não um pensamento indolente. Deste modo, identificamos que uma postura humana que seja orientada pela douda ignorância e pela ecologia de saberes tem muito para contribuir com a humanidade na passagem de um paradigma marcado pela colonialidade para um solidário e intercultural.

Neste sentido, é importante enfatizar que a postura que aqui se propõe deve ser assumida no cotidiano, especialmente nos ambientes pedagógicos, científicos e naqueles em que as pessoas estão empenhadas em acabar com a miséria e o desequilíbrio ecológico. Com esta orientação será possível acessar a novas emoções e afetividades, novos sentimentos e paixões, a diversas concepções de vida e de dignidade humana, portanto, a novos universos simbólicos e de conhecimento. Assim

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007, pg. 40

sendo, será crível uma sociedade e um novo paradigma em que a decolonização seja possível, tendo em vista um conviver intercultural.

Diante disto, pouco a pouco teremos cada vez mais presente em nossas ações, corações e espíritos a sensação da infinitude do humano, do mundo em que vivemos e do universo. Esta sensação trará consigo necessariamente as questões da existência, que nunca puderam e poderão ser colocadas de lado. Esta atividade epistemológica, que ao mesmo tempo é política e ética, não é fácil e não é possível sem a doura ignorância de sempre buscar conhecer, ciente de que somos, antes de tudo, ignorantes.

5. REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 2002.
- DE CUSA, Nicolau. *A doura ignorância*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- MORAES, Wesley Aragão. *O caminho interior (e o exterior) do médico (ou do terapeuta)* – Espiritualidade Prática Contemporânea. Rio de Janeiro: Apostila do Instituto Gaia, 1997.
- POPPER, Karl. *As origens do conhecimento e da ignorância in Conjecturas e refutações* – O progresso do conhecimento científico. 5ª Ed. Brasília: Unb, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência – Coleção Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2ª ed.; Porto: Edições Afrontamento, 2002. vol 1.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. “A filosofia à venda. A doura ignorância e a aposta de Pascal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*. nº 80 (nº temático: Epistemologias do Sul), 2008, pp. 11-44.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política – Coleção para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2006. vol. 4.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- STEINER, Rudolf. *A Filosofia da Liberdade*: elementos de uma moderna cosmovisão – resultados da observação anímica segundo o método das ciências naturais. São Paulo: Associação Pedagógica Rudolf Steiner, 1979.
- STEINER, Rudolf. *A Filosofia Mística nos Séculos XIII a XVII* – e sua relação com a concepção-de-mundo moderna., São Paulo: Antroposófica, 2011.

PARTE 7

RECURSOS NATURAIS E TERRITÓRIOS

Capítulo 56

ROLLOS DEL DESARROLLO DESDE AMÉRICA LATINA, ALGUNOS APUNTES

Blanca Estela Melgarito Rocha

Pero las fábricas que también segregan desocupados a medida que se modernizan, no brindan refugio a esta mano de obra excedente y no especializada. Los adelantos tecnológicos del campo, cuando ocurren, agudizan el problema. Se incrementan las ganancias de los terratenientes al incorporar medios más modernos de la explotación de sus propiedades pero más brazos quedan sin actividad y se hace más ancha la brecha que separa a ricos y pobres. La introducción de los equipos motorizados, por ejemplo, elimina más empleos rurales de los que crea. Los latinoamericanos que producen en jornadas de sol a sol, los alimentos, sufren normalmente desnutrición: sus ingresos son miserables, la renta que el campo genera se gasta en las ciudades o emigran al extranjero. Las mejores técnicas que aumentan los rendimientos magros del suelo pero dejan intacto el régimen de propiedad vigente no resultan, por cierto, aunque contribuyan al progreso general, una bendición para los campesinos. No crecen sus salarios ni su participación en las cosechas. El campo irradia pobreza para muchos y riqueza para muy pocos.

Eduardo Galeano

1. INTRODUCCIÓN

El interés que subyace en analizar la idea de desarrollo, es el deseo por conocer de qué se compone esta noción y cómo se produce y reproduce socialmente. La *lei motiv* que le reconoce como una idea de sociedad superior, la posibilidad de alcanzar una vida buena.

En todo caso, se trata de una idea que brinda una de las formas ideológicas que garantizan el consenso necesario para acumulación, producción y reproducción capitalista en América Latina. Cubierta perfecta para el proceso de despojo regional.

De suerte tal que, de forma dialéctica, se ha configurado como el elemento total para afianzar múltiples proyectos extractivos en la América Nuestra.

Hace apenas unos meses, siguiendo la *huella* de la criminalización de los sujetos que durante la primera década del siglo XXI dieron vida a los movimientos sociales más emblemáticos, esos que lucharon –algunos aún lo hacen-, por la creación y defensa de derechos, unos para transformar sus ámbitos más cercanos de vida, otros en un horizonte de transformación radical del mundo, encontré un cambio de esquema en el escenario sociopolítico latinoamericano. Se trata no sólo de lo que hemos dado en llamar en la academia los “movimientos socioambientales”, sino de una situación concreta a nivel global que pone de relieve los límites en el patrón de producción capitalista y el modelo civilizatorio que ésta promueve: el límite mismo del ciclo de reproducción de lo Otro.

Si bien el papel impuesto a América Latina desde su violenta inserción en el capitalismo mundial ha sido el de abastecedora de trabajo y de lo Otro para la producción capitalista y la creación de riqueza material; con el incremento de la tecnología, tanto los ritmos de sustitución de la fuerza de trabajo humana como de dominación de lo Otro se aceleraron de forma tal que encontramos una transformación de la vida en su totalidad. No solo me refiero a la contradicción existente en la ruptura entre la relación creativa del ser humano y lo Otro a través del trabajo necesario para la satisfacción de sus necesidades básicas de reproducción – en términos de la producción para la riqueza de valores valorizados-, sino también, en el hecho concreto de la existencia de límites en este modelo de producción y el tipo civilizatorio que promueve. Me refiero a los límites propios de la incapacidad de lo Otro para reproducirse a espacios temporales más acelerados que los que requiere la producción capitalista de corte neoliberal.

La devastación sociambiental –como hemos denominado a este hecho-, es una muestra clara de los límites concretos existentes en este modelo civilizatorio; a pesar de ello, el modelo sigue avanzando, incluso ha alcanzado ya espacios geográficos a los que jamás había logrado acceder, es el caso de la tierra - territorio indígena sobre el cual siguen afianzándose megaproyectos extractivos.

Esta situación nos muestra las contradicciones de la vida moderna capitalista en la cual, a pesar del incremento tecnológico como posibilidad de abundancia, los seres humanos vivimos contra nosotros mismos y construimos de forma cada vez más acelerada nuestra propia destrucción, de acuerdo con Bolívar Echeverría:

Cuando Marx habla de la contradicción entre valor
y valor de uso lo que intenta es una explicación del carácter

manifiestamente absurdo de la vida moderna. Parte de la experiencia de esta vida como una realidad que violenta toda razón, como una situación perversa en la que los seres humanos, para poder vivir, deben vivir contra sí mismos. Es la experiencia básica, fundamental, de un modo de vida que, en medio de unas condiciones materiales que garantizan sin duda la sobrevivencia y abren posibilidades al enriquecimiento de la vida, condena a ésta a una autodestrucción sistemática —unas veces lenta, selectiva, apenas perceptible, otras acelerada, generalizada y catastrófica—; un modo de vida en el que, en medio de la posibilidad de la abundancia, reproducirse es al mismo tiempo mutilarse, sacrificarse, oprimirse y explotarse los unos a los otros.

El proceso de reproducción capitalista también se da a nivel de las ideas, las cuales se internalizan en los sujetos y es así como se reproduce la ideología dominante. La sociedad burguesa produce y circula las ideas dominantes que sirven para justificar el modo de vida de la clase dominante. En este artículo haré referencia únicamente a la idea de desarrollo, una de las formas de la modernidad capitalista que han servido como justificación para el avance de megaproyectos extractivos, idea que oculta más de lo que muestra, y que lejos de mostrar la explotación humana y de lo Otro, lo ocultan bajo el papel de “humanidad”.

Debo confesar que mi intención primera es entender la idea de desarrollo para des-construirla después. En lo que concierne a este ensayo, únicamente me centraré en abordar las primeras notas de mi investigación al respecto de la idea de desarrollo en América Latina como una ideología burguesa que justifica el modo de producción capitalista, y una de las formas estructurantes de la modernidad.

2. ¿QUÉ ES LO QUE ESTE VOCABLO CONTIENE?

Pues bien, el desarrollo se reproduce socialmente también a nivel de las ideas. Se trata de una palabra de múltiples usos, algunos de los usos que tiene son: avanzar, evolución, progreso; extender, acrecentar; explicar, exponer, discutir; efectuar operaciones; suceder, ocurrir, acontecer; progresar, crecer económica, social, cultural o políticamente. En lo que ciertamente todas las definiciones coinciden es en la visión de un estado de cosas que, de hecho o potencialmente, cambian su forma, o pueden hacerlo, ya sea través de la acción humana y/o por el arribo de un suceso, en ocasiones rumbo a otra fase considerada como superior.

El vocablo mantiene una tendencia universalizante que evoca de forma fantástica —aunque desencantada—, la posibilidad futura y cada vez más cercana de

alcanzar estados superiores, idea que en contraste con lo realmente existente, muestra las contradicciones del sistema capitalista; sin embargo, esta ilusión se ha extendido por todo el mundo internalizándose en el pensamiento popular una suerte de espejismo que promete cumplir un deseo, una promesa que difumina el cinismo y la miseria realmente existente como resultado del despojo humano y de lo Otro para la acumulación capitalista, fortalece la hegemonía occidental, construye un modelo de civilización moderno a alcanzar, niega al otro y devasta a lo Otro al entenderlo como inferior, ello constituye la preocupación fundamental del presente artículo.

3. SOBRE EL DESARROLLO COMO FENÓMENO MODERNO

Parto de la consideración del “desarrollo” como un fenómeno moderno. Algunos académicos consideran que la idea de desarrollo está precedida por la idea de progreso, otros empatan la idea de desarrollo con la de progreso, en todo caso, coinciden con la afirmación de que este vocablo contiene por un lado, una línea temporal ascendente, una promesa de estado superior en potencia; por otro, evoca un ideal civilizatorio.

Este ideal civilizatorio moderno ha venido a modelar el comportamiento de la vida social, se trata de una nueva “lógica” en proceso de sustitución de lo “tradicional” a lo cual considera como obsoleto. De acuerdo con Bolívar Echeverría, existe todo un conjunto de fenómenos de la modernidad que caracterizan esta lógica, algunos de ellos son: La *dimensión puramente física* que considera que el mejoramiento en la historia de la vida humana viene con el tiempo, por ello entiende a la confianza en la técnica basada en la razón, donde lo central radica en la confianza en el comportamiento cotidiano, mundano, para alcanzar:

mediante una acción programada y calculada a partir del conocimiento matematizado de la misma, efectos más favorables para él, que para los que podía garantizar la aproximación tradicional a lo Otro, que era de orden mágico.

De acuerdo con el autor, el *ateísmo* es también un fenómeno de la modernidad, se trata del descreimiento en instancias metafísicas mágicas, una sustitución radical de la fuente del saber humano:

la sabiduría revelada es dejada de lado en calidad de “superstición” y en lugar de ella aparece como sabiduría aquello de lo que es capaz de enterarnos la razón que matematiza la naturaleza,

el “mundo físico”.

Otro fenómeno es la *secularización de lo político* o *materialismo político*, es decir, el hecho de que en la vida social aparece con primacía la “política económica” sobre todo otro tipo de políticas:

Primacía de la “sociedad civil” o “burguesa” en la definición de los asuntos del estado (...) se impone sobre una tradición del “espiritualismo” político, es decir, sobre una práctica de lo político en la que lo fundamental es lo religioso, o en la que lo político tiene primaria y fundamentalmente que ver con lo cultural, es decir, con la reproducción identitaria de la sociedad. El materialismo político, la secularización de la política, implicaría entonces la conversión de la institución estatal en una “superestructura” de esa “base burguesa” o “material” en que la sociedad funciona como una lucha de propietarios privados por defender cada uno de los intereses de sus respectivas empresas económicas.

Si bien para Bolívar Echeverría la modernidad es un principio estructurador de la “modernidad realmente existente” -en tanto modelo civilizatorio dominante que busca anular otros principios estructuradores no modernos o pre-modernos-, está lejos de haberlo logrado e, irremediablemente, debe coexistir con mundos tradicionales:

La modernidad que conocemos hasta ahora es “un proyecto inacabado”, siempre incompleto; es como si algo en ella la incapacitara para ser lo que se pretende ser: una alternativa civilizatoria “superior” a la ancestral o tradicional.

Es entonces el desarrollo un fenómeno de la modernidad. Es necesario notar también junto a Bolívar Echeverría, la ambigüedad y ambivalencia en el término, pues la promoción que realiza al respecto de una mejor disposición de satisfactores, así como de libertad, no se corresponde con la calidad de éstos.

2.1 *El elemento eurocéntrico*

Al análisis con respecto al desarrollo en América Latina, Anibal Quijano añade el elemento eurocéntrico que este vocablo contiene, lo considera como “un fantasma de inconcluso pasado”. Añade por tanto, la inclusión de la idea de raza

y genero a la des-colonialidad del poder. Para el autor, si bien las luchas por la independencia en el continente lograron remover el estado oligárquico:

Pero ni su dependencia histórico/estructural en la Colonialidad Global de Poder, ni los modos de explotación y de dominación inherentes a este patrón de poder, fueron erradicados o alterados suficientemente como para dar lugar a una producción y gestión democráticas del estado, ni de los recursos de producción, ni de la distribución y apropiación del producto. Ni el debate logró, a pesar de su intensidad, liberarse de la hegemonía del Eurocentrismo.

El elemento eurocéntrico resulta en una *paradoja* respecto de los elementos coloniales que coexisten con la modernidad. Con respecto de la ambigüedad del término, entre lo que el desarrollo dice de sí mismo y el desarrollo realmente existente en América Latina, es importante hacer notar que esta idea propone una inclusión subordinada de los países periféricos a los centrales.

Immanuel Wallerstein en “Después del desarrollismo y la globalización ¿qué?”, pone de relieve el sentido en el que en el lenguaje francés la expresión “*mise en valeur*” la cual se traduce en “desarrollo”, en *Les Usuels de Robert: Dictionnaire des Expressions et Locutions figurées* (1979) se usa como una metáfora que significa “explotar, sacar provecho”. El autor considera que la traducción literal de “*mise en valeur*” es “revalorar”; sin embargo, el diccionario la traduce como “desarrollo”. Esta es la historia de cómo la palabra “*développement*” se consideró perfectamente aceptable para hablar sobre los fenómenos económicos en las colonias del dominio francés.

De acuerdo con Wallerstein, este lenguaje denota la visión pan-europea en relación con el desarrollo económico, entendido como una serie de acciones para explotar y sacar provecho al resto del mundo. Desde esta perspectiva:

Los no-europeos no eran capaces de “desarrollar” sus recursos sin la intrusión activa del mundo pan-europeo o, quizás, incluso que así lo deseaban. Tal desarrollo representaba un bien material y moral para el mundo. Por consiguiente, era el deber moral y político de los pan-europeos explotar los recursos de estos países. No había nada malo en el hecho de que, como recompensa, los pan-europeos que lo hacían obtuvieran provecho de ellos, puesto que dejaban una condición favorable derivada de su intervención para las personas cuyos recursos eran explotados.

A la política del estado francés durante los primeros años del siglo XX, en los tiempos de reconstrucción de la vida económica de sus colonias, se usaba la expresión “la mise en valeur des territoires”, es decir, “la valorización de los territorios”. Para Wallerstein:

(...) eso lo dice todo, antes los territorios no valían nada y luego (con el desarrollo impuesto por los franceses) valen algo.

2.2 Sobre la idea de desarrollo en América Latina

Alguno de los antecedentes de la idea vienen de la pretensión cientificista de las teorías evolucionistas europeas y norteamericanas, las cuales buscan conocer el proceso de liberación de las potencialidades de un objeto u organismo hasta alcanzar su forma natural. En este sentido, las aportaciones de Friedrich Wolff, en “Theoria generations”, y Darwin “El origen de las especies”, esta idea se transforma a una concepción del cambio hacia una forma cada vez más perfecta.

Estas teorías ejercieron fuerte influencia en otros pensadores contemporáneos, entre los más destacados tenemos a Spencer Herbert, en “Principios de psicología” y Augusto Comte con “Curso de filosofía positiva”, quienes contribuyeron a introducir y difundir como principio fundamental ciencia positiva.

Para Eduardo Gudynas, es Schumpeter quien reintroduce el término desarrollo para referirse a la evolución desigual de las sociedades modernas, en 1911 escribe su “Teoría del desarrollo económico”; en este estudio, Schumpeter muestra un claro enfoque historicista, y una postura crítica de la ortodoxia y del marxismo.

Con respecto a la economía, la primera preocupación de los economistas clásicos del siglo XVIII y principios del XIX como Adam Smith, Thomas Malthus y David Ricardo es el crecimiento económico; Karl Marx se ocupa por entender cómo se produce la riqueza y cómo se reproducen las relaciones capitalistas. Para los neoclásicos, la preocupación viró a cuestiones de equilibrio para la producción y reproducción capitalista

Pero en América Latina, con un proceso histórico de despojo a manera de inserción en el capitalismo mundial el cual le condena determinadamente como espacio primario exportador, el anhelado desarrollo jamás se concretó. De tal suerte que, mientras los países capitalistas centrales se ocuparon de justificar las disparidades al tiempo que generaban estrategias para el convencimiento de los países periféricos con respecto de las posibilidades de alcanzar ese estadio superior a manera de *continuum* evolutivo, en América Latina surgían las primeras críticas a ese estado

de cosas. Si bien en un primer momento la Teoría del desarrollo en América Latina se mantiene a nivel descriptivo, -con lo cual prevalece el error metodológico que le resta capacidad explicativa-, ésta sienta los primeros pasos para lo que será después la crítica dependencista.

Raúl Prebisch es el principal representante del desarrollismo, creó y dirigió la CEPAL de 1950 a 1963, organismo con facultad para asesorar y orientar la acción de los gobiernos. Prebisch y su equipo interdisciplinario demostraron que existía un consistente deterioro de los términos de intercambio entre exportadores de materias primas y exportadores de productos industriales elaborados, lo cual significaba “una transferencia sistemática de recursos en términos reales vía comercio internacional, con lo cual se cuestionaba uno de los dos pilares de la teoría dominante: las ventajas comparativas y, consecuentemente, la división internacional del trabajo comúnmente aceptada en los círculos europeos.”

Prebisch planteaba un desarrollo dirigido por el estado, propone que el sector primario se convierta en industrial, para él es posible crear una vía para el desarrollo nacional. A esta fase se le conoce también como “Estructuralismo”.

La propuesta es sencilla: limitar las importaciones y fortalecer la industria nacional, para ello resulta necesaria la planificación del estado, ente que podría reportar las ganancias y controlar los recursos. La industrialización se realizaría en dos etapas, primero la industria liviana y luego la de bienes de capital. Prebisch es consciente de la debilidad de la burguesía nacional, pero consideraba que a través de la planificación y la sustitución de importaciones podía terminar con el atraso.

A pesar de las fórmulas, el objetivo de la CEPAL con respecto a la consecución de un desarrollo más autónomo en América Latina, nunca pudo alcanzarse. En términos de las relaciones económicas externas, ni la composición de los precios en las exportaciones e importaciones, el flujo de capitales, o la inserción mundial de las economías regionales logró consolidarse; en tanto el funcionamiento interno de las economías, el modelo de sustitución de importaciones dio muestras de su agotamiento e incapacidad para pasar a etapas superiores de industrialización; en cambio, surgieron una serie de resultados, -en apariencia- indeseados: la industria se estancó, el campo se pauperizó, aumentó el desempleo y la migración. Esta situación que tuvo que ser atenuada por el ingreso de créditos externos. Finalmente, la política económica de sustitución de importaciones benefició a la burguesía nacional y jamás logró el anhelado desarrollo.

La importancia de Prebisch radica en haber cuestionado las ventajas comparativas existentes entre los países especializados en bienes industriales y los países

limitados a proveer materia prima, ello queda asentado en el informe de la CEPAL escrito por Prebisch en 1950.

Ante este escenario surge la crítica dependientista que busca no solo describir, sino explicar el fracaso del desarrollo en América Latina. Con una influencia socialista y marxista, convergieron en la CEPAL: Fernando Henrique Cardoso, Celso Furtado, Theotonio Dos Santos, Francisco Weffort, Ruy Mauro Marini, Vania Bambirra, Francisco De Oliveira, Almino Affonso, Ernani Fiori, Aníbal Quijano, Edelberto Torres, Agustín Cueva, Antonio Garcías quienes dieron vida a lo que se conocería como la “Teoría de la dependencia”.

Debido a la diversidad de matices existentes en las teorizaciones de estos críticos, sería mejor llamarles “Teorías de la dependencia”. En su artículo “Teoría(s) de la dependencia”, Atilio Borón sitúa el contexto de esta corriente de pensamiento, para él algunos acontecimientos importantes son del momento son: la revolución cubana y el mayo francés. Para contrarrestar los efectos de la revolución cubana en América Latina, John F. Kennedy diseña la Alianza para el Progreso, que promovió el desarrollo capitalista a partir de una serie de reformas, entre ellas la agraria. En esta época culmina el proceso de independencia de países en África y Asia. Por otro lado, tenemos la publicación del Concilio Vaticano II en el que la iglesia católica brinda la opción por los pobres, este movimiento, así como la pedagogía del oprimido, se extiende por toda América Latina. Es también la década de las dictaduras en América Latina, la guerra contra Corea y Vietnam, y posteriormente las dictaduras en América Latina.

En este sentido y ante la necesidad de justificar el modo de producción capitalista; en medio de la guerra fría y ante la amenaza a la expansión del “comunismo”, el discurso inaugural del Presidente Harry Truman delante del congreso el 20 de enero de 1949 marca un paso importante en la historia del “desarrollo” al hacer referencia a la existencia del subdesarrollo y adelantar medidas a adoptar por estos países para su superación.

La creación de este “nuevo” término por Truman, no fue accidental sino la expresión ideológica de la justificación burguesa de la reproducción capitalista “para él, todos los pueblos del mundo caminaban en la misma pista, unos rápido, otros despacio, pero todos en la misma dirección con los países del norte, particularmente, los Estados Unidos de América”.

En 1950 Arthur Lewis escribe “Theory of economic growth”, donde argumenta las bases teóricas del crecimiento para el desarrollo económico. Para Gustavo Esteva, la preocupación de Lewis es el crecimiento y no la distribución. En 1957, Paul Barán escribe “La Economía Política del Crecimiento”, entiende cre-

cimiento o desarrollo económico como el incremento en la producción de bienes materiales, para este autor, el desarrollo económico siempre implicaba una profunda transformación de las estructuras económicas, sociales y políticas de la sociedad, así como de las organizaciones dominantes de producción, distribución, y consumo.

En 1949 Sergio Bagú publica “Economía de la sociedad colonial”, en 1952 “Estructura social de la colonia”, sus estudios se consideran como uno de los antecedentes inmediatos de la teoría de la dependencia.

Para 1960, Walt Rostow escribe en su obra “Las etapas del crecimiento económico, un manifiesto no comunista”. Forma parte de la teoría neoclásica del desarrollo, formaliza el modelo de crecimiento por etapas. De acuerdo con Atilio Borón para Rostow:

Hay un solo camino que conduce del subdesarrollo al desarrollo. Cualquier país puede convertirse en desarrollado en la medida en que se persista a lo largo del tiempo en la aplicación de las políticas adecuadas. El desarrollo es un proceso lineal, eminentemente económico y en el cual las variables políticas tienen un peso muy relativo. Hay que dejar que los mercados logren su propio equilibrio y sean capaces de atraer las inversiones, y esto lentamente nos va a ir sacando del atraso y conduciendo al desarrollo (...) Las políticas correctas, así, entrecomilladas, eran las que hoy se condensan en el decálogo neoliberal del Consenso de Washington.

Para dar cuenta de la importancia de esta noción en relación con las transformaciones sociales a mediados del siglo XX, Claudia Bagú cita a Alec Cairncroos, primer director del Instituto de Desarrollo Económico del Banco de Mundial fundado en 1955:

El desarrollo, en sentido amplio, puede significar el reemplazo de una civilización por otra.

En el primer Informe sobre la situación social mundial publicado en 1952, destacaba una mejora social continua en los programas sociales de estos países, ello despertó interés dentro y fuera de las instituciones de las Naciones Unidas. En los indicadores estadísticos e informes oficiales, la expresión de “desarrollo social” se fue insertando lentamente.

Este es el contexto que en el que nacen las Teorías de la dependencia. Ahora bien, es necesario citar el planteamiento de estas teorías, aunque por el momento y toda vez que requiere de un análisis más serio, no entraré en los detalles al respecto de

las divergencias y convergencias en estas teorías de la dependencia, eso será materia para otro análisis, me limitaré a señalar a grandes rasgos el planteamiento de estos teóricos para quienes, con sus matices, no se puede escapar de la condena de la dependencia dentro del capitalismo, en ese sentido, la alternativa es la vía revolucionaria para llegar al socialismo:

El subdesarrollo es inherente al patrón de acumulación seguido en la periferia y no constituye una etapa previa del desarrollo; b) Este patrón de acumulación es “dependiente” de acciones y decisiones que se toman fuera de los límites nacionales; c) El capitalismo dependiente del centro (Gunder Frank); d) Las relaciones sociales internas se subordinan a las relaciones sociales internacionales; e) La transferencia de valor desde la periferia hacia el centro genera una situación de “superexplotación” de las fuerzas de trabajo, de cuyos beneficios participa también la clase proletaria del “centro”(Ruy Mauro Marini); f) Los patrones dependientes más importantes tienden a reproducir un patrón “subimperialista” al interior de la periferia dependiente(Ruy Mauro Marini) g) Las empresas transnacionales y el capital extranjero no significan un avance del capitalismo progresista sino la profundización de la dependencia (Theotoni Dos santos); h) Las contradicciones internas del desarrollo dependiente generan tensiones que sólo pueden resolverse mediante regímenes fascistas o una revolución socialista (Theotoni Dos santos).

A pesar del esfuerzo de los teóricos de la dependencia por explicar el fracaso del desarrollismo en América Latina al poner de relieve el problema de la explotación social presente en el desarrollismo, y la necesidad de transitar al socialismo entendido como una sociedad más justa, la idea de desarrollo se reinventa, para la década de los setenta regresa como “Neodesarrollismo”. Se trata de la revisión de los conceptos iniciales del desarrollismo: la necesaria industrialización, suma la necesidad de depurar el carácter “antiexportador”; y el papel rector del estado, se agregó el papel redistribuidor del excedente. Esta propuesta reafirma la viabilidad de un desarrollo capitalista autónomo para América Latina. En el plano externo, enfatiza la necesidad de un nuevo orden internacional que dé cabida –de manera dirigida y por encima del mercado- a las aspiraciones de los países atrasados; en el interno incorpora un elemento: hacer un “uso social del excedente”; los principales representantes de la corriente son: Raul Prebisch, Celso Furtado y Anibal Pinto.

Ciertamente, como resultado de las tensiones políticas de la época, la idea de desarrollo mutó. Para esta época, se entiende al desarrollo como crecimiento más cambio; el cambio es a su vez social y cultural tanto como económico, cuantitativo y cualitativo. El concepto clave debe ser mejorar la calidad de la vida de la gente.

En 1974, la Declaración de Cocoyoc en México:

el desarrollo no consiste en desarrollar las cosas, sino al hombre, cualquier proceso de crecimiento que no conozca la satisfacción de las necesidades básicas o que la perturbe, es una parodia de la idea desarrollo.

En 1975 siguiendo las ideas de Galtun Johan, la fundación europea Dag Hammarskjol con la colaboración de Fernando H. Cardoso y Rodolfo Stavenhagen, formuló la propuesta “otro desarrollo”, el desarrollo debe ser “desarrollo de un pueblo”, impulsada al amparo de la Segunda Década de Desarrollo de las Naciones Unidas. Tiempo después, la UNESCO habla de *desarrollo integrado* “un proceso total y multi-relacional que incluye todos los aspectos de la vida de una colectividad, sus relaciones con el mundo exterior y de su propia conciencia.”

De acuerdo con Gustavo Esteva, la Conferencia sobre empleo organizada por la Organización Internacional del Trabajo en Junio 1976, ofreció una respuesta al enfoque de necesidades básicas “dirigido al logro de ciertos niveles mínimos de vida específicos del siglo”. Uno de sus documentos reconoció explícitamente que el desarrollo no eliminaría el hambre y la miseria y que, por el contrario, seguramente agravaría los niveles de “pobreza absoluta” de una quinta parte y probablemente, de dos quintas partes de la población. En ese mismo sentido, la UNESCO promovió el “desarrollo endógeno”, rechazó la posibilidad de imitar mecánicamente a las sociedades industriales y propuso tomar en cuenta las particularidades de cada nación.

En 1980 como resultado de la caída del precio del petróleo y de las exportaciones, comienza un proceso de ajuste al que se le conoce como “la década perdida” para el desarrollo.

Es interesante notar como a pesar de las recurrentes crisis del modelo la idea de desarrollo no desaparece, al contrario, se fortalece. En 1990 Gustavo Esteva considera la existencia de un *ethos desarrollista*. En el Norte se habla de “redesarrollo”, desarrollar de nuevo lo que se había desarrollado mal o resultaba obsoleto; en el Sur el “redesarrollo” que consiste en dismantelar lo que “había quedado del proceso de ajuste” a fin de hacerse espacio para los desechos del Norte (desechos radioactivos, plantas manufactureras obsoletas o contaminantes, mercancías invendibles o prohibidas).

Ese año, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano publica el “Informe sobre el desarrollo humano”, en el que dice buscar generar un índice de desarrollo humano que “sintetice en una escala numérica”, el nivel global de desarrollo humano. El método consiste en combinar la privación de esperanza de vida, el alfabetismo de adultos y el Producto Nacional Bruto (PNB).

Ya hemos rebasado la primer década del siglo XXI y seguimos pensando cómo lograr el desarrollo dentro del capitalismo, es el caso de las teorizaciones “Alternativas al desarrollo” de Eduardo Gudynas y “el Postdesarrollo” de Arturo Escobar. Si bien, a diferencia de las anteriores, en el horizonte de estas teorizaciones está presente la necesidad de romper con la producción y reproducción capitalista, en ese sentido, presenta una conciencia al respecto de la idea de desarrollo como una ideología dominante que esconde la explotación regional, sus hombres, trabajo y naturaleza; no logran romper con el esquema de reproducción capitalista.

Hasta aquí con los apuntes con respecto a la idea de desarrollo en América Latina, termino con la consideración de la necesidad de develar lo que ocultan las ideas burguesas dominantes que justifican la producción y reproducción capitalista. Con respecto a la idea de desarrollo, esta labor resulta hoy en día una tarea urgente y necesaria, sobre todo si la contextualizamos con la actual crisis ecológica, y es que uno de los grandes desafíos del planeta que todas y todos compartimos está en los límites de reproducción de lo Otro, cuestión que no estaba presente en siglos anteriores pero que el día de hoy se ubica como el principal problema que enfrentamos como humanidad, toda vez que las dimensiones en la depredación de lo “Otro” nos muestra los límites del modelo civilizatorio capitalista moderno. De esta situación no dieron cuenta las narrativas del progreso entendido como una sociedad superior; las narrativas del desarrollo cuyo sujeto y lugar de enunciación es la sociedad burguesa; tampoco fue un elemento que estuviera a la vista de las grandes contribuciones del pensamiento crítico del siglo XX; finalmente en el siglo XXI esta idea sigue presente y continúa estructurando la vida no sólo en los países “neodesarrollistas”, sino también –aunque con sus especificidades- en los “progresistas”, incluyendo aquellos que dicen ser el “socialismo del siglo XXI”.

La idea de que existe una sociedad superior y que su medio de acceso es primero el crecimiento económico y el desarrollo después, se ha forjado como una idea dominante de la modernidad. Crecer para después desarrollarse, la eterna ilusión de que en un momento después del crecimiento vendría la repartición de la riqueza. Siglos enteros y particularmente un siglo XX cargado de fórmulas para alcanzar el desarrollo, pero sobre todo, un siglo

de ceguera que nos ha llevado a cambiar valores de larga duración por las incumplidas promesas del desarrollo y la modernidad. De acuerdo con Wallerstein:

Lo que nosotros hemos llamado desarrollo los últimos cincuenta años, más o menos, básicamente es la habilidad de algunos países para erigir empresas productivas de un tipo considerado como altamente lucrativo. En la medida en que tienen éxito haciendo esto, reducen el grado de monopolización de la producción en cierta arena en particular y, por tanto, reducen el grado de rentabilidad de tal producción.

Es importante tomar esto en cuenta a la hora de considerar, analizar, o hacer propuestas con respecto al problema del desarrollo, pues como bien lo han pensado y siguen pensando ya algunos teóricos latinoamericanistas, en primer lugar hay que tomar en cuenta que la explotación de la naturaleza tiene límites; en segundo lugar que no podemos escapar del laberinto de la ideología del desarrollo sin terminar con el capitalismo, de aquí la importancia de que las propuestas en el *aquí y ahora* estén impregnadas de un horizonte revolucionario y no sólo reformador; en tercer lugar, que aún si mantenemos un horizonte revolucionario, es necesario tomar en cuenta el elemento des-colonial tanto para con lo humano como con lo Otro.

3. REFERÊNCIAS

REVISTAS:

- BAGÚ, C. “De Karl Marx al banco mundial: el subdesarrollo de la teoría del desarrollo”, en *Revista Cuadernos Americanos*, Vol. 3, No 63, mayo-junio, 1997, Pág.151.
- BORÓN, A. “Por el regreso y demorado regreso del Marxismo en la teoría marxista hoy”. En *Problemas y perspectivas*. CLACSO, Argentina, 2006. Pág.42
- BORON, A. “Teoría(s) de la dependencia, en *Realidad Económica*”, N° 238, Agosto-Septiembre, Buenos Aires, 2008.
- BUSTELO, P. (1999): *Teorías contemporáneas del desarrollo económico*. Ediciones síntesis, Madrid
- GUDINAS, E. y ALAYZA, A. (eds.) “Caminos a las transiciones post-extractivistas, en *Transiciones post extractivismo y alternativas al extractivismo en el Perú*, Centro Peruano de Estudios Sociales, Perú, 2011.
- GUDYNAS, E. “Los límites de la mesurabilidad de la naturaleza”, en *Ambiente & Sociedade*, UNICAMP, Brasil, 1999
- GUDYNAS, E. “Los límites de la mesurabilidad de la naturaleza”, en *Ambiente & Sociedade*, UNICAMP”, Brasil, 1999. Pp.65-79
- LOWY, M. “Para un marxismo crítico”, En *Tempo*, Paris. 1997. Disponible en: http://www4.pucsp.br/neils/downloads/v3_artigo_michael.pdf (Consulta 13 de jun. 2012)

- ONIS, Z. “Los límites del neoliberalismo. Hacia una reformulación de la teoría del desarrollo”, en *Revista Este país*, No 57, diciembre, 1995. Pp. 2-16
- QUIJANO, A. “Bien vivir: entre el desarrollo y la des/colonialidad del poder”, en: *Ecuador Debate. Acerca del Buen Vivir*, Centro Andino de Acción Popular CAAP, No. 84, diciembre 2011
- WALLERSTEIN, I. “Después del desarrollismo y la globalización ¿qué?”, en *Polis Revista Académica de la Universidad Bolivariana*, Vol.5, No 013, 2006
- YOSELAVSKY. Ideología del desarrollo nacional en las ciencias sociales latinoamericanas, en *Política y cultura*, No 008, primavera, México, 2007, Pp. 321-322.
- LIBROS:
- ECHEVERRÍA, B. “Modernidad y blanquitud”. Ediciones Era, México, 2012
- ESTEVA, G. “Desarrollo”, en WOLFGANG, S. (coord.): *Diccionario de desarrollo, una guía del conocimiento como poder*. Galileo, México. 200, Pp. 65-92
- GUDINAS, E. “Desarrollo y buen vivir”, Ciclo de Conferencias Desarrollo y buen vivir, Uruguay, 2012.
- GUDYNAS, E. “Ecología, economía y ética del desarrollo sustentable”, Centro Latinoamericano de Ecología Social y Sustentable, Uruguay, 2004
- MARX, K. “Contribución a la crítica de la economía política”. Ediciones quinto sol, México, 1980
- NISBET, R. “Historia de la idea de progreso”, Gedisa, Barcelona, 1981
- NOGUEIRA DE ECHAVARRI, P. “El rencantamiento del mundo, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, México, 2004
- SCHUMPETER, J. “The theory of economic development: an inquiry into profits, capital, credit, interest and a business cycle”. Oxford University, London, 1961
- SVAMPA, M. y ANTONELLI, M. “Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales”, Biblos, Buenos Aires. 2010
- SVAMPA, M. “Movimientos sociales, matrices socio-políticas y nuevos contextos en América Latina”, en *One World perspectives Workings Papers 01/2010*, Universidad Kassel. Disponible en: <<http://www.social-globalization.uni-kassel.de/owpDisplay.php?owp_id=9 (Consulta 18 de sep. 2011)
- SVAMPA, M. “La disputa por el desarrollo. Territorios y lenguajes de valoración”, en *Cambio de época. Movimientos sociales y poder político*, Siglo XXI, Buenos Aires. 2008
- WALLERSTEIN, I. “La reestructuración capitalista y el sistema mundo”, FLACSO, Ecuador, 1997. Disponible en: <<http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1265665449.La_reestructuracion_capitalista_y_el_sistema.pdf. (Consulta 12 de Junio 2012)

Capítulo 57

ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO: NECESSIDADE, PERSPECTIVA (E SUAS PERSPECTIVAS) E/OU POSSIBILIDADE (E SUAS POSSIBILIDADES) DIANTE DAS CRISES DO ESTADO

Adrielle Fernanda Andrade Précoma¹

1. INTRODUÇÃO

É possível verificar diversas crises que abalam contemporaneamente o modelo estatal advindo da era Moderna, e ainda crises do próprio paradigma racional-analítico, de visão mecanicista da natureza, enraizado na mesma era, e que deu base epistemológica à grande parte das sociedades ocidentais. A percepção dessas crises deve cumprir seu papel: mostrar a urgência de mudanças para o atendimento às necessidades sociais, das quais o projeto do Estado Social não deu conta, e às ambientais, desveladas mais recentemente.

Em vista dessa urgência na solução de ambas as questões (sociais e ambientais), pensa-se a formulação do Estado Socioambiental de Direito a fim de abarcar soluções às necessidades insurgentes nessas esferas.

A partir de uma elucidação acerca do cenário crítico porque passa o Estado verificar-se-á o enquadramento do Estado Socioambiental de Direito como uma necessidade, perspectiva e/ou possibilidade, e analisar-se-ão também as possibilidades e diversas perspectivas para sua construção –, abordando aspectos gerais e de dentro do sistema constitucional brasileiro.

2. CRISES DO ESTADO

O Estado vem se transformando no decorrer dos processos históricos porque passa desde sua concepção na Modernidade, estando hoje sofrendo um período de crises, no plural por se apresentar em diversas facetas que, porque interconectadas,

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: adrieprecoma@yahoo.com.br

formam um “mosaico único”² desse cenário crítico. São as facetas dessas crises as que passamos a tratar.

2.1 Crise conceitual

Atinge os caracteres principais do Estado: soberania, povo, território e finalidade.³

Com relação à crise que atinge o poder estatal dado como soberania, detecta-se a causa na dispersão dos centros de poder, antes nos Estados como únicos e autônomos,⁴ não sendo mais possível manter intacta a concepção tradicional da soberania como una, indivisível, inalienável e imprescritível,⁵ pautada na ideia originária de Jean Bodin (em sua obra *Les six livres de la République*, de 1576) de poder supremo.⁶

Tal dispersão, na perspectiva externa, verifica-se no campo das relações internacionais quando o Estado coloca-se ao lado de Estados homólogos, “no mesmo plano horizontal e a eles igualado em suas relações”.⁷ Dado o atual estágio de interdependência entre os Estados, observa-se a “construção de uma ordem de compromisso(s), e não de soberania(s)”,⁸ ficando impossibilitada uma “soberania descolada de qualquer vínculo, limitação ou comprometimento recíproco”.⁹ É o que também aponta Ferrajoli, percebendo que o mundo transformou-se numa “aldeia global”.¹⁰

Há ainda outras forças atuantes nas sociedades e cuja influência põe em cheque o conceito de soberania nos clássicos termos absolutos: as organizações eco-

2 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 18-25

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 71-72.

4 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 137-139.

5 _____. p.168. Características também descritas em DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 81.

6 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 136. Para mais informações acerca da teoria de Jean Bodin, vide também DALLARI, D. *Op. cit.*, p. 76-78.

7 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 139.

8 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 29-33.

9 *Ibidem*, p. 29-30. Ver também nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto Barroso. *Fundamentos Teóricos...*, p. 17-18 e WINTER, Luís Alexandre Carta. *Op. cit.*, p. 531-532.

10 Diante da crescente interdependência econômica, política, ecológica e cultural, mesmo com o aumento da complexidade e dos inúmeros conflitos e desequilíbrios, o mundo transformou-se numa aldeia global. Por esses fatores, torna-se mais urgente e mais concreta a hipótese de uma integração mundial baseada no Direito (FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 47-48).

nômicas, que, sem nenhum compromisso político, impõem atitudes às autoridades eleitas;¹¹ as chamadas ONGs (organizações não governamentais), que prestam serviços variados em diversas áreas como saúde, ecologia, direitos humanos etc. (outrora campos de atuação praticamente exclusiva dos Estados), e cujos relatórios são capazes de interferir nas relações interestatais em nível internacional;¹² e a ONU (Organização das Nações Unidas), cujas articulações mostram-se cada vez mais imperativas aos Estados-membros.¹³

Também a soberania na perspectiva interna não pode ser concebida absoluta, negada face à divisão dos poderes, o princípio da legalidade, os direitos fundamentais, além de outras limitações.¹⁴ Verifica-se questionada, ainda, a soberania no âmbito interno diante do pluralismo político-social dado pelos centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado (como igrejas, associações, sindicatos, movimentos sociais),¹⁵ com que o Estado passa de soberano ordenador para solidário na luta cotidiana pela superação das desigualdades e promoção do bem-estar.¹⁶ Além disso, diante de um pluralismo jurídico - visto “sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”, o que ocorre por exemplo nas favelas do Rio de Janeiro¹⁷ e nas comunidades indígenas,¹⁸ onde vigora uma normatividade própria diverso do Direito oficial brasileiro, como um Direito “extra-estatal”¹⁹ – impossível advogar pela concepção da soberania estatal como absoluta.

Com respeito aos demais elementos caracterizadores do Estado, vê-se que a noção de território²⁰ frente à questão ambiental é colocada em cheque, pois transcende do local ao global, não se limitando a territórios estatalizados. O Estado

11 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 30-31.

12 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 141.

13 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 33.

14 Idem. p. 27-28.

15 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 143.

16 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 31.

17 “Esse direito não-oficial (...) vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 87-89).

18 Wolkmer frisa que o art. 131 constitucional deixa claro seu entendimento pluralista e multicultural pelo reconhecimento aos índios de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*).

19 WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 120-122.

20 Conceito de território: espaço sobre o qual o Estado exerce o monopólio de ocupação, e por meio do qual é delimitada a ação soberana estatal (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 86-93). Outro conceito seria de “base geográfica do poder” (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 94-95).

mostra-se muito restrito para lidar com essa questão, que exige ações em todos os âmbitos de tratamento (“o local, o nacional, o supranacional, o mundial; o espaço público estatal, o espaço público não estatal e o privado”).²¹

O elemento povo também reflete a crise conceitual na medida em que não mais fica restrito à mera concepção jurídica.²² Isso porque essa concepção, limitada temporalmente, já não se mostra apta a acompanhar a tendência mundial (prevista documentos da ONU²³ e em diversas constituições, como a nossa no art. 225) em prol de proteger o direito a um ambiente condigno inclusive para as gerações futuras. Mostra-se, logo, uma abertura de compreensão do que seja povo mais afeta ao viés sociológico:

toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns. Compreende vivos e mortos, as gerações presentes e as gerações passadas, os que vivem e os que hão de viver (...) numa dimensão histórica que liga o passado ao futuro, e assim transcende o momento da contemporaneidade de sua existência concreta.²⁴

Por fim, analisa-se como a crise conceitual atinge a finalidade do Estado, concebida como a “busca pelo bem comum de um certo povo, situado em determinado território”.²⁵ A princípio não pareceria estar esse elemento em crise, visto ser ainda possível dizer que o bem comum é o fim almejado pelo Estado. Porém é possível verificar mudanças porque não mais somente o Estado é agente nessa busca, atuando em colaboração com os demais Estados e outros agentes (organizações civis de diversos âmbitos: mundiais, internacionais, locais) em prol de tal fim.

Observa-se a crise dessa característica estatal também com a questão de que esse bem comum já não é mais apenas referente aos homens, mas tem sentido de alcançar todo o ambiente e suas formas de vida para além da humanidade, suplantando o paradigma moderno, estritamente antropocêntrico, sobre o qual se erigiu a maior parte das sociedades ocidentais. A superação desse paradigma dá-se pela constatação de que os problemas socioambientais são sistêmicos e não isolados, dadas as desco-

21 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 77-80.

22 Conceito jurídico de povo: “conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico” (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 81-82).

23 Vide, por exemplo, item 8.7 da Agenda 21.

24 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 82-83.

25 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 103-108.

bertas multidisciplinares que superam a visão de mundo mecanicista (reduzido a partes dissociadas) por uma visão ecológica profunda (*deep ecology*). Essa última concebe o mundo holisticamente como um todo integrado, com interdependência de todos os fenômenos, fundamentalmente interconectados e interdependentes. A partir dessa nova concepção, reconhece-se o valor intrínseco de todos os seres vivos, e o homem não mais se encontra separado do meio ambiente, mas entendido como apenas um dos fios que tecem a “teia da vida”.²⁶ Superado, logo, o fundamento no qual se pautaram diversas culturas de que o homem seria o mestre e dono da natureza, podendo dela utilizar-se ilimitadamente,²⁷ pela compreensão de que o universo é um processo único, complexo, complementar, que a tudo une por uma teia de relações de forma que nada existe fora da relação.²⁸ Na mesma linha reflexiva encontram-se as concepções da Terra como um organismo vivo, chamado Gaia, um todo dotado de sistemas de auto-regulação.²⁹

2.2 Crise estrutural

A chamada crise estrutural é a que atinge a forma de materialização do Estado como de Bem-Estar Social (ou somente Estado Social). Vislumbra-se essa crise pelas barreiras impostas a sua permanência, de ordem fiscal-financeira, ideológica e filosófica, somado ao projeto neoliberal que ao Estado de Bem-Estar Social contrapõe-se, insurgindo-se face às insuficiências dessa forma estatal e visando um retorno ao modelo reduzido de Estado³⁰. Ainda, o Estado Social sofreu com a existência de críticos internos, e por seu próprio desenvolvimento contraditório (por suas insuficiências ou falta de uma teoria para lhe sustentar), além de ter raiz na corrupção.³¹

Vale ressaltar, com respeito à barreira filosófica, que o Estado Social fadouse ao insucesso pela incapacidade de “consolidar o projeto antropológico que lhe compõe sentido”, que demandava agentes dotados de uma “compreensão coletiva de ser-estar no mundo”, com a superação do individualismo liberal,³² o que de fato não ocorreu. Reflete-se, com isso, acerca da necessidade de uma conscientização coletiva

26 CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, p. 23-26.

27 BOFF, Leonardo. *Nova Era...*, p. 66.

28 *Ibidem*, p. 36.

29 LOVELOCK, James. *Op. cit.*

30 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 136-137.

31 MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 42. Autores que tratam dessa crise do Estado Social, além do citado acima: MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Op. cit.*, p. 93-94; SGARBOSSA, Luís Fernando. *Op. cit.*, p. 61-62.

32 MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 48.

para que se efetivem modelos estatais voltados aos fins sociais, e, com certeza, pode-se incluir os com fins ambientais.

2.3 *Crise constitucional (institucional)*

É a que atinge a Constituição, instrumento jurídico-político privilegiado da Modernidade para efetivar os misteres sociais.³³ Estaria o constitucionalismo desestabilizado visto ser apontado como impeditivo ao desenvolvimento econômico e visto os abalos do próprio Estado, esse constituído por e como sustento desse fenômeno (constitucionalismo). Essa crise seria sentida pelo “processo de desconstitucionalização promovida pelo dito neoliberalismo” e pelo não cumprimento das promessas constitucionais por falta de vontade política e de condições econômicas.³⁴

2.4 *Crise funcional*

É a incidente sobre a tradicional separação tripartida nas funções legislativa, executiva e judiciária do poder estatal como estratégia de desconcentração desse poder. Vê-se tal separação revista frente a já estudada perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado e do rearranjo de suas inter-relações, verificado com relevo no fenômeno da judicialização da política, marcado pela ascensão da função jurisdicional com o crescimento de seu papel de jurisdição constitucional.³⁵

Essa crise das funções ocorre com a assunção de outras funções pelos órgãos executores das funções estatais clássicas. É fruto do enfraquecimento das funções de governo estatais e irrealização das promessas constitucionais, acarretando no crescimento e transformação do papel da função de garantia. Aí se insere a jurisdição constitucional, como expectativa de que, como função de garantia, substituta das funções de governo, possa ofertar a satisfação das mesmas.³⁶

2.5 *Crise política (e da representação)*

Refere-se à crise do sistema da democracia representativa, que, numa sociedade complexa, enfrenta dificuldades para efetivar a participação dos cidadãos. Ainda, verifica-se tal crise diante do fenômeno de “fantochização da democracia”,

33 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 153-154.

34 *Ibidem*, p. 52-53.

35 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 155-156.

36 MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 58-60.

indicado pela constatação de que não há mais as incertezas típicas do jogo político, de alternância de poder, dando lugar às certezas econômicas – dadas as influências mercadológicas na política. Por tal fenômeno verifica-se que não há mais alternativas de escolha, mas um “estereótipo de desdiferenciação de posturas”.³⁷

3. O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

O Estado Socioambiental de Direito é a “fórmula-síntese”³⁸ da formulação estatal concebida a fim de compreender os caracteres de um Estado de Direito, Democrático, Social e Ambiental. O próprio termo “socioambiental” designa a intenção de síntese, e não mera justaposição entre o social e o ambiental.³⁹ Revelaria o estágio atual de um caminho evolutivo das formas estatais, que do Estado Liberal passa ao Estado Social, chegando ao Estado Socioambiental, porém sem que essa superação signifique o abandono das conquistas dos modelos de Estado de Direito anteriores; pelo contrário, estaria a elas agregando a dimensão ecológica. O objetivado Estado Socioambiental de Direito carrega consigo, logo, a noção ampliada, integrada e interdependente dos direitos fundamentais socioambientais, numa congregação dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais (referenciados pela sigla DESCA), a serem tutelados e promovidos num mesmo projeto jurídico-político.⁴⁰

Essa síntese das agendas social e ambiental que aparece no Estado Socioambiental de Direito tem razão na verificação de que as questões sociais, irresolvidas – a despeito do projeto do Estado Social –, e as questões ambientais são interligadas,⁴¹ pelo que necessitam serem tratadas conjuntamente.

37 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 157-158.

38 Antonio Herman Benjamin, no prefácio da obra de Fensterseifer e Sarlet: FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental...*, p. 9.

39 Conforme esclarece Márcio Santilli, no prefácio de Lima: LIMA, André (org.). *Op. cit.*, p. 9.

40 FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental...*, p. 42-43.

41 A interligação entre as questões sociais e ambientais é observada em diversos aspectos. Pontualmente: ambas as questões têm causa no paradigma individualista e antropocêntrico de grande parte das culturas ocidentais (Vide: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 75; BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade...*, p. 67-74; MARTINEZ, Esperanza. *Op. cit.*) que justificou a competição e exploração de uns sobre os outros e, por conseguinte, as desigualdades e problemas sociais, além da exploração ilimitada da natureza. Outro aspecto da interligação é a interdependência entre elas, pois o homem inevitavelmente depende do meio ambiente saudável para sobreviver, ainda mais de forma digna (FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Socioambiental e...*, p. 16 e 32-33). Ademais, pela ideia de dignidade humana e meio ambiente ecologicamente equilibrado como direitos fundamentais incide a tese da indivisibilidade e interdependência dos

Para a configuração dessa moldura do Estado há alguns princípios norteadores a serem observados, que coincidem com alguns do Direito Ambiental,⁴² quais sejam: prevenção,⁴³ participação e responsabilização. Interessa aqui se debruçar sobre esses dois últimos.

O princípio da participação refere-se à necessária cooperação entre Estado e sociedade, por seus diversos setores, e dos Estados entre si (já que as questões ambientais não se circunscrevem no âmbito interno dos Estados), para a solução das questões ambientais, tanto na formulação quanto na execução das políticas ambientais. Para o sucesso dessas, mister a consciência da sociedade em todos os seus âmbitos a respeito de suas responsabilidades para contribuição na proteção e melhoria do meio ambiente. E para tal consciência pressupõe-se a educação e um adequado acesso dos cidadãos às informações relativas ao meio ambiente.⁴⁴

Quanto ao princípio da responsabilização, seria complementar aos outros princípios, visto que isoladamente não são capazes de serem funcionais. Isso porque não adiantaria a prevenção e as ações participativas sem que os responsáveis por danos ao meio ambiente respondessem pelos seus atos, em âmbito criminal, administrativo e civil. Esse tríptico apenamento consta da previsão constitucional do art. 225, parágrafo 3º, sujeitando tanto pessoas físicas quanto jurídicas responsáveis pelo dano. Doutrinariamente, ainda, esse princípio diria respeito, numa dimensão econômica, à internalização e assunção pelos agentes econômicos dos custos ambientais (indenização dos custos externos da degradação ambiental: prevenção, reparação e repressão ao dano ambiental) na cadeia produtiva. Seria essa a base do princípio do poluidor pagador, “assentado na ética ambiental redistributiva”.⁴⁵

mesmos, requerendo uma “tutela integrada dos direitos sociais e da proteção do ambiente, na perspectiva dos direitos fundamentais socioambientais” a fim de uma “justiça socioambiental” (FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional...*, p. 45-46 e 100-101). Finalmente, Fensterseifer demonstra que a miséria e a pobreza caminham juntas com a degradação e poluição ambiental, ao se verificar que a população carente é, muitas vezes, levada a residir em áreas poluídas, degradadas e de risco ambiental (FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Socioambiental e...*, p. 28). Essa noção é confirmada por relatório do IPEA (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Op. cit.*, p. 141-147).

42 Acerca dos princípios do Direito Ambiental, vide as seguintes obras: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*, p. 23-56; e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op. cit.*, p. p. 86-138.

43 Previsto no artigo 225, parágrafo 1º da Constituição, o princípio tem grande relevância, visto que a prioridade política deve prevalecer na prevenção da degradação ambiental, pois a reparação se mostra por vezes incerta, impossível, ou muito onerosa (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *Op. cit.*).

44 NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *Op. cit.*

45 NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *Op. cit.*

É possível observar, ainda, que esse proposto Estado Socioambiental de Direito demanda superações sensíveis de paradigmas profundamente arraigados desde a Modernidade. Nesse sentido, vale frisar um importante marco axiológico que embasa sobremaneira esse modelo estatal: o princípio da solidariedade (ou fraternidade). Trata-se de “transcender de um pacto social para um pacto socioambiental, em vista de contemplar o novo papel do Estado e da sociedade no âmbito do Estado Socioambiental de Direito”, o que se relaciona com a ideia de responsabilidades e encargos ambientais compartilhados entre Estado e sociedade do *caput* do art. 225 constitucional.⁴⁶

3.1 Projeções do Estado Socioambiental de Direito sobre as crises do Estado e as questões socioambientais

Trazidas à luz as crises do Estado e dada a situação de urgência na resolução das questões socioambientais, a partir desse ponto serão verificadas quais as projeções do Estado Socioambiental de Direito podem ser visualizadas sobre esse cenário crítico.

3.1.1 O Estado Socioambiental de Direito face à crise conceitual do Estado e às questões socioambientais

O Estado Socioambiental de Direito traz em seu bojo novos formatos dos elementos estatais clássicos, em situação crítica diante das questões socioambientais.

Pela convicção de que os efeitos das ações incidentes no meio ambiente não conseguem ser isoladas em localidades, portanto não respeitando limites estatalizados de território nem de soberania, é que se supera o campo dos sistemas jurídicos internos para atingir um nível global de tratamento das questões socioambientais, num chamado postulado globalista⁴⁷ - dentro do qual o enfrentamento das questões ocorre em colaboração entre Estados, sem prescindir dos demais âmbitos de

46 FENSTERSEIFER, Tiago. *Estado Socioambiental...*, p. 157.

47 O postulado globalista rege que a proteção ambiental “não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estructure uma responsabilidade global (de estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental”, sem que se prescindida da atuação estatal e locais (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 102-103).

tratamento (local, nacional, supranacional, em espaços públicos estatais, não estatais e privados).⁴⁸

No contexto da sociedade de risco,⁴⁹ em que se pode verificar uma tendência de unificação dos danos em situação de ameaça global, resultaria numa união obrigatória da humanidade face às ameaças civilizatórias, dando à utópica sociedade global aparência mais real, ou pelo menos mais urgente, visto que os problemas ambientais só se podem resolver mediante acordos internacionais.

Também vale frisar que um caminho para suplantar a crise conceitual relacionada ao elemento soberania é a superação da forma do Estado nacional artificialmente erigido na Modernidade, pretendo a subsumir os povos em unidades forçadas, negando-lhes suas diferenças e identidades. Logo, necessário reconstruir o Direito internacional com fundamentado na autonomia dos povos e não soberania dos Estados (ideia que dividiu o mundo em Estados, criando fronteiras e gerando os conflitos internos e entre as nações), com uma sujeição à lei dos organismos da ONU e garantias de efetividade dos princípios da paz dos direitos fundamentais.⁵⁰

A atuação de centros de poder alternativos como um fator que gera a crise da soberania aponta para uma tendência bastante coerente o axioma da participação que rege o Estado Socioambiental de Direito, interligado com o princípio da solidariedade que também lhe embasa.⁵¹ Isso porque esses centros alternativos podem ser vistos como formas de organização da sociedade civil para participar mais ativamente na política a fim de ver as questões sociais, e agora também ambientais, melhor garantidas.

Com relação aos aspectos da crise conceitual que atingem os demais elementos caracterizadores do Estado, vimos que diante das questões socioambientais o elemento povo não deve ficar restrito à acepção jurídica, estendendo-se a uma concepção sociológica pela qual o elemento humano do Estado aparece projetado historicamente, no decorrer de várias gerações. É por essa linha de pensamento que o Estado Socioambiental de Direito projeta sua função de proteção ambiental para manutenção do equilíbrio e saúde do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, tal como previsto no artigo 225 constitucional. Trata-se, aliás, de axiomas do

48 MORAIS, J.. *Op. cit.*, p. 77-80.

49 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia...*, p. 52-54.

50 FERRAJOLI, L.. *Op. cit.*, p. 49-52.

51 FENSTERSEIFER, T.. *Op. Cit.* p. 132-157.

Estado Socioambiental de Direito: a solidariedade e a responsabilidade intergeracional, dentro de um “princípio de justiça ou equidade intergeracional”⁵².

Com relação ao aspecto da crise conceitual que atinge a função do Estado - busca do bem comum -, verificou-se que da clássica concepção muda que o Estado não mais atua sozinho nessa busca, mas em colaboração com os demais Estados e outros *players*, em clima de cooperação e solidariedade, conformes com os axiomas do Estado Socioambiental de Direito.

Ainda, pelas mudanças paradigmáticas transcendentais do antropocentrismo, muda a referência de bem comum, não mais apenas voltado à humanidade, mas ao meio ambiente e todas as suas formas de vida, visto o inter-relacionamento de todos com todos (os seres), formando um uno complexo, cujas partes não se podem isolar⁵³. Trata-se, logo, de uma marcante virada, verdadeira revolução com relação ao paradigma antropocêntrico (homem acima e desconectado da natureza, dela dominador) e mecanicista (compreensão do todo como reunião de partes isoladas) que desde a Modernidade vem embasando a maior parte das sociedades ocidentais⁵⁴. Dessa compreensão, verifica-se uma extensão do princípio da solidariedade do Estado Socioambiental de Direito para todas as espécies naturais⁵⁵, já que diante das ameaças ecológicas vê-se uma afetação por igual “a todos e ao todo”, levando o homem a reconhecer-se como um ser natural integrante do todo e sensibilizando-se para a “solidariedade entre todas as coisas vivas”⁵⁶.

Esse ponto trata-se, aliás, de outro pilar do projeto do Estado Socioambiental de Direito: uma base paradigmática não mais estritamente antropocêntrica⁵⁷,

52 Fensterseifer indica que o princípio da solidariedade regente do Estado Socioambiental de Direito engloba como aspecto fundamental a “solidariedade entre as gerações humanas presentes (ou viventes) e as gerações humanas futuras”, pelo “reconhecimento da dignidade de tais vidas potenciais”, implicando em “deveres e responsabilidades a cargo das gerações presentes para com as gerações futuras” (FENSTERSEIFER, T.. *Op. cit.*, p. 153-156).

53 CAPRA, F. *Op. cit.*, p. 25-26.

54 Esse ideário de mudança paradigmática é trabalhado por diversos autores como Fritjof Capra e Leonardo Boff, que estudam acerca desse intrínseco relacionamento que une todos os seres, e James Lovelock, sobre a teoria da Gaia Terra. Edgar Morin, por sua vez, traz à lume um necessário pensamento complexo, que supera o simplificador (que é limitante, pois não capaz de compreender a complexidade da vida) pensamento moderno cartesiano, tendo sua visão surgido da observação da complexidade dos mais diversos fenômenos que da natureza. Vide nas referências as obras consultadas desses autores.

55 FENSTERSEIFER, T.. *Op. Cit.*, p. 156.

56 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia...*, p. 83.

57 Diversos autores estudam acerca de qual seria o paradigma concebido atualmente em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Sarlet e Fensterseifer (FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo

mas que pode ser considerada desde antropocêntrica alargada⁵⁸ ou até mesmo biocêntrica (*deep ecology*, ou ecologia profunda, na qual os seres vivos estão num mesmo patamar⁵⁹), ou ecocêntrica⁶⁰.

Essa questão de mudanças de paradigmas dá azo, inclusive, a reflexões acerca de direitos conferidos às formas de vida não-humanas. Isso porque, numa visão da ecologia profunda, pressupõe-se a natureza como um sujeito de Direito mediante a superação da concepção dela como mero objeto de direitos, atribuindo-lhe uma dignidade própria, fazendo valer seus direitos até mesmo em oposição aos seres humanos⁶¹. É possível visualizar uma tendência, por exemplo, de formar-se um “direito especial de proteção dos animais”⁶², cuja titularidade lhes seja reconhecida⁶³, isso pela verificação de que o próprio legislador constituinte reconheceu um valor intrínseco à natureza⁶⁴, além de outros instrumentos legislativos para tal proteção⁶⁵.

Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental...*, p. 74.) acreditam que estamos ainda em fase de superação do paradigma antropocêntrico de viés economicocêntrico (com a redução do bem ambiental a valores de ordem econômica). Leite acredita termos atingido um patamar de antropocentrismo alargado, pelo qual a preservação ambiental ganha importância na medida em que é reconhecida como garantia da vida e dignidade do próprio ser humano (não mais uma visão estritamente econômica), mas ainda situa o homem numa equivocada posição de proeminência sobre a natureza (LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 157-165). Benjamin reconhece um caráter híbrido de nosso texto constitucional, uma vez que se apóia em padrões antropocêntricos (mitigados temporalmente, vez que protege “presentes e futuras gerações”, no caput do artigo 225), e até também biocêntricos (noção de preservação contida no mesmo dispositivo) e ecocêntricos - BENJAMIN, Antônio Herman. *Op. cit.*, p. 130-131.

58 A evolução para um antropocentrismo chamado “alargado”, “moderado”, ou “ecológico” atribui um valor intrínseco à Natureza, mesmo que relacionado com o ser humano, não totalmente autônomo como deveria ser no Estado Socioambiental de Direito (FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental...*, p. 74-75).

59 RODRIGUES, Danielle Tetü. *Op. cit.*, p. 72. Explicação mais completa dessa vertente consta em CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, p. 25-26. Ver também: LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 158 e MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *Op. cit.*, p. 9-42.

60 Aparece como sinônimo do biocentrismo, ou ecologia profunda. No ecocentrismo “as preocupações científicas, políticas, econômicas e culturais se voltam para a “*oikos*”, ou seja, para a Terra considerada casa comum e, mais do que isto, um sistema vivo, constituindo, ela mesma, um *organismo vivo*, conforme a Teoria de Gaia” (MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *Op. cit.*, p. 9-42).

61 LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 159.

62 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito...*, p. 176.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 224-225.

64 BENJAMIN, Antônio Herman. *Op. cit.*, p. 130-131. Vide proteção da fauna e flora, no parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal.

65 Algumas, normas, a citar: Decreto-lei 3688/1941, art. 64; Decreto-lei 221/1967 (Código de Pesca); Lei Federal 5.197/1967 (Código de Caça); Lei 6.638/1979; Lei 6.938/1981 (PNMA); Lei

Porém impende ainda uma verdadeira proteção, pois os animais ainda constam como objetos utilitários e de propriedade dos homens⁶⁶.

Por fim, vê-se que o Estado Socioambiental de Direito surge, nesse contexto de crise conceitual do Estado Moderno e com questões socioambientais a serem resolvidas, como uma remodelação estatal, uma proposta de adaptação a fim de superação dessa crise, capaz de promover soluções à problemática social e ambiental.

3.1.2 O Estado Socioambiental de Direito face à crise estrutural do Estado e às questões socioambientais

Ainda que tenhamos visualizado a crise do Estado Social, vê-se que não é possível retroceder das conquistas dessa formulação estatal, pelo princípio da proibição do retrocesso em matéria social, que acaba regendo também a matéria socioambiental⁶⁷.

É para o ideal de contínua evolução na observância dos direitos socioambientais, então, que se ergue o Estado Socioambiental de Direito: reconhecida a interligação entre as agudas questões sociais e ambientais, superá-las, criando bases à solução dessas problemáticas por meio de uma guinada no modo de vida humano de modelo consumista típico dos países industrializados, com vistas a atingir um harmônico conviver entre os seres e uma manutenção de nossa casa comum. Para

Federal 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), entre outros (RODRIGUES, Danielle Tetü. Op. cit., p. 66-70).

66 Por exemplo, o Código Civil que, em seus dispositivos 936, 1397, 1445 e 1447, trata os animais como objetos, propriedade do homem. Mas se pode defender os animais como sujeitos de Direito dada a previsão legal de sua representação (que significa delegação a um terceiro do exercício de atos de gestão em nome de um titular de direito) pelo Ministério Público, Sociedade Protetora dos animais e outros substitutos legais (Decreto 24.645/1934 e arts. 127 e 129, III da CF) - RODRIGUES, Danielle Tetü. Op. cit., p. 185-196. Também: LEVAI, Laerte Fernando. Op. cit.; e DIAS, Edna Cardozo. Op. cit.

67 Bolzan de Moraes e Streck dizem não ser possível retroceder ao Estado mínimo por termos chegado em um “ponto de não retorno” (MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 151). Ademais, é possível vislumbrar a incidência do princípio da proibição do retrocesso, estudada com relação à matéria social (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 433-456), estendida às questões socioambientais (FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental...*, p. 191-209). Tal princípio consagra uma ampliação contínua na observância dos direitos fundamentais, o que resulta em salvaguardar um “patrimônio político-jurídico” alcançado no “percurso histórico-civilizatório, para quem do qual não se deve retroceder” (Ibidem, p. 191).

tanto, o principal foco deve ser o fortalecimento das bases ético-filosóficas capazes de fundamentar esse Estado Socioambiental de Direito, pautadas na solidariedade.

Nesse sentido, o Estado Socioambiental de Direito propõe-se à cumulação entre as agendas social e ambiental, sendo que o cumprimento das mesmas passaria pelo que se chama de desenvolvimento sustentável⁶⁸, cuja definição mais conhecida é do relatório Nosso Futuro Comum: “desenvolvimento sustentado é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras satisfazerem as suas”⁶⁹. Elege-se o termo sustentabilidade, porém, como mais condizente com os ideais ambientais, reconhecido com fundamentos constitucionais no artigo 225 ao tratar do dever de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, quando estaria prescrevendo o conteúdo essencial dessa sustentabilidade⁷⁰.

Vale traçar que a formação do Estado em sua faceta Social deu-se justamente com a urgência visualizada na solução às questões sociais⁷¹. Ocorre que hoje, face à problemática ambiental, um Estado Ambiental é reclamado; porém, como ainda se

68 FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Socioambiental e...*, p. 32. Há críticas ao que se chama de “desenvolvimento sustentável”, como as do autor Diegues, para quem o termo é utilizado aparentemente como um consenso, porém é dotado de conteúdos diversos conforme o interesse de quem o utiliza. Informa que há os que apenas se aproveitam do termo como uma “maquiagem de velhos discursos com uma coloração verde”, tendo por detrás desses discursos interesses meramente econômicos (DIEGUES, Antonio Carlos. Op. cit., p. 39-57). Beck também alerta para essas maquiagens em tons de verde, mero “oportunismo ecológico” pelo qual as soluções apontadas (que em verdade nada solucionam) para os problemas ambientais dá-se de forma mercantilizada, sem ataque real às origens (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, p. 107-108). Lovelock tem o desenvolvimento sustentável como inócua diante da atual situação planetária e o grau de depredação, poluição, desequilíbrios a que está submetido o planeta. Para ele estamos, hoje, num ponto em que é urgente uma “retirada sustentável”, saindo da posição insustentável com mobilização para um modo de vida em harmonia com Gaia (LOVELOCK, James. Op. cit., p. 17 e 142). Boff também tece críticas aos diversos modelos de sustentabilidade, para ele, na maioria das vezes mais aparente que real. Diz o autor que o termo desenvolvimento sustentável “representa uma armadilha dos sistemas imperantes: assume os termos da ecologia (sustentabilidade) para esvaziá-los e assume o ideal da economia (crescimento/desenvolvimento), mascarando, porém, a pobreza que ele mesmo produz”. O dito “modelo-padrão” de desenvolvimento sustentável é “vazio e retórico”, porque se pauta ainda num ideal de crescimento material em termos quantitativos, antropocêntricos, e mostra-se contraditório e equivocado (BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade...*, p. 39-65).

69 DIEGUES, Antonio Carlos. Op. cit., p. 46.

70 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental...*, p. 25-27.

71 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Op. cit., p. 75-81.

observam as questões sociais sem solução, então a formulação adequada seria a do Estado Socioambiental de Direito, até mesmo pela interligação dessas questões.

3.1.3 O Estado Socioambiental de Direito face à crise constitucional do Estado e às questões socioambientais

Mesmo que se possa verificar uma crise incidente contra a Constituição, há em contrapartida movimentos pelo seu fortalecimento. Como instrumento jurídico-político-social que espelha as metas estatais, uma força pendente a direcionar o Estado à atenção das questões socioambientais, precisa ser fortalecida para a efetivação de tais metas, ainda que se venha a questionar a possibilidade para tanto diante do cenário crítico do Estado.

Esse fortalecimento é detectado pelos doutrinadores que verificam a existência de um movimento de neoconstitucionalismo⁷². A partir dessa movimentação erguem-se as bases do (buscado) Estado Constitucional de Direito, em que os primados constitucionais sejam verdadeiramente observados⁷³. Pensa-se, ademais, num modelo estatal chamado de Estado Socioambiental de Direito, embasado numa ordem constitucional firmada nesse contexto neoconstitucionalista. Necessário, logo, continuar lutando pelos ideais constitucionais, para serem progressivamente efetivados (e nunca retrocedendo, pelo princípio do não retrocesso em matéria socioambiental).

Dentro desse primado de respeito a nossa Carta Maior, é que, dentro dela, podem-se visualizar instrumentos para a construção de um Estado de modulação Socioambiental.

Um primeiro argumento para reconhecer que a nossa Constituição traz como valor fundamental a resolução das questões socioambientais está em compreender o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é previsto no ordenamento jurídico brasileiro no *caput* do artigo 225 da Constituição da República – mas nele não se exaure –, tratando-se esse de uma síntese dos demais dispositivos ambientais

72 O movimento do neoconstitucionalismo prima o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional (com a criação de diversos tribunais constitucionais pelo mundo e, no Brasil, pela possibilidade constitucionalmente prevista de análise pelo STF de relevantes temas) e pelo ideário da nova interpretação constitucional (considerando os conflitos entre normas constitucionais, a técnica de ponderação etc.). Esse movimento carrega consigo a chamada constitucionalização do Direito, dada a assunção pela Constituição da centralidade e da supremacia no ordenamento jurídico, que se submete à chamada “filtragem constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da...*, p. 58-61).

73 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 62.

que permeiam a Carta Magna. Diz Benjamin que “os fundamentos do art. 225 não estão ilhados, pois ligam-se, de forma umbilical, à própria proteção à vida e saúde, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e à funcionalização ecológica da propriedade”⁷⁴. Logo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser visto como uma extensão do direito à vida, o que ressalta seu caráter de direito fundamental. Sua observância, por unida à efetivação do princípio fundamental que rege a ordem constitucional - da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição) - deve dar luz a toda hermenêutica da ordem jurídica brasileira, juntamente com o mencionado princípio⁷⁵.

A jusfundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pauta-se, ainda, na noção de que a própria estrutura normativa do artigo constitucional em que está inserido, enunciado por “todos têm direito”, denota tratar-se de direito fundamental. A isso, soma-se o fato de que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição indica que o rol dos direitos e garantias expressos nesse artigo não é exaustivo, o que explica a possibilidade de se considerar como fundamentais outros direitos para além dos contidos no art. 5º, inclusive o direito ao meio ambiente equilibrado defendido no 225 da Carta Magna⁷⁶.

Alçado o direito ao meio ambiente equilibrado como fundamental, a consequência é que seja todo o ordenamento estatal paramento de sua concretização. Por isso mesmo a altíssima relevância do reconhecimento dessa jusfundamentalidade⁷⁷. Além disso, muito importa o reconhecimento da jusfundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para que se vislumbre a real medida de sua eficácia, que deve ser visada através de todo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, pelo próprio Estado (órgãos públicos e também o povo). Face à redação do artigo 5º, parágrafo 1º, prevê-se a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo que ainda haja elementos programáticos, e que se vejam certos limites à efetivação de diversos desses direitos - pelo que explica Sarlet⁷⁸. Outro importante resultado do reconhecimento da jusfundamentalidade, conforme já dito, é a incidência do princípio do não retrocesso a fim de assegurar uma seguran-

74 BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit., p. 124.

75 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 66; e BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit., p. 124.

76 Ibidem, p. 121-123.

77 A concretização dos direitos fundamentais é tarefa permanente do Estado por expressarem os fins do mesmo, sendo fundamento de todo o ordenamento jurídico (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 58-60).

78 Ibidem, p. 65 e 273-280.

ça jurídica à conquista dos direitos (socio)ambientais, ao menos no que concerne ao núcleo essencial, ou mínimo existencial.⁷⁹

É nesse contexto que se compreende uma transversalidade da proteção ambiental, pela qual se verifica uma “irradiação da normatividade da proteção do meio ambiente para todo o texto constitucional”, dando a base constitucional do Estado de Direito (Socio)ambiental. Por tal transversalidade entende-se a “idéia de irradiação das normas ambientais para todas as esferas do Poder Público, alcançando, inclusive, a sociedade, a ponto de modelar comportamentos (com uma carga maior de responsabilidades e deveres) em favor da defesa ecológica”.⁸⁰

O sistema de responsabilidades compartilhadas previsto no 225 constitucional relaciona-se, ademais, com princípio da participação referenciado por Nunes Júnior.⁸¹ Quanto a tal responsabilidade, tem-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito-dever, na medida em que o texto da Constituição garante-o, mas impõe ao Poder Público e à coletividade o dever compartilhado de defender e preservar tal meio. É que “a defesa do meio ambiente há de ser dever de todos”,⁸² não se podendo erigir a norma constitucional, portanto, apenas pelo dever do Estado, mas de qualquer pessoa, especialmente os agentes econômicos.⁸³ Outro caractere dessa responsabilidade compartilhada é o que tange uma “solidariedade entre gerações”, da qual já tratamos.⁸⁴

79 A noção de mínimo existencial de cunho social (aparato basilar de direitos que formam um núcleo mínimo para a observância do princípio fundamental da dignidade humana - como os direitos de moradia digna, saúde e saneamento básicos, educação fundamental, renda mínima, assistência social, alimentação adequada, acesso à justiça, etc.) abre-se para o mínimo existencial ecológico, porque para se ver garantida uma vida saudável e digna é imprescindível o equilíbrio do ambiente, que é onde a vida desenvolve-se (FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais...*, p. 269-270). Ayala refere-se ao conceito como forma de proteção de uma zona a ser mantida e reproduzida, inadmitindo-se retrocessos do agir estatal dentro do núcleo a partir dele representado (AYALA, Patrick de Araújo. Op. cit., p. 274-275). Ver também SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 433-456.

80 FENSTERSEIFER, Tiago. *Estado socioambiental de...*, p. 147-148.

81 NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Op. cit.

82 BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit., p. 133.

83 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit., p. 105.

84 Conforme Machado, o legislador constituinte informa expressamente o objetivo de exigir uma solidariedade intergeracional para garantir a norma constitucional de proteção do ambiente ao apontar que esse direito perpassa a geração atual. O autor, ao considerar que a ação humana é uma cadeia de elos sucessivos, reflete que disso resulta a necessidade de as gerações presentes primarem pelo equilíbrio do ambiente de forma a não provocar a escassez e debilidade para as gerações vindouras (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 125-126).

A responsabilização por danos ao meio ambiente é também uma instrumentalização necessária à efetiva proteção ambiental, devendo ocorrer nas esferas civil, administrativa, penal e até mesmo intercomunitária para um Estado bem aparelhado e justo do ponto de vista ambiental.⁸⁵ Pode-se vislumbrar que os Estados, inclusive pelo regido em âmbito internacional, têm previsto sistemas de responsabilização no sentido de obrigar a restauração, recuperação e reparação do meio ambiente, além de indenizar, independentemente das sanções penais cabíveis.⁸⁶

Outros importantes instrumentos constitucionalmente previstos são os processuais, capazes de dar meios ao sistema de responsabilidades compartilhadas e à democracia sustentada – de que adiante trataremos –, conformes com os princípios de solidariedade e participação. É possível elencar, do ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos processuais aptos a servir ao fim da proteção ambiental: ação civil pública (art. 129, III, CF), ação popular (art. 5º, LXXIII, CF), mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), além de outros.⁸⁷

A previsão constitucional da atuação do Estado por meio de órgãos públicos para fazerem cumprir seu papel na proteção ambiental é outro instrumento à concretização do Estado Socioambiental de Direito. Com a atuação dos órgãos que

85 A responsabilização é imprescindível pois “de nada adiantariam ações preventivas e precaucionais se eventuais responsáveis por possíveis danos não fossem compelidos a executar seus deveres ou responder por suas ações” (LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 202). Não diferente é o ponto de vista de Canotilho, para quem o “Estado constitucional ecológico não pode prescindir de um sistema de responsabilidade por danos ao ambiente suficientemente operatório” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit., p. 108-109).

86 É o que explica Machado, embasando-se no Direito Comparado e no levantamento de nossa legislação, citando o parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição, além da Lei 6.902/1981 - artigo 9º, parágrafo 2º - e da Lei 6.938/1981 - artigo 4º, VII combinado com o art. 14, parágrafo 1º, em que se normatiza a responsabilidade objetiva (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 373-375).

87 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 706-746. Outros meios processuais podem ser utilizados, conforme o caso, ao mesmo fim de proteção ambiental, como a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (MILARÉ, Édís. Op. cit., p. 1479-1482 e BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Op. cit., p. 379-383), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Op. cit., p. 375-379), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Ibidem, p. 383-387). Há inclusive instrumentos de controle preventivo nas hipóteses em que se admite a tutela cautelar, como na ação popular ou ação cautelar para evitar o dano ambiental (art. 4º da Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, entre outros) - SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental...*, p. 320.

compõem o Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente),⁸⁸ além dos papéis do Ministério Público, da Defensoria Pública e da sociedade, têm-se atribuições para a proteção e melhoria da qualidade ambiental.

Ainda aponta-se a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) como instrumental ao Estado Socioambiental de Direito, regulamentada pela Constituição nos artigos 22, IV, 24, VI e VIII e 225, pelas Leis 6.938/81 e 6.902/81 e pelo Decreto 99.274/90.⁸⁹

Outro meio para realização dos fins do Estado no contexto do Estado Socioambiental de Direito pode ser vislumbrado pela instrumentalização ótima do sistema tributário, através de um melhor uso da função socioambiental do tributo, pelo viés da extrafiscalidade – tributação com função além da meramente fiscal (arrecadatória), como um “instrumento de natureza tributária de intervenção do Estado na ordem econômica com o objetivo de promover (induzir) melhores condutas sociais e ambientais”.⁹⁰

Tudo o que aqui foi trabalhado como instrumentalização à concretização do Estado Socioambiental de Direito dentro da nossa ordem constitucional foi apenas um breve introito, havendo diversas obras que muito bem trabalham esse tema.⁹¹ Mas aqui ficou demonstrada a necessidade de fortalecer a Constituição rumo a um verdadeiro Estado Constitucional (no sentido de Sarlet, um Estado dirigido por sua Constituição), pois nosso documento constitucional mostra-se muito completo com respeito aos valores socioambientais, inclusive sendo possível visualizar o Estado Socioambiental de Direito em nossa Constituição (por reconhecida a jusfundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e por existirem todos os demais instrumentos dos quais se falou neste item), mesmo que não expressamente previsto - o que não resulta em deslegitimá-lo, já que da mesma forma não houve previsão expressa com relação ao Estado Social, muito embora haja o reconhecimento desse caractere quase em consenso, conforme explica Sarlet.⁹²

88 A estrutura do Sisnama está prevista no art. 6º da Lei 6.938/1981, e sua atuação é regulamentada pelo Decreto 99.274/90.

89 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, p. 213-219.

90 MARINS, James; TEODOROVICZ, Jefferson. *Op. cit.*, p. 75-76 e 109.

91 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.*; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Op. cit.*; FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Socioambiental...; _____*. *Direito Constitucional Ambiental*; MILARÉ, Édís. *Op. cit.*; e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op. cit.*

92 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 62.

3.1.4 O Estado Socioambiental de Direito face à crise funcional do Estado Moderno e às questões socioambientais

Em vista de um Estado Socioambiental de Direito que se configura em nosso ordenamento constitucional brasileiro com caráter interventivo⁹³, a obrigação estatal de proteção do meio ambiente deve ser cumprida por todos os Poderes no âmbito de suas esferas de competências. Com isso, verifica-se a possibilidade de o Judiciário apreciar o cumprimento das obrigações dos outros dois poderes, já que são previstos na Constituição mecanismos de controle judicial das políticas públicas socioambientais, conferindo a atribuição democrático-participativa do papel do cidadão no Estado Socioambiental de Direito⁹⁴.

A judicialização da política, também chamado ativismo judicial, depara-se, porém, com críticas⁹⁵ com relação à legitimidade dessa atuação do Judiciário e dos limites necessários ao seu ativismo. Apesar dessas críticas, a maneira de *ultima ratio* utilizada pela sociedade para tentar fazer valer os direitos fundamentais do Estado por meio da recorrência ao Judiciário parece bem consoante com o princípio regente da separação dos poderes, que é o da harmonia entre eles (previsto constitucionalmente no artigo 2º), num sistema de freios e contrapesos⁹⁶.

93 Essa formulação estatal não é de viés (neo)liberal, uma vez que pelo artigo 225 fica consagrado o direito-dever fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo o Estado como objetivo e tarefa a proteção ambiental que deve ser atingida por meio de ações (também) positivas a fim de remover quaisquer empecilhos a sua finalidade (sejam esses de ordem econômica, cultural, social (FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional...*, p. 181-183).

94 Ibidem, p. 227-232.

95 Argumentos para essa crítica ao ativismo judicial estão na firmeza na separação clássica dos poderes estatais, cujas barreiras não deveriam ser ignoradas, para alguns. Para outros, como Streck, a atuação do Judiciário não pode ser sem limites, sem uma técnica hermenêutica, sob pena de ficar o Direito ao completo arbítrio da sentença de cada juiz. Outro ponto é a respeito da legitimidade desse ativismo, pois o Judiciário é um poder contra-majoritário (conferido ao juiz sem eleições populares), então não poderia ignorar leis feitas por representantes do povo, e que, portanto, ao menos em tese indicam uma vontade pública. Sobre a questão, vide: MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit.; STRECK, Lênio Luiz. Op. cit.; STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Op. cit.

96 Frisa-se que a divisão das funções entre os órgãos do poder e sua independência não são absolutas, havendo interferências, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos a fim de buscar um equilíbrio para realização do bem da coletividade para evitar o arbítrio de um em relação ao outro e dos governados. A Constituição prevê diversos mecanismos para esse sistema de freios e contrapesos, sendo o controle de constitucionalidade das leis emanadas pelo Legislativo por

Assim, para a superação dessa faceta da crise há que se primar pela re colocação da efetivação dos direitos socioambientais na esfera executiva e legislativa, sem precisar da intervenção do Judiciário, o que passa pela superação da crise política.

3.1.5 O Estado Socioambiental de Direito face à crise política do Estado e às questões socioambientais

A superação da crise do sistema da democracia representativa é demasiadamente urgente para melhor enfrentamento das questões socioambientais⁹⁷. Isso porque a democracia no Estado Socioambiental de Direito é-lhe basilar, pois o princípio da participação e da solidariedade são inerentes ao sistema da proteção ambiental, inclusive sendo dever constitucional o engajamento da sociedade no mesmo fim, conforme visto no estudo referente às responsabilidades compartilhadas⁹⁸. Em vista, entretanto, das insuficiências do modelo democrático clássico às novas exigências para a realização da cidadania ambiental são necessárias adaptações da democracia. Nesse contexto, novas modulações da democracia são propostas para melhor atender as questões socioambientais: democracia sustentada⁹⁹, democracia ambiental¹⁰⁰, ou democracia sustentável¹⁰¹.

meio da atuação do Judiciário um eminente exemplo (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito...*, p. 109-111).

97 Leite e Ayala também detectam a crise da democracia clássica (de restrita abertura participativa) por ocasião do quadro de complexidade das relações sociais e do dado ecológico, resultando num “*deficit de justiça ambiental*” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Op. cit.*, p. 242-243).

98 A Constituição prevê o regime democrático (art. 1º, parágrafo único), atribuindo à população sua participação política, inclusive na proteção do meio ambiente (art. 225).

99 Também chamada democracia ecológica e auto-sustentável, essa democracia sustentada implicaria numa “proteção sistemática e global do ambiente” não como uma tarefa solitária dos agentes públicos, mas com “novas formas de comunicação e de participação cidadã”. Aparecem cidadãos com deveres ecológicos e de coparticipação nos “procedimentos e processos ambientalmente relevantes”, para serem integrados, e suas organizações, nas “estratégias regulativas do ambiente” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 101-110). Também Milaré utiliza o termo: MILARÉ, Édis. *Op. cit.*, p. 1081.

100 Leite e Ayala indicam que a democracia ambiental impescinde de uma extensão do conteúdo participativo popular, num relacionamento íntimo entre a democracia e a ecologia, formando uma proposta de “democracia verde” que “se fundaria em um modelo que relacionaria valores como diversidade e estabilidade com tolerância, em uma sociedade sustentável” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Op. cit.*, p. 247-257). Outros autores trabalham com o conceito sob essa denominação: LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 184; e NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *Op. cit.*

101 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 77-80.

Essas diversas caracterizações não se anulam, pelo contrário, acabam por ser diferentes denominações a caracterizações semelhantes dessa participação política da sociedade, de modo a melhor se aparamentar para a construção de bases ao Estado Socioambiental de Direito.

O direito à informação¹⁰² e à educação¹⁰³ são pressupostos dessa democracia sustentada. A participação da sociedade na proteção do meio ambiente em atuação conjunta com o Estado é constitucionalmente verificada como um dever e não mero aconselhamento, sendo a informação e a educação “elementos fundamentais para a efetivação dessa ação em conjunto”¹⁰⁴, devendo ser promovidas pelo Estado.

Com a participação de todos, item da democracia ambiental, é a forma indicada no princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento (1992) como o melhor modo de tratar das questões ambientais¹⁰⁵.

Numa situação de sociedade de risco, dada a sujeição a catástrofes em escala planetária que exige proteção do bem ambiental pertencente a todos de forma difusa, não há que se circunscrever a cidadania em determinados territórios ou nações classicamente concebidos. Por isso mesmo é que há de se ter uma solidariedade inter-

102 “É que os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e ideias e de tomar parte ativa nas decisões que lhes interessam diretamente...” (MILARÉ, Édis. *Op. cit.*, p. 1081).

103 A educação como impulso à participação ativa dos cidadãos em matéria ambiental é legalmente reconhecida no Decreto 99.274/1990, art. 1º, VII.

104 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op. cit.*, p. 132-133. Leite também ressalta que a “participação popular se completa com a informação e a educação ambiental”, sendo a educação voltada para conscientização e estímulo ao respeito dos valores ambientais (LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 187-188). A respeito, vide também NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *Op. cit.*

105 Essa participação, pelos ensinamentos de Leite, pode ocorrer por três vias: criação do direito ambiental (por meio da iniciativa popular, prevista no art. 61 *caput* e parágrafo 2º constitucional, ou com a atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados, dotados de poderes normativos - Lei 6.938/1981, art. 6º, II), formulação/execução de políticas ambientais (por meio da participação de representantes da sociedade civil em órgãos responsáveis pela direção e acompanhamento de execução de políticas públicas, e em discussões em estudos prévio de impacto ambiental, ou em audiências públicas - art. 11, par. 2º da Resolução 001/86 do Conama -, além de por meio de plebiscitos - art. 14, I, da Constituição, utilizado de forma parca) e acesso ao Judiciário (LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 187).

nacional, no sentido de um “compromisso de lealdade ecológica”¹⁰⁶, com a aplicação do princípio da solidariedade em esfera planetária, além de ser intergeracional¹⁰⁷.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto neste artigo fica claro que não se mostra tranquila a construção do Estado Socioambiental de Direito, cercada de quase nenhuma unanimidade, permeada de muitas e profundas discussões¹⁰⁸. Isso porque estamos num cenário hipercomplexo - cuja percepção deu-se, inclusive, com os estudos na área de ecologia -, em que não mais cabem paradigmas reducionistas modernos, marcados pelo pensamento racional-analítico antropocêntrico profundamente arraigados em grande parte das sociedades, mas que necessitam urgentemente ser superados para darmos conta dessa complexidade.

Neste curto espaço de pesquisa, porém, pôde-se enumerar alguns dos aspectos para a consolidação desse projeto estatal, que já pode ser vista em andamento pela própria existência de todas as discussões, pela participação de organizações sociais (até mesmo supranacionais e mundiais) na resolução das questões socioambientais e pelos diversos instrumentos a sua efetividade (em âmbito mundial e em nosso sistema constitucional).

Com isso, perguntamo-nos se, diante do cenário de crises traçado, o Estado Socioambiental aparece como uma necessidade, uma perspectiva, ou possibilidade.

106 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Op. cit.*, p. 252-253. “A *nova* cidadania ambiental é mais abrangente e não está circunscrita espacialmente a determinado território, ligado a determinado povo oriundo da concepção clássica de nação, tendo como *objetivo comum a proteção intercomunitária do bem difuso ambiental*, fugindo dos elementos referidos da cidadania clássica” (LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 181-182).

107 Ou seja, o princípio incide “nas relações entre todas as nações, povos e grupos humanos da mesma geração, bem como entre a geração atual e futura” (FENSTERSEIFER, Tiago. *Estado socioambiental de...*, p. 153-154).

108 Leite e Ayala reconhecem as dificuldades de estabelecimento do Estado Socioambiental de Direito, por eles chamado Estado de Direito Ambiental, tendo em vista requerer grandes mudanças porque se baseia “em uma equidade intergeracional e em uma visão menos antropocêntrica, menos individualista” para que o cidadão e o Estado estabeleçam uma relação mais restrita entre si, de cooperação e colaboração mútua em busca de uma harmonia com o meio ambiente (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Op. cit.*, p. 252). Nunes Junior também reconhece como árdua a tarefa “em face da complexidade dos problemas (emergentes) de degradação ambiental, da incapacidade (política e regulatória) do Estado de resolvê-los e da necessidade de mudanças (profundas) nas estruturas da sociedade organizada” (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *Op. cit.*).

E, mesmo com as dificuldades apontadas, se há possibilidade de vê-lo efetivado, sob as diversas perspectivas.

Necessidade parece não ser um termo adequado, por soar como se fosse a única formulação correta para a solução dos problemas socioambientais, quando em verdade a questão fica sempre aberta a alternativas de soluções. Pode-se dizer, logo, que o Estado Socioambiental de Direito aparece mais como uma perspectiva, ainda firmando pilares para sua materialização. Possibilidade também se pode dizer que seja, desde que construídas algumas bases.

Assim, vê-se o Estado Socioambiental de Direito como possível, por diversas perspectivas. Isso porque já há aparatos: novos conhecimentos, tecnologias, ordenamentos jurídicos nacionais e convenções internacionais. Há, também, vontade – talvez ainda não suficientemente arraigada –, pois vemos diversos atores na luta pelas causas socioambientais. Na nossa Constituição, com todos os instrumentos disponíveis, apenas necessário um melhor manejo, o que acontecerá com um desenvolvimento político-social (por agora, vemo-lo despontando, principalmente pelo fortalecimento de movimentações sociais), que passa pelas clareiras de superação da crise política, e um fortalecimento ainda maior da nossa Carta Magna pela via do neoconstitucionalismo.

Talvez falte ainda um ímpeto suficientemente forte para a guinada na forma humana de se viver egoisticamente e sem considerar o ambiente, ou melhor, sem se considerar dele parte. Esse ímpeto pode advir de uma conscientização – pelo amor –, ou talvez restará para um ímpeto mais forte obrigando essa guinada – e então, provável, seja pela dor. Empurrões já estão sendo suficientemente dados, vide as catástrofes naturais, vide os alarmantes relatórios científicos; espera-se ser tempo para que a evolução da consciência da humanidade breque e altere os rumos catastróficos já possíveis de se antever.

5. REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AYALA, Patrick de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico, e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: BENJAMIN, Antônio Herman; CAPPELLI, Sílvia; IRIGARAY, Carlos Teodoro; LECEY, Eladio (orgs.). *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 261-293.
- BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm (Orgs.).

- Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 27-61.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Buenos Aires: Paidós Básica, 1998.
- _____. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-150.
- BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Controle de constitucionalidade e defesa do meio ambiente. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355-394.
- BOFF, Leonardo. *Nova era: a civilização planetária*. São Paulo: Editora Ática, 1998.
- _____. *Sustentabilidade: o que é - o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: *Estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-110.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos seres vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIAS, Edna Cardozo. *Os animais como sujeitos de direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito>> Acesso em: 03 jun. 2012.
- DIEGUES, Antonio Carlos. Desenvolvimento sustentável ou sociedades sustentáveis: da crítica dos modelos aos novos paradigmas. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, p. 39-57, n. 1-2, jan./jul. 1992. Disponível em: <www.usp.br/nupaub/Cap03eco.pdf> Acesso em: 03 mar. 2012.
- FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 2, p. 132-157, jan./mar. 2008.
- _____. *Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-38.
- _____. *Direito Constitucional Ambiental*. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Objetivos de desenvolvimento do milênio: relatório nacional de acompanhamento*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/100408_relatoriiodm.pdf>. Acesso em: 9 maio 2012.

- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151-226.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: <www.forumna-cional.com.br/crueldade_consentida.pdf> Acesso em: 03 jun. 2012.
- LIMA, André (org.). *O Direito para o Brasil Socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LOVELOCK, James. *A vingança de Gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARINS, James; TEODOROVICZ, Jefferson. Extrafiscalidade socioambiental. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 90, p. 73-123, jan./fev. 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio. *Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética: o caráter complexo do método jurídico na decisão constitucional*. Curitiba, 2008. 250 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x Ecocentrismo na Ciência Jurídica. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Editora RT, ano V, n. 36, p. 9-42, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.milare.adv.br/artigos/antropocentrismo.htm>> Acesso em: 11 jun. 12.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição Brasileira de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81-109.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado ambiental de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6340>>. Acesso em: 22 out. 2011.
- ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. (A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e Consequências. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Curitiba, p. 109-124, jan./dez. 2007.
- RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 87-95.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao Mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Curitiba, 2009. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Marina. *A atuação do Ministério Público em busca da sustentabilidade*. Palestra proferida em seminário realizado no Ministério Público do Paraná, Curitiba, 27 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=167>> Acesso em: 7 maio 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: <<http://www.univali.com.br/periodicos>> Acesso em: 20 set. 11.
- STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10> Acesso em: 20 set. 11.
- TARREGA, Maria Cristina; SANTOS NETO, Arnaldo. *Novo paradigma interpretativo para a Constituição brasileira: the Green Welfare State*. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_maria_c_tarrega_e_arnaldo_santos_netto.pdf> Acesso em: 08 jun. 11.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2009.
- WEBER, Max. Ordem Jurídica e Ordem Econ mica, Direito Estatal e Extra-Estatal. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 117-124.
- WINTER, Luís Alexandre Carta. A Construção Histórica do Conceito de Soberania. *Estudos de Direito Internacional*, Curitiba, v. X, p. 531-544, 2007.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowo_lkmer.pdf> Acesso em: 30 out. 12.

Capítulo 58

LA DESMITIFICACIÓN DE LA TIERRA COMO RECURSO PARA LA ACUMULACIÓN DE CAPITAL*

Cynthia Salazar¹

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de la tierra como un medio de producción implica un proceso de cosificación no sólo en el sentido material sino que también trastoca toda la estructura de una cosmovisión determinada. La relación que los primeros pueblos entablaron con la naturaleza distaba mucho de la relación instrumental medios-fines que se ha impuesto con el desarrollo de la modernidad capitalista. El perfeccionamiento sistemático de las técnicas de producción sobrepasó la necesidad de trascender el problema de la escasez absoluta, es decir, ya no se buscaba producir lo suficiente sino en exceso con fines de acumulación progresiva. Esto, a su vez, implicaba un proceso *in crescendo* de explotación sobre los medios de producción básicos, es decir, la fuerza de trabajo y la tierra.

El sistema de producción capitalista somete a la fuerza humana y a la tierra -por no decir a la naturaleza en su totalidad- a un proceso de mercantilización que los desvincula de su sujetidad natural e histórica. Esto significa que deliberadamente el capitalista hace pasar a la tierra y a la fuerza de trabajo como mercancías equiparables con otras que son resultado de procesos diametralmente diferentes. Es decir, ni la fuerza de trabajo ni la tierra son bienes producidos por el hombre. El proceso de intercambio de ambos medios productivos en el mercado como mercancías implicaría abstraer su valor calculando el tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción, sin embargo, esta abstracción resulta inútil y sin sentido, pues la tierra no es resultado de otro proceso productivo sino que es un elemento que antecede a toda civilización. La cosificación de la otredad (la naturaleza) es una expresión antropocéntrica y eurocéntrica de la modernidad capitalista que no beneficia al género humano en su totalidad sino sólo a la clase dominante, impone un proceso de explotación y marginación a quienes sólo poseen su fuerza de trabajo e incluso a la misma naturaleza, como el caso de la tierra.

1 Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Programa de Investigación Derecho y Sociedad, CEIICH, UNAM. Contacto: cynthionasalazar@gmail.com.

A través de algunas propuestas del pensamiento crítico descolonial y de las cosmogonías de los pueblos originarios de América Latina podemos visibilizar este encubrimiento: la tierra no es, en su sentido puro, una mercancía. Reconocer esto nos permite comprender la oposición de algunos pueblos latinoamericanos y la resistencia que manifiestan frente a la amenaza voraz de despojo de sus tierras, violentando no sólo su territorialidad e identidad, sino también toda la construcción epistemológica que estos pueblos han sostenido frente al mundo, no como otredad (la naturaleza) sino como un sistema que se articula armónicamente mediante relaciones comunitarias de respeto y de equidad en una visión de totalidad con el fin de servirse de los beneficios que lo natural nos aporta, no con fines acumulativos sino para un buen vivir.

La región latinoamericana, hoy por hoy, continúa debatiéndose en un proceso permanente de descolonización que ha presentado una tendencia de empuje desde “el sur”, es decir, desde las bases, los grupos sociales populares, marginados, desclasados. La importancia de desnaturalizar la mercantilización de la tierra (y el complejo natural en su conjunto) así como de la fuerza de trabajo es un avance bastante significativo para este proceso descolonizador que engloba no sólo el modo de producción, sino de reproducción de todas las formas de socialidad (políticas, jurídicas, culturales, etc.). Es decir, dejar de ver a la tierra como un recurso al servicio de la lógica de acumulación capitalista potencia la expropiación de los medios de producción mediante un proyecto no sólo alternativo al capitalista, sino que pueda oponer cierta fuerza capaz de debilitar la reproducción de este sistema dominante y excluyente.

Partiendo de la acepción de que referirnos a lo natural como recurso manifiesta un rasgo eurocéntrico que engendra una racionalidad de tipo instrumental, podemos entender por eurocentrismo

una específica racionalidad o perspectiva de conocimiento que se hace mundialmente hegemónica colonizando y sobreponiéndose a todas las demás, previas o diferentes, y a sus respectivos saberes concretos, tanto en Europa como en el resto del mundo.²

En este sentido, el eurocentrismo es tal en tanto implica una relación de sujeción y dominio sobre otra región, de tal suerte que podemos entender las relaciones colonizadoras europeas como una tendencia dual y evolucionista en torno al grado

2 QUIJANO, Aníbal, *La Colonialidad y la cuestión del Poder*, consultable en <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/58.pdf>

de desarrollo del sistema productivo que se traducían constantemente en el binomio de lo capital-precapital, moderno-premoderno, etc. De esta manera, las relaciones establecidas con otras sociedades no europeas tendían a ser europizadas por medio de mecanismos violentos de colonización, como ha sido, por ejemplo, el proceso de acumulación originaria como germen del proceso de desarrollo capitalista para el continente americano.³ Primeras manifestaciones que expresan la cosificación y mercantilización de la tierra.

A la luz de los colonizadores, la riqueza de recursos preciosos en América y su posición geográfica, marítimamente estratégica, facilitó que los europeos dominaran y controlara la monetización del mercado, el control de los recursos y su saqueo, lo cual funcionó como un elemento primordial para la consolidación del capitalismo; es decir, los europeos desplegaron su poder y fuerza de tal suerte que recayó sobre ellos el control del tráfico comercial a nivel mundial. Mientras que de América se extraían los recursos vitales para la acumulación de la riqueza mundial, en Europa se centralizaba la administración del mercado mundial, posicionándose como la matriz de la mercantilización de la fuerza de trabajo, mientras que en las colonias predominaban las relaciones no salariales (esclavismo y de servidumbre) en las transferencias de valor.

Esto nos permite comprender la sistemática apropiación y explotación histórica de los medios de reproducción naturales por parte de las clases dominantes en el continente americano, a través de mecanismos de transferencia de valor propios de un sistema de sometimiento y dominación.

2. RELACIÓN CON LO NATURAL COMO SUJETO-OBJETO EN EL SISTEMA CAPITALISTA

Diversos autores han coincidido en que el poder es el elemento central que ha dinamizado las relaciones sociales, es decir, se dan determinados elementos que permiten que determinados sujetos controlen el hacer y el devenir de otros sujetos posicionados en condiciones de desventaja (no natural) con tendencia a favorecer los intereses de los primeros. Decir esto no supone una novedad, es algo que conocemos y el día a día nos lo evidencia en las prácticas sociales más cotidianas que reflejan la naturaleza de toda una estructura, como sucede frecuentemente en las sociedades latinoamericanas. En este último sentido, Quijano nos dice que *las relaciones de poder en toda existencia social están constituidas por la co-presencia y la co-operación de tres elementos:*

3 CUEVA, Agustín, *El desarrollo del capitalismo en América Latina*, 4ª. Edición, Siglo XXI, México, 1980

*dominación, explotación y conflicto.*⁴ De tal forma que si las relaciones sociales modernas capitalistas son relaciones de poder, entonces también están invariablemente presentes uno o todos los elementos arriba mencionados de manera violenta, pero el grado de violencia es tal que, con el tiempo logra un elevado grado de interiorización y naturalización que la encubre y deja de ser percibida; por lo tanto:

Podría decirse, en tal sentido, que el poder es una relación social de dominación/explotación/conflicto por el control de cada uno de los ámbitos de la experiencia social humana: trabajo/recursos/productos; sexo/recursos/productos; subjetividad/recursos/productos; autoridad colectiva/recursos/productos.⁵

Esto significa que el ejercicio del poder, o bien, el patrón poder del sistema mundo capitalista (en términos de Wallerstein), trastoca el tema de los recursos, naturales o no, y cómo no sería así si la naturaleza de la sociedad capitalista reside en la acumulación por medio de la explotación de los recursos, aunque implique meter en el mismo saco la fuerza de trabajo y la tierra frente a otros de distinta naturaleza. Así mismo, las relaciones de producción que el mundo establece con América son discontinuas y desiguales, pues si bien el desarrollo del capitalismo en Europa obedece a un proceso histórico complejo, en América se omite ese proceso, se impone bajo una suerte de ahistoricidad, desconoce la especificidad de las relaciones sociales. En América no se dio ni podía darse una serie de revoluciones burguesas que legitimaran al capitalismo como única vía de desarrollo, capaz de justificar la cosificación del hombre y su entorno.

La disputa colonial por el control de los ámbitos vitales de la existencia social⁶, como es el caso del trabajo y la subjetividad (en la construcción de cosmogonías), tiene origen en la escasez artificial de los recursos para la sobrevivencia que denomina la economía. Así mismo, el control de la subjetividad atenta contra la pluralidad de imaginarios y de saberes, pues impone un sólo conocimiento y un único método para construirlo y validarlo cómo único verdadero (sostenido por la cientificidad y objetividad del método positivista, engendrado por una racionalidad de medios-fines). La hegemonía del eurocentrismo en la producción de conocimiento no sólo descalifica otras interpretaciones del mundo y del entorno (la otredad) sino que las invisibiliza delegándolas a ellas con sus pueblos al sótano de los estados-nación latinoamericanos. Es decir, pensar la relación del hombre con el mundo de

4 QUIJANO, *óp. cit.*, pág. 7

5 *Ibidem*, pág. 10

6 QUIJANO, *La colonialidad y la cuestión...*, *óp. cit.*, pág. 4

otra manera que implicara la no mercantilización de lo natural así como el usufructo colectivo no tenía cabida en las sociedades colonizadas.

La importancia de develar el poder ejercido e impuesto sobre estos ámbitos implica una liberación del conocimiento que permita pensar en otras alternativas emancipatorias del patrón de poder colonial.

3. LA DESMITIFICACIÓN DE LA TIERRA COMO MERCANCÍA

La tierra es un elemento constitutivo no sólo del ser campesino, sino de los pueblos originarios latinoamericanos; la tierra no sólo como medio de reproducción sino como sentido de territorialidad, de pertenencia, de identidad e incluso, la potencialidad y reclamo de autonomía. Partiendo de la acepción de que el campesino es un productor directo, la tierra juega un papel fundamental tanto en la reproducción de sus medios de existencia como en la relación comunitaria. La tierra brinda unidad y sentido a las comunidades.

Las labores y los usos agrícolas: la siembra, el barbecho, el cuidado de la tierra, de las plantas y animales, las cosechas y su distribución, encajan dentro del ciclo de vida del agricultor, inextricablemente asociados a ritos, ceremonias religiosas y a una cosmogonía con un sentido propio de valores.⁷

En una formación social donde prevalecen modos de producción premodernos y preindustriales y que, además, contiene un proceso histórico de colonización y dominación, el sentido de la tierra trasciende su concepción como recurso, es decir, está cargada de valores más allá de lo material. Sin embargo, la tierra como unidad económica dentro del sistema de producción dominante juega un papel determinante en la conformación de la clase campesina. El sistema de producción capitalista ha integrado a la tierra en la gama de recursos por tratarse de un “bien escaso” que “produce” (ficticiamente) espacio para la producción (de productos agrícolas o de otros fines, como vivienda, etc.).

La conformación de su valor ha presupuesto importantes problemas pues los parámetros para designarlo suelen obedecer a un patrón especulativo. El sentido que juega la tierra en la producción campesina tradicional dista del sentido que obtiene en la producción capitalista, comenzando por el hecho de que para los segundos

⁷ FLORES, Edmundo, *Tratado de Economía Agrícola*, Fondo para la Cultura Económica, México, 1961, pág. 28

la tierra es un recurso, es decir, un medio de producción; mientras que para los primeros la tierra posee un sentido más profundo pues representa otra relación entre el hombre y la naturaleza, relación que se expresa entre sujeto-sujeto⁸. Es decir, el valor de la tierra y la relación con la naturaleza en los pueblos originarios latinoamericanos establece una diferencia esencial entre la vida comunitaria y la capitalista, lo cual nos permite potenciar una descolonización de la naturaleza, o bien, la descosificación de la tierra.

Sin embargo, la producción campesina tradicional está condicionada y determinada por la producción capitalista, preservar el sentido ceremonioso en torno a la tierra resulta cada vez más difícil cuando se conforma frente a ella un mercado especulativo y con tendencias monopólicas, o bien, la necesidad de sobrevivencia de los pueblos campesinos por medio de la inevitable inserción en el mercado capitalista, de sí mismos y de su tierra.

La característica fundamental de la tierra considerada como recurso es que proporciona espacio y que éste es indestructible, es limitado, y cada uno de sus puntos, considerada su ubicación con respecto a las demás, es único.⁹ En efecto, como nos menciona Edmundo Flores, la importancia de la tierra en la producción capitalista es instrumental, hablar de la tierra como un recurso es hacer alusión a una función que la materia o sustancia pueda desempeñar, por lo tanto, la tierra como recurso se reduce a la posibilidad que brinda para producir materias primas y espacio.

En este sentido, la tierra no sólo sufre un proceso de desvirtualización de su valor, sino que incluso se transforma en su valor de uso: en un primer momento dentro de la producción campesina la tierra es un medio de producción de materias primas, mientras que en un segundo momento, dentro de un proceso anormal de reconformación de su valor, la tierra produce espacio a favor de la expansión urbana, comercial o industrial.

La tierra como “terreno” –en su forma mercantilizada- es una mercancía sin valor¹⁰ como nos dice Christian Topalov al plantear que la formulación de los

8 Esto no implica pensar a la tierra o bien, el conjunto natural como sujetos jurídicos, propiamente dicho, sino como parte de un mismo sujeto colectivo que recae en la totalidad articulada armónicamente. En este sentido, no debe sorprendernos que ciertos procesos constituyentes, como el ecuatoriano, reclamen Derechos de la Naturaleza (de la Pacha Mama), pues éste recobra el carácter de sujeto que le había sido arrebatado desde los procesos de colonización.

9Edmundo Flores, *óp. cit.*, 101

10 TOPALOV, Chsritian, “La formación de los precios del suelo en la ciudad capitalista: Introducción al problema de la Renta”, en Topalov, *La Urbanización capitalista. Algunos elementos para su análisis*, consultable en <http://etnografiaurbana.files.wordpress.com/2010/02/la-formacion-de-los-precios-del-suelo-christian-topalov.pdf>

precios en el suelo es un caso particular y “anormal” dentro de la dinámica capitalista. Esto se debe a que la tierra es un bien dotado por la naturaleza; es decir, la tierra –como terreno– no implica un costo de producción que se traduzca en un valor de cambio, de la misma manera no hay en ella tiempo de trabajo socialmente necesario pues no es resultado de un proceso productivo que implique fuerza de trabajo humana; en este sentido, la tierra como mercancía (que expresa ambivalencia: como medio de producción y como mercancía para el intercambio) reduce el cálculo de su valor en la demanda, dejando de lado por completo, dentro de estas prácticas instrumentalistas, todas las significaciones no materiales que la han valorizado dentro de las cosmogonías de los pueblos originarios, valorizaciones que trascienden los fines meramente acumulativos.

Desvirtualizar la tierra como mercancía implica un proceso anormal en la formación de su precio, el cual, siguiendo a Topalov, se da como una primera relación entre el posesionario original y el intermediario. *La repartición de la sobreganancia entre el promotor y el propietario* –que en este caso son los pueblos originarios– *va a ser el resultado de esa relación social entre el capital y la propiedad del suelo llamada el mercado del suelo*.¹¹ El factor que determina la demanda suele ser el precio. Puesto que la tierra –como mercancía– no tiene sustitutos, presenta una demanda inelástica, es decir, las variaciones en su precio de oferta como espacio urbano no alteran significativamente su adquisición. Sin embargo, las condiciones de desigualdad social y marginalidad dentro de las que han estado sometidos los pueblos originarios campesinos no les permite negociar el precio de la tierra bajo las mismas condiciones en que las ofertará posteriormente el intermediario, por lo que suele ser éste último quien se imponga en la conformación del precio de la tierra. En este sentido, pretender que el contrato mercantil de compra-venta de dos mercancías se establece entre dos iguales queda completamente refutado.

La capacidad potencial de la tierra, sobre todo en regiones cercanas a grandes metrópolis, para producir espacio urbano (que se traduce en viviendas, industrias o espacios comerciales) presupone obtenciones de una renta mayor que si se continuara obteniendo productos agrícolas. Este no es un hecho natural ni independiente, sino que está relacionado con toda una estructura político-económica débil y dependiente. México, por ejemplo, como país periférico y subsumido por las prioridades hegemónicas mundiales no se plantea el problema de la soberanía alimentaria como un problema emergente, el impulso al campo está dirigido a los grandes productores quienes por vía del mercado, se supone, sacarán a flote el abastecimiento alimenticio. Por esta razón, las políticas económicas siguen apostando a las urbes; incluso las

11 TOPALOV, *óp. cit.*, pág. 653

políticas sociales y económicas están encaminadas a la consolidación de las grandes ciudades. Estos y otros factores intervienen para que, precisamente, la renta del suelo urbano tienda a aumentar. La conveniencia de reconfigurar el uso de suelo agrario a suelo urbano salta a la vista.

La intensidad de uso de la tierra aumenta a medida que la producción ocurre más cerca del mercado. Los usos de la tierra que producen las rentas más altas o, alternativamente, los usos que pueden absorber mayores insumos de capital, desplazan a los demás y tienden a situarse más cerca del mercado.¹²

Y es que el problema no sólo concierne al desarrollo urbano, sino también a otros proyectos que, por medio del discurso eurocéntrico de la naturaleza como recurso y bajo la lógica de pensar a América Latina como la región abastecedora y sometida, atentan contra la integridad de pueblos enteros despojándolos de su tierra y territorialidad a favor de proyectos transnacionales mineros o de otra clase, como pasa con los fines de urbanización.

4. ALCANCES

Es importante señalar que el problema de la mercantilización de la tierra tiene implicaciones estructurales en las sociedades latinoamericanas. Este proceso conlleva otros múltiples procesos que se articulan entre sí en distintos niveles y grados de complejidad según las especificidades de cada sociedad. Sin embargo, podemos señalar otros problemas que están íntimamente relacionados con la mercantilización de la tierra. Hablar de ésta como un recurso implica su privatización como capital, es decir, lleva consigo un proceso de despojo a los pueblos originarios, campesinos o no; así como un proceso de ineficiencia productiva para satisfacer las demandas alimenticias de la población local (pérdida de la soberanía alimentaria) y, en determinados casos, procesos de urbanización emergente bajo modelos de desigualdad social. Tanto Edmundo Flores como Topalov, nos dicen que a partir del siglo XVIII la producción de alimentos ha sufrido un desplazamiento paulatino por la producción de materiales energéticos (y extracción de minerales, cabe mencionar), los cuales satisfacen necesidades de la vida urbana, reproduciendo los modelos centralizados propios de una modernidad europeizada para el desarrollo económico y social.

12 FLORES, Edmundo, *óp. cit.*, pág. 126

Simultáneamente, la importancia de las zonas urbanas se acentúa; el desarrollo económico en una región lleva de una estructura dispersa a la concentración de actividades; la especialización creciente y la interdependencia mayor de los procesos productivos genera la transición del énfasis en las actividades basadas en el mercado y los servicios.¹³

El grado de violencia al que los pueblos han sido, y continúan siendo sometidos, es exponencial. Mercantilizar su tierra no sólo implica el despojo de las mismas, también tiene que ver con su desplazamiento físico y epistemológico, su territorialidad no sólo se ve trastocada en su ubicación espacial, sino que se alteran drásticamente todos sus códigos de entendimiento con el mundo (lo natural) y lo social, los lazos colectivos y comunitarios son los primeros en verse afectados. Bajo esta dinámica se les impone una única vía: adaptarse a una forma de vida ajena fuera de su territorialidad.

Invisibilizar este problema sólo acarrea otros de igual o mayor gravedad, pues la coexistencia de actividades industriales, comerciales y de desarrollo urbano colindan con mayor insistencia con tierras agrícolas campesinas ejerciendo una presión violentamente simbólica que proyecta la sensación de que el proceso de urbanización y/o de despojo es natural e irreversible.¹⁴

5. DESMERCANTILIZAR LA TIERRA COMO PROYECTO DE OTRA ECONOMÍA

Cuando hablamos de la necesidad de (re)construir prácticas y saberes descoloniales necesariamente tenemos que pensar en emancipar todas las prácticas sociales que han estado sometidas por un modelo hegemónico capitalista, lo cual implica proyectar posibles horizontes de acción que potencialicen la coexistencia y progresiva trascendencia de otras formas de reproducción de la vida distintas a las capitalistas. De ahí que sea de gran importancia rescatar otras formas de producción material de los medios de vida que apuesten por relaciones sociales más humanas y más éticas, tal es el caso de lo propuesto por la economía solidaria.

13 *Ibid.*, pág. 127

14 AGUILAR, Adrián Guillermo (coordinador), *Urbanización, cambio tecnológico y costo social. El caso de la Región Centro de México*. UNAM, CONACYT, México, 2003

Aludir a la reproducción material de la vida como simple economía desvincula este proceso en gran medida con otros niveles y dimensiones de la producción social que aluden a cuestiones de índole cultural, ética y moral. Entonces, hablar de una economía solidaria conlleva una construcción epistemológica de relación con el mundo muy distinta, pues las relaciones solidarias implican *la ayuda mutua para enfrentar problemas compartidos*¹⁵ sin esperar recibir nada a cambio; se trata de hacernos responsables por *el otro*, en la medida en que su bienestar es el bienestar propio y de la colectividad —pensando que la relación sujeto-sujeto hacen alusión a sujetos colectivos articulados en una misma totalidad—. Dice Razeto que algunos ven la solidaridad como una condición natural del hombre, por lo que no debe estar peleada con las otras esferas de acción social.

El divorcio hasta ahora persistente entre estos dos conceptos (economía y solidaridad) se comprende por el sistema de producción dominante, el cual se rige por la competencia, la propiedad privada, la explotación e individualismo. Sin embargo, reconciliar ambos términos no solo como categoría conceptual, sino como proyecto social, implica dirigir el discurso en dos sentidos: como un discurso ético axiológico y como una propia reformulación de la economía abriendo el panorama a otras definiciones menos apegadas a la lógica del capitalismo.

Pensar ambos términos, uno como condición del otro, implica pensar en un ciclo productivo solidario desde principio hasta el fin: solidaridad en el usufructo de los medios de producción, en las relaciones laborales, en la circulación, en la distribución y en el consumo. Así, las relaciones solidarias se establecen en dos sentidos: entre los seres humanos y entre éstos con la naturaleza. Repensar lo natural como otro sujeto (que no es distinto del primero, sino que ambos forman parte de una totalidad) rompe con su codificación como objeto de explotación.

En este sentido, si introducimos la solidaridad en la economía romperíamos al mismo tiempo con la definición clásica de esta como “administración de los bienes escasos”; es decir, si producimos en un sentido integral bajo la mirada solidaria la reproducción de la escasez relativa artificial deja de ser necesaria. La idea de la escasez, en este sentido, alude a un aprovechamiento para lo necesario mas no para la acumulación. El sistema capitalista actual reproduce sistemáticamente esta ilusión, de que los bienes son escasos, con fines de obtener mayor acumulación a través de la especulación, cuando en realidad lo escaso son las oportunidades de acceder a ellos; por esta razón, la economía solidaria termina con esta escasez relativa artificial y la idea de acumulación perdería todo sentido, la tecnocratización y especulación financiera del

15 RAZETO, Luis, *Capítulo I. El surgimiento de una nueva economía popular solidaria: orígenes, componentes e identidad*, publicado en “Luis Razeto Migliario”, <http://www.luisrazeto.net>

capital y de los medios de producción igualmente perderían sentido si se desvanecen los hilos de la competencia, acumulación, explotación, etc.

Por otro lado, José Luis Coraggio nos dice que en el marco de la economía solidaria, en la Economía del Trabajo¹⁶, la *Unidad Doméstica* –UD– es el fundamento de las organizaciones micro socio-económicas propias del trabajo para confrontar la hegemonía desde la lógica del trabajo y de los intereses de los trabajadores. Hasta cierto punto, las unidades domésticas se contraponen con la unidad empresarial porque en esta última, las relaciones sociales que la componen tienen un carácter despersonalizado donde los elementos que la conforman (seres humanos y naturaleza), pensados en función de recursos, son tratados como objetos externos desechables. Esto, en parte porque las empresas capitalistas han operado bajo la lógica instrumental de la competitividad, ganancia y acumulación. En cambio, las UD parten de lazos asociativos menos forzados, más solidarios y recíprocos. Bajo esta dinámica, la empresa capitalista no ha tenido detrimento por procurar ni una justicia distributiva ni un ambiente más sustentable, se ha desvinculado de su responsabilidad por promover un bienestar social, esta desvinculación ha sido tanto por parte de las empresas como por parte del propio Estado liberal. Por esta razón, nos dice Coraggio, se requiere de un Estado democrático y democratizado plenamente que se responsabilice de estos problemas. Por ello, repensar la economía desde la lógica del trabajo implica *redefinir lo necesario y lo útil* reconociendo otras formas de producción y consumo más amables en lo social y lo natural, armonizando los medios de producción y revalorándolos desde otra racionalidad no instrumental.

De esta manera, frente a la racionalidad con arreglo a fines, es menester pensar en una racionalidad que busque satisfacer las necesidades de las personas, pues en eso radica la libertad del hombre, no en la elección, sino en la satisfacción de sus necesidades. Si bien, por un lado, el mercantilismo es propio de la modernidad, el capitalismo es quien se encarga de mercantilizar la vida bajo la lógica de la racionalidad instrumental. Es en el mercado donde tiene lugar la metamorfosis de la riqueza objetiva: se hace objeto lo que era sujeto, se mercantiliza toda fuente de producción de valor: la fuerza de trabajo y la tierra. Satisfacer necesidades posibilita la vida, satisfacer preferencias solo tiene un carácter estético, satisfacer necesidades posibilita la colectividad, el usufructo y posesión en común, entre hombres y entre lo natural.

16 El programa económico popular que pretende desplazar la economía de mercado por una economía regida bajo la lógica del trabajo. Consultar José Luis Coraggio, *Economía Social y Solidaria. El trabajo antes que el capital*, FLACSO-Ecuador, Ediciones Abya-Yala, Quito, Ecuador, 2011. Revisar también José Luis Coraggio, *Economía del trabajo*, en “La Otra Economía”,

La racionalidad reproductiva que nos propone Hinkelammert¹⁷ permite mantener latente el circuito *metabólico* entre el ser humano y la naturaleza. El hombre no sólo se sirve de la naturaleza, sino que la transnaturaliza; a la sustancia natural le da forma de un bien material que satisface una necesidad; la fuerza de trabajo transforma a la naturaleza con el fin de la reproducción del género humano. La racionalidad instrumental, que ha pretendido dominar y controlar la naturaleza nos ha colocado en un plano insostenible, la naturaleza no da para más, es ahí donde radica lo irracional de lo instrumental, por esto mismo es necesario supeditarla, como hemos dicho, a una racionalidad reproductiva de la vida. Si pensamos solo en satisfacer lo necesario podremos hablar de una producción verdaderamente sustentable.

El proceso por el cual se trascienda de una racionalidad instrumental a la reproductiva, como es de esperar, genera conflicto, el cual es mediado si se reconoce la vitalidad de la reproducción de la vida integra sobre el problema de medios-fines. Esto implica, nos dice Hinkelammert, que previamente se haya reconocido al hombre como un animal gregario en su condición fundamental, esto es, que necesita de otros para sostenerse con vida, y este reconocimientos entre otros debe ser como seres naturales.

Por esta razón es necesario establecer una ética del bien común cuyo baluarte sea la vida humana, de todos y cada uno de los hombres. Así pues, la economía debe dejar su función como administradora de la escasez para ser una economía de la vida dejando de lado el imperativo de la eficiencia y someter también a esta, al problema de la reproducción de la vida: *recuperar la realidad a través de una recuperación de la ética*.¹⁸ El camino de la solidaridad puede ser el medio ideal para desestabilizar el mercado (y la sistemática mercantilización de la vida y su medios) sosteniendo el principio de la vida.

De esta manera, hablar de una desmercantilización de la tierra, de despen-sarla como recurso para repensarla como medio de reproducción para la vida desde una perspectiva más ética implica, en el sentido que lo hace bolívar Echeverría¹⁹ y como lo hemos sugerido anteriormente, romper con su actual codificación cosificada y resignificarla desde otro sentido, ya no como valor de cambio, sino como valor de uso y de la propia existencia.

17 HINKELAMMERT, Franz J., Henry Mora Jiménez, *Por una economía orientada hacia la reproducción de la vida*, en Revista "Economía y sociedad", no. 22-23, Marzo-Diciembre 2003, pp. 39-49, FLACSO, Ecuador.

18 HINKELAMMERT, *Óp. Cit.*, pág. 43

19 ECHEVERRÍA, Bolívar, *Valor de uso y utopía*, Siglo XXI, México, 1988, pp. 153-197.

El problema real entre la *forma natural* de la vida social y el valor de uso se agudiza con la aparición y desarrollo del sistema de producción capitalista, pues ahora interviene el problema de la valorización del valor (valor de cambio), o bien, la mercantilización de la forma.

Esta *forma natural* de la vida implica una constante organización autónoma de su estructura general movida por un comportamiento constante: la vida misma. Este comportamiento vital (desde la racionalidad reproductiva de la vida) puede entenderse como una relación cíclica y dialéctica de íntima interdependencia entre una totalidad global (Naturaleza) y una totalidad parcial (multiplicidad de organismos singulares) en términos metabólicos bajo principios autónomos. Este comportamiento tiene como meta, nos dice Echeverría, conservar a los múltiples organismos singulares íntegros para conservar la totalidad de la naturaleza. Esta reproducción implica una relación transformadora del sujeto con su entorno natural, a su vez, esta transformación se entiende como un bien que posibilita la satisfacción inmediata de las necesidades de los sujetos.

En este sentido, cuando el sujeto social produce bienes para reproducirse a sí mismo (transforma la naturaleza para cubrir sus necesidades), lo hace bajo una forma determinada que este sujeto colectivo elige. Esta forma es, a su vez, un valor de uso que determinará la forma del sujeto que consuma este bien. Por esta razón, dice Bolívar, el trabajo tiene una dimensión *poiética*, es decir, el sujeto se realiza por medio de la producción y consumo de los bienes. El cómo produce y el cómo consume estos bienes determina, a su vez, su sujetidad y su socialidad.

La sujetidad del sujeto social se refiere a *la capacidad de dar una forma identificada a su socialidad*.²⁰ Socialidad que está garantizada por la condición gregaria del sujeto animal. El pensamiento moderno lo hizo en contraposición al objeto producido en sus cuatro dimensiones: la natural y la formada (por intervención de la acción transformadora de la naturaleza por el sujeto social) por un lado, y por el otro como valor de uso y valor por el trabajo social acumulado en él. A su vez, el objeto²¹ contiene una forma impuesta por el individuo (colectivo); en el proceso de producción social, esta forma es el vehículo del proyecto de auto-realización del sujeto. Si por un lado el sujeto se objetiviza cuando disfruta del producto de su trabajo, el objeto se objetiviza cuando es consumido y transforma al sujeto. Los objetos contienen en sí mismos dos

20 *Op. Cit.*, pág. 171

21 Cabe destacar que utilizamos el término “objeto” no como reproducción de los procesos de objetivación-cosificación que se han interiorizado tan profundamente en los imaginarios, sino como “objeto” en el sentido gramatical que se refiere a aquello en donde recae la acción (objeto directo)

tensiones: por un lado la potencialidad de dar forma, y por el otro, la potencialidad de adoptar una determinada forma.

Así pues, nos resulta más comprensible por qué las formas de relación productivas que sostienen los seres humanos con la tierra (y lo natural) expresa toda una codificación de cómo entienden éstos el mundo y a sí mismos, pero es importante señalar que no son formas de socialidad establecidas por consenso entre las sociedades, sino que, muy por el contrario, se trata de imposiciones de las clases hegemónicas sobre las clases subyugadas. Rescatar esas otras formas de socialidad y sujetidad con la tierra, como valor de uso y como valor de existencia misma, nos permite potencializar alternativas de reproducción de la vida que no busquen objetivizar a los seres humanos ni a la propia naturaleza.

6. CONCLUSIONES

El estado moderno contiene en sí mismo una fuerte contradicción: el proyecto de una democracia en un sistema capitalista. Mientras que el mercado capitalista se empeña por marcar las diferencias y desventajas materiales entre los hombres y mercantilizar los medios de reproducción de la vida, el estado democrático liberal sugiere que todos son iguales en tanto que todos tiene el derecho al voto. En cambio, la otra economía, la solidaria, se basa en la democratización de los medios de producción, rompiendo con ello las contradicciones ya dichas. Esta democratización de los medios de producción bajo principios de solidaridad y reciprocidad aniquila las fronteras clasistas en la población, pues este proceso propone relaciones horizontales de producción a diferencia de la empresa capitalista y la propia empresa estatal.

Tras las desavenencias que el capitalismo ha generado, ya no puede ni debe pensarse que todo trabajo es y debe ser asalariado, ni tampoco que todo recurso es y debe ser dispuesto por medio del mercado, como es el caso de la tierra. La bifurcación del trabajo y de la tierra en torno al capital permite abrir el panorama para a la tierra como recurso, como medio de producción, como mercancía equiparable con otras a través del mercado. Sencillamente, la tierra no se vende. La naturaleza de su valor es ajena a los valores producidos por el trabajo, pero se requiere de construir alternativas potenciales y posibles para la descolonización de esas formas arraigadas de reproducción social.

Así, a finales del siglo XX, la globalización del patrón de poder mundial extinguió los horizontes del futuro, el pensamiento entró en crisis, y los factores del patrón de poder mundial expresados anteriormente tendieron a globalizarse, el pensamiento “crítico” que gustaba de los créditos y escenarios tomó un receso y

comenzó a hablar de la democracia en los términos del liberalismo, se colocó como preocupación central el desgaste ambiental a nivel global y el costo ecológico del “progreso” en una tesis de capitalismo verde. Mientras que el pensamiento que siempre tuvo y ha tenido respuestas a esto, el que se ha mantenido vigente, aunque marginado, en los pueblos originarios resistiendo a su extinción, ha recobrado fuerza poco a poco, la demanda por un buen vivir ha dejado escucharse con mayor énfasis en los nuevos movimientos sociales que, en el mejor de los casos, se han traducido en procesos constitucionales que, aunque si bien tienen algunos puntos débiles a discutir, significan coyunturas importantes para construir otros horizontes.

7. REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Adrián Guillermo (coordinador), *Urbanización, cambio tecnológico y costo social. El caso de la Región Centro de México*. UNAM, CONACYT, México, 2003
- CORAGGIO, José Luis, *Economía del trabajo*, en “La Otra Economía”, pp. 151-163
- CORAGGIO, José Luis, *Economía Social y Solidaria. El trabajo antes que el capital*, FLACSO-Ecuador, Ediciones Abya-Yala, Quito, Ecuador, 2011
- CUEVA, Agustín, *El desarrollo del capitalismo en América Latina*, 4ª. Edición, Siglo XXI, México, 1980
- ECHEVERRÍA, Bolívar, *Valor de uso y utopía*, Siglo XXI, México, 1988, pp. 153-197.
- FLORES, Edmundo, *Tratado de Economía Agrícola*, Fondo para la Cultura Económica, México, 1961, pág. 28
- GERMANÁ, César, El socialismo indo-americano de José Carlos Mariátegui
- HINKELAMMERT, Franz J., Henry Mora Jiménez, *Por una economía orientada hacia la reproducción de la vida*, en Revista “Economía y sociedad”, no. 22-23, Marzo-Diciembre 2003, pp. 39-49, FLACSO, Ecuador.
- LANDER, Edgardo, *Ciencias Sociales: saberes coloniales y eurocéntricos*
- QUIJANO, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América latina”. En libro *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (comp.), CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, Julio de 2000.
- QUIJANO, Aníbal, “El trabajo al final del siglo XX”, en revista *Ecuador Debate*, no. 74, Quito-Ecuador, Agosto de 2008
- QUIJANO, Aníbal, *El regreso del futuro y las cuestiones del conocimiento*
- QUIJANO, Aníbal, *La colonialidad y la cuestión del poder*, consultable en <<<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/58.pdf>>>. Consulta 12 jun. 2012.
- QUIJANO, Aníbal, *La Subalternización de los discursos sociales*, en “Economía popular y sus caminos en América Latina” Mosca Azul-CEIS. Lima, Perú, 1998, pp. 13-167
- RAZETO, Luis, *Capítulo 1.¿ Qué es la economía de solidaridad?*, en Papeles (revista), Número 110, Verano 2012, Especial: Economía Solidaria, potencialidades y desafíos, Centro de Investigación para la Paz (CIP-Ecosocial), Madrid, 2010

RAZETO, Luis, *Capítulo I. El surgimiento de una nueva economía popular solidaria: orígenes, componentes e identidad*, publicado en “Luis Razeto Migliario”, <http://www.luisrazeto.net>

TOPALOV, Christian, “La formación de los precios del suelo en la ciudad capitalista: Introducción al problema de la Renta”, en Topalov, *La Urbanización capitalista. Algunos elementos para su análisis*, consultable en <http://etnografaurbana.files.wordpress.com/2010/02/la-formacion-de-los-precios-del-suelo-christian-topalov.pdf>

Capítulo 59

A CRÍTICA JURÍDICA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Gabriela C. B. Navarro¹

A degradação ambiental é a cada dia fato mais evidente e ameaçador, tanto para as presentes e futuras gerações humanas como para outras formas de vida do planeta. Não é mais possível ignorar as alterações que está sofrendo nosso planeta: mudanças climáticas, perda paulatina da biodiversidade, multiplicação de riscos ambientais mundiais, desastres ambientais reiterados, aumento da desertificação, apenas a título exemplificativo.

Estudos científicos recentes estão demonstrando que não é mais possível ignorar tal crise ambiental, pois suas consequências serão desastrosas e irreversíveis. As Organizações das Nações Unidas – ONU estabeleceram o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, ou IPCC, que objetiva avaliar as informações técnico científicas sobre as mudanças climáticas, bem como sobre seus impactos potenciais e as formas de mitigação e adaptação. O relatório mais recente elaborado é de fevereiro de 2007, o qual informa que é inequívoco o aquecimento global, sendo a atuação humana a sua causa (com 90% de certeza científica). Estima-se que até 2100 teremos um aumento de até 6,4°C na temperatura do planeta, caso seja mantido o atual ritmo de crescimento.²

O aquecimento global enseja o derretimento das calotas polares (que, aliás, constituem grande parte das reservas de água doce do planeta), levando ao aumento do nível do mar e a inundação das cidades litorâneas. Ainda, o aquecimento aumentaria a aridez de determinadas áreas, aumentando o processo de desertificação. Também a saúde humana seria afetada, aumentando-se os surtos de doenças como malária, dengue e leptospirose. Importante salientar que os países mais atingidos certamente seriam os países mais pobres do planeta (África e América Latina), aumentando as desigualdades mundiais. Mesmo as atividades econômicas não ficarão ilesas: estima-

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, E-mail: gabrielabnavarro@gmail.com.

2 IPCC. *Climate change 2007: Synthesis Report*. Geneva, 2007. Disponível em << http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/en/contents.html>>. Acesso em 17 Out. 2012.

se redução nas áreas cultiváveis de diversos grãos no Brasil, como é o caso do arroz (redução de 41%) e do café (redução de 92%).³

Ademais, alerta a União Internacional de Conservação da Natureza (IUCN) sobre o sério risco de destruição da biodiversidade, já que 70% dos corais marinhos mundiais estão extintos ou sob sério risco de extinção. Em relação aos animais mamíferos, tal taxa é de 25%.⁴

É essencial que se diga que a presente crise ambiental é apenas uma vertente de uma crise global mais ampla, que engloba as esferas social, econômica, financeira e política. A crise do sistema capitalista significa justamente o seu auge, configurando o paradoxo da Modernidade. Inicialmente, devido ao fato de que todo o crescimento econômico almejado desde a Revolução Industrial foi construído com base na dominação nefasta sobre os recursos naturais, outras formas de vida, as classes operárias e a colonização dos países do sul, aumentando as desigualdades e esgotando as fontes de recursos naturais.

Ainda, os princípios éticos exaltados pela modernidade culminaram na atual crise. A valorização do dinheiro como um fim em si mesmo, e não mais como meio para assegurar o bem estar, gerou ondas de consumismo e individualismo, desprezando-se valores morais. O individualismo está alicerçado com uma forte competitividade tanto entre indivíduos como entre estados e empresas, destruindo a possibilidade de cooperação e solidariedade.

Em todo esse contexto de crise, o direito, e em especial os direitos humanos, precisam ser construídos como um processo de luta paulatina para assegurar a dignidade humana em todas as suas expressões e possibilidades. Não é possível assegurar essa dignidade em sua integralidade sem garantir a todos um ambiente equilibrado, fundamento da vida humana saudável: é imprescindível que a luta jurídica pela dignidade passe pela proteção à biodiversidade, aos processos ecológicos essenciais e ao mínimo existencial sócio ecológico.

Ademais, não podemos mais falar em liberdade no sentido que pretendem os liberais, mas sim em libertação e emancipação, prevendo a interdependência entre todos os direitos fundamentais. O ser humano só é totalmente livre quando lhe são asseguradas junto a suas necessidades básicas a possibilidade de atuar na sociedade, escolhendo como serão providas tais necessidades.

3 NUNES, Luci H. Mudanças climáticas: impactos físicos e socioeconômicos. *Plenarium*: desafios do clima, Brasília, n. 5, ano V. p. 66-82. Out. 2008.

4 IUCN. *Why is biodiversity in crisis?* Disponível em <<http://www.iucn.org/what/tpas/biodiversity/about/biodiversity_crisis/>>. Acesso em 18 Out. 2012.

Salienta Flores o processo de “economização” da vida social. Em suas palavras: “de ser un proceso colectivo de construcción de condiciones de vida, la economía se reduce al estudio y puesta en practica de la lucha competitiva de individuos atomizados y egoístas empeñados en la consecución del mayor trozo de un pastel del que no todos pueden comer.” Para o autor, nessa sociedade de mercado, as instituições e as normas subordinam a satisfação das necessidades materiais àquilo que pode ser satisfeito através do uso do dinheiro, desprestigiando as propostas atentas aos bens sociais que realmente são necessários para viver. Dentro dessa ideologia, ingressa a questão dos direitos humanos.⁵

Assim, verificamos que a emergência dos conflitos ambientais e o consequente esverdeamento do ordenamento jurídico ensejam no âmbito do direito questões metaindividuais e complexas, impossibilitando que a solução para os conflitos jurídicos seja obtida meramente através da subsunção lógica entre a premissa maior e a premissa menor.

A dogmática jurídica, instrumentalizando o positivismo jurídico e assessorada por todo o senso comum teórico dos juristas, mostra-se incapaz de promover a solução equitativa e justa dos conflitos. Em tempos de dificuldades plurais e multifacetadas, o direito não pode tender a uma resposta unívoca, mas deve estar atento ao pluralismo de pensamentos e de possibilidades.

Urge daí a realização de uma forte crítica ao pensamento jurídico dominante, no sentido de refutar a possibilidade da construção de uma teoria pura do direito, em que a interpretação e a aplicação da norma jurídica encontram-se desvinculadas da sociedade em que ela se encontra.

É possível (e a cada dia mais imprescindível) situar um modelo jurídico crítico emergente a partir da realidade latino americana, formada por ex-colônias que se encontram a margem de todo o sistema capitalista dominante. Será justamente partindo da evidência de um sistema de dominação voraz que é exercido sobre as classes mais baixas da sociedade e sobre a natureza como um todo em nome sempre de um imperativo monetário eficientista que será estabelecida uma construção teórica denominada “teoria crítica dos direitos”, que passa a ter uma nova visão sobre o Direito e sua aplicação.

O presente artigo pretende analisar o direito fundamental ao meio ambiente dentro de um viés crítico, evidenciando a incapacidade do positivismo para lidar com as questões ambientais e a necessidade da emergência de uma nova construção teórica pensada a partir da situação de opressão.

5 FLORES, Joaquín Herrera. Introducción. In: _____ (Org.). *El vuleo de anteo: derechos humanos e crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. II e III.

Iniciaremos analisando a singularidade do dano ambiental em suas vertentes patrimonial e extrapatrimonial, o que nos levará a percepção da dificuldade da regulação jurídica da questão. Em um segundo momento, analisaremos a construção da teoria jurídica crítica dos direitos humanos, tendo como referencial teórico Joaquín Herrera Flores. Por fim, concluiremos com a construção de uma análise crítica do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

1. A SINGULARIDADE DO DANO AMBIENTAL

De forma mais genérica, podemos considerar como dano a ofensa a um bem jurídico determinado que seja protegido pelo ordenamento jurídico. No caso do dano ambiental, o objeto ameaçado é o meio ambiente, que recebe no Brasil um tratamento jurídico amplo e interdisciplinar. Para Leite e Ayala,⁶ trata-se de um macrobem, um conceito unitário, integrado, incorpóreo, imaterial e de uso comum do povo. Trata-se, ainda, de um direito fundamental caracterizado pela intergeracionalidade e pela solidariedade. Por fim, salienta-se que a proteção jurídica do meio ambiente no Brasil abarca suas vertentes cultural, social e ecológica.

Herrera Flores⁷ salienta ainda que os direitos humanos precisam ser compreendidos como meio para assegurar acesso equitativo a determinados bens essenciais à construção de uma vida humana com dignidade. Assim, o direito ambiental, enquanto um direito humano, tem por finalidade última assegurar acesso igualitário e equitativo ao bem ambiental, conforme definido acima.

Já no que tange ao dano ambiental, Leite e Ayala⁸ ressaltam duas vertentes de sua conceituação. Primeiramente, dano ambiental pode ser visto como as alterações nocivas ao meio ambiente, como a poluição atmosférica. Já em uma segunda conceituação, o dano ambiental seria aquele que atinge as pessoas e seus interesses vinculados ao meio ambiente.

Afirmam os autores:

O dano ambiental foge da visão clássica, considerando tratar-se de um bem comum incorpóreo, imaterial, indivisível e insusceptível de apropriação exclusiva. No entanto, é um bem de

6 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

7 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009. p.34.

8 LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94.

interesse jurídico autônomo e, portanto, reparável, mesmo não preenchendo os pressupostos tradicionais da configuração do dano.⁹

Ressalta-se também que o dano ambiental sequer encontra-se definido dentro dos contornos espaço-temporal. Um dano ambiental é na maioria das vezes transfronteiriço, atingindo diversas regiões independentemente das fronteiras geográficas estabelecidas pelo homem. Um exemplo clássico é o fato de terem sido encontrados vestígios de agrotóxicos DDT na carne de pinguins do polo norte, há quilômetros de distância de qualquer lavoura agrícola.

Quanto à dimensão temporal, ressaltamos que um dano ambiental prolonga-se no tempo atingindo diversas gerações e cada uma delas de forma diferente. Daí a afirmação de que um dano ambiental precisa ser imprescritível: pode ser que somente após muitos anos seja verificada a lesão provocada por uma ação humana.

Um outro aspecto relevante do dano ambiental diz respeito ao fato de que os danos ambientais são de difícil ou mesmo impossível reparação. Não é possível recuperar uma espécie que foi extinta e nem é possível contornar os efeitos das mudanças climáticas globais. Daí a afirmação de que o dano ambiental deve ser sempre evitado através de medidas preventivas (quando há certeza do perigo) ou medidas precaucionais (em caso de incerteza na dimensão do risco).

Relacionado a irreparabilidade, urge também a questão da difícil valoração do dano ambiental para efeitos de reparação pecuniária de seus efeitos. Dada a complexidade do meio ambiente, que abrange diversas relações intrínsecas entre indivíduos, espécies e meio, a indenização pecuniária do dano ambiental torna-se essencial a elaboração de uma metodologia específica e transdisciplinar para a estipulação do valor da indenização a ser paga.¹⁰

Por fim, é essencial que se ressalte a existência do dano ambiental extrapatrimonial ou moral, assim denominado aquele que abrange toda lesão que não tem um conteúdo econômico propriamente dito. Esse dano extrapatrimonial pode ocorrer tanto nas esferas subjetiva (sofrimento de ordem interna e direta) e objetiva (danos que dizem respeito a dimensão moral da pessoa no meio social em que ela vive). Essas duas esferas podem ser afetadas simultaneamente por um mesmo dano ambiental.¹¹

Em face de tantas e tão profundas especificidades do dano ambiental, torna-se essencial que a proteção jurídica do bem ambiental tenha uma feição emi-

9 *Ibidem.* p. 98.

10 *Ibidem.* p. 103.

11 *Ibidem.* p. 266.

nementemente de prevenção de danos. Ou seja, contrariando o pensamento clássico de que o direito deve ocupar-se com a responsabilização do dano, torna-se primordial que o dano ambiental seja sempre e a todo tempo evitado.

No entanto, destaca-se que vivenciamos um período de grande incerteza científica. Enquanto durante uma primeira modernidade a cientificização era encarada como a solução para todos os problemas da humanidade, hoje se percebe a nocividade de tamanho processo de cientificização e ainda a incapacidade da ciência nos oferecer respostas dotadas de certeza absoluta.¹²

Dessa forma, percebe-se a cada dia a multiplicação dos riscos, sendo a ciência incapaz de quantificá-los ou mesmo prever seus efeitos ao ser humano. Exemplo emblemático dessa questão diz respeito aos organismos transgênicos.¹³ Embora estudos científicos sejam realizados diuturnamente, não se pode afirmar com certeza quais são seus efeitos deletérios para a saúde humana e o meio ambiente.

Assim, torna-se sustentáculo do direito ambiental o princípio da precaução: em caso de incerteza científica quanto aos efeitos relativos à realização de determinada atividade, ela poderá ser suspensa conforme os ditames da razoabilidade.

Tendo analisado as circunstâncias do dano ambiental, passaremos agora a uma breve análise da ética ambiental. Verifica-se que a crise atual (não apenas a ecológica, como também a econômica e a social) está baseada em uma profunda crise de valores éticos. Vivenciamos uma profunda monetarização da vida social, em que tudo passa a ser pensado dentro da lógica econômica, gerando competitividade e individualismo.

Ademais, o pensamento jurídico clássico é eminentemente antropocêntrico: toda a construção do direito é realizada com base nas necessidades imediatas do ser humano, não existindo qualquer tipo de preocupação intrínseca com a natureza e os bens ambientais. Dentro dessa lógica, o meio ambiente passa a ser protegido apenas na medida em que possui um conteúdo econômico que possa ser apropriado pelo humano.

Em contrapartida, formula-se a corrente ecocêntrica ou *deep ecology*, para a qual o meio ambiente deve ser protegido por seu valor intrínseco, assegurando-se personalidade jurídica aos bens ambientais: árvores, animais, lagos, rios... O ser

12 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 13-15.

13 AYALA, Patryck. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87.

humano seria apenas um fio na teia da vida, tão importante quanto qualquer outro membro da natureza.¹⁴

Essa corrente tem recebido aceitação na América Latina através da consolidação de um Novo Constitucionalismo. A Constituição do Equador de 2008, por exemplo, reconhece a “Pacha Mama” como sujeito de direito, estabelecendo em seu art. 71:

Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.¹⁵

Há ainda uma corrente intermediária, que mantém o foco da proteção jurídica ambiental no ser humano. No entanto, passa a considerar os interesses das futuras gerações. Ainda, tal corrente reconhece a importância da proteção da natureza por seu valor intrínseco. Trata-se de um alargamento da visão tradicional, que coloca o ser humano como guardião da natureza e responsável por sua preservação, abandonando-se as ideias de submissão e dominação que permeiam o pensamento clássico.¹⁶

Destarte, verificamos que a superação do antropocentrismo clássico (seja para alargá-lo, seja para substituí-lo pelo ecocentrismo), é medida essencial e fundamental para superação da crise contemporânea. É necessária uma mudança paradigmática em nossa visão de realidade, transformando-se o modo como nos relacionamos com o meio que nos cerca. Somente através da superação da ideia de dominação sobre o meio ambiente será possível construir uma nova racionalidade mais adequada ao contexto de crise ambiental.

14 NALINI, Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

15 Equador. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Disponível em <<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>>. Acesso em 17 out. 2012.

16 AYALA, Patryck; LEITE, José Rubens Morato Leite. *Direito ambiental na sociedade do risco*. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 44.

2. O SURGIMENTO DA TEORIA JURÍDICA CRÍTICA

Diante de toda essa análise do dano ambiental, verificamos que o direito ambiental precisa se adequar, abandonando o viés individualista e patrimonialista que predominou durante toda a Idade Moderna. Não apenas as normas jurídicas precisam ser adequadas, como também a visão que se tem do direito e o modo de aplicação do mesmo.

A complexidade do dano ambiental nos deixa clara a insuficiência de resolução de conflitos ambientais através da metodologia positivista dominante. Para que um conflito ambiental seja solucionado, urge que se verifique todo o contexto de exploração, toda a realidade circundante, nas suas vertentes sociológica, ecológica, antropológica...

Daí a vinculação que propomos entre a teoria crítica e o direito ambiental: somente através de uma nova proposta hermenêutica para análise dos direitos humanos será possível assegurar a efetivação da proteção ambiental.

A teoria crítica surge como uma contra proposta ao modelo positivista de direito. Nesse sentido, ressalta Wolkmer:

O modelo de cientificidade que sustenta o discurso jurídico liberal-positivista e a cultura normativa tecno-formal está em processo de profundo esgotamento. Esta disfuncionalidade decorre da própria crise de legitimidade, da elaboração e aplicação da justiça, bem como da crescente complexidade das novas formas de produção do capital e das incisivas contradições sociais das sociedades de classes.¹⁷

Em contraponto a esse modelo de cientificidade do direito, passa-se a ser formulado, a partir da Escola de Frankfurt, um modelo alternativo de direito, que se propõe a modificar não apenas as normas, como também todo o seu fundamento ético e moral e a metodologia de sua aplicação. Objetivando uma realidade emancipatória para o direito, passa-se a fundamentá-lo em uma construção dialética com a sociedade e a realidade circundante.

Wolkmer¹⁸ ressalta que não é possível reconhecer uma teoria uniforme, orgânica e acabada dentro da teoria crítica. O que se apresenta são diversas correntes doutrinárias que têm como objetivo primordial a crítica ao paradigma positivista

17 WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 11

18 *Ibidem*. p. 17-18.

dominante, com um pensamento que parte da realidade de opressão e da alteridade. Trata-se de um ponto de partida essencial para a construção de um novo paradigma: é através do desvelamento das falhas do modelo positivista que será possível construir uma realidade emancipadora.

Essa mudança paradigmática no pensamento do direito abandona a reiterada redução do fenômeno jurídico a um estatuto ontológico próprio e passa a atribuir sentido ao direito apenas enquanto vinculado a uma ontologia social. O fenômeno jurídico passa, então, a ser pensado a partir do homem concreto e, conseqüentemente, a partir da práxis social.¹⁹

Nesse sentido, afirma Warat que “o que é importante é perceber o valor da lei como instância simbólica do político, isto é, de um real que encontra seu sentido nas incertezas e nos conflitos e não nas instâncias de um saber tido como abstrato e objetivo, enquanto universal e absoluto.”²⁰

3. A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS EM FLORES

Herrera Flores foi, sem dúvida nenhuma, um dos maiores expoentes da teoria crítica dos direitos humanos, contribuindo de forma incisiva e determinante para a construção de um modelo emancipatório que levasse em conta a realidade vivenciada pelo indivíduo. Assim, para o autor, a necessidade do estudo dos direitos humanos surge no momento em que se evidenciam as constantes ofensas à dignidade humana, bem como as conseqüentes lutas sociais para sua eliminação.

A crítica jurídica emancipatória deve ser realizada porque a cada dia multiplicam-se as injustiças provocadas pelo sistema de um consumo desigual e desenfreado e pela proliferação de violências e guerras.²¹

Assim, contrariando a corrente tradicional que interpreta os direitos humanos, Flores nega a fundamentação universalista de que o indivíduo tenha direitos pelo mero fato de haver nascido, pois em sua maioria não lhe são dados os meios e instrumentos essenciais para concretização de tais direitos, ou ainda pode inexistir vontade política para sua concretização.

¹⁹ Ibidem, p. 20.

²⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. vol. 1. p. 24.

²¹ FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 31.

Os direitos humanos configuram, dentro do viés crítico, um processo constante de luta pela efetivação da dignidade humana. Destarte, o objetivo último dos direitos humanos deve ser a dignidade humana, assim entendida como o acesso equitativo aos bens necessários a vida humana, superando-se o processo de divisão de bens existente *a priori* conforme a hierarquização de situações sexuais, étnicas, sociais e territoriais.

Se não tomarmos consciência de tal ideologia que se globaliza e se apresenta como “o natural”, podemos cair na armadilha e pensar, em primeiro lugar, que os direitos humanos se reduzem ao gozo de certas liberdades sustentadas no ar; e, em segundo lugar, que temos direitos pelo mero fato de sermos seres humanos e, por conseguinte, não é necessário que lutemos por eles. Não há pior caminho para os direitos humanos que reduzi-los a direitos já conseguidos e já fundamentados.²²

Para Herrera Flores, os direitos humanos possuem uma complexidade inerente a seu conteúdo, pois tanto estão vinculados diretamente a realidade vivida por cada ser humano quanto dizem respeito a múltiplos fatores sociais, culturais e econômicos. Daí a afirmação de que o estudo de tal objeto não pode se realizar, de forma alguma, tendo por base fundamentos metafísicos ou ontológicos que se encontrem totalmente desvinculados da realidade sociocultural vivenciada.

Assim, o autor propõe que “mundanizemos” o objeto estudado, contaminando-o de contexto, de forma a descobrir e maximizar as relações que tal objeto possui com um mundo híbrido e impuro que vivemos. O estudo de direitos humanos passa a incluir então um saber crítico que revele conflitos de interesse e ainda o contexto social, cultural e político em que tais direitos nascem, se reproduzem e se transformam.²³

Para análise de tal objeto, o autor propõe que devem ser considerados os seguintes elementos: recuperação da política (entendendo-se política como uma atividade criadora de mundos, ou seja, de construção social da realidade); filosofia do impuro (sendo o impuro entendido como o a realidade áspera, cambiante com o tempo); metodologia relacional e holística (partindo-se da consideração de que os processos sociais se constituem de ideias e instituições, ambos em contínua interação).²⁴

22 *Ibidem.* p. 135

23 *Ibidem.* p. 21.

24 FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In.: _____. (Org.). *El vuleo de anteo: derechos humanos e crítica de la razón liberal*. Bilbao: Des-

Nas palavras do autor,

Los derechos humanos, y, podríamos decir, el derecho en general, siempre es un proceso, nunca el resultado neutral de una decisión arbitraria del poder. Beneficie a quien beneficie, la norma resulta necesariamente de un proceso dinámico de confrontación de intereses que, desde diferentes posiciones de poder, luchan por elevar sus anhelos y valores, o sea, su entendimiento de las relaciones sociales, a ley. Sea como sea y, sea para quien sea, el derecho conlleva siempre un componente utópico e ideológico que hay que saber descifrar.²⁵

Com objetivo pedagógico de ilustrar a complexidade dos direitos humanos, o autor espanhol desenvolve a figura do diamante ético.²⁶ O diamante possui três faces com pontos de conexão mútua, estando todos os componentes imbricados e interconectados. Trata-se de uma figura dinâmica e em constante movimento.

O diamante possui dois eixos, um vertical e um horizontal. O eixo horizontal trata dos meios materiais e o vertical, os conceituais. Na confluência entre eles, temos a dignidade humana, concretizada através da conquista de um acesso igualitário aos bens materiais e imateriais essenciais a nossa vida.

Para o autor,

O objetivo, portanto, dessa imagem metodológica se baseia na ideia de que tanto a dignidade humana como os direitos não são elementos isolados e, também, não são dados com antecedência, mas sim construídos passo a passo pela própria comunidade ou grupo afetado, o que lhes outorga um caráter de direitos em movimento que se podem gerar e revisar através da metodologia que se propõe.²⁷

A primeira face do diamante é formada, na horizontal, por teorias e instituições. Na vertical, por forças produtivas e relações sociais. Quanto às teorias, deve

clée de Brouwer, 2000. p. 27

²⁵ *Ibidem.* p. 52.

²⁶ A análise do diamante ético é realizada nas obras: FLORES, Joaquín Herrera. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. In: _____. (Org.). *El vuleo de anteo: derechos humanos e crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000; e FLORES, Joaquín Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.

²⁷ FLORES, Joaquín Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 123.

ser demonstrado a existência de uma pluralidade delas, e não apenas uma única teoria, verificando o modo como elas se articulam com as práticas sociais, reproduzindo-as. Já as instituições, são aquelas que fornecem suporte a essa estrutura cognitiva. A institucionalização das teorias faz com que elas tenham maior resistência e capacidade para ser transmitida. O autor ressalta, no entanto, a vinculação entre instituições e relações de poder existentes. Ainda, a face contempla as relações entre forças produtivas e relações sociais de produção, sendo essencial conhecer os novos modos de produzir (tecnologias, instrumentos, técnicas, equipamentos...) e a desregulamentação normativa de tais relações. Por fim, a face inclui as diferentes formas de se relacionar social e politicamente entre os indivíduos nessa nova realidade de técnicas.

A segunda face possui, na vertical, posição e narração e na horizontal, disposição e historicidade. Posição é entendida pelo autor como a análise do lugar material ocupado no processo de divisão social, sexual, étnico e territorial, sendo que a posição que se ocupa em relação ao acesso aos bens está subordinada aos interesses do mercado global. Já disposição é relativa à consciência da posição que se ocupa nos processos materiais em que se está inserido. Essa perspectiva é importante pois é apenas através da tomada de consciência de nossa posição (como excluídos ou dominados) que será possível resistir a ela e colocar em prática propostas alternativas.

Flores define narrações como a permissão para que o colonizado, o índio, o explorado possam contar a sua versão da história dos direitos humanos, contestando a versão que nos foi imposta. Por fim, quanto à historicidade, Flores ressalta que o direito sempre tem origem concreta em alguma forma de luta social pela dignidade, sendo essencial que se conheçam os conflitos de poder que confluíram na vitória de um ou outro direito, de forma a nos legitimar a procurar vias alternativas às dominantes.

A terceira face do diamante é formada por espaços e valores, na vertical, e desenvolvimento e práticas sociais na horizontal. Espaços representam a “construção simbólica de processos nos quais se criam, reproduzem e transformam os sistemas de objetos”²⁸ e de ações. A partir de Gramsci, o autor considera espaço como atitudes, estilos de vida, existindo um espaço formal e um antiformal. Já valores, consubstanciam-se no “conjunto de preferências sociais que podem ser generalizadas além da satisfação imediata de uma necessidade”²⁹ Dessa forma, as normas sempre serão instrumentos de um sistema de valores, sejam tais valores reacionários ou emancipadores.

28 *Ibidem.* p. 141.

29 *Ibidem.* p. 142.

Desenvolvimento é definido como “condições econômicas, sociais, culturais e políticas que permitam um desdobramento integral, equitativo, planejado e qualitativo das atitudes e aptidões humanas na hora de lutar por sua dignidade”³⁰, sendo o mesmo condição essencial para concretização dos direitos humanos. O autor ressalta a essencialidade de que haja inter-relação entre os modelos de desenvolvimento e a democratização dos espaços.

O último vértice do diamante é práticas sociais, reconhecidas enquanto políticas de reconhecimento de direitos e ações comprometidas com a emancipação e a libertação humanas.

4. UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

Em matéria ambiental, verificamos que a cada dia multiplicam-se os documentos internacionais que protegem o meio ambiente. No entanto, em uma mesma medida, acompanhamos um aumento de sua ineficácia, pois a degradação ambiental torna-se a cada dia fato mais contumaz e nefasto.

Essa questão ficou mais evidente ainda na realização da última Conferência das Nações Unidas sobre mudanças climáticas, realizada em junho de 2012 no Rio de Janeiro, a chamada Rio +20. A Conferência e o seu documento final (denominado “Nosso Futuro Comum”) foram amplamente reconhecidos como um retrocesso na esfera ambiental, pois apenas reafirmaram compromissos já assumidos anteriormente, sem estabelecer novos mecanismos e compromissos.

Ainda, é possível afirmar que a Conferência inseriu toda a busca de soluções para a crise ambiental dentro da mesma lógica capitalista que a provocou. Ao propugnar por uma “economia verde” sem expressar preocupação com uma mudança paradigmática nas bases do sistema, a Conferência deixa claro que seu objetivo é apenas “colorir o capitalismo de verde”, mantendo o modelo efficientista e desenvolvimentista dominante.

O objetivo da economia contemporânea, ainda que agora se denomine “economia verde”, continua a ser o crescimento econômico, inserindo-se dentro da lógica da busca por valores monetários como um fim em si mesmo. A sustentabilidade propugnada pelos documentos internacionais é vista como um triângulo que concilia as preocupações social, econômica e ambiental, mas não questiona as bases deletérias do sistema e nem se propõe à busca da prosperidade sem crescimento.

³⁰ *Ibidem*. p. 142.

Analisando o problema da eficácia dos documentos internacionais, afirma Herrera Flores que o problema:

Tiene que ver con la racionalidad que está la base de la ideología liberal predominante. Desde esta racionalidad se identifica el desarrollo de los derechos humanos en el mundo bajo una categoría de indicadores en la que las libertades individuales y el Estado formal de derecho se colocan por encima de los derechos sociales y el Estado social de derecho.³¹

A partir de tais afirmações, fica evidente que o estudo dos direitos humanos, e em especial do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, não pode manter-se conectado à lógica capitalista e à racionalidade positivista. É essencial que seja realizada uma busca pelos verdadeiros fundamentos éticos em conexão com a realidade social.

Se o direito fundamental ao meio ambiente apenas pode ser entendido como um processo de lutas dos movimentos sociais para assegurar bens (ecológicos) essenciais a sua dignidade, tendo como finalidade um acesso equitativo intergeracional a tais bens, não encontraremos o verdadeiro direito ambiental apenas em cartas de princípios internacionais e muito menos em Convenções de Chefes de Estado. O direito ambiental está presente na luta diária dos movimentos ambientalistas para assegurar a proteção ecológica: encontra-se na batalha pela suspensão de Belo Monte, na movimentação social contra a queima da cana de açúcar, nos esforços reiterados de diversas ONGs em promover a educação e conscientização ambientais.

Essa constatação fica extremamente evidente ao analisarmos a configuração da Rio+20. A Carta assinada pelos chefes de Estado mostrou-se retrocessiva, reduzindo a proteção ambiental aos interesses das grandes corporações que pugnam por um mercado livre. A economia verde defendida pelo documento final nada mais é do que a apropriação dos bens ambientais pelo capitalismo.

Em contrapartida, no mesmo momento em que se realizava a Conferência Oficial, diversos movimentos sociais reuniam-se na Cúpula dos Povos, discutindo e analisando a real implementação do direito ambiental, em um momento de extrema sinergia cultural. A título de exemplo, podemos citar a Conferência Mundial dos Povos Indígenas sobre a Rio+20 e a Mãe Terra, em que as lideranças indígenas assinaram uma agenda para solução da crise e ainda evidenciaram as falsas soluções

31 FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: _____ (Org.). *El vuleo de anteo: derechos humanos e crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000. p. 47.

para a mesma. Inclusive, a economia verde é colocada como uma nova forma de colonialismo.³²

Ressaltamos que a positivação do direito ambiental em documentos internacionais reconhecidos por diversos países tem uma importância fulcral para a proteção dos bens e processos ecológicos, assegurando visibilidade à questão ambiental. No entanto, é essencial que sejam interpretados e aplicados mediante uma nova hermenêutica desvinculada da lógica mercadológica hegemônica.

Ao mesmo tempo, é essencial que seja reconhecida a juridicidade e a legitimidade dos esforços realizados por movimentos sociais e povos tradicionais pelo direito ambiental, reconhecendo-se a existência de um outro direito ambiental, além do direito estatal.

Passemos a analisar, então, em que se substancia essa nova hermenêutica crítica ambiental. O bem ambiental é um bem essencial à concretização da dignidade humana, sendo fundamental que sua distribuição e seu aproveitamento sejam realizados equitativamente, e não conforme padrões hierarquizados segundo sexo, etnia, território e classe social, consubstanciando-se uma verdadeira justiça socioambiental.

Um outro elemento relacionado a essa lógica crítica ambiental é, para Coelho, o desvendamento da ideologia que cerca o direito ambiental, de forma a evidenciar a alienação. Assim, é tarefa da crítica evidenciar

como a consciência desses fatores, ideologia e alienação, pode resultar na construção de uma práxis, objetivando a reconstrução do direito ambiental pelo trabalho hermenêutico, e mediante a participação do conjunto da sociedade, seja através da conscientização dos atores individuais e operadores do direito, seja pela reorganização consciente dos diferentes grupos que a compõem.³³

A partir desta constatação, verifica-se um terceiro elemento: a teoria crítica ambiental apenas pode ser compreendida em uma estreita vinculação com as práticas sociais e isso irá ocorrer através de dois modos. Inicialmente, a teoria precisa ser construída com base na realidade social e na práxis existente em uma comunidade. Em segundo lugar, é primordial que a teoria esteja comprometida com a mudança

32 Texto completo disponível em: <<<http://riomais20sc.ufsc.br/files/2012/09/Declaracao-Kari-Oca.pdf>>>. Acesso em 17 Out. 2012.

33 COELHO, L. F. Dogmática, Zetética E Crítica Do Direito Ambiental. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008. p. 299

das práticas sociais, de forma que a conscientização leve a uma transformação da realidade, tornando-a mais adequada às necessidades ecológicas como um todo.

Ademais, considerando-se a estreita vinculação entre proteção ambiental e povos tradicionais, é imprescindível que seja reconhecida a transculturalidade, respeitando-se os conhecimentos tradicionais das tribos indígenas. Deve-se superar a tendência globalizante de imposição de uma monocultura, reconhecendo-se a existência de outros modelos e formas de vida em sociedade.

Já em relação a economia, é essencial que seja reconhecida a vinculação existente entre a proteção ambiental e a produção de elementos indispensáveis à subsistência humana. A liberdade econômica e a proteção ambiental são ambos direitos humanos fundamentais que possuem indissociabilidade entre si: somente é possível a liberdade se estiver assegurado um nível mínimo de qualidade ambiental.

Para retratar a complexidade da proteção jurídica do direito ambiental, podemos nos valer do diamante ético proposto por Herrera Flores.

Consideremos a primeira face. Podemos analisar as diversas teorias existentes na área ambiental, ressaltando que o modelo capitalista, eficientista e antropocêntrico não é o único modo de se interpretar o direito ambiental. Existem outros modelos, como a *deep ecology* e o modo de vida tradicional dos povos indígenas, que lidam com os bens ambientais de outra forma que não segundo a teoria dominante.

Assim sendo, verificamos que a teoria antropocêntrica encontra-se totalmente vinculada com outras estruturas de poder e com o modo de produção vigente. É facilmente verificável a relação existente entre o neoliberalismo, o capitalismo e o antropocentrismo: a natureza é vista apenas como uma externalidade que não está inclusa no modelo vigente, buscando-se a flexibilização das leis ambientais de forma a maximizar lucros, fomentando o crescimento econômico.

O direito ambiental deve estar atento a todo momento às novas forças produtivas e novas tecnologias existentes, verificando-se quais os possíveis riscos à qualidade ambiental. Em face de tais técnicas, deverão ser analisadas também as relações sociais existentes e o modo como estas relações lidam com o ambiente.

Passando para a segunda face do diamante, devemos analisar qual a posição ocupada por diversos atores sociais dentro dessa lógica de dominação ecológica, bem como a forma como tais atores enxergam a si próprios. Em se tratando de questões ambientais, tem fulcral importância a consciência da posição ocupada em relação ao ambiente. O ser humano deve enxergar-se enquanto pertencente ao planeta, conectado às diversas formas de vida, respeitando-as por seu valor intrínseco.

Quanto a narrações, é essencial dar voz aos povos indígenas para que denunciem a destruição reiterada da natureza provocada pela colonização e mercantilização dos espaços naturais.

Analisando a historicidade do direito ambiental, verificamos que sua concretização somente ocorreu devido a um forte movimento de luta social pelo reconhecimento da iminente catástrofe ambiental e exigência de controle estatal das atividades econômicas.

Passamos agora à terceira face do diamante. A cada dia, tem-se verificado a opressão gerada pelos espaços formais, o que levou determinados grupos a buscarem alternativas, construindo espaços antiformais. A título de exemplo, enquanto a agricultura tradicional tende a se desenvolver com a massiva utilização de agrotóxicos e transgênicos, valendo-se da monocultura de gêneros para exportação, há uma proposta alternativa de produção alimentícia através da agroecologia, conciliando demandas sociais e proteção ambiental.

A construção de tais espaços antiformais deve estar relacionada a todo tempo com a proposta de desenvolvimento econômico. Conforme afirmam os economistas ecológicos, a Terra está a beira de um esgotamento sem retorno, o que nos leva a considerar um estado estacionário na economia: apenas tolerando-se crescimento qualitativo. Isso não exclui, destarte, a necessidade de desenvolvimento, apenas postula que este é possível de ser concretizado sem crescimento econômico.

Essa nova proposta de desenvolvimento está profundamente vinculada a valores e preferências sociais. Devemos decidir se o que queremos enquanto proposta emancipatória é mais consumo ou mais qualidade de vida, pois não é possível construir uma sociedade sustentável mantendo-se os atuais níveis desiguais e deletérios de consumo. É necessária a superação da constante mercantilização da vida social, ressaltando-se valores morais em detrimento de valores econômicos.

5. CONCLUSÃO

Concluimos o presente artigo com o mito de Anteu, fábula trazida por Flores para ilustrar a questão dos direitos humanos.³⁴ Trata-se de uma mitologia grega, segundo a qual Anteu, filho de Gaia e Poseidon, era invulnerável desde que seus pés tocassem a Terra. Assim, desafiava todos os outros deuses para batalhas mortíferas. Uma dessas batalhas realizou-se contra Hércules, um deus que dominava a astúcia e

34 FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In.: _____. (Org.). *El vuleo de anteo: derechos humanos e crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000.

sabia que a transformação era possível por meio de sua ação. Hércules percebeu a fonte da força de Anteu e o levantou para cima de seus ombros, conseguindo retirar-lhe todo o poder e vencendo-o com facilidade.

A fábula nos mostra a necessidade de, para vencer, nos elevarmos dos dogmas e formalismos que nos prendem a determinada realidade, de forma a abandonar aquilo que consideramos seguro, universal, imutável. Os direitos humanos precisam ser considerados em todo seu contexto histórico e ideológico, adaptando-nos às situações variáveis da sociedade. Assim também ocorre com o direito ambiental: ele apenas pode ser pensado quando percebemos toda a lógica capitalista e mercadológica que circunda a proteção ambiental.

A proteção ambiental na seara jurídica somente será possível quando tirarmos o pé da realidade econômica e passarmos a contemplar toda a complexidade cultural, filosófica e social que circunda a questão ambiental. Não basta que pintemos o capitalismo de verde: é essencial que lutemos por uma verdadeira revolução nas bases do sistema, para que este passe a contemplar a complexidade dos bens ambientais, e não mais vê-los como meras externalidades.

6. REFERÊNCIAS

- AYALA, Patryck. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COELHO, L. F. Dogmática, Zetética e Crítica Do Direito Ambiental. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008.
- _____. *Introdução à crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1983
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FLORES, Joaquin Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.
- _____. (Org.). *El vuleo de anteo: derechos humanos e crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- IPCC. *Climate change 2007: Synthesis Report*. Geneva, 2007. Disponível em <<http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/en/contents.html>>. Acesso em 17 out. 2012.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NALINI, Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

- NUNES, Luci H. Mudanças climáticas: impactos físicos e socioeconômicos. In: *Plenarium*: desafios do clima, Brasília, n. 5, ano V. p. 66-82. out. 2008.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- _____ (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei temas para uma reformulação*. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

Capítulo 60

ÁGUA COMO BEM COMUM NO QUADRO DA GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA. ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS A PARTIR DAS BASES DA ECONOMIA ECOLÓGICA E SOBRE A NECESSIDADE DE UM NOVO DIREITO PÚBLICO

Milena Petters Melo¹
Andrea Gatto²

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, um novo marco jurídico para a proteção e reconhecimento da água como direito humano ganha forma e substância com três documentos principais: o Comentário Geral n° 15 ao *Pacto Internacional de Direitos Economicos, Sociais e Culturais*; a Resolução n. 64/292, de

1 Professora da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professora Associada à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Professora convidada dos Programas de Pós-graduação em Direito: *Direitos fundamentais e Democracia* – UNIBRASIL e *Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo* UNIA/UPO – Sevilha, Espanha. Coordenadora do *Centro Didattico Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali* – UNISALENTO, Itália. Coordenadora do Núcleo de pesquisas em constitucionalismo contemporâneo, internacionalização e cooperação – CONSTITINTER, FURB. Pesquisadora do *Centro di Ricerca sulle Istituzioni Europee* – CRIE/UNISOB, Itália; do *Institut International d'Etudes et Recherches sur les Biens Communs* – IIERBC, França; do *Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional* – NUPECONST/UNIBRASIL. Orientadora do Grupo de Estudos “O patrimônio comum do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina” – ABDConst/FURB. Pesquisadora dos Projetos “*Rede Guarani/ Serra Geral*” e “*Águas, direito humano à água potável e ao saneamento básico nos Países da UNASUL: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns*”, CNPq, Brasil.

2 Graduação em Economia e Direito e especialização em *Economia e Commercio* na Faculdade de *Scienze dell'Economia*, Università degli Studi di Napoli Federico II, Nápoles – Itália. Bolsista Socrates Erasmus *Université Montpellier I “Richter”: Sciences Economiques, Administration et Droit A&D*, *Institut de Management ISEM*; *Université Montpellier III: Sciences Humaines*. Bolsista *National Science Council of Taiwan: National Taiwan University, College of Social Sciences*; *National Cheng-Chi University, Institute of Development Studies*. Bolsista de intercâmbio *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e Ricerca: Università degli Studi di Napoli Federico II* e Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador visitante no âmbito do Acordo de Cooperação Acadêmica entre a Universidade Federico II e a Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

28 de julho de 2010, da Assembléia Geral das Nações Unidas; e a Resolução n. 15/9 aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2010. E nesta direção, seguindo no sentido de reforçar a interpretação extensiva do direito à vida, a Resolução n. 18/1, de 12 de outubro de 2011, reconhece a água como um direito humano. A partir destes documentos o direito fundamental à água passa a ser reconhecido no âmbito internacional. Assim, a comunidade internacional expressamente assume o compromisso da sua promoção e tutela e chama os Estados em campo para a efetivação deste direito essencial para a vida em todas as suas manifestações³.

O direito fundamental à água também foi reconhecido no plano constitucional, no contexto das inovações aportadas para a teoria constitucional pelo “novo” constitucionalismo latinoamericano⁴, ou sul-americano ou andino, do qual a Constituição do Equador é emblemática ao conferir peculiar atenção ao tema dos direitos à água⁵ e consagrar expressamente que “*El derecho humano al agua es fundamental e*

3 No cenário internacional a conquista do direito humano à água tem como fundamento o paradigma dos direitos humanos coligados ao cenário de lutas pela salvaguarda da dignidade humana nas suas multifacetadas dimensões. Uma construção que se apoia no consolidado reconhecimento da indivisibilidade dos direitos humanos como conjunto de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, direcionados à satisfação das necessidades humanas concretas. Neste cenário, o direito humano à água também pode ser compreendido como um resultado do debate internacional e transnacional, e da mobilização social, cultural e política, sobre a necessidade de uma abordagem integrada aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável. A propósito e para aprofundamentos, consultar WOLKMER, Maria de Fátima S. e MELO, Milena Petters. “*O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional*” in BRAVO, Alvaro Sánchez. *Agua e derechos humanos*. Sevilla, Espanha: ArCiBel Editores, 2012, pp. 485-404; e WOLKMER, Maria de Fátima. *O novo direito humano à água*, in WOLKMER, Antonio Carlos & LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os Novos Direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 185-218. Especificamente sobre a compreensão de uma abordagem integrada aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável v. MELO, Milena Petters *Cultural Heritage preservation and environmental sustainability: sustainable development, human rights and citizenship*, in Klaus Mathis (ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Heidelberg-London-NewYork: Springer, 2011, pp. 138-161.

4 Sobre este tema, v. WOLKMER, Antonio Carlos ; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima. *O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina*. INTERthesis (Florianópolis), v. 9, p. 51-69, 2012.

5 A Constituição do Equador confere peculiar atenção ao tema dos direitos à água, em seu Título II “Direitos” e no Título VII “Regime do bem viver”. No Título II, no Capítulo segundo, dos “Direitos do bem viver”, trata na primeira seção sobre “Água e alimentação”. Também no Título VII “Regime de bem viver”, no Capítulo segundo, trata em sua sexta seção sobre água. Segundo a redação do artigo 411 o Estado garantirá a conservação, recuperação e manejo integral dos recursos hídricos, bacias hidrográficas e o fluxo associado ao ciclo hidrológico ecológico. Será regulada

*irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida*⁶ (Art. 12).

No marco do “novo” constitucionalismo latinoamericano e da cosmovisão andina, a questão da fruição do direito fundamental à água cresce em complexidade e implica enfrentar de modo original enormes desafios, que seguem no sentido da promoção de um modelo de Estado de *Bem viver*, assentado na cidadania plural, que assume o controle estratégico dos recursos hídricos, garantindo água para todos os setores da sociedade e para a manutenção dos ciclos vitais da natureza. Neste contexto, dentre outros desafios, a tutela do direito fundamental à água coloca a necessidade de restaurar os conhecimentos tradicionais e potencializar as diferentes formas de saber, que coexistem na sociedade, para a promoção de modelos eficientes e justos de gestão, que salvaguardem as fontes e os cursos de água, envolvendo diretamente a cidadania no governo democrático. Um outro desafio contundente, que se impõe neste novo paradigma, relaciona-se com a necessidade de superar o modelo disjuntivo e redutor de desenvolvimento econômico, que considera os cursos hídricos, os rios, o mar, os lagos e lagoas, o destino privilegiado dos dejetos humanos; e reconstruir, a partir da ética do cuidado, uma abordagem complexa para a realização do *bem viver*⁷.

Que estas inovações constitucionais sobre a tutela da água tenham sido concebidas justamente na América do Sul, conhecida também como “Continente das águas”⁸, que hospeda grande parte das reservas de água doce do planeta, casa de apenas 5% por cento da população mundial, não parece ser uma casualidade.

toda atividade que possa afetar a qualidade e a quantidade de água, e o equilíbrio dos ecossistemas, em especial as fontes e zonas de recarga de água. Além disso, a Constituição do Equador prescreve que a sustentabilidade dos ecossistemas e o consumo humano serão prioritários no uso e aproveitamento da água. Na redação do artigo 412, a autoridade encarregada da gestão da água será responsável pela sua regulação e controle. Esta autoridade deverá cooperar com os demais setores da sociedade e coordenar o manejo da água com um enfoque ecossistêmico.

6 Especificamente, no artigo 12, a água é reconhecida como um direito humano, fundamental e irrenunciável, constituindo um patrimônio nacional estratégico de uso público, inalienável, imprescritível, impenhorável, e essencial para a vida.

7 Cf. WOLKMER & MELO, *O direito fundamental à água...*, *op. cit.*, p. 401.

8 O uso da bela expressão “Continente das águas” para denominar a área territorial sul-americana, a partir de uma separação indizida também por um curso de água, o Canal do Panamá, é de autoria de Tiago Angelo, o *Tiáguas*, segundo este especialista na temática da água, ainda que não seja possível medir com exatidão o montante destas reservas, pode-se fazer uma projeção que leva a considerar que aproximadamente 40 % da água potável do planeta se encontra neste continente. Cf. TIÁGUAS, *O ser das águas*, Conferência apresentada na Reunião temática *Água e direitos humanos nos países* da UNASUL, realizada em Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, PPGD-CCJ, 22-23/03/2012.

Ao mesmo tempo, apresenta-se alentador o fato de que exatamente as populações guardiãs deste patrimônio natural da humanidade tenham se conscientizado sobre a importância deste bem fundamental para a vida, a água, e tenham assumido com determinação a responsabilidade de sua salvaguarda.

Assim, se por um lado o direito fundamental à água se estende à humanidade, por outro lado, o seu governo é indiscutivelmente prerrogativa da soberania do Estado. Esta ambivalência é uma característica geralmente associada aos bens e recursos comuns e aos interrogativos postos para a sua tutela e para a resolução dos conflitos inerentes à preservação, à promoção e ao acesso concreto a estes bens e recursos, seu uso e fruição efetivos.

Tomando em consideração estas premissas, o objetivo deste artigo é contribuir para o diálogo sobre a governança democrática da água e o governo dos bens comuns no quadro da tutela dos direitos fundamentais e da sustentabilidade sócio-ambiental, relacionando observações provenientes das disciplinas jurídica e econômica, ao fim de oferecer subsídios teóricos para uma reflexão crítica sobre estes temas, a partir de duas contribuições teóricas principais, concebidas, respectivamente, por Elinor Ostrom e Alberto Lucarelli⁹. O artigo, portanto, divide-se em duas partes: I. Bens comuns: tragédia ou oportunidade? II. Do “público” ao “comum”.

Em efeito, quando se trata de interesses conflitantes em relação aos recursos e bens comuns as soluções geralmente foram conduzidas na bifurcação entre regulação pública ou privatização do recurso. A Elinor Ostrom – primeira mulher a receber o Prémio Nobel da Economia, em 2009 – deve-se a criação de uma terceira via: através de instituições cooperativas *ad hoc*, caracterizadas por serem organizadas e governadas pelos próprios utilizadores; a auto-organização dos grupos se apresenta, desta forma, como solução inovadora para resolver os problemas concernentes aos bens comuns.

Neste sentido, o impacto da teoria de Elinor Ostrom – na qual se concentra a primeira parte deste artigo – foi considerado por muitos vértices revolucionário, posto que subverteu as aquisições convencionais em mérito à gestão dos bens comuns, demonstrando que os recursos comuns podem ser geridos com sucesso pelos próprios utilizadores. Ventilando soluções alternativas à claustrofóbica dicotomia privatização-nacionalização, Ostrom opta pelo autogoverno dos bens comuns que,

⁹ Uma articulação teórica convergente às tese de Lucarelli, mas com peculiaridades específicas em relação à teria dos bens comuns, e que se apresenta como uma leitura interessante e profícua para a compreensão da água no quadro dos bens comuns é a recém publicada monografia de Renato Briganti *Il diritto all'acqua: tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

segundo a autora, atinge melhores resultados do que quando são objeto de regulamentação externa e de gestão pelos governos ou pelas empresas. Pela atenção atribuída aos recursos naturais, sua obra contribuiu fecundamente para consolidar as bases da economia ecológica e se tornou central nos debates sobre a proteção ambiental.

A partir do estudo de casos práticos sobre a governança de recursos e bens comuns, Elinor Ostrom elaborou um conjunto de princípios e regras para a governança da propriedade coletiva, desenhando um sistema de gestão por parte da comunidade de utilizadores, ao escopo de evitar a sobre-exploração e o uso exaustivo dos recursos comuns, definindo, assim, os vetores de ações e hábitos que servem de medida cautelar ao risco de escassez – e que para os objetivos do presente estudo se revelam significativos, especialmente no que concerne a gestão da água como bem comum no quadro da governança democrática.

Além da governança democrática, o reconhecimento da água como direito fundamental e bem comum envolve também escolhas efetivas de governo, por parte do sujeito público, tanto no plano das políticas públicas internas, direta ou indiretamente relacionadas com a água – que tocam inexoravelmente o tema do modelo de desenvolvimento promovido e regulamentado pelo Estado – quanto na gestão das áreas transfronteiriças, na mediação de conflitos e na cooperação no plano regional, internacional ou transnacional¹⁰.

Nesta direção, para a proteção dos bens comuns, no quadro impulsionado pela hegemonia econômica globalizada – que sobrepõe suas regras às regulamentações dos diferentes Estados e gera fragmentação do interesse público e privatização dos bens públicos –, demonstra-se sempre mais evidente a necessidade de construir uma nova forma de Direito Público, capaz de abarcar as novas categorias jurídicas, econômicas e sociais, de modo a ultrapassar a relação *dominus-bem*, ou representá-la em condições diferentes.

Em efeito, as flexibilizações impulsionadas pelo *new public management* em diferentes países, redefiniram, na prática, os confins do espaço público e privado, criando uma ampla zona de indiferenciação e transferências de alto risco para a tutela dos direitos fundamentais, num caminho de mão dupla: por um lado a transferência de bens públicos para a satisfação de exigências privatísticas de ordem econômica; por outro lado a importação de regras econômicas e a paulatina introjeção das técnicas e princípios da gestão empresarial no setor da administração pública. Este

10 Sobre a governança da água e as interações no plano “glocal”, v. WOLKMER, Maria de Fátima S. e MELO, Milena Petters. “*Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos. Governança democrática na crescente interdependência global*” in BRAVO, Alvaro Sánchez (org.) *Sostenibilidad Ambiental Urbana*. Sevilla: ArCiBel Editores, 2012, v. , p. 515-557.

processo degenerativo, que coloca em segundo plano a normatividade do Direito Constitucional e Administrativo, levou alguns autores a falar da revogação tácita da Constituição e do fim do Estado de bem-estar como foi conhecido na Europa a partir da segunda metade do século XX, através da passagem *da forma Estado à forma mercado*¹¹.

Assim, para completar o quadro de reflexões sobre a governança democrática dos bens comuns, e, no caso do objeto específico deste trabalho da água como bem comum, no sentido de uma governança que não se contrapõe ao Estado, nem se afasta das garantias do constitucionalismo democrático, mas busca sinergias entre os diferentes atores engajáveis na proteção dos bens comuns, pautadas na inclusão, participação e responsabilização destes atores, apresenta-se profícua a proposta lançada por Alberto Lucarelli no sentido de ultrapassar dicotomias e semânticas arcaicas e impulsionar a passagem “do público ao comum”, através de uma nova forma de Direito Público¹². Temática à qual se destina a segunda parte do presente estudo.

2. BENS COMUNS: TRAGÉDIA OU OPORTUNIDADE?

No final da década de 1960, Garrett Hardin publicou o artigo que se tornou célebre em mérito aos bens comuns – *The Tragedy of the Commons*¹³ – no qual sustentava que os utilizadores de um bem comum ficam aprisionados em um sistema fatalista, na medida em que a degradação dos recursos naturais, dos quais dependem, é uma consequência inevitável.

Na tese de Hardin, que conquistou muitos seguidores, o processo de utilização dos recursos comuns culminaria, inexoravelmente, na destruição dos mesmos. Nesta perspectiva, conforme este autor, o problema ambiental resulta de dois fatores derivados da atividade humana: 1. O crescimento da população, que culminará no consumo excessivo dos recursos naturais; 2. A forma com que os seres humanos se organizam para extrair e explorar estes mesmos recursos. Para Hardin a tragédia dos bens comuns se insere, necessariamente, em duas formas de organização: o regime centralizado pelo Estado (nacionalização) e o regime concentrado na propriedade

11 A propósito e para aprofundamentos, consultar AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.

12 LUCARELLI, Alberto. “Du public au commun. Dentro ed oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni”, in *Rivista IL TETTO*, Università di Napoli Federico II, Nápoles, 1-2011.

13 HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons in Science*, New Series, vol. 162, Dec. 13, 1968, pp. 1243-1248.

privada (privatização). E, desde então, estas duas alternativas parecem ter sido as únicas vislumbradas pelo modelo dominante, tanto no horizonte jurídico e econômico, quanto do ponto de vista político.

Elinor Ostrom, primeira mulher a receber o Prêmio Nobel da Economia, em 2009, desafiou a teoria de Garrett Hardin apresentando uma nova forma e elaborando novas fórmulas para a gestão dos recursos comuns, dando protagonismo à comunidade de usuários e primando pela sustentabilidade sócio-ambiental.

Seguindo uma trilha diametralmente oposta a Hardin, Ostrom buscou demonstrar que um conjunto de bens comuns destinados a vários indivíduos não está fatalmente destinado à escassez, ao desperdício ou à má gestão por parte dos seus utilizadores, e que a privatização ou a regulamentação por entidades externas não são as únicas alternativas, nem as soluções mais eficientes, para a gestão sustentável dos recursos.

Ostrom desenvolveu a teoria do “*Common pool resource*”¹⁴ a partir do estudo de casos específicos, elencando experiências empíricas de populações que obtiveram sucesso na gestão de recursos comuns. Conforme a autora, os resultados, neste tipo de gestão, são mais eficientes e inusitados se comparados com a previsão do modelo de Hardin, observando que nestas comunidades o comportamento dos agentes distancia-se do egoísmo e individualismo apresentados, fatalisticamente, na abordagem do mesmo autor.

Contrariando a visão dominante, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico, de que a gestão direta dos bens comuns pela multiplicidade dos seus usuários e beneficiários é via de regra ineficiente e que, portanto, estes bens devem estar submetidos ao controle estatal ou serem privatizados, Elinor Ostrom defendeu a tese de que patrimônios coletivos, como florestas, áreas agrícolas e outros recursos naturais, podem ser bem administrados pelos diretos interessados, através da cooperação entre indivíduos e associações que controlam a propriedade comunitária. Conforme a autora norte-americana, as associações acabam desenvolvendo mecanismos sofisticados para a tomada de decisões, criando regras próprias para a solução dos conflitos de interesse entre os membros da comunidade.

Na obra de Ostrom, o termo *common pool resources* indica os recursos naturais utilizados em comum por indivíduos e/ou grupos. A autora cita como exemplos o direito de pesca, os sistemas de irrigação, os cursos de água, sujeitos a uso exaustivo, em razão dos interesses individuais. Quando se trata de interesses conflitantes em relação

14 A propósito e para aprofundamentos, v. OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Institutional Analysis and Common-Pool Resources in Rules, games, and common-pool resources*. The University of Michigan Press, 1994.

a estes recursos as soluções geralmente foram conduzidas na bifurcação entre regulação pública ou privatização do recurso. A Ostrom se deve a criação de uma terceira via: através de instituições cooperativas *ad hoc*, caracterizadas por serem organizadas e governadas pelos próprios utilizadores. Os grupos se apresentam, desta forma, como solução inovadora para resolver os problemas concernentes aos bens comuns.

Neste sentido, o impacto da teoria de Elinor Ostrom foi considerado por muito vértices revolucionário, posto que subverteu as aquisições convencionais em mérito à gestão dos bens comuns, demonstrando que os recursos comuns podem ser geridos com sucesso pelos próprios utilizadores. Ventilando soluções alternativas à claustrofóbica dicotomia privatização-nacionalização, Ostrom optava pelo auto-governo dos bens comuns que, segundo a autora, atinge melhores resultados do que quando são objeto de regulamentação externa e de gestão pelos governos ou pelas empresas. Pela atenção atribuída aos recursos naturais sua obra se tornou central nos debates sobre a proteção ambiental.

A originalidade da contribuição de Ostrom também se encontra na compreensão das condições de possibilidade de auto-governo que está, em parte, na natureza do seu argumento institucionalista. A autora parte de uma distinção dos direitos de propriedade e das regras pertinentes, ou seja, aquelas usadas para criar e fazer cumprir os direitos de propriedade, e sublinha que os direitos de propriedade e as respectivas regras informam nossa percepção dos problemas de degradação dos recursos e, de consequência, as prescrições para resolver os referidos problemas. Por isso a autora focaliza, primeiro, o direito estabelecido no nível operacional, por meio do qual se pode assegurar o acesso físico ao bem e aos seus frutos; e, depois, o direito formalizado no nível da escolha social, por meio do qual se assegura a participação na definição dos direitos futuros.¹⁵

E, apoiada nesta constatação, ancora sua fundamentação do auto-governo num duplo exercício dos direitos subjetivos estabelecidos no âmbito da propriedade:

15 SCHALAGER, Edella & OSTROM, Elinor. "Property Rights and Coastal Fisheries: An empirical analysis", in MCGINNIS, Michael Dean (Ed.). *Polycentric governance and development: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional analysis Materials in Landscape Architecture and Site Design Series)* University of Michigan Press, 1999, pp. 87-89, *apud* ACOFORADO, Ihering Guedes. "Elinor Ostrom e a economia ecológica: uma nota" in *Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica*. Edição especial *Elinor Ostrom: um toque feminino*, n° 21, maio-agosto de 2009 (pp. 13-18), p. 18. Sobre a "escolha pública", v. OSTROM, Vincent & OSTROM, Elinor. *Developing a Framework for the Analysis of Institutions. Public Choice: A Different Approach to the Study of Public Administration*. In: MCGINNIS, Michael Dean (Ed). *Polycentric Games and Institutions: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*. University of Michigan Press, 2000, pp. 34-55.

por um lado o direito ao acesso físico e aos frutos dos recursos naturais; e, por outro lado, o direito a definir os direitos futuros de acesso físico e aos frutos adequados às novas realidades futuras.

Como observa Ihering Guedes Acoforado, esta democratização radical dos direitos de propriedade que se encontra na base do *approach* e do *framework* de Elinor Ostrom, em conjunção com os jogos policêntricos e a sua modelagem do processo político em múltiplas escalas inseridas no seu *framework* configuram as condições de possibilidade de não só analisar esta transição na direção a uma *Economia Ecológica*, mas também de configurar a própria *Economia Ecológica*.¹⁶

A partir do estudo de casos práticos sobre a governança de recursos de bens comuns, Elinor Ostrom elaborou um conjunto de princípios e regras para a governança da propriedade coletiva, desenhando um sistema de gestão de bens comuns por parte da comunidade de utilizadores, ao escopo de evitar a sobre-exploração e o uso exaustivo dos recursos comuns, definindo, assim, os vetores de ações e hábitos que servem de medida cautelar ao risco de escassez.

Segundo a autora,¹⁷ os oito princípios necessários para garantir a gestão otimizada dos recursos comuns são: 1. Delimitação clara dos recursos/bens comuns e dos seus utilizadores; 2. Regras de utilização e gestão definidas a partir da adequação ao contexto de referência, considerando aspectos e variantes como época, espaço, tecnologias disponíveis, quantidade de recursos disponíveis, entre outras peculiaridades locais; 3. Os utilizadores e beneficiários diretos devem poder participar do processo de definição e adaptação das próprias regras, estabelecendo acordos coletivos vinculantes; 4. Os fluxos de benefícios proporcionados pela gestão comum devem ser proporcionais aos custos de utilização; 5. As regras da comunidade devem ser reconhecidas e respeitadas pelas autoridades externas; 6. A monitoragem deve ser uma prática contínua e as regras estabelecidas devem ser respeitadas por todos os utilizadores, com penalizações para os transgressores; 7. Deve ser facilitado o acesso a meios de resolução de conflitos, os membros da comunidade devem dispor do sistema de resolução de conflitos que considere conveniente; 8. As atividades se estruturam em rede – apropriação, conservação, monitoramento e sistema sancionatório, resolução dos conflitos e outras atividades de *governance* – através de uma conexão na gestão de recursos de menor escala com os de maior escala, partindo do particular para o geral.

16 ACOFORADO, Ihering Guedes, *op.cit.*, p. 18.

17 OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. Indiana University: University Press, 1990, pp. 90-102.

Em um trabalho publicado em 2001, Elinor Ostrom e Margaret McKean definiram o que são regimes de propriedade comum. Conforme as autoras, “propriedade comum” ou “regime de propriedade comum” refere-se aos arranjos de direitos de propriedade nos quais grupos de usuários compartilham direitos e responsabilidades sobre os recursos; o termo “propriedade” se relaciona com instituições sociais e não com as qualidades naturais ou físicas inerentes aos recursos.¹⁸

Nesta perspectiva, o “regime de propriedade comum” se constitui sobre recursos de acesso comum, que passam a ser regulados por um grupo de forma coletiva, com regras de manejo de inclusão e exclusão de usuários, atingindo áreas florestais, pesqueiras, hidrográficas, em várias regiões do planeta.¹⁹

Seguindo contra-corrente em relação às reformulações promovidas pela *regulation* de base econômica que impera nos processos de globalização, Elinor Ostrom estabeleceu duas contraposições importantes. Em primeiro lugar, negou, teórica e empiricamente, que os problemas vinculados à insustentabilidade ambiental fossem mecanicamente oriundos das formas de uso comum da natureza praticadas por pescadores, camponeses ou povos dedicados ao extrativismo florestal – em síntese, o que alguns categorizam como “populações tradicionais”. Em segundo, revelou que os “regimes de propriedade comum”, que datam de tempos remotos das antigas organizações sociais, têm ocupado papel de destaque no uso sustentável da natureza em nossos dias – naquele mesmo sentido em que, seguindo um percurso teórico que parte de premissas bem distintas, Boaventura de Sousa Santos destaca a “necessidade de aprender com o sul”.²⁰

Conforme Ostrom e McKean:²¹

Se a humanidade depende da máxima exploração sustentável oferecida por um sistema de recursos, torna-se essencial um mútuo, cuidadoso e bem sintonizado uso dos mesmos.

18 OSTROM, Elinor; McKEAN, Margaret. *Regimes de propriedade comum em florestas: somente uma relíquia do passado?* In: DIEGUES, Antonio Carlos; MOREIRA, André de Castro (Org.). *Espaços e recursos naturais de uso comum*. São Paulo: Nupaub- USP, 2001 (pp. 79-95), p. 80, *apud* RAMALHO, Cristiano. *Páginas da resistência: os escritos de Elinor Ostrom in Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica*. Edição especial *Elinor Ostrom: um toque feminino*. Nº 21, maio-agosto de 2009 (pp. 9-12), p. 11.

19 OSTROM, Elinor; TUCKER, Catherine. *Pesquisa multidisciplinar relacionando instituições e transformações florestais* in MORAN, Emilio e OSTROM, Elinor (Org.). *Ecossistemas florestais: interações homem-ambiente*. São Paulo: Editora Senac; Edusp, 2009 (pp. 109-138), p. 135.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 1999.

21 OSTROM, Elinor; McKEAN, Margaret, *op. cit.*, p. 86.

Regimes de propriedade comum são, essencialmente, maneiras de institucionalizar e orquestrar esse tipo de sintonia fina no uso de sistemas de recursos, quando estes são pressionados em direção a seus limites.

E, como observa Cristiano Ramalho,²² por conta disso tudo, os escritos de Ostrom são também um encontro com as formas de resistência das populações tradicionais, especialmente no que diz respeito à defesa de seus territórios ancestrais de morada e/ou trabalho.

Suas obras ecoam na academia como um forte e consistente sopro de qualidade e de resistência intelectual, que agrega construções teórico-metodológicas inovadoras e diálogos íntimos e profícuos com os modos de vida e, portanto, de manejos tradicionais sustentáveis praticados por pescadores, camponeses e povos da floresta no mundo.²³

Os estudos e pesquisas desenvolvidos por Elinor Ostrom, revelam uma conclusão muito interessante: desde que o conjunto de princípios e regras de uso dos recursos comuns estejam bem definidos, compartilhados e respeitados por todos, consegue-se evitar a sobre-exploração dos bens comuns. Nesta perspectiva, a autora retoma as origens da gestão comunitária e do ideal de cooperação, numa abordagem que reforça a solidariedade e a cooperação, para alcançar o bem-estar social da comunidade. Assim, as teses de Ostrom foram enquadradas no domínio da equidade, da cooperação e da boa governança.²⁴

Contudo, pautando-se na apologia do auto-governo e privilegiando uma abordagem notadamente marcada pelo individualismo e pragmatismo tipicamente norteamericanos, a autora não mascara a desconfiança em relação às prestações estatais, característica do liberalismo de corte anglo-saxão. As soluções apresentadas seguem no sentido de considerar a multiplicidade dos atores, criando um sistema que consinta o pleno envolvimento destes no processo decisional, mas a própria autora

22 C. RAMALHO, *op. cit.*, p. 11.

23 *Idem ibidem*.

24 Para aprofundamentos, v. dois textos publicados mais recentemente: OSTROM, Elinor; VANWEY, Leah; MERETSKY, Vicky. *Teorias subjacentes ao estudo das interações homem-ambiente*. In: MORAN, Emilio; OSTROM, Elinor (Org.). *Ecosistemas florestais: interações homem-ambiente*. São Paulo: Editora Senac/Edusp, 2009. p. 41-81. OSTROM, Elinor. *The Governance Challenge: Matching institutions to the structure of social-ecological systems*. In LEVIN, Simon, (Ed) *The Princeton Guide to Ecology*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

reconhece que a ação coletiva necessita, todavia, de coordenação e de medidas apropriadas para a preservação ambiental, dada a heterogeneidade dos grupos.

Neste ponto se revela a fragilidade das teses de Ostrom. E é por isso que, sem querer desmerecer a contribuição desta autora, que, sem sombra de dúvida, revelou-se profundamente fecunda para consolidar as bases da economia ecológica, torna-se necessário destacar que, no enquadramento da água como direito fundamental e bem comum, o Estado é um sujeito engajável, senão imprescindível certamente oportuno, no sentido de assegurar a tutela, proteção e promoção dos direitos à água, bem como da garantia do efetivo acesso ao bem tutelado, através do uso sustentável deste recurso, fundamental a todas as formas de vida e a todos os setores da produção sócio-econômica.

Assim, para completar o quadro de reflexões sobre a governança democrática dos bens comuns, e, no caso do objeto específico deste trabalho da água como bem comum, no sentido de uma governança que não se contrapõe ao Estado, nem se afasta das garantias do constitucionalismo democrático, mas busca sinergias entre os diferentes atores engajáveis na proteção dos bens comuns, pautadas na inclusão, participação e responsabilização destes atores, considera-se profícua a proposta lançada por Alberto Lucarelli no sentido de ultrapassar dicotomias e semânticas arcaicas e impulsionar a passagem “do público ao comum”, através de uma nova forma de Direito Público.

3. DO “PÚBLICO” AO “COMUM”

Hodiernamente, no quadro de fragmentação do interesse público e de privatização dos bens públicos, demonstra-se sempre mais evidente a necessidade de construir uma nova forma de Direito Público, capaz de abarcar as novas categorias jurídicas, econômicas e sociais, de modo a ultrapassar a relação *dominus-bem*, ou representá-la em condições diferentes. Nesta perspectiva, como reação aos processos degenerativos do espaço público e dos bens comuns – processos viabilizados também pela irresponsabilidade do sujeito público e por questionáveis opções do governo na Europa e na Itália –, Alberto Lucarelli propõem um percurso na direção “do público ao comum”.²⁵

Neste sentido, segundo o autor, é necessário, antes de tudo, imaginar uma nova forma de Direito Público que tutele e valorize os bens funcionais à efetiva tutela

25 LUCARELLI, *Du public au commun. Dentro ed oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni* in *Rivista IL TETTO*, Università di Napoli Federico II, Nápoles, 1-2011

dos direitos fundamentais, bens coletivos e sociais, indo além das dicotomias público-privado e propriedade-gestão. Numa direção convergente com os fenômenos que ganham espaço a partir da cidadania ativa e da participação democrática de base, através dos quais busca-se direcionar as escolhas públicas na direção de formas de conservação dos bens considerados essenciais à satisfação das necessidades fundamentais de existência, subtraindo-lhes à tendência de depauperamento que deriva da gestão avulsa da sua destinação originária.

Fenômenos de base, expressões de conflitos, propostas, controles, estes são alguns sinais que Lucarelli destaca no fronte da mobilização social, alerta em relação às reiteradas tentativas de subtrair ao espaço público, e portanto aos cidadãos, os bens cuja disponibilidade é funcional à efetividade dos direitos fundamentais.

Esta questão foi enfrentada, sob um outro enfoque, talvez complementar, na ótica das intervenções de consolidação e ampliação do regime publicístico que deveria governar estes bens, uma tentativa particularmente interessante realizada pela Comissão Rodotà,²⁶ que nasceu de uma visão crítica do tradicional regime codicístico dos bens públicos na Itália. Uma visão crítica, portanto, do regime jurídico que se demonstrou superado e insuficiente para contrastar as operações de transferência dos bens públicos à satisfação de exigências privatísticas, na trilha da tendência que se tornou hegemônica nos últimos anos – não só na Itália, como também nos principais países da União Européia e nas diretrizes da UE – fundada na ótica econômica da eficiência lucrativa e do *new public management*, transportando técnica e princípios da gestão empresarial para a administração e gestão da coisa pública.²⁷

26 Lucarelli, na obra citada, faz referência à Comissão Rodotà, designada pelo governo Prodi para modificar a parte do Código Civil italiano relativa à propriedade pública. A proposta de modificações apresentada pela Comissão em 2008 previa uma revolucionária leitura dos bens públicos: antindivualista e antidomínial e, sobretudo, pela primeira vez introduzia a noção jurídica de bem comum.

27 Para um estudo articulado sobre as principais tendências atuais da Administração Pública e uma visão crítica sobre as flexibilizações impulsionadas pelo *new public management*, consultar DENHARDT, Robert B. *Teorias da administração pública*. São Paulo: Cengage Learning, 2012. O “*new public management*”, que começa a ganhar corpo na era Regan-Tacher, foi articulado em termos teóricos, ganhando espaço no debate sobre as reformas da Administração Pública em diferentes partes do globo, com a obra de OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. ed. Brasília, DF: MH Comunicação, 1995. Para uma visão crítica sobre esta mesma temática no contexto brasileiro hodierno consultar PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma Nova Gestão Pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. Especificamente no que tange os referenciais teóricos relacionados com a governança pública, o trabalho e articulação em redes, consultar BRAUN NETO, Jorge; GÖHRING, Larissa Berner. *A Coprodução do Bem Público em Praxis: o caso CAS/AEBAS*.

Como observa Alberto Lucarelli, seguindo a cartilha das novas disciplinas da *law and economics* e do *new public management* a entrada do sujeito público na arena mercantil – através de sociedades por ações públicas ou mistas e por meio de atos sempre mais contaminados pelo direito privado e societário, e escolhas que orientaram serviços e bens públicos na direção do lucro – desconsiderou aquela parte da Constituição italiana que desenhava o Estado como expressão e instrumento da coletividade, e não de grupos particulares. Este processo degenerativo gerou na Itália um sinistro entrelaçamento público-privado, que tornou difícil a identificação das recíprocas responsabilidades, deslocando para zonas cinzentas a satisfação dos interesses públicos e gerais, favorecendo fenômenos de ilegalidade difusa na Administração Pública.

As flexibilizações impulsionadas pelo *new public management*, redefiniram, na prática, os confins do espaço público e privado, criando uma ampla zona de indiferenciação e transferências de alto risco para a tutela dos direitos fundamentais, num caminho de mão dupla: por um lado a transferências de bens públicos para a satisfação de exigências privatísticas de ordem econômica; por outro lado a importação de regras econômicas e a paulatina introjeção das técnicas e princípios da gestão empresarial no setor da administração pública. Este processo degenerativo, que coloca em segundo plano a normatividade do Direito Constitucional e Administrativo, levou alguns autores a falar da revogação tácita da Constituição e do fim do Estado de bem-estar como foi conhecido na segunda metade do século XX, através da passagem da “forma Estado à forma mercado”.²⁸

Buscando confrontar o depauperamento do Estado de bem-estar social e reconduzir as escolhas de governo à tutela dos direitos fundamentais e aos princípios da democracia social contemplados na Constituição italiana, o trabalho e a proposta da Comissão Rodotà, depois desconsiderados pelo governo Berlusconi, em efeito, foram além da proposta de modificar o regime civilístico dos bens públicos, propondo uma categoria nova e diferente: a categoria “bens comuns”, cuja titularidade é reconduzida à coletividade e cuja disciplina dever-se-ia fundar sobre alguns princípios fundamentais que remontam substancialmente à idéia da sua indisponibilidade de

IV Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social. Lavras: Anais Eletrônicos, 2010. Para reflexões sobre as relações entre governança democrática e desenvolvimento, v. MCGINNIS, Michael Dean (Ed.). *Polycentric governance and development: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional analysis Materials in Landscape Architecture and Site Design Series)* University of Michigan Press, 1999, pp. 166-185; e OSTROM, Vincent; FEENY David; PITCH Hartmut (Ed). *Rethinking institutional analysis and development: issues, alternatives, and choices*. ICS Press, 1993.

28 A propósito consultar AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma stato alla forma mercato*. Torino: Giapichelli, 2008.

fundo, exatamente porque os bens comuns constituem a bagagem fundamental e inamovível para satisfação das necessidades primárias de qualquer pessoa.

Na proposta de um novo Direito Público, lançada por Alberto Lucarelli, ultrapassar os limites do Direito Público social, ancorado nas superadas dicotomias “*democracia da representação X democracia da participação*” e “*propriedade pública X propriedade privada*” significa, antes de tudo, tomar em consideração força e vontade para completar o percurso de democratização no plano da efetividade; significa que a única e verdadeira grande reforma é “fazer viver” aquelas partes da Constituição²⁹ inaplicadas, negligenciadas, violadas. A idéia, portanto, é olhar os bens públicos e os bens comuns, não apenas como satisfação dos interesses do *dominus*, mas, sobretudo, na sua concreta capacidade de ampliar faixas de utilidade coletiva. “Atuar partes da Constituição para ir além da Constituição”, conforme o autor, significa ter a vontade de atuar o Direito Público social, mas significa também imaginar outras estradas e novos espaços do público, ampliar as esferas da responsabilidade – que neste contexto são responsabilidades difusas – em relação ao domínio do sujeito institucional público; significa imaginar para alguns bens a passagem “*do público ao comum*”.

Em relação ao cenário italiano, Lucarelli observa que:

Nella nostra Costituzione il rapporto funzionale bene-diritti fondamentali è stato disatteso, o comunque è stato distrattamente affrontato; bisogna invece ripartire da tale rapporto con la consapevolezza che la protezione dei diritti fondamentali sia strettamente connessa al governo dei beni comuni, dei beni sovrani, dei beni sociali, al di là della natura giuridica della proprietà, sia essa collettiva, pubblica o privata.³⁰

29 Lucarelli faz referência à Constituição italiana de 1948, mas a observação se enquadra perfeitamente no cenário brasileiro e no contexto das novas tendências do constitucionalismo latinoamericano, onde a distância entre os direitos fundamentais contemplados nos textos constitucionais e os direitos efetivamente concretizados no sentido de garantir materialmente o acesso aos bens tutelados, é ainda significativamente ampla.

30 “Na nossa Constituição a relação funcional bem-direitos fundamentais é marcada pela desatenção ou, poderia-se dizer, tem sido afrontada distraidamente. É necessário recomençar a partir desta relação com a consciência de que a proteção dos direitos fundamentais está estreitamente conexa ao governo dos bens comuns, dos bens soberanos, dos bens sociais, indo além da natureza jurídica da propriedade, seja esta coletiva, pública ou privada”. Cf. LUCARELLI, Alberto, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un’occasione perduta?* In.: U. MATTEI, U. REVIGLIO e S. RODOTÀ (Org.). *I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile*. Roma: Accademia Nazionale dei Licei, 2010, p. 85 e seguintes.

As reflexões oferecidas por Lucarelli pensando ao contexto italiano, revelam-se oportunas para o cenário europeu, que titubeia na tomada de decisões fundamentais de governo para a superação da crise econômica em ato, e se demonstram estimulantes para confrontar e acautelar os danos causados pela hegemonia da globalização econômica em diferentes partes do planeta. Uma mudança de direção na tutela dos direitos fundamentais, dos bens comuns e interesses coletivos e difusos, envolve a necessidade de criar sinergias entre os diferentes atores e setores da sociedade e a responsabilização dos mesmos.

Uma mudança de rumos, neste sentido, envolve a decisão de construir um direito público efetivo, capaz de regular “público” e “comum”, que saiba impedir ou neutralizar os abusos do sujeito público (o chamado “abuso do direito”, ou da burocracia) e as suas tendências negociais sobre bens coletivos e públicos. Um direito público que em mérito à gestão dos bens comuns e dos bens sociais, estreitamente funcionais à satisfação dos direitos sociais e não orientados ao mercado e ao lucro, saiba atribuir ao sujeito público as oportunas responsabilidades de gestão e de controle³¹. Enfim, a exigência, em mérito aos bens comuns, de um governo público participativo, que compreenda, portanto, a dimensão do “comum” compartilhado.

Em substância, a proposta de Lucarelli propugna por uma inversão de tendência, através da edificação de um direito público apto a se relacionar com uma nova categoria de bens comuns e com as novas categorias da participação democrática, ao fim de reconduzir os serviços públicos essenciais à tutela dos direitos fundamentais.

Un diritto pubblico partecipato che, anche in linea con l'art. 43 della Costituzione, che potrà costituire la *Grundnorm* del governo pubblico partecipato, sappia riproporre il grande discorso dei beni sociali e la sua ricaduta sui diritti, nonché sugli aspetti occupazionali, che riacquisti un ruolo centrale di indirizzo e di gestione in settori di primario interesse sociale quali la scuola, l'abitazione, la sanità, l'ambiente, la sicurezza sociale, la formazione professionale, i trasporti, l'assetto urbanistico, la difesa del suolo³².

31 A. LUCARELLI. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni, in *Quale Stato*, 3-4, 2007, pp. 87 e seguintes.

32 “Um direito público participativo que, também alinhado com o art. 43 da Constituição [italiana], poderá constituir a *Grundnorm* do governo público participativo, que saiba repropor o discurso dos bens sociais e o seu impacto sobre os direitos, e os aspectos trabalhistas, que reconquiste um papel central de direcionamento e de gestão em setores de interesse social primário, como a escola, a moradia, a saúde, o ambiente, a segurança social, a formação profissional, os transportes, a organização urbanística, a defesa da terra”. A. LUCARELLI, *Du public au commun*, *Op. cit.*, p.

Um direito público participativo, inclusivo, “democratizante da democracia”³³, consciente, portanto, do novo e amplo arquipélago de comitês, de movimentos, de associações representativas, de interesses gerais e antagonistas que, bem além das categorias dos *stakeholders*, procuram espaços na determinação dos processos decisoriais.

Nesta perspectiva, imaginar um direito público participativo, significa antes de tudo rever as dinâmicas dos processos decisoriais e evitar que fenômenos participativos democráticos se transformem em processos de cooptação, ou em aplicações ambíguas do princípio da subsidiariedade, entendido equivocadamente como instrumento para “descarregar” sobre os cidadãos as responsabilidades da gestão dos serviços públicos. Princípio que, além da vocação solidária, tenderia no seu íntimo a gerar formas de desigualdade também em relação aos territórios interessados.

Neste sentido, ir além do direito público social significa antes de tudo evitar que a participação nos processos instrutórios, decisoriais e de controle, seja domínio e monopólio de pequenos grupos ligados a partidos, sindicatos, associações de matriz religiosa, ou que, pior ainda, seja unicamente utilizado para esconder outros interesses. Além disso, esta nova forma de direito público social-participativa deve levar em conta a nova e deflagrante categoria da *cyberdemocracia*, ou seja, a emergência de novos espaços públicos nos quais todos podem expressar *on-line* a própria opinião, com a realização de fóruns e grupos de discussão permanentes, que fogem às tradicionais barreiras políticas e geográficas.

33 Sobre a democratização da democracia, no sentido de expandir a democratização de modo efetivo a setores mais amplos da vida social, consultar a obra que se tornou um clássico: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. E neste sentido, é oportuno sublinhar que, como observa J. J. Gomes Canotilho, a democratização da democracia exprime também o sentimento de irredutibilidade da democracia como forma de vida à chamada sociedade pluralista organizada. Não basta o reconhecimento da pluralização das demandas se os cidadãos permanecem afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos: “Daí a exigência de participação no controle das hierárquicas, opacas e antidemocráticas empresas; daí a exigência de participação nas estruturas de gestão dos estabelecimentos de ensino; daí a exigência de participação na imprensa e nos meios de comunicação social. Através do direito de participação garantir-se-ia o direito ao trabalho, a liberdade de ensino, a liberdade de imprensa. Concluindo: os direitos fundamentais adquiririam maior consistência se os próprios cidadãos participassem nas estruturas de decisão”; Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* (6ª ed. rev.). Coimbra: Almedina, 1993, p.546.

4. OBSERVAÇÕES FINAIS

Seguindo contra-corrente em relação às reformulações promovidas pela *regulation* de base econômica que impera nos processos de globalização e que prioriza o princípio da eficiência em detrimento da efetividade dos direitos individuais, coletivos e difusos, Elinor Ostrom estabeleceu duas contraposições importantes. Em primeiro lugar, negou, teórica e empiricamente, que os problemas vinculados à insustentabilidade ambiental fossem mecanicamente oriundos das formas de uso comum da natureza praticadas pelas chamadas “populações tradicionais”. Em segundo, revelou que os “regimes de propriedade comum”, que datam de tempos remotos das antigas organizações sociais, têm ocupado papel de destaque no uso sustentável da natureza em nossos dias, naquele mesmo sentido em que, seguindo um percurso teórico que parte de premissas bem distintas, Boaventura de Sousa Santos destaca a “necessidade de aprender com o sul”.

Neste direção de sentido, a valorização do saber das comunidades tradicionais e da contribuição das diferentes culturas para vislumbrar maiores e melhores oportunidades na criação de modelos de produção que primem pela sustentabilidade sócio-ambiental atenta à preservação dos bens comuns e dos ciclos regenerativos da natureza, é uma tendência que ganha sempre maior espaço no plano jurídico-formal, tendo sido positivada, protegida e promovida, em diferentes documentos internacionais, tanto na sede ONU quanto UE, e se apresenta como elemento caracterizante do chamado “novo constitucionalismo latinoamericano”³⁴. Existe, contudo, uma diferença fundamental na base das teorizações que ocasionaram estas evoluções normativas: na base das teorias da economia ecológica encontra-se a idéia da natureza como recurso econômico, mesmo quando afastado dos vínculos de titularidade da propriedade individual; na base do novo constitucionalismo latinoamericano a natureza é considerada uma entidade com direitos próprios, a *Pachamama*, *Madre Terra*, ou *Mãe natureza*, espaço onde se criam e se desenvolvem todas as formas de vida. Nesta diferenciação as modalidades de governo e gestão dos bens comuns partem de princípios divergentes, fundados respectivamente, por um lado na ética antropocêntrica (mesmo se coligada à uma visão ecológica); e por outro, em uma visão biocêntrica, na qual o homem não ocupa necessariamente uma posição hierárquica superior na teia da vida.

34 A propósito das tendências que permitem falar de um “novo” constitucionalismo latinoamericano v. MELO, Milena Petters. MELO, Milena Petters. *Neocostituzionalismo e nuevo constitucionalismo in America Latina*, in *Diritto Comparato ed Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012 – II, p. 342-354.

Como foi possível observar, os estudos e pesquisas desenvolvidos por Elinor Ostrom, revelam uma conclusão muito interessante: desde que o conjunto de princípios e regras de uso dos recursos comuns estejam bem definidos, compartilhados e respeitados por todos, consegue-se evitar a sobre-exploração dos bens comuns. Nesta perspectiva, a autora retoma as origens da gestão comunitária e do ideal de cooperação, numa abordagem que reforça a solidariedade e a cooperação, para alcançar o bem-estar social da comunidade, no âmbito da equidade e da boa governança. Contudo, pautando-se na apologia do auto-governo e privilegiando uma abordagem notadamente marcada pelo individualismo e pragmatismo, Elinor Ostrom não se desvincula da desconfiança em relação às prestações estatais, característica do liberalismo de corte anglosaxão. As soluções apresentadas nos seus estudos seguem no sentido de considerar a multiplicidade dos atores, criando um sistema que prime pelo pleno envolvimento destes atores no processo decisional, mas a própria autora reconhece que a ação coletiva necessita, todavia, de coordenação e de medidas apropriadas para a preservação ambiental, dada a heterogeneidade dos grupos. Neste ponto se destacou a fragilidade das teses de Ostrom para os fins deste trabalho. Não obstante a sua enorme contribuição para consolidar as bases da economia ecológica, é necessário reiterar que, no enquadramento da água como direito fundamental e bem comum, o Estado é um sujeito engajável, senão imprescindível certamente oportuno, no sentido de assegurar a tutela, proteção e promoção dos direitos à água, bem como da garantia do efetivo acesso ao bem tutelado, através do uso sustentável deste recurso, fundamental a todas as formas de vida e a todos os setores da produção sócio-econômica.

As reflexões oferecidas por Lucarelli pensando ao contexto italiano, apresentam-se proficuas também para o cenário europeu – que titubeia na tomada de decisões fundamentais de governo para a superação da crise econômica em ato – e se demonstram igualmente estimulantes para confrontar e acautelar os danos causados pela hegemonia da globalização econômica em diferentes partes do planeta. Uma mudança de direção na tutela dos direitos fundamentais, dos bens comuns e interesses coletivos e difusos, envolve a necessidade de criar sinergias entre os diferentes atores e setores da sociedade e a responsabilização dos mesmos. É neste sentido que a proposta lançada por Lucarelli, de um novo Direito Público, afasta-se da idéia de auto-governo defendida por Elinor Ostrom: existe uma diferença sutil, mas contundente, entre iniciativas espontâneas da sociedade civil e ações da sociedade civil organizada com base na defesa de direitos fundamentais e de bens comuns, que contam

com as garantias do Estado Democrático de Direito, suas instituições e estrutura, último “forte Apache” de defesa dos direitos sociais.³⁵

Enfim, a passagem *do público ao comum*, através do diálogo sinérgico entre os diferentes atores e setores da sociedade, não significa apenas redimensionar os espaços públicos, mas subtrair ao sujeito público o domínio autoritário de tais espaços, ao fim de garantir, com modalidades e finalidades mais democráticas, os direitos fundamentais dos cidadãos. Esta transformação, que se apresenta em consonância com os desafios colocados atualmente para a tutela do direito fundamental à água como prerrogativa das comunidades, poderá se realizar através de formas experimentais do governo público-participativo dos bens comuns.

O fato de que não existem caminhos prontos e estradas seguras para alcançar estes objetivos não significa que estes não sejam percorriáveis. Como observava Mario Quintana, *Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las. Que tristes os caminhos, se não fora, a presença distante das estrelas.*

E no mundo atual a constelação dos bens comuns se apresenta de forma sempre mais evidente – mesmo se contracorrente em relação à hegemonia da globalização econômica –, ganha brilho e substância através das inovações introduzidas pelo novo constitucionalismo latinoamericano, através dos estudos em prol de uma novo Direito Público, novas experiências de governo e governança democrática, iniciativas da sociedade civil organizada, estatutos transnacionais como a Carta da Terra, despontando como temática fundamental para novos pactos sociais da diversificada comunidade humana em sintonia com a sustentabilidade sócio-ambiental e com as prerrogativas da *Mãe natureza*.

5. REFERÊNCIAS

- ACOFORADO, Ihering Guedes. Elinor Ostrom e a economia ecológica: uma nota. *Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica*. Edição especial Elinor Ostrom: um toque feminino, n° 21, Maio-agosto de 2009, pp. 13-18.
- AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.
- BRAUN NETO, Jorge; GÖHRING, Larissa Berner. *A Coprodução do Bem Público em Praxis: o caso CAS/AEBAS*. IV Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social. Lavras: Anais Eletrônicos, 2010.
- BRIGANTI, Renato. *Il diritto all'acqua: tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

35 A idéia do Estado de bem-estar, suas instituições e estrutura, como último “forte Apache” de defesa dos direitos sociais, é proposta por Carlo Amirante na obra citada *Dalla forma stato alla forma mercato*.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* (6ª ed. rev.). Coimbra: Almedina, 1993.
- DENHARDT, Robert B. *Teorias da administração pública*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons in Science*, New Series, Vol. 162, Dec. 13, 1968, pp. 1243-1248.
- GORDON, H.S. *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The fishery*. Journal of Political Economy, (62): 124-142, 1954.
- KISER, L.L. & OSTROM, Elinor. *The three worlds of action: a meta-theoretical synthesis of institutional*. In: McGINNIS, Michael Dean, (Ed) *Polycentric Games and Institutions*. The University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 2000, pp. 57-88.
- LUCARELLI, Alberto. *Du public au commun. Dentro ed oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni*, in *Rivista IL TETTO*, Università di Napoli Federico II, Nápoles, 1-2011.
- LUCARELLI, Alberto, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta?* in U. MATTEI, U. REVIGLIO e S. RODOTÀ (org.). *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*. Roma: Accademia Nazionale dei Licei, 2010.
- LUCARELLI, Alberto.. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 3-4, 2007, pp. 87 e seguintes.
- McGINNIS, Michael Dean (Ed.). *Polycentric governance and development: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional analysis Materials in Landscape Architecture and Site Design Series)* University of Michigan Press, 1999, pp. 166-185.
- MELO, Milena Petters. *Neocostitucionalismo e "nuevo constitucionalismo" in America Latina*, in *Diritto Comparato ed Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012 – II, p. 342-354.
- MELO, Milena Petters. *Cultural Heritage preservation and environmental sustainability: sustainable development, human rights and citizenship*, in Klaus Mathis (ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Heidelberg-London-NewYork: Springer, 2011, pp. 138-161.
- OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. 6. ed. Brasília, DF: MH Comunicação, 1995.
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. Indiana University: University Press, 1990, pp. 90-102.
- OSTROM, Elinor; McKEAN, Margaret. *Regimes de propriedade comum em florestas: somente uma reliquia do passado?* In: DIEGUES, Antonio Carlos; MOREIRA, André de Castro (Org.). *Espaços e recursos naturais de uso comum*. São Paulo: Nupaub- USP, 2001 (pp. 79-95), p. 80.
- OSTROM, Elinor; TUCKER, Catherine. *Pesquisa multidisciplinar relacionando instituições e transformações florestais* in MORAN, Emilio e OSTROM, Elinor (Org.). *Ecossistemas florestais: interações homem-ambiente*. São Paulo: Editora Senac; Edusp, 2009 (pp. 109-138), p. 135.
- OSTROM, Elinor, GARDNER, Roy & WALKER, James. *Institutional Analysis and Common-Pool Resources in Rules, games, and common-pool resources*. The University of Michigan Press, 1994.
- OSTROM, Vincent & OSTROM, Elinor. *Developing a Framework for the Analysis of Institutions. Public Choice: A Different Approach to the Study of Public Administration*. In: McGINNIS, Michael

- Dean (Ed). *Polycentric Games and Institutions: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*. University of Michigan Press, 2000, pp. 34-55.
- OSTROM, Elinor; VANWEY, Leah; MERETSKY, Vicky. *Teorias subjacentes ao estudo das interações homem-ambiente*. In: MORAN, Emilio; OSTROM, Elinor (Org.). *Ecosistemas florestais: interações homem-ambiente*. São Paulo: Editora Senac/Edusp, 2009. p. 41-81.
- OSTROM, Elinor. *The Governance Challenge: Matching institutions to the structure of social-ecological systems*. In LEVIN, Simon, (Ed) *The Princeton Guide to Ecology*. Princeton, NJ : Princeton University Press, 2009.
- OSTROM, Vincent; FEENY David; PITCH Hartmut (Ed) .*Rethinking institutional analysis and development: issues, alternatives, and choices*. ICS Press, 1993.
- PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma Nova Gestão Pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- RAMALHO, Cristiano. *Páginas da resistência: os escritos de Elinor Ostrom in Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica*. Edição especial *Elinor Ostrom: um toque feminino*, n° 21, maio-agosto de 2009,pp. 9-12.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 1999.
- SCHAEFER, M.B. *Some considerations of population dynamics and economics in relation to the management of commercial marine fisheries*. *Journal of the Fisheries Research Board of Canada*, 1957, pp. 669-681.
- SCHALAGER, Edella & OSTROM, Elinor. *Property Rights and Coastal Fisheries: An empirical analysis*. In: MCGINNIS, Michael Dean (Ed.). *Polycentric governance and development: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional analysis Materials in Landscape Architecture and Site Design Series)* University of Michigan Press, 1999, pp. 87-89.
- WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima. *O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina*. INTERthesis (Florianópolis), v. 9, p. 51-69, 2012.
- WOLKMER, Maria de Fátima. *O novo direito humano à água*, in WOLKMER, Antonio Carlos & LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os Novos Direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 185-218.
- WOLKMER, Maria de Fátima S. e MELO, Milena Petters. *O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional* in BRAVO, Alvaro Sánchez. *Água & derechos humanos*. Sevilla, Espanha: ArCiBel Editores, 2012.
- WOLKMER, Maria de Fátima S. e MELO, Milena Petters. *Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos. Governança democrática na crescente interdependência global* in BRAVO, Alvaro Sánchez (org.) *Sostenibilidad Ambiental Urbana*. Sevilla: ArCiBel Editores, 2012, v. , p. 515-557.

PARTE 8

CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA

Capítulo 61

A CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL: EM BUSCA DA UTOPIA ADORMECIDA

Vera Regina Pereira de Andrade¹

1. INTRODUÇÃO: REVISITANDO O PASSADO - A RECEPÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL

A década de 1970 marcou o campo criminológico latino-americano com a recepção das Criminologias críticas norte-americana e europeia, desenvolvidas com base no paradigma da reação ou do controle social, processo que teve como um de seus pioneiros e dinâmicos cenários a Venezuela, onde surge, em 1974, em Maracaibo, o “Grupo Latino-americano de Criminologia Comparada”², coordenado pelo Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia e pelo Centro de Criminologia da Universidade de Montreal (Canadá), então dirigidos, respectivamente, por Lola

1 Mestre e Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC; Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade Federal do Paraná; Professora nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC. Pesquisadora do CNPq. Coordenadora do Projeto de Extensão Universidade sem Muros.

2 Nesse sentido também Gabriel Ignacio Anitua: “Um pensamento que já pode ser denominado, com propriedade, de ‘Criminologia crítica’ teve seu ponto inicial na Venezuela, no ano de 1974, durante a realização de um congresso de Criminologia que centraria o foco na violência institucional e em abordagens diferentes da Criminologia tradicional. Ali se uniriam as vozes de críticos europeus convidados, como Christie, Cohen e Basaglia, às das jovens Lola Aniyar e Rosa Del Olmo, que realizaram uma reflexão com poderosa carga política contra o imperialismo violento e o papel desempenhado em sua negação pela Criminologia tradicional e seus cultores. Basaglia declarou que ‘em Maracaibo, a velha Criminologia havia morrido e que uma ciência alternativa abria passagem para visualizar o homem numa dimensão humana’”. (*História dos pensamentos criminológicos*, Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico 15). p. 676). A criação do grupo foi então direcionada para a investigação da realidade latino-americana e sua especificidade (controle social, violência, criminalidade de colarinho branco) baseada na premissa de que a Criminologia, na América Latina, não se poderia converter numa mera reprodução das Criminologias norte-americana e europeia. MANZANERA Luis Rodríguez. *Control social en América Latina*. In: OLIVEIRA, Edmundo (Coord.). *Criminologia crítica*. Pará: Cejup, 1990. p. 191-192.

Aniyar de Castro e Denis Szabo , cujo órgão de divulgação científica é, até hoje, a Revista “Capítulo Criminológico”.

Tendo iniciado pela Venezuela (Lola Aniyar de Castro, Rosa Del Olmo, Juan Manuel Mayorca e Argenis Riera, Tosca Hernández, Myrlla Linares, Geraldo Gabaldón e Christopher Birbeck), a Criminologia crítica se desenvolve através de outros cenários e atores como: Argentina (Roberto Bergalli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Juan Pegoraro, Enrique Marí, Emilio García Mendez, Luis Marcó Del Pont, Elias Carranza, Gustavo Cosavoc, Máximo Sozzo, Gabriel Ignacio Anítua), Colômbia (Emiro Sandoval, Fernando Rojas, Alfonso Reys, Maurício Martínez e Juan Guilherme Sepúlveda, Fernando Tenório e Guillermo Villegas), Chile (Juan Bustos Ramírez, Eduardo Novoa Monreal e Álvaro Bunster), México, Panamá, Costa Rica, México e Brasil:

Na América Latina insurgente dos anos 1960, com o ciclo das ditaduras civil-militares, a esquerda formou um sólido dique de teoria e práticas de resistência ao poder punitivo daquele autoritarismo: Bergalli, Pegoraro, Zaffaroni, Lola Aniyar de Castro, Rosa Del Olmo, Caridad Navarrete, Novoa Monreal, Bustos Ramírez, Luis Carlos Pérez e tantos outros, em todo o continente. No livro de Anitua temos um bom encontro com essa história que um dia Rosa Del Olmo começou a contar e que Máximo Sozzo analisou como *traduções*. No Brasil, a esquerda jurídico-penal estava na trincheira da luta contra o arbítrio e a truculência estatal: Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Roberto Lyra Filho, Zahidé Machado Neto, Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira. Mesmo Michel Misse participou desse movimento. Juarez Tavares foi o primeiro jurista brasileiro a incluir o marxismo na sua teoria do delito.³

Gabriel Ignacio Anitua⁴ comenta:

É bem verdade que o Brasil também comportava críticos de importância, como Heleno Cláudio Fragoso, Ester Kosovski, Nilo Batista, Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos, autor , em 1979, de um livro intitulado *Criminologia da repressão*, e outro, de 1981, *Criminologia radical*.

3 BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 86.

4 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico 15). p. 681.

É precisamente nesse contexto e sob o influxo desse movimento paradigmático que se coloca a questão dos limites entre a recepção da Criminologia crítica na América Latina e a construção de uma Criminologia crítica latino-americana, limites estes que permanecem até hoje no centro de uma discussão e de uma construção inacabadas.

A recepção do paradigma da reação social e do criticismo aqui na periferia replicou e desenvolveu conceitos centrais; ao mesmo tempo, deu origem a uma constelação de novos conceitos para a disciplina (Criminologia da reação social, Criminologia da libertação, Criminologia radical, Criminologia de raízes, Criminologia dialética, realismo criminológico marginal, Sociologia do controle penal etc.) que expressava precisamente esse *etat de l'art*.

Nesse processo se colocava, *pari passu* à recepção criminológica, a problematização acerca de seus confins e potencialidades. Estavam em jogo tanto a problematização e superação epistemológica e funcional da Criminologia positivista quanto a definição da própria identidade que a Criminologia crítica deveria assumir na região.

Juarez Cirino dos Santos⁵ denuncia, desde o Brasil, o “imperialismo ideológico” decorrente da expansão capitalista e da “hegemonia regional do imperialismo americano e europeu”:

[...] que impõe à América Latina o consumo de teorias importadas, em todas as ciências sociais, mas, especialmente, nas ‘ciências’ do controle social e do crime, como as criminologias positivistas biológicas, etiológicas, psicológicas, psiquiátricas, genéticas, sociológicas e fenomenológicas, e sua condensação em Códigos Penais, com suas políticas criminais literalmente transplantadas dos países imperialistas, como cópias de suas legislações. Esse imperialismo ideológico está na base do conformismo mimetista irresponsável da maioria dos intelectuais e ‘teóricos’ latino-americanos, imersos no descaso pelo funcionamento da justiça criminal.

De acordo com a célebre “hermenêutica da suspeição” exercida por Rosa Del Olmo⁶, a disjuntiva era: tratava-se de recepcionar “acriticamente” as Criminologias críticas norte-americana e europeia na América Latina (como no pretérito re-

5 SANTOS, José Cirino dos. *As raízes do crime*. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 71.

6 DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. México: Siglo Veintiuno, 1984.

cepcionada fora, embora com funções opostas, a Criminologia positivista, dominante até hoje na região) e/ou construir as bases de um autêntico pensamento e teoria criminológicos críticos latino-americanos? Quais deveriam ser o objeto e a função da Criminologia na América Latina?

Em recente obra, intitulada “Introdução Crítica à Criminologia brasileira”, Vera Malaguti de Souza Batista⁷ recoloca a atualidade desses interrogantes:

[...] a pergunta de Zaffaroni (como pôde Lombroso florescer na Bahia?) é atual: que dispositivos foram necessários para inculcar tão profundamente um corpo teórico que é contra nós mesmos?

A nossa perspectiva é oswaldianamente antropofágica: como recebemos e digerimos as teorias do centro hegemônico: é esse o dilema da reconstrução das criminologias críticas, suas *traduções traidoras*, seus objetos transplantados, suas metodologias reinventadas. De que maneira a Criminologia faz parte da grande incorporação colonial no processo civilizatório? *Quantas rupturas criminológicas serão necessárias para reconstruir nosso objeto, nossa metodologia a nosso favor?* [Grifos nossos]

As respostas não foram uniformes, desde aqueles que sustentavam que o objeto da Criminologia na América-Latina deveria ser a totalidade do controle social, (como Lola Aniyar de Castro), passando pelos defensores de uma delimitação e uma mudança de nome para a disciplina (Roberto Bergalli propunha a criação de uma Sociologia do controle penal para a América Latina)⁸, até aqueles que creditavam a funcionalidade da Criminologia, na América Latina, ao salvamento de vidas humanas (como Eugenio Raúl Zaffaroni), ou os que acusavam a Criminologia de “desorientação epistemológica”, precisamente pela incerteza do *devoir* (Eduardo Novoa Monreal);

7 BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 17.

8 Refiro-me às importantes (e entre si polemizadas) construções de uma “Sociologia do controle penal” ou da “Sociologia do controle jurídico-penal” e de uma “Teoria Crítica do controle social” que, na esteira do *labelling* e do paradigma da reação social, são protagonizadas, respectivamente, por Roberto Bergalli e Lola Aniyar de Castro, em especial para a América Latina. Enquanto o primeiro (1970, 1984, 1989, 1990, 1983) propõe substituir a própria denominação “Criminologia” por “Sociologia do controle penal” ou Sociologia do controle jurídico-penal”, cujo objeto seria o controle penal concebido como espécie ou tipo particular do gênero controle social realizado por meio do sistema penal; a segunda criminóloga (1983 e 1987) entende que a Criminologia deve converter-se em teoria crítica da totalidade do controle social. Ambas as formulações foram, por sua vez, polemizadas por Eduardo Novoa Monreal (1985).

o fato é que este processo, fecundo e enriquecedor, tanto escreveu as páginas e o conjunto de promessas libertárias mais importantes da história da Criminologia na América Latina quanto não foi levado às suas últimas consequências, enquanto projeto coletivo e orgânico, restando um *script* inacabado.

Pode-se dizer, nesse sentido, que o projeto criminológico crítico foi interrompido⁹ na década de 1990 e permanece em suspenso até hoje: por quê? É possível retomá-lo? Qual a importância de sua retomada?

De outra parte, se restaram frustradas as expectativas de construção de um projeto criminológico crítico coletivo para a América Latina, esta interrupção não demarcou em absoluto o fim do criticismo, que seguiu seu curso (“O curso dos discursos”, de que nos fala Eugenio Raúl Zaffaroni), por esforços biográficos localmente aglutinadores, por todos os cantos, à deriva daquela utopia setecentista: ele está lá!

Desenvolveu-se, no cenário das sociedades latino-americanas, notadamente da sociedade brasileira da redemocratização, uma produção acadêmica extremamente rica e diversificada, em torno do paradigma da reação ou controle social (incluindo análises materialistas, culturalistas, feministas, étnicas etc.) e em cujo movimento se inserem, precisamente, as análises criminológicas críticas que tiveram continuidade no subcontinente; análises cruzadas, ademais, com outras provenientes do multidisciplinar espectro das ciências sociais e humanas (História, Psicanálise, Sociologia, Filosofia, Antropologia, teorias políticas etc.) sobre controle social, crime, violência, direitos humanos. A revista brasileira intitulada “Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade” é uma das mais expressivas e qualificadas ilustrações brasileiras dessa produção.

Com esta percepção, proponho-me aqui a formular hipóteses de trabalho sobre o desenvolvimento do criticismo criminológico na América Latina e no Brasil e a propor um desafio e uma convocatória latina: interpelemo-nos por resgatar a utopia dos anos 1970, sobre a base do longo acúmulo criminológico crítico da modernidade-colonialidade. Estamos sem projeto coletivo, politicamente instrumental, para o controle social punitivo, num tempo em que o capital tem um megaprojeto, globalizado. É preciso reativar e ressignificar os dispositivos de resistência que estão aí, dispersos, em busca da latinidade e da brasilidade criminológicas.

9 Alertando, desde já, que a incompletude não é, ontologicamente, um signo de negatividade.

2. O CONCEITO DE “CRÍTICA” EM CRIMINOLOGIA: UM CRITICISMO ALARGADO PARA A AMÉRICA LATINA

Mas, o que é a Criminologia crítica? Em que consiste o criticismo em Criminologia? O conceito de crítica, em Criminologia, reveste-se de enorme ambiguidade, tanto teórica quanto historicamente pelas apropriações e redefinições que dele (o criticismo) foram feitas, razão pela qual, ao se encarar a questão da recepção na América Latina, seja imperativo enfrentá-lo.

Em primeiro lugar, é frequente a referência à Criminologia “radical”, “nova” ou “crítica” como equivalentes em sua delimitação externa diante de outras Criminologias e, sobretudo, da Criminologia positivista tradicional. Entretanto, como explicita Luiz Muñoz Gonzalez,¹⁰ estas expressões criminológicas possuem uma especificidade, não obstante se poder identificar nelas um denominador comum, composto por três elementos: a) a comum referência a um período histórico determinado; b) a comum referência a um momento criminológico determinado; e c) a comum atitude, vincadamente crítica, em face do sistema de bem-estar e controle sociopenal, e de proposição de alternativas político-criminais. Relativamente à matriz “a”, todas elas surgem entre os últimos anos da década de 1960 e meados da década de 1970, nos países do capitalismo avançado e sua forma política – o Estado Providência –, e são condicionadas por este contexto histórico.¹¹ Quanto à matriz “b”, a comum referência a um momento criminológico determinado é precisamente o de mudança do paradigma etiológico para o da reação social, que condicionou o terreno de seu surgimento em duplo sentido: tanto a inovação representada por este paradigma em face daquele e de seus resultados, considerados um processo irreversível, quanto a crítica de suas limitações tiveram um importante papel no nascimento desta Criminologia radical, nova e crítica, que se desenvolverá por dentro do paradigma da reação social e para além dele, numa perspectiva majoritariamente macrossociológica.

10 MUÑOZ GONZALEZ, Luiz. La criminología “radical”, la “nueva” y la criminología “crítica”: matizaciones y precisiones en torno a sus nombres, p. 268-269; PLATT, Tony. Perpectivas para una criminología radical nos EUA. In: TAYLOR, WALTON, YOUNG (Org.). *Criminología crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 113-134.

11 MUÑOZ GONZALEZ, Luiz. La criminología “radical”, la “nueva” y la criminología “crítica”: matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguskilore*, San Sebastián, n. 2, p. 267-282, oct. 1989. p. 268-269; PLATT, Tony. Perpectivas para una criminología radical nos EUA. In: TAYLOR, WALTON, YOUNG (Orgs.). *Criminología crítica*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p.113-134.

As razões concretas para manter a diferenciação entre as três expressões criminológicas se assentam, por sua vez, em dois fatos: (a) a diferente evolução concreta da Criminologia estadunidense (“radical”) e da europeia (“nova”); e (b) a evolução interna para estudos de caráter materialista e marxista. O primeiro diferencia a Criminologia “radical” da “nova”; o segundo serve para precisar a referência à Criminologia crítica.

Com efeito, enquanto a Criminologia radical teve como contextos geográfico e histórico de referência os Estados Unidos da América¹², a nova Criminologia teve a Europa.¹³

Enfim, sob a denominação de “Criminologia crítica” designa-se um estágio avançado da evolução da Criminologia “radical” norte-americana e da “nova Criminologia” europeia, englobando um conjunto de obras, que desenvolvendo um pouco depois as indicações metodológicas dos teóricos do paradigma da reação social e do conflito, e os resultados a que haviam chegado os criminólogos radicais e novos, chegam, por dentro desta trajetória, à superação deles. E, nesta revisão crítica, aderem a uma interpretação materialista – e alguns marxista, certamente não ortodoxa – dos processos de criminalização nos países de capitalismo avançado.¹⁴

Bem vistas as coisas, diz Massimo Pavarini:¹⁵

[...] também esta última perspectiva orientada para uma

12 A Criminologia radical se desenvolveu sobretudo a partir da Escola de Criminologia de Berkeley (com Schwendinger e Platt), na Califórnia, entre os anos de 1968 e 1976. Criou a sua organização, a Union of Radical Criminologists (URC), fundada em 1972, e a Revista *Crime and Social Justice*, fundada em 1974 e subtitulada até 1976 como *A Journal of Radical Criminology*.

13 A “Nova Criminologia” europeia se organizou, assim, na Inglaterra em torno da National Deviance Conference (NDC), fundada em 1968 e encabeçada por Taylor; Walton e Young, autores de *The New Criminology: for a Social Theory of Deviance* (1973) e organizadores da coletânea *Critical Criminology* (1975). Cf. MUÑOZ GONZALEZ, Luiz. La criminología “radical”, la “nueva” y la criminología “crítica”: matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguskilore*, San Sebastián, n. 2, p. 267-282, oct. 1989 e DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminología: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 56-58.

14 PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução por Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988. p. 155-156, 163-164. 1988; MUÑOZ GONZALEZ, Luiz. La criminología “radical”, la “nueva” y la criminología “crítica”: matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguskilore*, San Sebastián, n. 2, oct. 1989. p. 277.

15 PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução por Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988. p. 163-164.

interpretação marxista da criminalidade e do controle social era, ainda que implicitamente, uma saída obrigatória e necessária para quem havia passado através da teorização do *labelling* e da reação social. Uma vez que o interesse do criminólogo se desloca desde a fenomenologia criminal para os processos de criminalização, uma das saídas teóricas mais previsíveis é precisamente o estudo das razões estruturais que sustentam, numa sociedade de classes, o processo de definição e de enquadramento.

No universo europeu de construção da Criminologia crítica¹⁶, destaca-se o protagonismo de Alessandro Baratta, presente nos processos de recepção do *labelling approach* na Alemanha, na Escandinávia (Grupo Europeu) e na Itália (Escola de Direito penal e Criminologia de Bolonha), que se propôs a sistematizar e precisar, desde meados da década de 1980, o conceito de “crítica” com o qual se buscava identificar a Criminologia até então produzida no período; conceito e disciplina que entendeu sempre como construção aberta e processual (dialética), submetendo-a por isso mesmo à permanente revisão epistemológica, em textos sucessivos, até a sua morte, em 2002.

Conforme esclarecia Baratta, numerosos foram os aportes teóricos recebidos pela Criminologia crítica que, caminhando por dentro do paradigma da reação social (e do reconhecimento da irreversibilidade dos seus resultados) e para além dele, desenvolve a dimensão do poder (considerada deficitária no *labelling* e nas teorias do conflito que o sucedem) numa perspectiva materialista cujo nível de abstração macrossociológica alça as relações de poder e de propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista.

16 Conforme testemunho pessoal dado por Alessandro Baratta em Florianópolis, no ano de 1994, no âmbito da Criminologia crítica, podem assim ser situados, entre outros:

(a) na Alemanha, especialmente vinculada à recepção do *labelling approach*: F. Sack, Alessandro Baratta, Linda Smaus, Karl Schumann, Stefan Quensel, Sebastian Scherer, F. Werkentin, J. Fest e, em geral, todos os criminólogos agrupados em torno da organização Arbeitskreis Junger Kriminologen (AJK) e o respectivo órgão, a Revista *Kriminologisches Journal*, ambas fundadas em 1969; (b) no chamado “Grupo europeu” (Escandinávia e Itália): Mathiesen, Cohen, Tullio Spill, Massimo Pavarini, Dario Melossi, Mario Simondi e Tamar Pitch; (c) no grupo austríaco: Heinz Steiner e Pilgram (*Kriminalsoziologische Bibliographie*); (d) na Escola de Bolonha de Direito penal e Criminologia, que originariamente destinada à investigação de um modelo integrado sobre a questão criminal entre Direito penal e Criminologia, prossegue numa direção mais criminológica avultam os nomes de Franco Bricola, Alessandro Baratta, Dario Melossi, Massimo Pavarini, Mario Simondi e a publicação (desde 1975) da Revista *La questione criminale: rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*, posteriormente renomeada para *Rivista Dei Delitti e delle pene*, sob a direção de Alessandro Baratta até a sua morte.

Nessa perspectiva, se a utilização do paradigma da reação social é uma condição necessária, não é condição suficiente para qualificar como crítica uma Criminologia¹⁷, pois,

[...] mesmo na sua estrutura mais elementar, o novo paradigma implica uma análise dos processos de definição e de reação social, que se estende à distribuição do poder de definição e da reação numa sociedade, à desigual distribuição desse poder e aos conflitos de interesses que estão na origem desses processos.¹⁸

Assim, quando, “[...] ao lado da ‘dimensão da definição’ esta ‘dimensão do poder’ é suficientemente realizada na construção de uma teoria, estamos em presença do menor denominador comum de todo esse pensamento que podemos alinhar sob a denominação de *Criminologia crítica*”.¹⁹

Alessandro Baratta²⁰ assinala que com o desenvolvimento da Criminologia dos anos 1940 em diante, duas são as etapas principais que conduziram aos umbrais da Criminologia crítica:

Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do autor às condições objetivas, estruturais e funcionais, que se encontram na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo lugar, o deslocamento do interesse cognoscitivo desde as causas do desvio criminal até os mecanismos sociais e institucionais mediante os quais se elabora a ‘realidade social’ do desvio [...]. Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, a Criminologia crítica historia a realidade do comportamento desviante e põe em evidência

17 BARATTA, Alessandro, nas obras: *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo veintiuno, 1991. p. 225 e Che cosa è la criminologia critica? Entrevista à Sancha Mata Victor. *Dei delitti e delle pene*. Torino, n. 1, p. 51-81, 1991. Separata. p. 53.

18 BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. [Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, setembro de 1983]. *Documentação e Direito Comparado*. Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça, n. 13, p. 145-166, 1983. Separata. p. 147.

19 BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. [Separata]. *Documentação e Direito Comparado* [Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia. Viena, setembro 1983]. Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça, n. 13, p. 145-166, 1983. p. 147.

20 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1997. p. 166-167.

sua relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha Criminologia consiste, todavia, sobretudo na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida naturalisticamente como teoria das ‘causas’ da criminalidade. A superação deste paradigma comporta também a de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica; duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si.

De qualquer modo, é quando o enfoque macrossociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele, em especial para o processo de criminalização, que o momento crítico atinge sua maturação na Criminologia, que se movimenta de uma teoria da criminalidade para uma teoria crítica e sociológica do sistema penal. Assim, deixando de lado possíveis diferenciações no seu interior, nos dias atuais ela se ocupa fundamentalmente da análise dos sistemas penais vigentes.

Como objeto dessa abordagem:

[...] o sistema penal não é unicamente o complexo estático de normas, mas sim um complexo dinâmico de funções (processo de criminalização) ao qual concorre a atividade das diversas instâncias oficiais, desde o legislador até os órgãos de execução penal e dos mecanismos informais da reação social.²¹

A “criminalidade” se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos.²²

Epistemologicamente demarcada em torno do binômio interacionismo-marxismo e propondo-se como alternativa teórico-ideológica à Criminologia liberal,

21 BARATTA, Alessandro. *Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*. In: PUIG, Santiago Mir. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Themis, 1982. p. 28-63.

22 BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1991. p. 167.

a Criminologia crítica teria seu desenvolvimento nuclear vinculado “[...] à construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo”²³, o que a instaura como uma construção aberta e processual.

Por último, os desenvolvimentos posteriores do criticismo, em sua dimensão penal e político-criminal em busca de garantias “contra” e de alternativas “ao” controle penal deslegitimado, também foram muito diferentes. Enquanto setores da Criminologia “radical” e da “nova” Criminologia deram origem ao revisionismo chamado “neorealismo de esquerda”, setores majoritários da Criminologia crítica estabeleceram um marcado diálogo com as perspectivas abolicionistas, elas próprias, Criminologias críticas (Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie, Sebastián Scherer, John Braithwaite) e também com perspectivas garantistas/minimalistas, feministas, culturalistas, étnicas etc., que originaram as Criminologias de mesmos nomes, algumas desde o interior do próprio criticismo.

Projetado o horizonte conceitual da Criminologia crítica, são sete as questões a precisar.

- É legítimo caracterizar o conjunto dessa produção científica não homogênea, nem constituída por uma monolítica comunidade de cientistas, como um “movimento” criminológico crítico que, surgido quase ao mesmo tempo nos Estados Unidos e na Inglaterra, desenvolve-se no eixo euro-americano, em cenários como Alemanha, Itália, Holanda, França e países nórdicos, Canadá e, enfim, na América Latina.
- Enquanto movimento, sua unidade está dada precisamente pelas matrizes comuns anteriormente referidas. Na América Latina, adquirirá o sentido de um movimento de resistência; aqui e acolá, entretanto, movimento de transformação do controle penal que não perde de vista, em momento algum, sua conexão política com a transformação social.

23 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal, p. 159. Sobre a relação que subsiste entre Criminologia e marxismo e o problema de uma teoria materialista, dado que a obra de Marx e do marxismo em geral carecem de uma teoria explicativa do controle penal em si. Nesse sentido, conferir BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. 1991, p. 165 *et seq.* e PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução de Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988. p. 148 *et seq.*

- Em sentido lato, para além da característica datada de “movimento”, constituiu-se um “campo”²⁴ analítico complexo, a partir do paradigma do controle ou da reação social, integrado por um pluralismo teórico; um campo novo, instituído e instituinte para a Criminologia, a que proponho denominar de “crítico”, do qual resulta tanto um acúmulo criminológico instituído quanto um espaço aberto para a necessária continuidade e a permanente reinvenção (instituinte). A Criminologia crítica, ao contrário do que proclamaram e proclamam leitores apressados, não está morta. Declará-la como tal é produzir uma hermenêutica equivocada, tomando o conteúdo já produzido pelo conteúdo final, tomando a parte (contexto fundacional de “movimento” e estrutura teórica) pelo todo (processo), equivalendo à declaração da morte do socialismo como utopia (processo) à queda do Muro de Berlim (contexto).

- Em sentido estrito, Criminologia crítica designa o modelo antes enunciado, sobretudo por Alexandro Baratta e Massimo Pavarini.

- Em sentido lato, Criminologia crítica designa o conjunto das teorias integrantes desse movimento crítico; a “radical”, a “nova”, as latino-americanas (“da libertação”, “de raízes”, “dialética” etc.).

- Ainda, Criminologia crítica, em sentido lato, pode designar toda Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social, inclusive as que não aderiram ao marxismo (“realismo jurídico-penal marginal”, “sociologia do controle penal”). A unidade da pluralidade, nessa hipótese, é dada pela matriz “b” e este é o conceito alargado de crítico proposto por Eugenio Raúl Zaffaroni para a América Latina²⁵ e por Nilo Batista para o Brasil²⁶, podendo referir-se alargadamente à existência de Criminologias críticas (teorias plurais dentro de um paradigma).

24 Não estou usando o termo, aqui, no sentido de Pierre Bourdieu, mas no sentido, simples, de uma delimitação ou esfera de interesse e produção dentro de uma disciplina.

25 Assim se manifestava Eugenio Raúl Zaffaroni, na década de oitenta do século passado, sobre a abrangência da Criminologia crítica: “La disparidad es enorme, porque, en definitiva, toda Criminología no positivista, esto es, toda Criminología que no presuponga la asepsia de la reacción social, es una Criminología crítica, no debiendo reservarse esa característica a su vertientes más ‘radicales’ y ni siquiera a la Criminología ‘crítica’, en sentido estricto (así Baratta). Esta disparidad de criterios críticos llega a poner en tela de juicio – no sin cierta razón – la certeza de la expresión ‘reacción social’ (ver Robert), aun que su uso generalizado permitiría una cierta univocidad científica. De cualquier manera, la crítica há devenido un componente de cualquier discurso criminológico que no sea el positivista puro y ello se hace más necesario aún en nuestros países periféricos [...]”. (*Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 142-143).

26 Assim se manifestava Nilo Batista no final da década de oitenta: “A Criminologia conheceu, nos últimos vinte anos, uma verdadeira revolução, que lhe permitiu superar o impasse positivista.

- O campo do criticismo, edificado pelas mãos da Criminologia, atinge o domínio do Direito penal dogmático e da Política criminal, dando origem a um Direito penal crítico, cuja síntese será o(s) garantismo(s), edificado(s) a partir da deslegitimação do controle penal.

2.1 *A parceria Criminologia-Penalismo: criticismo e garantismo*

A mudança de paradigma e a construção do criticismo em Criminologia edificado pelas mãos de sociólogos, filósofos e politólogos impactou progressivamente o Penalismo euro-americano aberto e sensível à crescente deslegitimação do sistema penal, recriando um novo horizonte para a discussão das relações entre Criminologia, Direito penal dogmático (ou Dogmática penal) e Política criminal, e um “novo” modelo integrado de Ciência Penal.²⁷

Recria-se, por esse caminho, o campo criminológico, a partir da interlocução crimino-dogmática e cujo ponto de intersecção que se projetou de intenso magnetismo (“mágico”) foi o chamado garantismo, em múltiplas versões, talvez a síntese mais vitoriosa, enfim, de todos os signos do processo de recepção.

Nessa direção, Eugenio Raúl Zaffaroni²⁸ afirmava, na década de 1980, que:

[...] há tanto irracionalismo na atitude dos penalistas que rechaçam indiscriminadamente toda a Criminologia chamada crítica e inclusive toda a Criminologia atual, como na dos criminólogos radicais que negam em bloco toda a legitimidade do Direito penal.

Chamemos, de modo genérico, Criminologia Crítica ao conjunto das tendências ‘espécie de frente ampla’, como registra Araújo Jr. – que realizaram tal superação e tornaram acessível ao estudioso do Direito penal conhecimentos até então camuflados ou distorcidos, inclusive sobre seu próprio ofício”. (*Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 32).

27 Cf. BARATTA Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la Sociología jurídico-penal. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1991; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987. p. 87-88); BUS-TOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987. p. 523); ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

28 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982. p. 46.

Referindo-se à investigação sobre sistemas penais e direitos humanos, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni²⁹ na América Latina, Aniyar de Castro³⁰ visualizava nela precisamente as potencialidades do aprofundamento de um garantismo crítico, nos seguintes termos:

[...] a primeira consequência relevante de um projeto como este está, nos parece, em um refrescamento das possibilidades de colaboração, senão de integração, entre a Criminologia - que não pode ser senão a crítica -, e um Direito penal (ou se quer ser mais preciso, uma ciência penal), também crítico. O 'garantismo', ou respeito, vigilância e garantia dos Direitos Humanos, se converteria assim na zona coincidente de ambos os círculos e em objetivo de alto nível na escala de prioridades de ambas as disciplinas.

Ao mesmo tempo, Rosa del Olmo³¹ constatava que a incomunicabilidade entre criminólogos e penalistas deixava de ser absoluta, pois uma série de penalistas estava iniciando

[...] uma interessante reflexão crítica não apenas sobre o Direito penal e o Direito em geral, mas também sobre a Criminologia crítica, que pode resultar muito útil para a concreção desta Criminologia. Incumbe ao criminólogo a reflexão crítica da Criminologia crítica e do Direito penal [...].

Maduro estava o cenário para Juan Bustos Ramirez³² concluir que: “O criminólogo crítico será um penalista crítico e o penalista também um criminólogo crítico”.

Com efeito, a quebra da incomunicabilidade foi instaurada por obra de criminólogos e de penalistas críticos que, colocando em suspensão, seja o radicalismo criminológico, seja o radicalismo dogmático (que ignora ou repudia em bloco a Cri-

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Coord.). *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Coord.). *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*. Informe Final. Buenos Aires: Depalma, 1984.

30 ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987. p. 93-94.

31 DEL OMO, Rosa. Criminología y derecho penal, aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la America Latina actual. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, Depalma, n. 37, p. 23-43, ene./mar. 1987. p. 38-39.

32 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987. p. 538.

minologia crítica), têm protagonizado uma nova relação: o desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia (dados da realidade sobre o controle penal) em direção do aspecto garantidor do Direito penal dogmático e vice-versa.

Independentemente da transformação dogmática e de um novo modelo disciplinar que esta nova interação possa protagonizar³³, hoje está aberta e explorada a recepção da crítica historiográfica e criminológica do sistema penal, também desde o interior da própria Dogmática penal, por obra de penalistas críticos que atuam como “sujeitos” desta recepção.

Delineia-se, assim, o deslocamento de um garantismo abstrato (que segue orientando a Dogmática enquanto paradigma dominante na Ciência Penal) para um garantismo crítico e criminologicamente fundamentado, entendido como vigilância sobre o (des)respeito aos direitos humanos no marco do funcionamento efetivo (deslegitimado) do sistema penal.³⁴

33 Alessandro Baratta em sua *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à Sociologia jurídico-penal* e Eugenio Raúl Zaffaroni em seu *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal* conferem especial atenção à reconstrução da Dogmática penal e de um novo modelo de ciências penais, tendo desenvolvido modelos alternativos.

34 O conceito de “garantismo criminologicamente fundamentado” cunhei na obra “A ilusão de segurança jurídica”. De forma desenvolvida, conferir ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. No marco da interação entre Criminologia e Penalismo críticos, podem situar-se, sem pretensões de exaustividade: RAMIREZ, Juan Bustos. *Control social y sistema penal*; BARATTA, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*. In: PUIG, Santiago Mir (Coord.). *Política criminal y reforma do derecho penal*. Bogotá: Themis, 1982. e *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*; BERGALLI, Roberto. *Sentido y contenido de una sociología del control penal para América Latina. Criminologia crítica*. I Seminário. Medellín: Universidade de Medellín, agosto de 1984; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica*. In: CUESTA, Jose Luis de la et al. (Comp.). *Criminologia y derecho penal ao servicio de la persona*. Libro-Homenaje al profesor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminologia, 1989; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991; BACIGALUPO, Enrique. *Relaciones entre la dogmática penal y la criminologia*. In: MIR PUIG, Santiago (Org.) *Derecho penal y ciencias sociales*. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982. p. 53-70; CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987; MÉNDEZ, Emilio García. *La violencia doméstica y el sistema de la justicia penal: pautas para un derecho penal mínimo. Doctrina Penal*. Buenos Aires, Depalma, n. 10, p. 227-238, [19-]; CARRASQUILLA, Juan Fernández. *Panorama de las relaciones entre el derecho penal, la política criminal y la criminologia en el ámbito de la justicia penal. Nuevo Foro Penal*. Bogotá, Themis, n. 25, p. 287-291, jul./set. 1984; CONORADO FRANCO, Fernando. *Dogmatica jurídica y criminologia crítica*. In: ALVAREZ, Ana Josefina et al. (Coords.). *Criminologia crítica*. Mexico: Universidad Autónoma de Querétaro, 1990, p. 65-70; SOLANO, Sônia Navarro. *Control social*

No Brasil, Juarez Cirino dos Santos³⁵, Nilo Batista³⁶ e Juarez Tavares³⁷ estão entre os penalistas-criminólogos que pioneiramente desenvolveram e mais representam essa interação³⁸, tendo produzido obras muito importantes a respeito, que constituem uma ruptura com a tradicional manualística jurídico-dogmática e um novo *approach* para a docência, a pesquisa e a Política criminal no Brasil. E o mais consequente: sem perder de vista uma utopia abolicionista.

2.2 *Criticismo sem projeto?*

Se o criticismo tem sido compatível com o garantismo, a ele não se reduz porque, sem dúvida, o projeto de transformação do controle penal do criticismo é muito mais amplo, envolvendo níveis micro e macro.

y Dogmática penal. In: OLIVEIRA, Edmundo (Coord.) *Criminologia crítica*. Pará. Cejup, 1990. p. 179-188; TOSCA, Hernandez. La ideologización Del delito y de la pena. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1977; CLEMENTE, Martin. En busca de una nueva Dogmática. Aproximación a una perspectiva criminológica de la dogmática jurídico-penal. *No hay Derecho*. Buenos Aires, n. 3, p. 29, abr./mayo 1991; SOLA DUENAS, Angel de. Política social y Política criminal. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMIREZ, Juan (Coords.). *Pensamento criminológico II*. Barcelo, Península, 1982. p. 245-268; FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. *Poder y Control*. Barcelona, n. 0, p. 25-48, 1986 e *Diritto e ragione*. Teoría del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989; IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. Sobre democracia y justicia penal. *Capítulo Criminológico*. Maracaibo: Universidad del Zulia, n. 16, p. 59-67, 1988.

35 Teoria do Crime. São Paulo: Acadêmica, 1993; A moderna teoria do fato punível. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005. v. 1; Trinta anos de Vigiar e punir - Foucault. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, p. 289-298, 2006; A criminologia e a reforma da legislação penal. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 1, p. 809-815, 2006; Direito penal. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

36 *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990; *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990; *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1; *Direito penal brasileiro II: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.

37 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. v. 1; *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2009. v. 1.

38 Essa interação se desenvolveu no Brasil de maneira relativamente intensa e internamente diferenciada, abrangendo também o processo penal. Ela aparece, entre outras, nas obras de Ana Lúcia Sabadell, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Guilherme Merolli, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Geraldo Prado, Alexandre Morais Rosa, Rubens Casara, Salo de Carvalho, Hamilton Bueno de Carvalho, Lédio Rosa de Andrade, Lênio Streck, Paulo de Queiróz, Cláudio Guimarães, Paulo de Tarso Brandão.

O desafio é, então, o de não permitir que o criticismo se esgote no garantismo, ou que este colonize aquele, desafio redobrado sobretudo em tempos de barbárie punitiva, em que tanta energia tem de ser desgastada na luta “contra” o poder punitivo e a violação de direitos, e em que o garantismo parece de fato exercer uma sedução política sem precedentes na história das ideias penais, que a todos abriga numa acolhedora, confortável e às vezes imobilizadora bandeira progressista.

Em tempos de deficit de projeto alternativo politicamente viável para o controle penal, o desafio é manter o garantismo em seu devido lugar, ou seja, como tática minimalista micro (e não como estratégia), sobretudo no interregno de crise de legitimidade do sistema penal, mas devidamente inserido no horizonte utópico de superação do atual sistema de controle penal.³⁹ Aqui, o garantismo que gravita em torno das “penas perdidas”,⁴⁰ se é efetivamente comprometido com os direitos humanos, não para: necessariamente se conecta com as alternativas à pena e com a construção alternativa dos problemas e conflitos sociais, uma problemática essencialmente abolicionista.

Oportuna e importante, ainda, é a advertência de Vera Malaguti de Souza Batista⁴¹ sobre a rendição da Criminologia ao poder: “Tenho chamado a atenção, também, sobre a sociologia colaboracionista que empresta sua energia ao eficientismo acríptico dos mercados contemporâneos de ‘segurança pública’ e ‘direitos humanos’”.

Por último, o criticismo é historicamente acusado de não oferecer alternativas ao sistema penal, viáveis em curto e médio prazos, o que evidencia a posição de leitores que nunca chegam às últimas páginas de suas leituras, ou, se chegam, não as compreendem, porque não decodificam “a solução” senão no marco dos seus códigos maniqueístas e dicotômicos, rotinizados no duplo “dogma da pena” e “dogma da criminalização provedora”.⁴² Eles perguntam por perguntar, porque têm sempre a (mesma) resposta (mais pena) na mão.

Quero finalizar, pois, essa etapa, recordando que foi precisamente pelas mãos do criticismo – e como seu desdobramento – que se construiu todo o campo (já

39 BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina penal*. Buenos Aires, Depalma, n. 40, p. 447-457, 1987.

40 HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

41 BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 14.

42 BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Revan, ano 7, n.12, p. 271-288, 2º semestre 2002. p. 274.

então político-criminal) do ativismo punitivo, um campo que, iniciando pelo(s) abolicionismo(s) e passando pelo(s) minimalismo(s)-garantismo(s), é hoje dotado de vasta complexidade e inúmeras consequências. Nesse sentido, um exame, mesmo perfunctório, de muitas grandes obras de Criminologia crítica revela que elas concluem com projetos, pautas e agendas.⁴³

Não é outra a conclusão de Vera Malaguti de Souza Batista⁴⁴:

A Criminologia crítica ou abolicionista, aquela que conhece a história do sistema penal (seu fracasso aparente e suas silentes vitórias), foi fértil em produzir projetos coletivos de redução de danos do poder punitivo em seu ápice, mas não conseguiu romper as barreiras que, por exemplo, a luta antimanicomial conseguiu. Mas é que a questão criminal é fundamental para a governabilidade do capitalismo contemporâneo: trata-se o problema do controle do tempo livre na revolução tecnocientífica do capital videofinanceiro. Inspirados naquela lição de Baratta para o Direito penal mínimo, propomos uma pequena pauta para os desafios de hoje [...].

3. O CONTROLE SOCIAL E OS SISTEMAS PENAIIS NA AMÉRICA LATINA ENTRE A SELETIVIDADE ESTIGMATIZANTE E O GENOCÍDIO: AS ESPECIFICIDADES MARGINAIS

Em sua teorização criminológica sobre a violência na América Latina, concebida como primariamente de naturezas “estrutural” e “institucional”, Juez Cirino dos Santos⁴⁵ sumariza a violência do nosso controle penal e a grande problemática que viria a se converter no objeto da Criminologia crítica na região:

A realidade criminológica na América Latina pode ser definida em três direções principais: a) a repressão impiedosa das classes dominadas (especialmente os setores do proletariado urbano

43 A respeito, conferir SANTOS, Juez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1991; *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997; BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

44 BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 115.

45 SANTOS, Juez Cirino dos. *As raízes do crime*. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 70-71.

e rural não integrados no mercado de trabalho, como força de trabalho ociosa e excedente), para as quais existem os Códigos Penais e outras leis especiais ainda mais rigorosas, a polícia, os tribunais e as prisões; b) a imunidade das classes dominantes pelas práticas criminosas contra a vida, a saúde, a integridade e o patrimônio do povo, nas práticas anti-sociais abrangidas pela chamada criminalidade do colarinho branco; e a imunidade complementar do terror institucionalizado (torturas e assassinatos de presos políticos, os assassinios de grupos militares e paramilitares (esquadrões de morte) e a tortura sistemática de presos comuns); do genocídio de índios; do tráfico de escravos para venda de trabalhadores, confinados em ‘campos de concentração’ de empresários rurais geralmente estrangeiros. Essas práticas não constituem privilégio deste ou daquele país do Continente, mas se generalizaram em toda a América Latina, como conseqüência de sua absorção/integração no mercado mundial, sob a égide do imperialismo, mas é preciso reconhecer que o chamado ‘Cone Sul’ do Continente desenvolveu ao mais alto nível a tecnologia dessa violência, que constitui um de seus mais sofisticados produtos de exportação (o filme ‘Estado de Sítio’, de Costa Gravas, é uma amostra eloqüente da transnacionalização e do intercâmbio dessas técnicas, na área); c) a terceira forma de violência é, talvez, a mais sutil, mas não menos eficiente: a violência do imperialismo ideológico, que impõe à América Latina o consumo de teorias importadas [...].

Com base em sua investigação empírica sobre sistemas penais na América Latina, em grande parte realizada no Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José da Costa Rica, que contou com ativa participação de Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni conclui⁴⁶ pela aceitação da validade e da irreversibilidade dos resultados da Criminologia da reação social e crítica sobre a operacionalidade do sistema penal também para a região, ao atribuir-lhe “a inquestionável vantagem de descrever detalhadamente – com um arsenal ao qual não se pode imputar nenhum enfeite teórico – o processo de produção e reprodução da delinqüência”. É que, como ressalta, todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que, cancelando o discurso jurídico-penal, materializam-se no centro e na periferia do capitalismo mundial e, ainda, por constituírem marcas de

46 A respeito: *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984; *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*. Informe Final. Buenos Aires: Depalma, 1984; Manual de derecho penal. Parte general. 7. ed. Buenos Aires: Ediar, 1990;

sua essência, não podem, por sua vez, ser eliminadas sem a supressão dos próprios sistemas penais.⁴⁷

Assim:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.⁴⁸

Esses aspectos estruturais, por outro lado, convivem com modalidades operacionais concretas diferentes, que se traduzem na América Latina numa radicalização da sua violência operacional, ou seja, muito maior violência operativa na região marginal⁴⁹. Verifica-se, assim, “[...] na operacionalidade social dos sistemas penais latino-americanos, um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade”.⁵⁰

A ambiguidade dos processos de criminalização, entretanto, faz da polícia que mata a mesma polícia que também é violentada e morre. E o mesmo se diga para os agentes penitenciários, pois o sistema penal não viola unicamente os direitos humanos dos criminalizados, mas também os de seus próprios operadores, deteriorando regressivamente os que o manejam ou que creem manejá-lo.⁵¹

A conclusão fundamental de Eugenio Raúl Zaffaroni⁵², nesse sentido, é que na América Latina a deslegitimação do sistema penal é resultante da evidência dos

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 60, 15.

48 *Ídem.*, p. 15.

49 *Ídem.*, p. 173.

50 *Ídem.*, p. 29

51 *ZÍdem.*, p. 143-144.

52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: CUESTA, Jose Luis de la *et al.* (Comp.). *Criminología y derecho penal ao servicio de la persona*. Libro-Homenaje al profesor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 434; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 38, 67.

próprios fatos⁵³ e a “ética deslegitimante” é, num plano mais profundo, a própria morte humana, ou, mais explicitamente, a magnitude e a notoriedade do fato “morte” que caracteriza seu exercício de poder, de forma que implica “um genocídio em marcha, em ato”. A partir desta conclusão introduz o genocídio como o grande objeto até então ausente da Criminologia crítica latino-americana, atribuindo-lhe a função primária e urgente de “salvamento de vidas humanas”⁵⁴, e propondo para a região um conceito alargado de Criminologia.

Em nossa opinião, a Criminologia não é uma ciência, mas o saber – proveniente de múltiplos ramos – necessário para instrumentalizar a decisão política de salvar vidas humanas e diminuir a violência política em nossa região marginal com vistas a se alcançar, um dia, a supressão dos sistemas penais e sua substituição por formas efetivas de solução de conflitos, se estes necessitarem ser resolvidos, já que, por um lado, nem todos os conflitos necessitam resolver-se e, por outro, não existe sociedade com capacidade de resolver todos eles.

É sobre essas bases que Raúl Zaffaroni⁵⁵ constrói o modelo denominado “Realismo jurídico-penal marginal”, a partir do ponto de vista de uma região marginal do poder planetário, baseado numa razão abolicionista e numa teoria agnóstica da pena.

Por sua vez, a teorização de Lola Aniyar de Castro⁵⁶ sobre o sistema penal na América Latina chega a duas conclusões gerais: a de que há, na região, um funcionamento global e real dos mecanismos de controle formal e informal, em contrariedade ao funcionamento oficialmente programado. Daí concluir pela existência de um “um sistema penal subterrâneo”, funcionando sob “um sistema penal aparente”, e que a articulação das instâncias judiciais com os níveis de maior discricionariedade, como a policial, opera sistematicamente na região em função da seletividade classista do controle social.

53 A respeito da violência do aparelho policial em geral e no Brasil, conferir SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.123 *et. seq.*

54 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas, op. cit.*, p. 171-172.

55 *Ídem.*,

56 ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987. p. 96.

A diferença entre o controle penal do centro e o da margem tem sido reiterada pela Criminologia crítica latino-americana como uma diferença de especificidade (qualitativa) e dose (quantitativa) de violência.

Aqui, na periferia, a lógica da punição é simbiótica com uma lógica genocida e vigora uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada de morte e perda da vida), entre lógica da seletividade estigmatizante e lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que “não têm um lugar no mundo”, os sujeitos do “lugar do negro”.

Dialetizando-se com a pena oficial de prisão – a pena vertebral da modernidade – aparece a pena de morte informal ou subterrânea para a colonialidade. Daí que, na Criminologia latino-americana aparece um conjunto de conceitos novos: poder configurador, policização, sistema penal subterrâneo, vulnerabilidade, autoritarismo *cool*.

De fato, em sociedades latino-americanas como a brasileira, com uma secular tradição de maus-tratos, tortura e extermínio (crueldade) como tecnologia punitiva e mecanismo de controle social, os corpos, sobretudo de pobres e mestiços, indígenas e negros (antes das tribos, campos e senzalas, e depois das favelas), das marginalizadas e conflituosas periferias urbanas ou zonas rurais, ainda que jovens e até infantis, nunca saíram de cena como objeto da punição. Ainda, quando a pena é declarada pública-estatal, subterraneamente se perpetua a pena privada, por meio do exercício arbitrário de poder, por atores e em espaços privatizados e domesticados, completamente subtraída do controle publicamente declarado.

Não parece, de modo algum, haver uma descontinuidade ou ruptura, como sustentado pela historiografia (evolucionista) oficial, entre o passado (concebido como pré-moderno) e o presente (moderno), o que, aliás, também não se verifica no centro ocidental, mas apesar das diferenças contextuais, o que subsiste é um *continuum* metódico punitivo, desde a colonização, o mercantilismo e a escravidão, até a globalização do capitalismo⁵⁷. O Brasil tem escravidão (indígena e afro) e, a partir e

57 Por globalização entendo um novo momento de poder planetário correspondente à era da revolução tecnológica, da sociedade da comunicação e do espetáculo, caracterizado por transformações nas noções de tempo, espaço e movimento, por transformações econômicas (na esfera da produção e da acumulação de riqueza, e na esfera do mercado e do consumo, com a produção de desemprego estrutural, precariedade e flexibilização do trabalho), transformações políticas (erosão seletiva da soberania e do Estado-nação, do espaço público e da democracia, desestruturação do Estado social), transformações culturais e subjetivas (individualismo possessivo, mercantilização da vida, consumismo radicalizado, sentimento de intolerância para com o Outro, sentimento de

por dentro dela, maus tratos, tortura e extermínio abertos (Canudos, ditadura civil-militar) e encobertos ao longo de toda a sua história, continuamente, incluindo a atual “democracia civil” (Eldorado dos Carajás, Carandiru, Candelária, Alemão). Para além das matanças nominadas e datadas, o Brasil mata cotidianamente, no campo e na cidade, anônimos da miséria, anônimos da mendicância, anônimos nos confrontos com a criminalização (notadamente do tráfico de drogas) e o sistema penal formal (as polícias, as prisões) e informal ou subterrâneo (os jagunços, as milícias, os esquadrões da morte), sem falar em outras tantas matanças como a ambiental (Chico Mendes), familiar doméstica e do trânsito. Ainda está por ser escrita a várias mãos, incluindo as mãos da Criminologia brasileira, a história punitiva do Brasil, na qual a dolorosa fenomenologia dos “campos de concentração” (Gulags) certamente vai reaparecer na sua diversa, porém continua, e não menos dolorosa e violenta (des)concentração: seríamos nós um campo punitivo em caráter cotidiano cruel e perpétuo ?

É nessa linha argumentativa, por exemplo, que Nilo Batista⁵⁸ identifica na fundação do sistema penal brasileiro, de matrizes ibéricas católicas, uma continuidade do modelo inquisitorial, uma continuidade entre o público e o privado presente no controle penal da escravidão, a qual, integrada por um *Direito penal doméstico*, que usa intensivamente penas corporais também previstas pelo Direito penal público e dispõe de uma *autonomia* – que anula ou reduz o controle público sobre seus (ab)usos –, permite um “trânsito de práticas penais do espaço do senhor ao espaço do juiz”.

Nilo Batista⁵⁹, a respeito, historia:

À procura das matrizes ibéricas do direito penal brasileiro, tratemos de isolar e descrever alguns procedimentos caracterizados pela generalidade, eficácia e persistência de suas concepções e de seus métodos. [...] O primeiro elemento dessa matriz (*continuidade*

insegurança e medo, fragmentação social e de classe), jurídicas e punitivas. A respeito, ver BERGALLI, Roberto. Globalización y control de la ciudad. Fordismo y disciplina- post-fordismo y control punitivo. *Il Diritto e la differenza – scritti in onore di Alessandro Baratta a cura di Raffaele De Giorgi*. Lecce: Multimedia, 2003. V. II. p. 55-86. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. XX, 1999. p. III-XXIV.

58 BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000. v. I. p. 25-26 e p. 127-128. BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. v. 1. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, p. 147-158, 2002. p.150.

59 BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000. v. I. p. 25-26, 127.

público-privado) é a existência de um Direito penal doméstico que dispõe de profundas raízes romanas e também germânicas. Podemos anteriormente mencionar a lei VI, V, XII, promulgada porque senhores (e senhoras) cruéis matavam seus escravos *extra culpam* ou *extra discussionem publicam*, quer dizer, sem procedimento legal, domesticamente; [...]. Já mencionamos também a importância das penas corporais nesse *direito penal doméstico* bem como a especial função de reprodução pública, regulamentada, de castigos corporais que integram o cotidiano do controle penal doméstico para a legitimação da *continuidade público-privado*. Acresçamos agora outra característica, a *autonomia do direito penal doméstico*, que significa não apenas a possibilidade, que historicamente se realizará, de uma normatização privada penal articulável ao direito penal (público), mas também a delimitação, mais ou menos nítida, de campos de competência distintos, com nenhum ou escasso controle público dos (ab)usos privados. [Grifos do autor].

Nas raízes dessa violência institucional (e individual), que emoldura o funcionamento e a atual crise de legitimidade dos nossos sistemas penais, Juarez Cirino dos Santos⁶⁰ igualmente situa a violência estrutural, notadamente do capitalismo dependente e periférico brasileiro, cuja gênese remonta a “uma economia agrário-exportadora, que funciona como centro do sistema de acumulação fundada no trabalho escravo e vinculada ao capitalismo internacional, europeu e americano”.

As Criminologias críticas latino-americanas e brasileiras têm construído, portanto, um acúmulo argumentativo sobre os riscos de um “mais” controle penal, quando estamos precisamente diante de um “Ornitorrinco” punitivo, metáfora que pode muito bem ilustrar a hibridez do nosso controle penal, amálgama que tem sido de escravismo com capitalismo, de público com privado, de patrimonialismo com universalismo, de liberalismo com autoritarismo.

E, considerando que o tempo presente se caracteriza pela permanência do “imperialismo ideológico” na América Latina e no Brasil, pois na região o controle penal oficial, auxiliado pela “Criminologia colaboracionista”, continua refém do modelo (neoliberal) de controle penal euro-americano (globalizado), sempre em busca da eficiência perdida, o eficientismo intolerante, entre nós, continuidade da histórica “Política criminal com derramamento de sangue”⁶¹ implica “pena de morte indire-

60 SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 75.

61 BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ICC - Freitas Bastos, 1998.

ta”, mais mortes e mais vagas nos cemitérios. E sobre isso deve haver muito mais do que mediana clareza por parte das agências e dos atores que têm o poder criminalizador: tem de haver resistência.

4. A DISJUNTIVA: UMA FALSA QUESTÃO?

As questões a precisar são, pois:

1) um reencontro com a trajetória percorrida pelo paradigma da reação social e pela Criminologia crítica na América Latina nos últimos quarenta anos demonstra *que não houve uma disjuntiva* entre recepção da Criminologia crítica norte-americana e europeia na América Latina “e” construção de uma Criminologia crítica Latino-americana, mas uma complementariedade mais sutil e complexa, pois tanto se recepcionou o paradigma da reação social e seus desenvolvimentos teóricos centrais quanto, quase que simultaneamente ou no próprio processo, conferiu-se-lhe uma continuidade latina periférica específica nos diferentes países, como o Brasil; num caso e noutro, enriquecendo teórica e/ou empiricamente a matriz originária, seja alargando o campo da Criminologia crítica como marco teórico, seja latinizando-a; quer dizer: produziu-se conhecimento novo;

2) existe uma Criminologia crítica latino-americana⁶², plural e complexa, liberta do colonialismo intelectual, ainda que em seus momentos fundacionais e, ao depois, marcada pela interlocução com as matrizes norte-americana e europeia;

3) a recepção do paradigma da reação social, em seus diferentes e fecundos desenvolvimentos teóricos, foi e continua sendo válida para se compreender aspectos estruturais e lógicas de funcionamento dos sistemas penais e do controle social; até porque, o centro do capitalismo, onde aquele se produziu, é constitutivo dos modelos de controle sociopenal da periferia; mas é de fundamental importância buscar as especificidades da periferia, mediante um saber próprio; ⁶³

62 Cf. CAPELLER, Wanda. Violência e políticas criminais de ajustamento social. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, n. 4, out./dez. 1990. p. 44; DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. México: Siglo Veintiuno, 1984.

63 Neste sentido, também, desde o Brasil, Jacinto Coutinho e Allana Marques: “[...] não se pretende, nem se deve, descartar as teorias herdadas dos países centrais. O que se quer aqui, em relação às teorias criminológicas recepcionadas na periferia, é salientar o importante processo de filtragem, que fundamentalmente deve ser adotado em direção ao ponto de vista seguido pelos teóricos do centro, que está em conformidade com sua história, a fim de buscar a adoção de um modelo alternativo, preocupado com os interesses periféricos, sempre com referência ao poder mundial. A Criminologia na América Latina, por mais que deva considerar as relações entre excluídos e incluídos, a fim de propor estratégias de uma política de transformação social, deve as-

4) o processo então simultâneo de recepção da Criminologia crítica na América Latina e de construção da Criminologia crítica latino-americana não teve continuidade coletiva no subcontinente, mas sim individual, mediante esforços que apesar de cruzados têm sido locais e biográficos. As diferenças analíticas que atravessam essa continuidade autorizam a referência às Criminologias críticas latino-americana e brasileira. A pluralização do signo, entretanto, se por um lado é adequada para expressar, como já referi, o próprio pluralismo e complexidade do campo, por outro oferece desvantagens (identificadas com a epistemologia pós-moderna), da relativização à fragmentação do criticismo, que apontam para a dispersão do que opostamente busca-se aqui fortalecer, acadêmica e politicamente, pela (re)união, pela (re)unificação.

A pertinência da crítica periférica para a América Latina, ao chamar a atenção para a necessidade de descolonizar o pensamento criminológico da região e, ao mesmo tempo, adotar uma perspectiva (des)colonial (deixar de fazer Criminologia da ótica do colonizador para passar a fazê-la da ótica do colonizado), perspectiva (chamada “descolonial”) hoje em grande desenvolvimento na teoria social, talvez tenha conduzido a limites no uso do próprio conceito de “recepção”, ao qual parecia escapar precisamente a dupla dimensão dialógica e construtora de conhecimento⁶⁴ desse rico processo, como bem percebia Alessandro Baratta, nosso grande e “ mestiço ” mestre (italo-germânico-latino-brasileiro), muitas vezes injustamente considerado um missionário colonizador de ideias criminológicas:

“La relación entre Criminología crítica en Europa y Criminología crítica en América Latina ha sido siempre, desde mi punto de vista y mi experiencia personal, una relación de intercambio e experiencias y no de subordinación de una área sobre otra. Me parece evidente que hoy la Criminología crítica en América Latina no tiene menos para enseñar a la europea y norteamericana que lo que estas pueden enseñar a la primera. La transferencia de experiencias e instrumentos conceptuales en relación con problemas

sumir, como compromisso teórico, a posição marginal e a partir deste lugar estudar e entender os comportamentos socialmente negativos, com um fim último de libertação. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MARQUES, Allana Campos. Baratta: Aldilà do sistema penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. 1.p. 110-111.

64 Vejam-se as especificidades, no interior do movimento criminológico crítico, das versões radical, nova e crítica, da Criminologia. Veja-se o significado do debate na América Latina. Cf. BARATTA, Alessandro. No está en crisis la criminología crítica. In: MARTINEZ, Mauricio (Coord.). *Que pasa en la criminología moderna*. Bogotá: Themis, 1990. p. 148-149.

particulares del área originaria a otra área, es posible solo si no se pierde de vista la particularidad histórica y política de las diversas áreas, lo mismo que la relación de las ideas con la realidad y los problemas regionales en las que ellas surgen. Con esta advertencia, es ciertamente deseable el enriquecimiento recíproco el intercambio cultural entre la Criminología crítica latino-americana y europea. Considero que algunos principios metodológicos puedan ser comunes a los dos áreas. En este sentido la conciencia histórica y la reflexión epistemológica representan un antídoto válido contra formas de transculturación científica que han sido frecuentes en la relación entre Europa y América Latina y que deben ser criticadas y evitadas también en el campo de la Criminología crítica. En lo que respecta a mi experiencia personal, puedo decir que nunca he ido a las universidades o centros de investigación latinoamericanos con una intención diferente de aprender y dialogar con colegas, estudiantes y operadores, de los que, sin falsa modestia, he aprendido mucho más de lo que alguna manera les haya podido enseñar. [...] No he pretendido nunca ‘transplantar’ ideas o métodos nacidos en contextos diferentes del latinoamericano, hacia ese continente. Mi interés há sido y será siempre el de desarrollar un provechoso diálogo, teniendo en cuenta lo adquirido en el laboratorio europeo en la que permanentemente actúo”.⁶⁵

5) o processo a que me referi não foi, portanto, de transculturação, mas sim de recepção e de desenvolvimento criativo simultaneamente no centro e na periferia planetária; ou seja, não apenas nas sociedades do capitalismo periférico, mas no próprio interior do capitalismo central – como Estados Unidos x Europa –, num processo sem colonizados e sem colonizadores pontuais: num processo dialógico e aberto que desde sempre marcou identidades e diferenças regionais e contextuais;

6) o resultado global desse processo é que temos um acúmulo criminológico crítico na América Latina e no Brasil, desde as perspectivas colonial e periférica (marginal), acúmulo este que não está e não deve ser dissociado do acúmulo criminológico da modernidade (central), porquanto dialogicamente construído com ele (e não contra ele) e aberto para uma necessária continuidade nos formatos epistemológico e político, por exemplo, de uma transdisciplinarietà ou de uma “Ecologia

65 BARATTA, Alessandro. No está en crisis la criminología crítica. In: MARTÍNEZ, Mauricio. (Coord.). *Que pasa en la criminología moderna*. Bogotá: Themis, 1990. p. 148-149.

de saberes”.⁶⁶ Proponho falar, então, do longo acúmulo criminológico crítico da modernidade-colonialidade e identificar nele a base da retomada, a âncora do resgate do criticismo.

Estamos diante de autênticas e importantes Criminologias críticas (latino-americanas e brasileiras), que, recolhendo o contributo das matrizes europeias e norte-americanas, radiografam a especificidade da problemática latino-americana e do drama em que está envolta a engenharia dos nossos sistemas penais, imprimindo àquela uma fundamentação teórico-empírica singular, que nos fornece subsídios cabais, definitivos, dos caminhos que o controle penal não pode mais legitimamente trilhar na perspectiva dos direitos humanos e da democracia.

As Criminologias críticas latino-americanas têm, portanto, muito a dizer e a contribuir para a compreensão dos processos genocidas produzidos pelo poder punitivo e sobre os remédios com prazos de validade vencidos, que perpetuamente retornam sob velhos rótulos e embalagens; numa palavra, sobre o eterno retorno da reação social punitiva, da resposta repressiva, sempre “depois” que os sintomas dos conflitos violentos eclodiram no espaço público.

De contribuir para compreender o controle penal e salvar vidas humanas (limite negativo extremo do saber criminológico) a reconstruir modelos alternativos e modelos não violentos para responder positivamente aos problemas e conflitos sociais (limite positivo extremo do saber criminológico), a Criminologia pode assumir funções complexas e desafiadoras, que certamente requerem fortes parcerias disciplinares, agenciais e empíricas; que requerem o transbordar dos muros criminológicos, a ponto de se indagar, como bem sugeriu Roberto Bergalli, se um saber assim poderá seguir sendo chamado de Criminologia. Retornamos, com esta dúvida, ao próprio debate fundador da discussão criminológica crítica na América Latina.

5. CONCLUSÕES: RETOMANDO A SUSPENSÃO - A IMPORTÂNCIA DA CONTINUIDADE A PARTIR DO LONGO ACÚMULO CRIMINOLÓGICO CRÍTICO DA MODERNIDADE-COLONIALIDADE

Estamos, portanto, em condições de responder ao interrogante e de formular a convocatória latina anteriormente enunciada. Quero argumentar, aqui, que a retomada e o desenvolvimento desse projeto criminológico, desde as suas bases fundacionais e o seu destino (mapeando comunidades que se construíram, acúmulo criminológico e revisionismos, projetos transformadores do controle penal, ações

⁶⁶ Proposta por Boaventura de Sousa Santos em “*A gramática do tempo*”, com forte viés empírico.

e decisões libertárias no sistema de justiça penal e outras instituições, lutas sociais, entre outros), constituem acervo histórico, teórico e político de ímpar significação, seja para se reconstruir a história passada da Criminologia na América Latina (como postula Roberto Bergalli), seja para se repensar e construir a história presente e futura do criticismo, repensando as bases das Criminologias críticas latino-americanas e brasileiras, tanto sob os instrumentais analíticos, quanto sob as condições e as exigências do espaço-tempo presente, sob os desafios da “compressão espaço-temporal” imposta pela globalização neoliberal do capitalismo e, em seu âmbito, do caminho único imposto pelo eficientismo penal; inserção contextual que também auxiliaria a compreender as dificuldades enfrentadas para a continuidade daquele projeto latino-americano; ajudaria a compreender as razões de sua suspensão⁶⁷ e a reafirmar a necessidade de reempreendê-lo, enquanto inserto no amplo quadro das lutas contra-hegemônicas da “globalização comunitária” e desde o “pilar da emancipação” (Boaventura de Sousa Santos). É que a Criminologia, enquanto saber e prática do controle social e penal, muito tem a dizer e a fazer na compreensão e na funcionalização de nossa latinidade, seja, ambigualmente, na direção da exclusão e do extermínio, seja na construção de caminhos “desviantes” dele; e apenas o caminho crítico da Criminologia pode potencializar esta segunda direção.

Acredito, dessa forma, que o processo de globalização em curso, não obstante colonizado pela dimensão econômica e pela lógica de reprodução do capital e do mercado (a denominada globalização neoliberal), apresenta potenciais ambíguos ao trazer à cena uma infinidade de lutas comunitárias, locais ou articuladas em redes (a denominada globalização comunitária, societária, de baixo para cima), entre as quais se inserem aquelas relativas à construção de saberes e de paradigmas contra-hegemônicos: a academia tem, pois, o seu lugar neste processo.

A Criminologia, nessa esteira, também se reveste de potenciais ambíguos. Não obstante ser mecanismo coconstitutivo e legitimador da ordem, neste momento em que, sob o influxo das referidas lutas, os saberes se deslocam e se revisam, há espaço para a teorização de um projeto criminológico crítico para a América Latina e para o Brasil, que concorra para a compreensão de nossa latinidade e de nossa

67 Cito, entre outras, a investigação de Ela Wiecko W. de Castilho. (*O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Lei n. 7.492, de 16/06/1986. Belo Horizonte: Del Rey 1998), na origem sua tese de doutorado defendida no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, sob minha orientação, na qual ela demonstra empiricamente que o Banco Central, não obstante não integrar formalmente a fenomenologia do sistema de justiça brasileiro integra e exerce um poder seletivo decisivo no controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional, notadamente na impunidade das elites onde se situam os seus autores preferenciais.

brasilidade, relacionadas à Europa e à América do Norte, matrizes constitutivas dela, e para as práxis libertadoras no subcontinente.

Nessa retomada, necessariamente aberta e autocrítica, aparecem muitos conceitos e visões a serem revisitados, de acordo com o contexto social e com os instrumentos teóricos e metodológicos contemporâneos, entre eles o próprio conceito de “recepção”, a partir da advertência da história cultural de Roger Chartier⁶⁸ sobre o equívoco de se opor “recepção” à “produção”. É que:

Essa perspectiva tem como fundamento metodológico implícito a idéia de criação intelectual em oposição à concepção de consumo cultural. Ao ignorar que o consumo cultural é também uma outra produção e que a obra se reconstrói a partir de outras interpretações e significações, essa perspectiva teórica deixa escapar que ler, olhar ou escutar são, efectivamente, uma série de atitudes intelectuais que – longe de submeterem o consumidor à todopoderosa mensagem ideológica e/ou estética que supostamente o deve modelar – permitem na verdade a reapropriação, o desvio, a confiança ou resistência.⁶⁹

À leitura dicotômica recepção-produção escapa, pois, como aduz Camila Cardoso de Mello Prando,⁷⁰ a singularidade, a descontinuidade e a originalidade do saber aqui produzido, a partir de dimensões e categorias alheias aos textos originais que servem de referência para a construção do saber.

No mesmo sentido, Máximo Sozzo⁷¹ chama a atenção para a necessidade de uma hermenêutica apta a dar conta das “traduções” dos discursos punitivos como processos culturais mais complexos que os conceitos de “transposição” ou “trasla-

68 CHARTIER, Roger. História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação. In: _____. *A história cultural* (Org.). Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil/Lisboa: Difel, 1988. p. 59-60.

69 CHARTIER, Roger. História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação. In: _____. (Org.). *A história cultural*. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil/Lisboa: Difel, 1988. p. 59-60.

70 PRANDO, Camila Cardoso de Mello. História do pensamento criminológico no Brasil: a Revista de Direito penal (1933-1937) e o debate entre os juristas, 2010. [Não Publicado].

71 Nas obras: “Traduttore Traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en America Latina. *Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc-Villela Editor, año VII, n. 13, p. 354-431, 2001; Roberto Bergalli y la tarea de hacer una historia critica de la criminología en America Latina. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006. p. 394-400.

dos” possam sugerir, e apta a dar conta das mediações culturais que se interpõem entre a produção material da vida, os discursos e as práticas punitivas.

A partir dessa perspectiva, coloco outra importante questão, que é a potencialidade de se proceder, por dentro do longo caminho latino-americano já percorrido e avançado, a certa “inversão”, na visão da diferença que também tem alimentado predominantemente o debate latino criminológico ao caminhar na direção centro-periferia; ou seja, ao assimilar o ponto de partida e a definição do objeto da Criminologia central, para então identificar, a partir e por dentro dela, as nossas especificidades. O campo criminológico latino é assim construído dependentemente como um campo de deficit/excessos em relação ao centro, ficando a singularidade criminológica relativamente prisioneira.

Assim, se aceitamos a hipótese de que as Criminologias latino-americanas têm identificado especificidades no funcionamento do controle penal periférico, como a importância que o controle social informal, de matriz privada e patrimonialista, ocupa no controle penal latino-americano e brasileiro, conduzindo a um maior grau e intensidade de violência, uma importante indagação emerge: seriam tais especificidades meramente quantitativas em relação ao controle penal central, ou seriam também qualitativas e, quiçá, indicativas da existência de um *modus operandi* específico de controle fundado desde o próprio interior da região que conduza à necessidade de uma revisão dos próprios pontos de partida e dos termos da construção criminológica crítica na América Latina e no Brasil, dos confins da Criminologia e seu objeto de estudo. A inversão – e a grande ousadia –, sem obviamente partir de um lugar “soma zero” do conhecimento e da experiência, que seria um lugar a-histórico, mas do acúmulo cognitivo existente; a inversão seria pensar uma Criminologia a partir de nós mesmos em que o Outro é um elemento constitutivo do seu sentido (dialógico) e não o seu enunciador matricial. Acredito que teríamos então à nossa frente um campo de transbordamento.

Detenho-me em apenas uma das reflexões possíveis acerca desse transbordamento. O próprio conceito de sistema penal formal parece cada vez mais insuficiente para dar conta da fenomenologia de poder e controle punitivo na sociedade brasileira, seja por deixar de fora agências ou instituições que têm um peso decisivo no exercício do controle penal⁷², seja sobretudo por deixar de fora a fenomenologia

72 Hipoteticamente, acredito que a interrupção desse desenvolvimento foi historicamente condicionada por fatores internos e externos, micro e macro, conjunturais e sobretudo estruturais: o avanço da globalização econômica, sob o influxo devastador da ideologia neoliberal e a hegemonia de Criminologias e políticas atuárias e administrativas, de cunho etiológico revigorado, sustentadoras do denominado eficientismo penal, potencializador sem precedentes, no mundo ocidental,

e o conceito mais específico, mas não menos decisivo, de segurança pública, para enuclear-se em torno do conceito e da fenomenologia de justiça (sistema de justiça penal), produzindo um corte na simbiose entre estas forças da “lei e da ordem”. Este corte, a sua vez, é indicativo de outro corte, que preside a fundação da Criminologia positivista, entre criminalidade e ordem, a partir do qual é apenas a primeira que ingressa legitimamente como objeto da disciplina, que se apresenta ao mundo ocidental como “a ciência da criminalidade”. Apesar do giro epistemológico representado pelo paradigma da reação ou controle social e pelo criticismo, este corte não parece ter sido enfrentado. Em qualquer caso, a “ordem” é um condicionamento estrutural que opera latente e ideologicamente nas construções criminológicas, seja no sentido conservador, seja no sentido transformador, como se evidencia, respectivamente, no paradigma positivista etiológico (a Criminologia a favor da ordem) e no paradigma do controle social (a Criminologia crítica da ordem).

Não é outra a conclusão de Vera Malaguti de Souza W Batista ao afirmar que:

[...] todas as definições de criminologia são atos discursivos, atos de poder com efeitos concretos, não são neutros: dos objetivos aos métodos, dos paradigmas às políticas criminais. Aqui reside o enigma central da questão criminal. Talvez seja essa a lição principal do inspirador livro de Pavarini, para entender o objeto da criminologia, temos de entender a demanda por ordem de nossa formação econômica e social. A criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem. A marcha do capital e a construção do grande ocidente colonizador do mundo e empreendedor da barbárie precisaram da operacionalização do poder punitivo para assegurar uma densa necessidade de ordem.⁷³

O que estou a sugerir nessa direção é que o problema e o conceito de ordem (e seus corolários de segurança do Estado, segurança pública etc.) devem integrar o horizonte analítico de uma Criminologia latino-americana, permitindo realojar problemáticas e conceitos que vêm sendo trabalhados com crescente interesse na

da engenharia e da cultura punitivas (do agigantamento do controle punitivo formal e informal, com a redução acelerada das garantias jurídicas), alicerçadas numa cultura individualista do medo e da insegurança, mediatizada por uma mídia espetacularizante-dramatúrgica, avalizada por uma tecnologia comunicacionalmente revolucionada; processo que, como é sabido, passa a colonizar a América Latina e o Brasil desde início da década de 1990.

73 BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 19.

Criminologia latino-americana e brasileira e nas ciências sociais e humanas, como segurança pública, etnia, raça e mestiçagem, infância, adolescência e juventude, loucura, vadiagem, mendicância, exclusão e outras tantas subjetividades constituídas pelo controle social e punitivo periférico, por meio de específicos controles e penas, para além de e em cruzamento com análises sobre classe social e pena de prisão, temas nobres do criticismo central e suas realidades, que devem continuar ocupando o seu lugar na periferia, devidamente ressignificados. O problema conflui para o da(s) violência(s), em suas múltiplas e cruzadas dimensões (estrutural, institucional, individual, grupal, internacional, global, intersubjetiva) simbólicas e instrumentais. Violências de raiz binária inferiorizadora, seja antropocêntrica (especista), androcêntrica e patriarcal (sexista), capitalista (classicista), étnica (racista), etária e tantas outras, amalgamadas na religião (de domínio católico), na política (de domínio estatal patrimonialista) e na cultura, não obstante miscigenada do povo brasileiro, cuja identidade o singulariza na civilização planetária.

O desenvolvimento de tais questões continua a exigir, a sua vez, um forte diálogo transdisciplinar da Criminologia com outros saberes, tanto científicos quanto populares e uma forte base histórica e empírica, reconduzindo, enfim, à problemática do “deficit empírico” que, não sem algum grau de injustiça, Gabriel Ignacio Anitua atribui à Criminologia da região.⁷⁴

A recente fundação da Associação Latino-americana de Pesquisas em Criminologia (ALPEC), de iniciativa de Eugenio Raúl Zaffaroni, Lola Aniyar de Castro e outros grandes nomes – que contará no Brasil com a coordenação de Nilo Batista e Vera Malaguti de Souza Batista –, criada em abril de 2011, sem alarde, na Guatemala, reabre um cenário de esperança (de *esperantar*) para a construção de redes e para, quicá, despertar a utopia criminológica adormecida, em cujo despertar um Sul criminológico, emergindo sem “complexos de inferioridade” em relação ao Norte, possa intensificar um olhar para si, dialogando cada vez mais a partir de si mesmo, sem se tornar, contudo, ensimesmado. Essa é a convocatória latina e brasileira que deixo aqui subscrita, ao tempo em que findo este pequeno discurso, com o sentimento de que ficou imensamente aquém do que eu gostaria de ter sido capaz de dizer sobre o cenário da história que me encantou recordar.

74 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico, n. 15).

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2012. (Pensamento Criminológico 19).
- _____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. (Org.) *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1.
- _____. (Org.) *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 2.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico 15).
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Criminologia de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique. Relaciones entre la dogmática penal y la criminología. In: MIR PUIG, Santiago (Org.) *Derecho penal y ciencias sociales*. Bellaterra: Universida Autònoma de Barcelona, 1982. p. 53-70.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: PUIG, Santiago Mir (Coord.). *Política criminal y reforma do derecho penal*. Bogotá: Themis, 1982. p. 28-63.
- _____. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. [Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, setembro de 1983]. *Documentação e Direito Comparado*. Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça, n. 13, p. 145-166, 1983. Separata.
- _____. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina penal*. Buenos Aires, n. 40, p. 447-457, 1987.
- _____. No está en crisis la criminología crítica. In: MARTINEZ, Mauricio (Coord.). *Que pasa en la criminología moderna*. Bogotá: Themis, 1990. p. 148-149.
- _____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo veintiuno, 1991.
- _____. *Criminología crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- _____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- _____. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- _____. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 103-110, 1º e 2º semestres 2000.
- _____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: crime, direito e*

- sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n.12, p. 271-288, 2º sem. 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti Souza W. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998.
- _____. Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1. p. 191-192.
- _____. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006.
- BERGALLI, Roberto. Reflexiones sobre la Criminología en América Latina. In: JIMÉNEZ, Huerta Mariano et al. (Ed.) *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: em homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.
- _____. Sentido y contenido de una sociología del controle penal para América Latina. *Criminología crítica*. I Seminário. Medellín: Universidade de Medellín, agosto de 1984.
- _____. El control penal en el marco de la sociología jurídica. In: _____ (Coord.). *El Derecho y sus realidades*. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Barcelona: PPU, 1989.
- _____. ¿Garantismo penal? ¿Cómo, por qué y cuándo? Señores peñalistas: la polémica está servida! *Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 49/52, p. 503-505, 1990.
- _____; BUSTOS Ramírez, Juan (Coords.). *El pensamiento criminológico I*. Un análisis crítico. Barcelona: Península, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987.
- CAPELLER, Wanda. Violência e políticas criminais de ajustamento social. *Fascículos de Ciências Penais*, n. 4, out./dez. 1990.
- CARRASQUILLA, Juan Fernández. Panorama de las relaciones entre el derecho penal, la política criminal y la criminología en el ámbito de la justicia penal. *Nuevo Foro Penal*. Bogotá, Themis, n. 25, p. 287-291, jul./set. 1984.
- CHARTIER, Roger. História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação. In: _____ . *A história cultural*. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil/Lisboa: Difel, 1988.
- CLEMENTE, Martin. En busca de una nueva dogmática. Aproximación a una perspectiva criminológica de la dogmática jurídico-penal. *No hay Derecho*. Buenos Aires, n. 3, p. 29, abr./ mayo 1991.
- CONORADO FRANCO, Fernando. Dogmatica jurídica y criminologia critica. In: ALVAREZ, Ana Josefina et al. (Coords.). *Criminologia crítica*. Mexico: Universidad Autónoma de Querétaro, 1990. p. 65-70.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. *Poder y Control*. Barcelona, n. 0, p. 25-48, 1986.
- _____. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989.
- GARCIA MÉNDEZ, Emilio. La violencia doméstica y el sistema de la justicia penal: pautas para un derecho penal mínimo. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, nº 10, pp.227-238, [19-].

- HULSMAN, Louk. *Pensar em clave abolicionista*. Tradução por Alejandra Vallespir. Buenos Aires: Cinap, 1997.
- _____. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça penal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B Dias da. (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução de Maria Abramo Brandt de Carvalho. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- _____.; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- _____.; CHRISTIE, Nils; MATHIESEN, Thomas; SCHEERER, Sebastian; STEINERT, Heinz; DE FOLTER, Rolf S. (Coords.). *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- MANZANERA, Luis Rodríguez. Control social en América Latina. In: OLIVEIRA, Edmundo (Coord.). *Criminología crítica*. Pará: Cejup, 1990.
- MONREAL, Eduardo Novoa. Desorientación epistemología en la Criminología crítica? *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, n. 30, p. 263-275, abr./jun. 1985.
- MUÑOZ GONZALEZ, Luiz. La Criminología “radical”, la “nueva” y la Criminología “crítica”: matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguskilore*. San Sebastián, n. 2, p. 267-282, oct. 1989.
- NAVARRO SOLANO, Sônia. Control social y dogmática penal. In: OLIVEIRA, Edmundo (Coord.) *Criminología crítica*. Pará. Cejup, 1990. pp.179-188.
- OLMO, Rosa del. *América Latina y su criminología*. México: Siglo Veintiuno, 1984.
- _____. Criminología y derecho penal, aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 37, p. 23-43, ene./mar. 1987.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução por Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988.
- PLATT, Tony. Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA. In: TAYLOR, WALTON, YOUNG (Orgs.). *Criminología crítica*. Tradução de Juares Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal 1980. p. 113-134.
- PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés . Sobre democracia y justicia penal. *Capítulo Criminológico*. Maracaibo: Universidad del Zulia, n° 16, pp.59-67, 1988.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *História do pensamento criminológico no Brasil: a revista de direito penal (1933-1937) e o debate entre os juristas*. [No prelo]. 2010.
- SOLA DUEÑAS, Angel de. Política social y política criminal. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMIREZ, Juan (Coords.). *Pensamento criminológico II*. Barcelona: Península, 1982. p. 245-268.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. A gramática do tempo – para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. v. 4.
- SANTOS, Juares Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *As raízes do crime*. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. Teoria do crime. São Paulo: Acadêmica, 1993.

- _____. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005. v. 1.
- _____. Trinta anos de vigiar e punir - Foucault. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 289-298, 2006.
- _____. A criminologia e a reforma da legislação penal. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, OAB/Conselho Federal, v. 1, p. 809-815, 2006.
- TOSCA, Hernandez. *La ideologización del delito y de la pena*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1977.
- ZAFARONI, Eugenio Raúl. (Coord.). *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- _____; _____. Informe Final. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- _____. La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: CUESTA, Jose Luis de la et al. (Comp.). *Criminologia y derecho penal ao servicio de la persona*. Libro-Homenaje al profesor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminologia, 1989.
- _____. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 7. ed. Buenos Aires: Ediar, 1990.
- _____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- _____. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. 1.
- _____. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.
- _____. *Teoria da pena*. Fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005. v. 1.
- _____. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC Editora, 2005. v. 1.
- _____. A criminologia e a reforma da legislação penal. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, v. 1, p. 809-815, 2006.
- _____. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1. p. V-VI.
- _____. Trinta anos de vigiar e punir - Foucault. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 289-298, 2006.
- _____. *Direito penal*. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC / Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOZZO, Máximo. Traduttore Traditore. Traducción, importación cultural e Historia Del presente de la Criminologia en América Latina. Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudencia Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc-Villela Editor, año VII, n. 13, p. 354-431, 2001.
- _____. Roberto Bergalli y la tarea de hacer una historia critica dela criminologia en America Latina. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (coord.). *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006. p. 394-400.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Livraria Delrey, 2000. v. 1.
- _____. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2009. v. 1.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Coord.). *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina. Primer Informe*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- _____; _____. *Informe Final*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- _____. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.
- _____. *Manual de Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987.
- _____. *Criminología*. Aproximación desde una margen. Bogotá: Temis, 1988.
- _____. La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: CUESTA, Jose Luis de la et al. (Comp.). *Criminología y derecho penal ao servicio de la persona*. Libro-Homenaje al profesor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.
- _____. *Manual de derecho penal. Parte general*. 7. ed. Buenos Aires: Ediar, 1990.
- _____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- _____. et al. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.
- _____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro II: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.

Capítulo 62

A LEI MARIA DA PENHA SOB A PERSPECTIVA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA: UMA ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NA CIDADE DO SALVADOR-BA⁷⁵

Rafaela Seixas Fontes⁷⁶

1. INTRODUÇÃO

“Mora na filosofia: pra que rimar amor e dor?” (Caetano Veloso)

Esta reflexão sobre a criminalização da violência doméstica parte de uma angústia pessoal, de um não saber sobre se é possível que os ideais emancipatórios do movimento feminista estejam articulados com a estrutura repressora de controle social do sistema de justiça criminal. Será, de alguma forma, útil *rimar amor e dor?* *Amor* entendido como a proposta de liberdade e igualdade do feminismo e a *dor* simbolizando a resposta de exclusão social, estigma e castigo oferecida pelo sistema penal (com toda a sua carga de racismo, classismo e sexismo). Será possível que essa estranha rima nos ofereça uma resposta credível para desestabilizar as relações de violência baseadas no gênero?⁷⁷

Sabemos que o clamor para a punição dos agressores é tanto maior quanto mais escandalosa é a impunidade e o descaso com que esses crimes são tratados pelo sistema de justiça criminal.⁷⁸ Através do longo histórico de experiência frustrada

75 As discussões e resultados apresentados neste artigo foram também objeto da monografia intitulada “Lei Maria da Penha: Entre a Efetivação dos Direitos Humanos e a Racionalidade Penal Moderna”.

76 Universidade Federal da Bahia, Endereço de e-mail: rafaela.fontes@gmail.com.

77 Gênero é aqui entendido como relações de poder baseadas em padrões rígidos que autoritariamente definem o lugar do masculino e do feminino. A violência baseada no gênero também está relacionada com o androcentrismo, o qual desvaloriza e inferioriza todas as condutas e modos de ser que são arbitrariamente associadas com o feminino.

78 A campanha “quem ama não mata” começou a ecoar em todo o país, a partir da década de 1970, contra a tese da “legítima defesa da honra” amplamente acolhida pelos tribunais e utilizada como meio para absolver homens que teriam assassinado mulheres no bojo de relações domésticas e, sobretudo, conjugais. Naquela época, os movimentos feministas passaram a denunciar a violência e o assassinato de mulheres enquanto que partes de um padrão sistemático de dis-

com o mesmo, uma parte do movimento feminista acabou por associar a demanda pelo reconhecimento da violência contra a mulher com a demanda pela punição do agressor. O clamor contra a impunidade pode ser interpretado como uma luta pela transformação da parte do estado que mais reproduziu os estereótipos de gênero baseados na inferioridade da mulher:

Aos homens poderosos e (im)produtivos, o ônus da periculosidade e da criminalização; às mulheres fragilizadas (como as crianças, os velhos, os homossexuais e outros excluídos do pacto da virilidade), o bônus? da vitimização (...) A vítima (mulher) que (acredita nessa 'proteção' e) acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime (...) acaba por ver-se ela própria 'julgada' (pela visão masculina da lei, da polícia e da justiça), incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada⁷⁹.

A lei 11.340/06 representa uma promessa de transformação do sistema de justiça criminal para melhor lidar com o problema da mulher em situação de violência doméstica, insistindo, entretanto, na criminalização como único meio adequado de resolução desses conflitos, afastando, de plano, qualquer outra forma de mediação que não inclua a punição e o castigo.⁸⁰

Mas o que significa lutar contra a impunidade se utilizando do sistema de justiça criminal? Quais as possíveis contribuições que a criação de um tipo penal específico⁸¹, uma circunstância agravante genérica, a volta das prisões (pré)processuais

criminação contra as mesmas, retirando, assim, aqueles do bojo dos crimes classificados como passionais. Deste modo, o conceito de violência contra a mulher surgiu, no Brasil, enquanto que uma reação ao sexismo institucional do sistema de justiça criminal, o qual historicamente negou proteção àquelas.

79 ANDRADE, 2005: 94

80 O art. 41 da lei 11.340/06 é expresso em rechaçar a aplicação de qualquer dos institutos despenalizadores previstos na lei 9.099/95.

81 A violência física contra a mulher, geralmente tipificada como lesão corporal leve, ganhou também destaque como um novo tipo penal, através de uma qualificadora específica. Em geral, as causas de aumento de pena, no direito penal brasileiro, não criam tipos novos, uma vez que uma nova pena não é definida em abstrato. Contudo, ao prever especificamente uma pena de detenção de três meses a três anos (art. 129, parágrafo 9º CP), a lei, ainda que defina isto como uma causa de aumento de pena, efetivamente criou uma qualificadora do crime de lesão corporal leve, instituindo um novo tipo no código penal. De acordo com princípio *nulla poena sine crimen*, toda previsão de pena cominada em abstrato requer a previsão de uma conduta típica delituosa. Problematizaremos mais adiante a inversão deste princípio e a definição do crime pela pena.

e o afastamento de qualquer sorte de mediação penal⁸² podem trazer para a autonomia das mulheres em situação de violência? O presente artigo objetiva responder a estas questões angustiantes partindo de uma crítica da racionalidade penal moderna (Pires, 2001; 2004) e da criminologia da reação social (Andrade, 1995). Tais teorias são, por sua vez, confrontadas com a observação participante das reuniões da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher⁸³ durante os meses de março a junho de 2012, na cidade do Salvador; bem como com o discurso das delegadas titulares e plantonistas das DEAMs. Discursos estes percebidos em sede de entrevistas semi-estruturadas.

Desta maneira, situamos como objetivo específico do nosso trabalho a observação da atuação de um ator em especial, as DEAMs. A nossa escolha se justifica por percebermos as funções destinadas àquelas como a materialização do paradigma politicamente contraditório que se baseia a própria lei 11.340/06, qual seja, a proposta de protagonizar, ao mesmo tempo, a construção e a afirmação dos direitos humanos das mulheres⁸⁴ e a criminalização dos agressores. É contraditório porque enquanto a esfera dos direitos humanos é a esfera da inclusão e da liberdade, o âmbito da criminalização é o âmbito da exclusão social e da restrição de liberdade. A referida lei, em uma tentativa de adequar a atuação das DEAMs a sua normatividade, traz novas funções para estas, colocando-as como protagonistas não somente da repressão à violência doméstica, incrementando o seu poder de polícia, trazendo de volta os institutos da prisão em flagrante, temporária e preventiva; mas também dando àquelas a função de promover a cidadania das mulheres através da assistência às mesmas, da

82 Conciliação e Mediação são formas de resolução de conflito que incluem as partes e visam um acordo final aceito e composto por elas. Ainda que na mediação exista uma terceira parte, com a função de intermediar a conciliação, a decisão daquela não será autoritativamente imposta as partes. Ver Rifiotis (2004) e Zaffaroni e Batista (2006).

83 Trata-se de uma articulação horizontal e não burocratizada entre os diversos serviços previstos para o enfrentamento à violência doméstica pela lei 11.340/06 e pelo Pacto Nacional (SPM, 2011), quais sejam: Centros de Referência, Casas-Abrigos, Ministério Público, DEAMs, Defensoria Pública, Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS) órgãos federais, estaduais e municipais responsáveis pela garantia de direitos (habitação, educação, trabalho, seguridade social, cultura). A Rede de enfrentamento à Violência Contra a Mulher tem por objetivo “efetivar os quatro eixos previstos na Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres- combate, prevenção, assistência e garantia de direitos- e dar conta da complexidade do fenômeno da violência contra as mulheres” (SPM, 2011b: 13). A rede é, portanto, marcada pela multiplicidade de serviços para melhor abordar, assim, a transversalidade da violência baseada no gênero.

84 Sobre tudo o direito à uma vida sem violência.

divulgação dos serviços da Rede de Atendimento à Mulher em Situação de Violência e da prevenção desta última (SPM, 2010).

A nossa investigação empírica buscou, então, estudar a atuação das DEAs através da compreensão e problematização do que pensam os atores que decidem nessas delegacias. O trabalho tomou a forma de uma pesquisa semi-indutiva, na qual tentamos testar a pertinência da problemática e dos marcos adotados, enriquecendo-os a partir da realidade observada. A pesquisa tem ênfase na análise qualitativa da fala das delegadas. Para interpretar estas últimas, bem como o diálogo entre estas e os outros atores da rede, em sede de reunião, procuramos não tomar como verdade absoluta o discurso manifesto das atrizes sociais, já que não aspiramos a simples descrição fática. Buscamos, contrariamente, problematizar, *apesar e além* desses discursos, como a criminalização secundária estaria ocorrendo. Começamos, então, a expor e confrontar as nossas angústias a partir de algumas teorias críticas do sistema de justiça criminal.

2. O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL COMO UM SISTEMA DE CONTROLE FORMAL: O INCONTORNÁVEL QUESTIONAMENTO DO MINIMALISMO PENAL E O NECESSÁRIO ENCONTRO COM A CRÍTICA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA.

Para pensarmos o sistema de justiça criminal, devemos começar nos perguntando por que punir? Por que necessitamos da violência institucionalizada do Estado, a pena afliativa, para afirmarmos o direito à uma vida sem violência? Pires (2001, 2004) nos chama atenção para a relação contraditória e mesmo doentia que existe entre os valores que a norma penal expressa, de um lado, como a vida com dignidade, a liberdade, o bem-estar físico das pessoas e, de outro, a pena, qual seja, a disposição para fazer sofrer e, até mesmo, disposição para negar todos esses valores para melhor os exprimir. Aquele autor denomina de Racionalidade Penal Moderna (RPM) esse sistema de pensamento que legitima e valoriza as sanções baseadas no sofrimento como a única resposta justa e necessária do direito penal para com os conflitos que este é chamado a dirimir. A mais grave consequência dessa maneira de pensar e justificar o *jus puniendi* desde o séc. XVIII, é que ela se apresenta também como um obstáculo cognitivo a transformação do sistema de justiça criminal, já que dificulta a compreensão da pena afliativa enquanto que uma possibilidade, dentre tantas outras (e não necessariamente a mais adequada) de se conceber as funções desse sistema.

Em relação a violência doméstica especificamente, podemos começar nos questionando se essa relação doentia, que estabelece a indissociabilidade, a identidade absoluta entre norma prescritiva de comportamento e pena afiativa, não seria muito próxima da relação de amor e ódio vivida por muitas mulheres em situação de violência e que buscam na justiça criminal um auxílio para romper esse ciclo. Ainda que exista o afeto, este se expressa (atravessado, é claro, pelas hierarquias de gênero) através do controle e da violência. Pergunta-se, então, em que medida o sistema de justiça criminal estaria oferecendo uma linguagem outra para essas mulheres repensarem a estrutura violenta das relações de amor e dor em que vivem? Em que medida a RPM, veiculada por esta justiça, não estaria reforçando e reafirmando a mesma lógica da indissociabilidade entre violência e sofrimento, liberdade e afeto?

A crítica da RPM também nos permite questionar o porquê do crime ser definido pela pena e, a partir daí, problematizarmos os atritos do movimento feminista com os juizados especiais criminais (Jecrim). A lei 9.099/95 define as infrações de menor potencial ofensivo (art. 61) como sendo aquelas contravenções e crimes que a lei comina pena máxima não superior a 2 (dois) anos. Toma-se, assim, a parte pelo todo e literalmente define-se o crime pela pena. Contrariamente a sua função despenalizadora, avaliamos que esta lei acaba por reconhecer a indissociabilidade entre pena afiativa e norma prescritiva de comportamento, sendo, portanto, o grau de sofrimento imposto, o critério revelador da importância do bem por ela protegido. Ao realizar uma inversão do princípio *nulla poena sine crimine*, a lei 9.099/95 deixou explícito que a única forma de se pensar o crime é através da pena. Assim, todas as normas prescritivas de comportamento que proibiam as mais diversas condutas (não importando em absoluto as quais), desde que tivessem penas inferiores a dois anos, deveriam ser descriminalizadas e despenalizadas, pois de pouca ou nenhuma importância para o direito penal, não merecedoras, portanto, do tempo e do recurso dos tribunais. Logo, se a pena de dois anos é considerada insignificante, a norma prescritiva a ela associada também o será.

De acordo com a investigação realizada por Debert e Gregori (2007), em 2002, no Jecrim do Fórum de Itaquera, São Paulo, nos 1.036 processos que passaram por audiência preliminar, 76,6% das vítimas eram do sexo feminino, sendo que, desse montante, 80% eram mulheres que sofreram delitos de lesão corporal e de ameaça por parte de maridos ou companheiros. Fenômeno denominado pelas autora como “represamento da demanda das DEAMs para os Jecrim” (Debert e Gregori, 2007:171). Ou seja, se os Jecrim foram destinados para os crimes de menor potencial

ofensivo e, pelo princípio da insignificância⁸⁵, deveriam ser orientados para a conciliação e não para a instrução penal, estava a se definir, na prática, que a violência contra a mulher, sobretudo as agressões físicas e ameaças sofridas no âmbito doméstico, eram esses crimes de menor potencial ofensivo. A reação do movimento de mulheres motivou a criação da lei Maria da Penha, a qual veda expressamente, em seu art. 17, a aplicação de “penas de cestas básicas” fazendo referência direta às penas restritivas de direitos, impostas aos agressores pelos juizados. O primeiro artigo desta lei tem como preocupação primeira a criação de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher capacitados e sensibilizados para a relevância das questões de gênero. E o art. 41 afasta expressamente a incidência da lei 9.099/95 para com os crimes de violência doméstica contra a mulher.

Portanto, a reação criminalizante do movimento feminista é uma reação especificamente contra a lei 9.099/95 que associa a importância jurídica de um bem ao *quantum* de pena afliativa cominada a sua violação. Assim, para falar a linguagem do estado e exigir a atenção deste para o problema, aquele passou a investir no aumento de pena para simbolizar a importância e a relevância com que a questão merece ser tratada.

Ao questionar a insignificância dada a violência contra a mulher pelo sistema de justiça criminal, o movimento feminista não questiona a relação doentia que associa a afirmação da integridade física e psíquica da mulher à pena afliativa. Insistimos, contrariamente, que um movimento que luta pela igualdade e liberdade das mulheres pode e deve definir a si mesmo e a esses valores não pelo *quantum* de pena cominada àqueles que desrespeitam essa igualdade e liberdade, mas sim através de ações específicas que as concretizem.

Gostariamos, por fim, de confrontar o mito fundador⁸⁶ do minimalismo penal, o qual fundamenta não só a existência dos Jecrims, como também justifica o porquê, a razão de existir do próprio sistema de justiça criminal. O minimalismo penal, teoria considerada a mais progressista por muitos teóricos das ciências crimi-

85 O princípio da insignificância pode ser entendido, segundo Greco (2012), como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, atuando na descaracterização material deste último. De acordo com aquele, o direito penal não deve se preocupar com bagatelas. Os critérios da insignificância são: a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. O mesmo autor também ressalva que este princípio não seria aplicado a todos os tipos penais, como o homicídio, por exemplo. Seria aplicado apenas naqueles casos em que a subsunção do fato a norma típica e à aplicação da pena, a restrição da liberdade, acarretaria em grave injustiça e desproporcionalidade.

86 Ver conceito de mito fundador em Chauí (2000)

nais⁸⁷, prevê que “a intervenção penal caberia somente em conflitos muito graves, que comprometessem interesses gerais, e naqueles em que, sem tal intervenção, surgiria o risco de uma vingança ilimitada”.⁸⁸

Entendemos o minimalismo como um mito, pois este presume a realização natural da criminalização secundária, independentemente de quem realize o fato típico. A realidade empírica nega essa realização natural. Aliás, a seletividade é a forma pela qual esta última ocorre (Zaffaroni, Bastista et al, 2006; Andrade, 1995, 2005, 2006; Azevedo, 2008). Assim, o discurso progressista, legitimador do direito penal, ao não reconhecer a desigualdade fundante do mesmo, constrói um saber do dever-ser que termina deixando fora do seu âmbito de estudo qualquer consideração sobre a seletividade estrutural com que o mesmo opera.

A seletividade da criminalização secundária ocorre tanto de maneira quantitativa como qualitativa. Em relação a primeira, trata-se sobretudo da impossibilidade, da limitação dos órgãos formais de controle do sistema penal em gerir as práticas delituosas como um todo. Ou seja, a incompatibilidade da extensão do programa penal (os 361 artigos do código penal brasileiro mais as legislações extravagantes) com os recursos limitados das agências penais torna irrealizável a criminalização secundária para todos. Assim, a impunidade constitui regra enquanto que a criminalização secundária vem a ser a exceção. Como afirma Andrade (2005), todos nós somos criminosos e vítimas em diferentes contextos. Se eventualmente não fomos todos processados e encarcerados, isso é muito mais um sintoma da falta de agências criminais que fiscalizem, investiguem, processem e prendam todo mundo, do que da ausência de criminalidade. Isto nos leva a observação que o crime e o criminoso não são exteriores a sociedade, mas são seus componentes. Por razões óbvias, não é economicamente sustentável que a população de todo um país esteja ou na cadeia ou sofra um processo penal. Já que não existem cadeias, juízes e promotores suficientes para encarcerarmos a todos nós, o sistema penal se vê, então, obrigado a proceder uma seleção e a exercer a sua função através dessa seletividade. Portanto, a seletividade não é uma disfunção do sistema, mas o mecanismo normal através do qual este opera.

A seletividade se apresenta ainda de forma qualitativa e como uma consequência dessa discrepância entre o programa de criminalização primária e a capacidade real de realização desse programa. Por isso, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais do que contra certas ações definidas como crime. Observar a seletividade qualitativa, implica constatar que a criminalização secundária não está vinculada à danosidade do fato típico, anti-jurídico e culpável. Contrariamente,

87 Ver, por exemplo, Greco, 2012.

88 ZAFFARONI, BATISTA. Et Al, 2006. p. 128

aquela está vinculada à qualidade dos indivíduos que cometem os delitos. Ou seja, o direito penal vai melhor atuar na parte mais frágil, mais vulnerável da população, que tem pouca ou nenhuma condição de se defender, seja pela falta de advogados ou defensores, seja pelo desconhecimento dos seus direitos, seja pela atuação violenta da polícia que constantemente invade as suas casas, frequentemente transformando os seus bairros em verdadeiros campos de guerra.

A seletividade qualitativa cumpre também a função de estigmatização e produção de estereótipos. É dizer, ao identificarmos o criminoso somente com aquele indivíduo efetivamente autuado pelas agências policiais, imprimimos nele uma etiqueta, como se só a parcela da população criminalizada fosse a parcela que efetivamente cometesse crimes, criando, deste modo, no imaginário social, uma vinculação entre pobreza, baixa escolaridade e criminalidade. O estigma cumpre, então, a função de seleção e afastamento dos assim tidos como criminosos do resto da sociedade, reafirmando a divisão maniqueísta entre os bons e os maus. Estigma este manuseado para a legitimação e reprodução do poder punitivo do estado.

Assim, o sistema penal, quando da realização seletiva da criminalização secundária, sempre se volta contra os mais fracos. E, neste caso, não se trata de argumentar que o Brasil é um país desigual, corrupto, de terceiro mundo. A seletividade dos sistemas penais é, de fato, mais acentuada nas sociedades nas quais a riqueza é concentrada (Zaffaroni, Batista et al., 2006). No Brasil, por exemplo, a seletividade racista do sistema penal é de fácil comprovação visual (basta ir a qualquer penitenciária ou mesmo nas custódias das delegacias de polícia e observar a cor da pele dos detentos). Apesar disso, também observamos, em sociedades que possuem uma distribuição mais igual de renda, que a seletividade se volta contra os imigrantes e seus descendentes, baseando-se em estereótipos e estigmas visivelmente raciais (Zaffaroni e Batista, 2006; Wacquant, 2001).

A seletividade (criada/relacionada com a vulnerabilidade de segmentos das populações) fica mais evidente através de um estudo de Timothy Black (2009) apud Piven (2010) que relata que no final do século XX, o encarceramento tem sido predominantemente o encarceramento das minorias, cujo aumento tem sido exponencial. Especificamente, em termos de Brasil, podemos citar os dados dos presídios de São Paulo, levantados por Wacquant (2008). Na década de 1980, a população de afro-brasileiros (negros e pardos) encarcerada era de 52%, isso representava na época mais do que o dobro da população de afro-descendentes (22%) de São Paulo.

Assim, o sistema penal sempre apresenta graves problemas de legitimação para qualquer sociedade que se quer democrática, ou seja que busca a igualdade, a liberdade e a fraternidade entre os seus membros. Qualquer sistema penal, quando

submetido a comprovação sociológica, revela a desigualdade fundante entre os cidadãos mais vulneráveis e aqueles que possuem meios materiais para não serem pegos pelas agências de criminalização secundária. É dizer, a utopia negativa de igualdade perante ao direito penal é materialmente irrealizável.

A seleção, entretanto, não ocorre somente pela parcela da criminalidade que as agências policiais efetivamente captam, aquela opera também em todos os níveis da justiça criminal. Ou seja, para além da seletividade quantitativa e qualitativa, existe também a seletividade institucional. Deste modo, as delegacias constituem a base do processo de criminalização secundária. Aquelas selecionam, primeiramente, através da redação de procedimento de registro, o boletim de ocorrência, quais os casos serão levados em conta. Em um segundo momento, a delegacia efetua uma nova seleção ao decidir quais dentre os boletins de ocorrência podem efetivamente (pela ausência ou presença de indícios) serem transformados em um procedimento investigativo, o inquérito policial. E assim, quais os casos que serão levados a conhecimento do Ministério Público. Este, por sua vez, seleciona quais os inquéritos irá levar ao conhecimento do poder judiciário através da peça acusatória de denúncia e, este último, por fim, quais os casos em que irá proferir sentença condenatória⁸⁹, e quais os indivíduos irão efetivamente cumprir pena nas casas penitenciárias. Assim, o número de pessoas que da realização do fato delituoso até o pronunciamento da sentença condenatória são efetivamente criminalizados e cumprem pena é muito reduzido, daí que cada agência pela qual o indivíduo passa, constitua um filtro.

Portanto, a seleção feita pela criminalização secundária é sempre a realização de uma parte ínfima do programa primário, existindo uma proporção inversa entre a imensidão do programa penal e a capacidade escassa das agências executivas. Conseqüentemente, a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária a exceção. Por isso, quando se desnudam as reais funções do sistema penal e os mecanismos desiguais e reprodutores de assimetrias pelos quais este opera, o ideal feminista de punição e cadeia para todos os agressores de mulheres através da mobilização do sistema de justiça criminal passa a não ter qualquer sentido, uma vez que a impunidade é uma marca estrutural desse sistema. Daí a relação inversamente proporcional: quanto mais criminalização se pede, menor será a possibilidade real do sistema penal cumprir com esse programa. O que nos sugere que quanto maior a criminalização, maior a impunidade e maior também a discriminação e a seletividade por meio da qual a criminalização secundária será realizada.

89 E observados também todos os critérios para a aplicação da pena, tais quais circunstâncias judiciais, legais (atenuantes e agravantes), bem como as causas de diminuição e aumento da pena, observada ainda as regras para a aplicação das penas restritivas de direito.

Assim, a seletividade (e o seu outro lado, a impunidade) também revela a incapacidade do sistema penal, enquanto exercício direto do poder punitivo, para dirimir os conflitos, uma vez que a sua ação só atinge uma parcela mínima dos conflitos. Como afirmam Zaffaroni e Batista⁹⁰, a criminalização apenas (re)normatiza os conflitos, não resolvendo a maioria deles pelo alto grau de impunidade estrutural com que trabalha a criminalização secundária.

O discurso do direito penal mínimo de proteção dos bens jurídicos mais importantes é, portanto, um discurso destinado a ocultar a sua real função, que, de acordo com o paradigma da criminologia da reação social⁹¹, é a construção seletiva e estigmatizante da criminalidade, método este que reproduz as desigualdades e assimetrias sociais. Uma vez que o sistema de justiça criminal não atua isoladamente, mas como instituído e instituinte de uma sociedade desigual e assimétrica (racista, machista, classista, homofóbica, etc). O direito penal atua, então, como um subsistema de controle social ao lado da família, da escola, da mídia que estigmatiza não só o “o preto pobre ladrão”, mas também “a mulher fácil que provocou o estupro”, “a mãe desnaturada que aborta”. Existindo, portanto, uma articulação simbiótica entre pena pública e privada⁹². Como afirma Andrade⁹³, “toda mecânica de controle (enraizada nas estruturas sociais) é constitutiva/reprodutora das profundas assimetrias de que, afinal, engendram-se e alimentam os estereótipos, os preconceitos e as discriminações, sacralizando hierarquias”⁹⁴. Seria esta a verdadeira, mas velada, legitimidade do sistema de justiça criminal.

Verifica-se que a Lei Maria da Penha não foge dessa seleção estruturante do sistema penal, que, afinal, é um sistema de controle social. Segundo dados da primeira edição do relatório da ouvidoria da mulher (SPM, 2011), no ano de 2010, o número de agressores (denunciados) cujo nível de escolaridade era de até o ensino

90 2006

91 ANDRADE 2005

92 Como nos sugeriu Andrade (2005) e Batista (2006), enunciando uma hipótese da criminologia feminista, as mulheres seriam subsidiariamente criminalizadas pelo sistema penal, uma vez que a pena privada, esta entendida hoje como violência doméstica, sempre foi um sistema de controle muito eficiente da sexualidade e da força de trabalho da mulher. E já que, historicamente, o lugar destinado à mulher foi o espaço privado e a família. Entretanto, como nos sugere a própria criminologia feminista essa separação definitiva entre pena pública e privada é ilusória. Elas sempre se articulam na medida em que são todas partes de um mesmo sistema de controle social, o qual prevê papéis fixos subordinados para todas e todos aqueles (as) não proprietários e não partes do pacto de virilidade.

93 2005

94 ANDRADE 2005: 80

fundamental foi de 62,7%. Este índice foi de 60,1% em 2011. A exemplo do que ocorre com as vítimas, os agressores, em sua maioria, segundo informações das denunciantes, possuem pele parda em 43,4% dos casos em 2010 e em 42,7% dos casos em 2011. Dessa forma, em termos reais e pragmáticos, a criminalização da violência doméstica não implica, de forma alguma, a punição efetiva para todos aqueles que agridem, humilham e inferiorizam a mulher no âmbito doméstico, apenas para uma parcela ínfima destes. O que quer dizer que se o movimento feminista quiser realmente continuar investindo na criminalização da violência doméstica, o mesmo terá que lidar permanentemente com o classismo e o racismo e também com o machismo da seleção efetuada pelo sistema penal. Tal problema se apresenta como estrutural porque relacionado com o modo de operar desse sistema. Mudar a seletividade através da qual a criminalização secundária é realizada, implica uma mudança radical não só no sistema penal, mas em toda a sociedade. Uma mudança que promova o reconhecimento dos direitos das populações mais vulneráveis (e não somente o das mulheres em detrimento dos negros criminalizados) bem como uma melhor distribuição de acesso aos bens .

Munidos de todos esses saberes e questionamentos sobre o sistema de justiça criminal, passemos então, a análise da criminalização secundária promovida pelas DEAMs de Salvador.

3. A MOBILIZAÇÃO DA LEI 11.340/06 ATRAVÉS DAS DEAMS EM SALVADOR

As DEAMs fazem parte da corporação da polícia civil. Esta desenvolve atividades investigativas, próprias da polícia judiciária, como o registro de ocorrências policiais, a oitiva de testemunhas, requerimento de exame pericial, a instauração de inquéritos, dentre outros procedimentos necessários a colheita de indícios sobre a autoria e a materialidade dos fatos típicos para o posterior oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. As DEAMs se inserem, deste modo, no sistema penal, como um mecanismo de controle social formal através do exercício direto de sua função punitiva, qual seja, a detenção em custódia e a abertura de procedimento investigativo. Elas estão, deste modo, na base do processo de criminalização secundária, sendo o primeiro filtro desse processo.

Salvador conta atualmente com duas DEAMs. A primeira foi criada em 1986 e hoje situa-se no bairro do Engenho Velho de Brotas. A segunda, criada em de 2008, situa-se no bairro de Periperi e conta com características bem diferentes da primeira. A falta de infra-estrutura é a diferença marcante entre uma DEAM e outra.

Na primeira, existe uma equipe multidisciplinar que presta serviços psicosociais às vítimas. A mesma conta também com seis delegadas (uma titular, duas administrativas e três delegadas plantonistas), celas de custódia com capacidade para nove presos, tendo também sede própria. Já a DEAM de Periperi funciona no prédio da delegacia de polícia da quinta região. Conta apenas com três delegadas e não tem serviço de atendimento psicosocial. Também não possui celas de custódia.

Procedemos a análise da atuação da DEAM em dois contextos, primeiramente da atuação coletiva daquela enquanto ator da rede de serviços e, em um segundo momento, enquanto ator isolado, através das análises das entrevistas semi-estruturadas. Ressaltamos que a fala das delegadas, enquanto representantes da rede, e quando tomadas isoladamente, diferiram, no sentido que enquanto no primeiro momento, as delegadas buscavam apresentar os problemas e debatê-los com as representantes dos outros serviços, no momento da entrevista individual, aquelas buscavam, sobretudo, relatar da forma mais neutra possível como a atuação vem sendo implementada.

3.1 DEAMs- Atuação em Conjunto: Observação Participante das Reuniões da Rede

A estratégia da reunião das redes, seguindo o que foi planejado para o ano de 2012, é a apresentação e a discussão dos serviços. Tivemos oportunidade de acompanhar a apresentação e a discussão das DEAMs (reunião de março) e das casas-abrigo (reunião de maio). Na última reunião observada (de junho) não foi discutido os juizados de violência doméstica, como havia sido previsto. Através de conversas informais, descobrimos que o juizado não participa da rede desde que a equipe multidisciplinar foi dissolvida, não comparecendo ninguém deste serviço para representá-lo. Percebemos, desde já, o bloqueio do diálogo entre o órgão decisório da justiça criminal e os outros serviços da rede. Os órgãos, participantes das reuniões observadas, foram: a secretaria de saúde, secretária municipal e estadual de políticas para as mulheres, ministério público, defensoria pública, casa-abrigo, centro de referência, VIVER, DEAMs, CREAS e CRAS, coletivo de mulheres do Calafati, coletivo de voluntárias sociais.

A nossa primeira observação sobre as DEAMs enquanto ator coletivo deste grupo foi a constatação sintomática delas serem a principal porta de entrada da mulher em situação de violência na rede. Constatação esta, inclusive, ratificada pela norma técnica de padronização das DEAMs (SPM, 2010). Já sabemos que a delegacia é o primeiro filtro da seletividade penal, estando na base da criminalização secundária da violência doméstica. Contudo, nos questionamos, se a DEAM é a principal porta

de entrada para as outras agências da Justiça Criminal, por que ela também tem de ser para os outros serviços da rede? Tal questionamento também foi compartilhado por uma das participantes:

A DEAM não deveria ser a porta de entrada da Rede, esta função deveria está sendo exercida conjuntamente com o sistema de saúde porque é onde muitas mulheres vão procurar ajuda primeiro, principalmente aquelas que não querem denunciar... mas a saúde é super omissa e os profissionais não realizam a notificação. Devíamos insistir nesse ponto (Fala da representante dos serviços de saúde em sede de conversa informal, junho de 2012)

Observamos que a DEAM é geralmente o órgão que tem o primeiro contato com a mulher e é quem faz o encaminhamento da mesma para os diferentes órgãos de assistência. Tal posição é justificada pelo fato de ser este o serviço mais antigo e mais conhecido das mulheres. Entretanto, não se pode perder de vista que não rejeitar o papel da DEAM de principal porta da Rede de Atendimento é literalmente condicionar o acesso aos serviços psicosociais a um enfoque criminalizante da violência, pois muitas mulheres que não querem denunciar e não chegam a ir na DEAM não ficam sabendo dos outros serviços de apoio. O acesso aos direitos fica, então, subordinado a lógica da Racionalidade Penal Moderna. Primeiro a punição para o agressor, depois e através dela, pensamos a assistência à vítima. As campanhas de divulgação da lei Maria da Penha enfatizam o aspecto criminal, sendo a divulgação dos outros serviços esquecida. Por exemplo, o primeiro Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (2007) trazia como epígrafe o verso “se você me der um tapa, da dona Maria da Penha você não escapa” (SPM, 2007: 5). Desta forma, o discurso do movimento feminista dos direitos humanos das mulheres, do direito à uma vida sem violência chega para a maioria da população não sob a forma de igualdade e liberdade, de oferecimento de mais serviços que ajudem a mulher no seu empoderamento e autonomia, mas sim sob a forma de culpabilização, penalização e punição. O aprofundamento de como tal questão é percebida pela rede de serviços necessitaria de um maior tempo de acompanhamento das reuniões.

Todavia, foi ainda observado que a decisão de ir à delegacia e prestar uma queixa ou procurar por informação não dá a mulher um conhecimento automático dos serviços a que tem direito. Existe ainda um outro filtro. De fato, fica a critério da delegada o encaminhamento ou não da mulher para o serviço psicosocial da DEAM e este, por sua vez, realizará uma terceira seleção ao decidir pelo encaminhamento ou não para os outros serviços da rede. Portanto, a recente inovação da lei Maria da

Penha de integrar esses serviços em uma rede de suporte à mulher fica, na prática, subordinada a criminalização, ao oferecimento da notícia-crime, e aos critérios subjetivos das delegadas e dos outros funcionários do atendimento psicossocial.

Na reunião do mês de março, a delegada titular da DEAM de Brotas colocou que um dos maiores problemas enfrentados por esta instituição é a realização da escuta ativa das mulheres todos os dias. A mesma relatou que é realizado o atendimento de 22 a 31 mulheres diariamente:

Todas as mulheres registram queixa, mas não ouvimos todas elas, não fazemos orientação e não pedimos medida protetiva para todas elas... Falta escrivão, falta pessoal (...) Eu passei esses dois primeiros meses do ano só com mais uma delegada plantonista (...) A gente consegue atender aquela mulher que chega em situação grave (Fala da delegada titular da DEAM de Brotas na Reunião da Rede, mês de março).

Podemos analisar assim, o quanto é prejudicial que a DEAM seja a principal porta de acesso da mulher aos outros serviços. Percebemos que por falta de funcionários, a DEAM não funciona em regime de 24hs, como previsto na norma técnica de padronização (SPM, 2010). Assim, as delegadas se vêem obrigadas a realizar uma seleção dos casos visivelmente mais graves para prestar atendimento, quais sejam aqueles casos que foram relatados como ameaça de morte ou aqueles em que a mulher apresenta ferimentos graves passíveis de serem periciáveis.

Outro fenômeno que revela da seletividade da DEAM é a quantidade de boletins de ocorrência que são efetivamente transformados em inquérito e remetidos ao Ministério Público. Seletividade aqui entendida como a impossibilidade material mesmo de, com pouquíssimos recursos, realizar toda a função de prevenção, assistência e repressão à violência doméstica que é dela esperada. Assim, a delegada titular da DEAM de Brotas revela, na mesma reunião, que uma média de 10% dos boletins de ocorrência são transformados em inquéritos e encaminhados para o Ministério Público, por mês. A média de boletins de ocorrência registrados é entre 250 e 300.

A delegada também coloca que se em dois meses foram solicitadas 109 medidas protetivas, tal êxito é devido ao trabalho das estagiárias, pois a contratação de novos funcionários não tem ocorrido, principalmente escrivãos (agora que o trabalho no cartório aumentou para a elaboração de inquéritos e medidas protetivas, as quais devem ser feitas em procedimentos apartados). Por isso, o trabalho da DEAM, explicou a delegada, tem se restringido ao âmbito da lei Maria da Penha, contrariamente ao que prevê a norma técnica (SPM, 2010).

Observamos que a combinação do conceito de violência doméstica com a falta de investimentos na DEAM teve, na prática, o efeito de limitar a competência das últimas, restringindo o conceito mesmo de violência contra a mulher ao de violência doméstica.

Quanto a custódia, foi relatado que existem três celas na DEAM de Brotas e a capacidade é para dozes presos, entretanto, a superlotação é recorrente. A delegada ainda relatou que somente no mês de janeiro estiveram na custódia 52 detidos, sendo que apenas três desses cumpriam sentença. Tal relato não causou nenhuma comoção nem constrangimento por parte das representantes dos outros serviços da rede. Contrariamente, quando a delegada falou da dificuldade em se manter o agressor preso, já que os juízes não estão convertendo a prisão em flagrante em preventiva, a reação das mulheres foi de indignação para com a “arrogância” do Judiciário. Foi inclusive sugerido para a delegada remeter o auto de prisão em flagrante na vigésima quarta hora do prazo de 24hs que a autoridade policial tem. Frente a este comentário, a delegada respondeu:

Não deve cercear a liberdade, instância última... A gente pune logo para que ele não volte a fazer... Mas o código penal não está aí para isso. Depende do entendimento do Juíz. (Fala da delegada titular da DEAM de Brotas, na reunião de Março de 2012).

Percebemos também, através da fala das mulheres, o grande clamor para se combater a impunidade. Ainda que na própria reunião tenha sido colocado que de 52 detidos, apenas 3 foram sentenciados, ainda que as pesquisas apontem que a grande maioria dos processos judiciais de violência doméstica sejam extintos sem exame do mérito (Pasinato, 2012), ainda assim, insiste-se no discurso contra a impunidade, ainda que por meio de prisões processuais.

Quanto a esta fala da delegada, observamos a crença na punição e no castigo como reabilitadores. E, assim, constatamos que a partir desse momento, a racionalidade penal moderna dominou o tom da reunião

Na reunião de maio, a segunda reunião observada, assistimos a apresentação e discussão da casa-abrigo. Foi colocado como grande problema o fato da casa-abrigo não poder receber todas as mulheres em situação de violência, já que nem todas estão em situação de risco de vida:

A mulher que não tem onde morar é o grande problema da gente. Não tem casa de passagem, nenhum outro serviço (...) quando abrigamos moradoras de rua, elas se sentem privadas da sua

liberdade. (Fala da representante da casa-abrigo na reunião de Maio de 2012).

Foi discutido, deste modo, a possível inefetividade das medidas protetivas, já que essas mulheres não estariam conseguindo manter os seus agressores afastados. A defensora pública, então, relatou a impossibilidade de pedir o afastamento do agressor da vítima, já que esta, muitas vezes, mora em casa de propriedade da família do agressor, ou mesmo do agressor, o que impossibilita a saída deste de casa. Por outro lado, foi colocado que esta mulher não necessariamente atenderia os critérios de encaminhamento para a casa-abrigo, uma vez que não estejam constatados o risco de morte e a pré-disposição da mesma em permanecer trancada em uma casa e sob constante vigilância.

Neste sentido, a delegada pontuou que nesses casos é importantíssimo efetuar a prisão do agressor. Assim, a prisão também estaria ocorrendo dentro da função de medida cautelar, evitando o *periculum in mora* e preservando a integridade física da mulher, ao menos por um brevíssimo período de tempo, e sendo um substitutivo para a falta de políticas que assegurem o acesso à moradia e a propriedade às mulheres.

Percebemos assim que a utilização das prisões (pré) processuais assumem dois sentidos. O primeiro de pena afliativa, de imposição de sofrimento, com o sentido mesmo da dissuasão e da reabilitação, ainda que todos tenham o direito a um processo judicial imparcial (art. 5º, LIV CF/88) antes de terem a sua liberdade restrita. Em um segundo sentido, a prisão processual pode ser vista como alternativa subsidiária a falta de políticas públicas, como a única medida concreta que as delegadas muitas vezes possuem para fazer a intervenção na vida daquela mulher em situação de violência, uma vez que as medidas protetivas falharam ou não puderam ser requeridas, quando não existe casa de passagem, quando a mulher também tem o seu direito fundamental de acesso à moradia não respeitado (art. 6º, CF/88) e não é caso de encaminhamento para a casa-abrigo. Ou seja, na ausência de outras políticas públicas, recorre-se a criminalização e a cadeia, com o objetivo último de fazer cessar a situação de violência vivenciada pela mulher, pelo menos temporariamente. O grande problema, que foi observado, a partir das reuniões, é que a reforma do CPP (lei 12.403/2011) está, de forma não muito diferente da lei 9.099/95, retirando o poder repressivo das DEAMs ao prever limites para a decretação da prisão preventiva, uma vez que o réu encontra-se preso em flagrante.

Assim, foi relatado pela delegada, na mesma reunião, que a prisão ocorre por pouco tempo, somente no âmbito das delegacias da mulher e que, logo em seguida, esta é relaxada pela autoridade judiciária. Ou seja, a criminalização, a prisão em

flagrante do agressor por um curtíssimo período de tempo tem um impacto pontual e, no mínimo questionável, na trajetória de violência vivida por essa mulher:

Muitos homens só passam uma noite aqui (...) A média de tempo dos presos provisórios é de 15 dias. (Fala da Delegada Titular na reunião de março de 2012 na rede).

Ressaltemos ainda que da participação nas reuniões da rede, observamos também um mal estar geral das representantes dos serviços com a inefetividade das medidas protetivas. Seja pelo seu atraso, seja pelo seu descumprimento, seja pela impossibilidade do seu pedido, o que acarreta numa paralização de toda a estrutura da rede (serviços de saúde, assistência social, casa-abrigo, etc) que não consegue ajudar a mulher a pôr um fim na situação de violência.

Também observamos que a recente decisão do STF fica prejudicada. A decisão respalda a possibilidade da lei Maria da Penha ser aplicada sem queixa da vítima, já que, no caso da violência física, por se tratar agora de uma ação penal pública incondicionada, qualquer um poderia “denunciar” a violência doméstica. De acordo com a delegada, quando a denúncia é feita por terceiros, quase sempre a ofendida nega, impossibilitando a prisão em flagrante (atualmente, o principal instrumento de coação das DEAMs para o enfrentamento da violência doméstica) e os terceiros que denunciam não conseguem juntar provas suficientes para que o inquérito policial seja submetido ao Ministério Público. Mais uma vez, o programa penal se distancia do que pode, efetivamente, ser cumprido através da criminalização secundária.

3.2 DEAMs-Atuação Isolada: Análise das Entrevistas Semi-Estruturadas

As entrevistas semi-estruturadas demonstraram primeiramente que a maioria das delegadas não sabe o que se passa na rede, não tem o conhecimento de quais serviços existem nem das dificuldades pelas quais estes vem passando. Quando muito, uma delegada mencionou o Centro de Referência Loreta Valadares, como sendo a única instituição de seu conhecimento e para a qual realizava os encaminhamentos. De praxe, essa delegada informou que encaminhava para lá quando o caso era grave, não definindo o que seria considerado grave para ela. Outras duas delegadas não souberam citar nenhum serviço da rede, alegando que o encaminhamento era feito pelas funcionárias do serviço psicossocial das delegacias. O que é um indicativo que apesar das DEAMs estarem sempre devidamente representada nas reuniões, o repasse destas não é realizado para as outras delegadas, o que faz com que os critérios

das delegadas de encaminhamento da mulher em situação de violência para os outros serviços sejam ainda mais subjetivos.

Quando solicitadas para descrever um pouco o seu trabalho na delegacia, nenhuma das delegadas citaram o requerimento de medida protetiva. Apenas quando questionadas sobre o resultado, se é suficiente, todas infomaram que não sabem o que acontece com a mulher após o requerimento. Uma delegada administrativa foi a única a descrever o seu trabalho como o de orientação das mulheres não mencionando a realização de nenhum procedimento penal. O que é um forte indício que a mediação e a conciliação penal não foram de todo banidas das DEAMs.

A terceira delegada entrevistada, plantonista da DEAM de Brotas, demonstrou desconhecimento não apenas dos serviços da rede, mas também dos prazos da lei. Colocou como prazo de 15 dias para a apreciação pelo juizado para o deferimento ou indeferimento de medida protetiva. Mais ainda, a mesma mencionou que os inquéritos eram encaminhados para a vara de família. A referência a vara de família foi sintomática, uma vez que a mesma definiu a sua atuação em diferentes pontos da entrevista como de proteção da família. Demonstrou também completo desconhecimento sobre o que acontecia com a mulher depois do atendimento. Quando questionada sobre a eficácia das medidas protetivas, deu explicações meramente procedimentais e informações erradas sobre os prazos.

Constatamos assim que devido a ausência da problematização da perspectiva de gênero, muitas vezes as delegadas em seus discursos e práticas veiculam valores como a preservação da família, reproduzindo estereótipos de gênero dominantes, em detrimento da autonomia da mulher, não obstante a mudança de paradigma legislativo, da introdução de uma lei que situa a violência contra a mulher como uma violência baseada no gênero.

A mesma delegada, no seu discurso, apesar de se colocar como defensora do direito penal mínimo e da preservação da família, aponta para a natureza de pena que a prisão em flagrante assume “pra ele refletir, né? (...) Se ele reincidir, a gente autua em flagrante”. Esta fala também revela que contrariamente o que está previsto na lei Maria da Penha, a prisão em flagrante estaria sendo utilizada subsidiariamente na atuação desta delegada, assumindo um claro sentido de punição.

A confusão entre população criminalizada e criminosos estava também explícita no seu discurso. A mesma declarou que a violência doméstica estava relacionada com a baixa escolaridade e a falta de recursos:

Há funcionários que promovem palestras de educação sobre a lei Maria da Penha para os agressores por que (a violência

doméstica) passa muito pela falta de educação, de conhecimento. (Fala da delegada plantonista da DEAM de Brotas em sede de entrevista).

Observamos o efeito da seletividade da criminalização secundária incidindo e caracterizando, delimitando a violência de gênero no discurso e no modo como as atrizes sociais dirigem as suas ações. Assim, a violência doméstica passa a ser definida enquanto que uma questão de pobreza, falta de educação. Delimitador e limitante, tal qual ocorreu com a criminologia positivista (Andrade, 1995), a violência doméstica e o agressor estão sendo literalmente definidos pela população criminalizada.

Quanto a parte da prevenção da violência contra a mulher, a ser empreendida pelas DEAMs, as delegadas representantes relataram, na reunião da rede, a realização de palestras para as mulheres e, em um outro momento, para os agressores na DEAM de Brotas, sendo que nenhuma delas soube descrever a metodologia, bem como os possíveis avanços alcançados com as palestras. A delegada titular da DEAM de Periperi também mencionou o projeto DEAM itinerante. A cada mês, escolhia-se um bairro próximo a DEAM para ser realizado um ciclo de palestras para a promoção da lei Maria da Penha. Quando perguntada sobre o resultado dessa iniciativa, ela avaliou apenas o incremento no número de denúncias das mulheres relatando a violência doméstica. Questionamos mais uma vez se o incremento do número de notícia-crime significa o aumento do acesso dessas mulheres aos outros serviços da rede e ao empoderamento daquelas.

Em relação aos inquéritos e a pergunta sobre o que é que as mulheres em situação de violência desejavam, uma delegada plantonista relatou que em algumas situações o inquérito se traduz em uma maior lentidão se a mulher não quiser dar prosseguimento, pois ela se nega colaborar com a produção de provas. Em outros casos, a mesma delegada revela que se a mulher não tem testemunhas, não é possível concluir o inquérito, mas mesmo assim eles não deixam de remeter o mesmo para o Ministério Público, o qual, geralmente, o devolve para a delegacia para que esta realize uma melhor investigação. Assim, avaliamos que o índice de 10% de boletins de ocorrência que são efetivamente transformados em inquéritos e são encaminhados para o Ministério Público, divulgado pela Delegada titular da DEAM de Brotas em sede de reunião, é um problema estrutural, o qual revela a seletividade institucional dos órgãos do sistema de justiça. E a DEAM, enquanto que uma delegacia da polícia civil, não escapa a essa seletividade institucional.

4. (IN)CONCLUSÕES

Longe da pretensão de demonstrar a resolução permanente da nossa angústia sobre a criminalização da violência doméstica, nossas conclusões aqui são muito mais questionamentos e hipóteses preliminares do que conclusões em si mesmas, com toda a carga de definitividade que esta palavra possa carregar.

Podemos perceber primeiramente que a aproximação do movimento feminista com o sistema de justiça criminal não trouxe grandes mudanças para este. Por outro lado, o movimento feminista passou a adotar, como uma de suas pautas políticas, o discurso contra a impunidade como uma forma de enfrentamento à violência baseada no gênero. Avaliamos esta como uma pauta equivocada, já que constatamos tanto através da abertura exploratória como através das teorias críticas sobre o sistema penal, a incapacidade protetora, preventiva e resolutória dos conflitos daquele. Assim, percebemos que a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária é a exceção. As promessas, do minimalismo penal, de proteção dos bens juridicamente importantes para a sociedade como um todo não passam de um mito, o qual é contrário a realidade das suas práticas, já que a criminalização secundária se dirige muito mais contra certas pessoas do que contra as ofensas aos bens jurídicos mais importantes. O movimento feminista não pode se deixar levar por esse mito, por essa doce ilusão de proteção. Até porque, ao invés de garantir proteção, a seletividade acaba criando barreiras, obstáculos cognitivos para a compreensão da violência doméstica. Fato que foi percebido no discurso da delegada, a qual associou aquela a baixa escolaridade. Observamos também, a partir da abertura exploratória, que a seletividade passa a interagir ainda com a estrutura da Rede de Atendimento, aquela atuando como um fator altamente limitante, obstruindo o acesso da mulher em situação de violência aos outros serviços da rede.

5. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina. *A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal*. *Revista Katálysis*, v. 9 n. 1 jan./jun. 2006, Florianópolis SC P:11-14.
- _____. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. *Revista Sequência*, n° 50, p.71-102, jul. 2005.
- _____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. *Revista Sequência*, n°30, p. 24-36-junho de 1995.

- BATISTA, Nilo. “Só Carolina não viu”- violência doméstica e políticas criminais no Brasil. *Jornal do CRP-RJ*, nº17, 2008.
- BUTLER, Judith. *Undoing Gender*. Nova York, Routledge. 2004.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: Mito fundador e Sociedade Autoritária*. Ed. Perseu Abramo, 2000.
- DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena Violência de gênero. Novas Propostas, Velhos Dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*- Vol. 23, nº 66. Fevereiro, 2008.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MAROY, Christian. A análise qualitativa de entrevistas. In: *Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais* (p. 117-155). Lisboa: Gradiva, 1997.
- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, nº 68. Março de 2004.
- _____. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridisation de l’opinion publique. *Sociologie et Sociétés*, vol. 33, nº1, 2001. P.179-204.
- PIVEN, Frances Fox. A response to Wacquant. *Theoretical Criminology*. Vol. 14(1): 111- 116.2010.
- RIFLOTIS, Theophilos. As Delegacias Especiais de Proteção à Mulher no Brasil e a “Judiciarização” dos Conflitos Conjugais. *Anuário 2003. Direito e Globalização. Atas do Seminário do GEDIM*, Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris/UNESCO/MOST, 2003, p. 381-409.
- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *PNDH-3 (Atualizado pelo Decreto 7177/2010)*. Brasília, 2011.
- SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES (SPM). *Pacto Nacional Pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher*, Brasília, 2007.
- _____. *Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres- DEAMs. Edição Atualizada- 2010*. Brasília, 2010.
- _____. *Pacto Nacional Pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília, 2011a.
- _____. *Rede de Enfrentamento à Violência Contra As Mulheres*. Brasília, 2011b.
- _____. *Ouvidoria da Mulher - Central de Atendimento à Mulher*. Brasília, 2011c.
- WACQUANT, Loïc. “The Militarization of Urban Marginality: Lessons from the Brazilian Metropolis”. *International Political Sociology* 1–2 (winter): P. 56–74. 2008.
- _____. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2001.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo, et al. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume- Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 3º edição, 2006.

Capítulo 63

POSITIVISMO E RACISMO: A NASCENTE CRIMINOLOGIA BRASILEIRA

Athanis Rodrigues⁹⁵

1. INTRODUÇÃO

A função do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. (Alessandro Baratta)

A melhor reforma do direito penal não consiste em sua substituição por um direito penal melhor, mas sua substituição por uma coisa melhor que o direito penal. (Gustav Radbruch)

Criminogênese é o conceito utilizado pelo jurista brasileiro Roberto Lyra Filho para fazer referência ao início do processo de criminalização em um dado espaço – no caso, o Brasil. Nas páginas que se seguem, vamos conceituar o método do materialismo histórico-dialético, de Karl Marx, e analisar suas utilizações por juristas e criminólogos europeus e um brasileiro: Eugen Pachukanis (russo), Roberto Lyra Filho (brasileiro) e Alessandro Baratta (italiano).

No que concerne ao diagnóstico de uma criminologia perniciosa na Europa, a obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, de Baratta, é de crucial importância, uma vez que, com ela, é possível uma viagem panorâmica pelas correntes da criminologia europeia e suas recepções na América Latina.

Na sequência, partimos para o estudo da recepção do paradigma etiológico e do positivismo jurídico europeus no Brasil, pelas obras de Tobias Barreto, Nina

95 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (2010). Membro do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo (NEDA), do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação dos Direitos Humanos (NETPDH) e do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na área de Teoria, Filosofia e História do Direito. Áreas de interesse: Teoria Geral do Direito, Pluralismo Jurídico, Epistemologia, Filosofia da História, Criminologia e Psicanálise. Colunista no blogue da Assessoria Jurídica Popular (AJUP): <<<http://assessoriajuridicapopular.blogspot.com/>>> Email: athanis@gmail.com

Rodrigues e Clóvis Beviláqua, no pioneiro estudo do criminólogo brasileiro Evandro Piza Duarte. Com o apoio da obra do etnólogo cubano Carlos Moore, fica atestada a insuficiência do materialismo histórico-dialético para abordar a problemática criminógena na América Latina, seja pelo fato do próprio método ser racista, no dizer de Moore; seja porque ele desconsidera as questões étnicas e as dominações coloniais sofridas pelos povos latino-americanos, aí incluído o Brasil; seja porque é incapaz de avaliar, sequer analisar, a vinculação entre positivismo e racismo, técnica de exclusão social encabeçada cientificamente, no Brasil, pelos três criminólogos supracitados: Barreto, Rodrigues e Beviláqua.

2. O MATERIALISMO HISTÓRICO-DIALÉTICO ENTRE O DIREITO E A CRIMINOLOGIA

Conquanto Alessandro Baratta tenha realizado o melhor dos diagnósticos da história mutacional da criminologia, não foi o primeiro a vincular marxismo e direito, nem mesmo marxismo e criminologia. Note-se, como se verá adiante, que o marxismo possui insuficiência analítica, por não considerar, em seu método, as exclusões étnicas operadas na América Latina e na nascente criminologia brasileira – em outras palavras, ao criticar o positivismo, os criminólogos críticos ou marxistas desconsideraram a vinculação entre positivismo e racismo.

Assim, antes de nos atermos a algumas conceituações de dois juristas com a mesma postura político-científica, o russo Eugen Pachukanis e o brasileiro Roberto Lyra Filho, é necessário entendermos o que significa o método do materialismo histórico-dialético, para que só assim atestemos, numa perspectiva descolonial, suas limitações, mormente no que tange à vinculação entre positivismo e racismo na nascente criminologia brasileira.

Em sua obra “Contribuição à crítica da economia política”, em resposta ao companheiro intelectual e político Friedrich Engels, Karl Marx lança algumas bases da metodologia de análise da história e das relações de produção que marcam as organizações sociais: o materialismo histórico-dialético. Trata-se de um conjunto de inversões na análise da propriedade, do trabalho, da produção, da distribuição e do consumo, numa polêmica incessante com autores como David Ricardo, Adam Smith, John Stuart Mill e Jean Jacques Rousseau.

Logo de início, afirma que a “anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política” e, contrariando alguns preceitos da obra de Hegel “Filosofia do Direito”, pontua o que vem a ser a perspectiva metodológica do materialismo, dizendo que as relações jurídicas e as formas do Estado não podem ser

explicadas por si mesmas, nem por aquilo que Hegel chamou de “evolução geral do espírito humano”. Estas relações encontram suas raízes nas condições materiais de existência.⁹⁶

Em outras palavras, Marx quer dizer que os homens entram em relações determinadas e necessárias, independentemente de sua vontade, para que só assim possam produzir socialmente sua própria existência. A relação de produção nada mais é do que o desenvolvimento das forças produtivas materiais de um ser humano. E assim, a totalidade destas relações constitui a estrutura econômica da sociedade, sua base real, sobre a qual se sustentam as superestruturas jurídica e política. O que significa dizer que, para Marx, as relações de produção, sendo a base material da sociedade, não sua infraestrutura.

Diz Marx: “O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que determina sua consciência.”⁹⁷ Aqui está talvez a inversão fundamental do materialismo: a realidade concreta do ser humano enquanto ser social é que determinaria sua consciência, e não o inverso.

Mas o que seria a dialética, em seu método? A dialética viabiliza-se a partir da negação, da contradição existente em um determinado estado de coisas. Afinal, em uma certa etapa do desenvolvimento de uma sociedade, as forças produtivas materiais dos indivíduos entram em contradição com as relações de produção existentes. Para Marx, então, uma modificação na infraestrutura das condições econômicas de produção do ser social levaria às transformações das superestruturas: as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, que Marx chama de formas ideológicas, formas sob as quais os humanos adquirem consciência deste conflito e o levam adiante até seu próprio fim.

No texto introdutório de sua “Contribuição”, Marx afirma que o engano dos pensadores da economia política burguesa (como Ricardo, Smith, Mill e Locke) foi afirmar que seu paradigma central e fundamental seria a propriedade, nos contornos de propriedade privada individual. Para esta afirmação, Marx apresenta duas respostas: 1) a história comprova que as civilizações mais antigas, como os índios, sobretudo na produção cooperativa do Peru; os povos celtas e eslavos possuíam a propriedade comum da terra; 2) o paradigma central da economia política deve ser a ideia de produção, e não propriedade.

Mas Marx vai além e explica que os economistas políticos, no entanto, se enganaram quanto ao conceito de produção. Para eles, a cadeia produtiva seria de-

⁹⁶ MARX, 2008, p. 47.

⁹⁷ Idem.

senrolada em produção, distribuição, troca e consumo, como partes de uma unidade apartadas entre si. Segundo estes economistas, a produção seria determinada por leis naturais gerais; a distribuição seria determinada pela contingência social; a troca estaria situada entre estas duas como movimento social formal, e o ato final de consumo seria colocado como fim e finalidade deste processo, fora mesmo da economia.⁹⁸

Aquí, o alemão realiza outra inversão fundamental. Marx diz que toda produção é uma forma de consumo, e, neste sentido, todo consumo se torna uma forma de produção. Em realidade, tanto a distribuição, como a troca e o consumo são momentos distintos da produção, numa unidade totalizada. Ocorre, porém, que as relações de produção vão determinar as formas de distribuição, troca e consumo no seio de uma dada sociedade. E, como são partes de uma unidade, a própria maneira de se distribuir e consumir os bens de produção vai, em retorno, determinar as condições de produção, realimentando o processo da economia política.

Assim, se as relações jurídicas e todas as formas ideológicas são constituídas pela produção, a sustentação destas mesmas formas ideológicas vai ajudar a manter ou reconstituir as mesmas relações de produção que a geraram. Mas este processo cíclico possui um fim, porque tende inexoravelmente a consumir a si mesmo, no momento em que as relações de produção entrarem em contradição com as forças produtivas dos indivíduos. Afinal, como sabemos, o processo capitalista opera mediante a espoliação da força de trabalho dos humanos.

Por espoliação devemos entender uma subtração: as forças produtivas dos humanos que não possuem bens de produção, e que, portanto, devem vender sua força de trabalho no mercado capitalista, são vendidas por um baixo custo, gerando a mais-valia. Esta mais-valia é aquela que se transmuta em lucro e vai para o bolso daquele que detém os meios de produção. E a contradição que Marx vislumbrava era justamente a revolta gerada a partir da tomada de consciência desta condição existencial na qual se encontravam, e ainda se encontram, vastas populações.

Pachukanis é um dos primeiros juristas a aproveitar a metodologia marxiana para compreensão da teoria do direito. Sua pretensão é fugir de uma compreensão abstrata das normas, imergindo nas contradições concretas de sua dinâmica de legitimação e aplicação no seio do tecido social. Diz que “a defesa dos fundamentos abstratos da ordem jurídica é a forma mais geral da defesa dos interesses da classe burguesa.”⁹⁹ A própria pena é apresentada, em sua crítica, como castigo divino para manutenção da ordem social e do domínio de classe.¹⁰⁰

98 Ibid., p. 245.

99 PACHUKANIS, p. 9.

100 Ibid., p. 122.

Mas é Roberto Lyra Filho que, em sua obra de 1972, “Criminologia Dialética”, vai apresentar a primeira abordagem marxista da criminologia. Pensador politicamente engajado, de ideologia de esquerda, Lyra Filho situou sua produção jurídica nos marcos do que denominou “Humanismo dialético”. Por humanismo dialético, Lyra Filho quer significar uma tentativa de abordagem do fenômeno jurídico que se centre na liberdade humana e siga uma metodologia dialética. Afinal, é nos processos de contradição que o direito aparece como produto, o que expressa uma clara postura contra uma concepção monolítica do jurídico. Neste sentido, Lyra Filho quer realizar um reconhecimento da liberdade real dos homens na disputa política, admitindo, simultaneamente, as determinantes a que está sujeito.¹⁰¹

Noutras palavras, Lyra Filho evita o idealismo metafísico das formas, mas, também, o empirismo puro dos fatos, chamando a ambos de dogmatismo bruto. Vai dizer, então, que

[...] a pura análise empírica dos fatos sociais, por outro lado, dissolve-se em formalismo, semelhante ao positivismo, do mesmo sabor ideológico e cuja visão sociológica tendente à “integração e estabilidade”, num positivismo dos fatos, tão grato às correntes historicistas e sociologistas”.¹⁰²

Somente na relação dialética entre norma e fato, entre valor e norma, entre forma jurídica e conteúdo político é que se pode situar a gênese do Direito e, conseqüentemente, do campo analítico da criminologia. Atualizando os dados do ego-logismo sincrético do jurista argentino Carlos Cossio, vai realizar a crítica da teoria tridimensional do filósofo do direito Miguel Reale. E vai dizer, neste sentido, que a tríade fato-valor-norma não pode estar adstrita ao direito positivo do Estado.

Diz Lyra Filho

para evitar esses descaminhos [os descaminhos das reduções infra-dialéticas, formalistas, positivistas e sociologistas], é indispensável fortalecer o *tônus* dialético, ligando fato e valor, teoria e práxis e encarando as resultantes formalizadas, à luz de uma escala objetiva de valoração, dentro da linha de irreversibilidade histórica.¹⁰³

101 LYRA FILHO, 1972, p. 121.

102 Ibid., p. 89.

103 Idem.

Não obstante, Lyra Filho vai centrar sua construção da Criminologia Dialética em duas frentes: na primeira parte da obra, visa construir uma ideia-imagem de homem, de ser humano, que possa se adaptar a um saber crítico da Criminologia. Para isto, apoia-se nos elementos de uma antropologia filosófica de matiz marxiana. Na segunda parte, Lyra Filho quer debruçar o conhecimento do Direito Penal e da criminologia no campo da filosofia do direito, recriando os conceitos de Direito e Crime, sempre numa abordagem dialética. Nestes marcos, apresenta o conceito de criminogênese, que significa o deslinde inicial do processo de criminalização em um dado território – no caso, o Brasil.

Para Lyra Filho, o defeito dos penalistas e criminólogos no Brasil é não se aterem a certas concepções básicas da Teoria Geral do Direito, não situando os institutos penalísticos nos marcos teórico-filosóficos dos principais pensadores da Europa Ocidental. Este defeito faz com que as perspectivas do Direito Penal tragam ranços de uma concepção privatística do direito, ou seja, que constrói a ideia de estrutura e ordenamento jurídicos a partir de conceitos do direito privado, como obrigação, prestação, contrato.¹⁰⁴

No que interessa simultaneamente aos campos da Teoria do Direito e da Criminologia, Lyra Filho quer evitar discussões meramente teoréticas, gnoseológicas e formalistas, considerando-as uma metafísica anquilosada, isto é, antiquada e imobilizada. Daí que não cabe centrar a discussão na falsa dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo. Não há que se prefigurar uma importância demasiada em nenhuma das duas perspectivas, tampouco centrar a análise única e exclusivamente nos fatos sociais, o que seria positivismo sociológico.

Lyra Filho tem a pretensão de realizar uma ciência criminológica nos moldes de uma ciência integrada, fazendo imbricar ramos distintos como teoria do direito e sociologia jurídica numa base de antropologia filosófica, já que a autonomia de cada disciplina não é reflexo de uma pretensa vocação soberana intrínseca, mas mera divisão pragmática do trabalho científico.¹⁰⁵

Baseando-se na obra “Questão de Método”, de Sartre, Lyra Filho insiste muitas vezes em criticar o marxismo preguiçoso que realiza reducionismos infra-dialéticos. Ou seja, discorda da concepção marxista de muitos autores que dizem que o Direito é mera técnica de gestão e administração dos interesses da classe dominante no âmbito da estrutura burocrática do Estado. Afinal, Lyra Filho busca um conceito bipolar do direito, que fazem colidir em relação dialética as determinantes infraestru-

104 Ibid., p. 73.

105 Ibid., p. 44.

turais e a superestrutura ideológica; os ditames da ordem, da certeza, da segurança jurídica com liberdade e emancipação humanas.

O trabalho científico, no Direito, deve se realizar a partir de um feixe tríplice de aspectos indissociavelmente coligados:¹⁰⁶

- a) No plano da formalização: onde se determinam a origem e constituição do elenco de normas positivadas;
- b) No plano da eficácia: onde se pode medir o poder efetivo de atuação das normas, modelando condutas humanas e buscando o controle dos processos sociais dos quais as próprias normas emergem;
- c) No plano da legitimidade: onde se pode analisar, crítica e valorativamente, os conteúdos das normas positivadas, num trabalho de axiologia jurídica.

3. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA DE ALESSANDRO BARATTA

Ao apresentar a obra do renomado criminólogo italiano Alessandro Baratta, Nilo Batista faz considerações importantes a respeito da produção jurídico-científica da criminologia, numa perspectiva histórica.¹⁰⁷ Afirma que os historiadores do controle social penal também acabam fazendo a história da criminologia. No entanto, o diálogo entre saberes criminológicos e saberes jurídico-penais é fenômeno recente. Quando da fundação positivista da criminologia no século XIX, buscou-se autonomia acadêmica sem questionar a legitimidade do sistema penal, das causas da legislação penal e das agências administrativas/judiciais encarregadas de sua aplicação – o que acabou por reduzir seu horizonte a uma explicação causal do delito e do delinquente (paradigma etiológico), com a conseqüente relegitimação do sistema penal.

A transculturação do positivismo jurídico europeu para o solo tupiniquim ou, no dizer de Batista, a recepção da antropologia criminal e seu método “clínico” na América Latina teve a precípua utilidade de dissimulação ideológica ao controle social penal exercido pelas oligarquias exterminadoras, num continente marcado por conflitos étnicos convertidos em genocídios. Nelson Hungria é citado juntamente de sua respectiva “doutrina Monroe”: “o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas”. A superação das criminologias funcionalistas que se seguiram ao positivismo, pela crítica que inverteu a equação legitimante, tornou o sistema penal (incluída a produção legislativa penal) o objeto do afazer criminológico – ou seja, uma

106 Ibid., p. 122.

107 BATISTA, Nilo. Apresentação. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. p. 1-3.

resposta negativa à exclusividade dos juristas, contando com as seguintes contribuições externas: a) da filosofia (transformações do conceito de ação final mudaram teoria do delito); b) da sociologia (contribuições do funcionalismo sistêmico à imputação objetiva); c) da psicologia (imputabilidade e erro). Surge, assim, uma criminologia de vértice interdisciplinar, metodologicamente pluralista.

A obra de Alessandro Baratta é reconhecida por ser, talvez, o melhor diagnóstico das transformações sofridas pela ciência criminológica. Partindo do método dialético, apto a considerar as contradições inerentes ao sistema de produção capitalista, o italiano acaba por transpor esta metodologia ao estudo da questão criminal, apresentando a criminologia tradicional, bem como o sistema penal vigente, como mantenedores e reprodutores da ordem vigente.

Assim é que, numa obra enxuta e madura, traça considerações a respeito da passagem do paradigma etiológico da criminologia, ou seja, o paradigma das causas da criminalidade enquanto entidade ontológica, na qual o indivíduo é considerado criminoso por guardar certas características específicas, tomadas aprioristicamente, como sendo-lhes naturais; para o paradigma da reação social, quando a criminalidade é considerada o produto de um conjunto de processos de rotulação, fragmentação, desarticulação de indivíduos – notadamente as classes subalternas e trabalhadoras – servindo de instrumento para manutenção e reprodução da lógica capitalista.

A obra começa por traçar os antecedentes da teoria criminológica moderna, confrontando-se, posteriormente, certas aquisições das teorias sociológicas sobre crime e controle social com princípios da ideologia da defesa social. Nota-se, logo de início, que a criminologia positivista tem como nascedouro a escola liberal clássica do direito penal. Cesare Beccaria aparece trazendo seu “Dos Delitos e das Penas” como sendo a fundamentação filosófica da ciência penal, seguido da obra de Giandomenico Romagnosi, para quem a pena funciona, ou melhor, tem como utilidade servir de contraestímulo ao impulso criminoso.

Assim, após a concepção de sistema jurídico de Francesco Carrara, surge efetivamente a escola positivista do direito penal, com sua respectiva explicação patológica da criminalidade. O criminoso é um ser “diferente” para Cesare Lombroso, que implementou seus estudos e análises no sistema carcerário italiano, elencando características físicas e psicológicas – portanto, biológicas – para a consideração de um indivíduo como sendo criminoso: este é o gérmen do paradigma etiológico. Há uma causa para o criminoso cometer o crime: esta causa é sua genética.¹⁰⁸

Na sequência, Baratta elenca os postulados que constituem a base do discurso repressivo dos sistemas penais, o que ele denomina de ideologia da defesa so-

108 BARATTA, op. cit., p. 29-40.

cial, basilar para a sustentação discursiva das escolas clássica e positivista. A ideologia da defesa social, que surge, para o autor, concomitantemente à revolução francesa, tem, como princípios cardeais, os seguintes:

a) princípio da legitimidade (o Estado, como expressão social organizada, está legitimado a reprimir a criminalidade, tido como entidade alienígena ao bem-estar, praticada por determinados indivíduos de características peculiares, que serão alvo das instâncias oficiais do controle social institucionalizado);

b) princípio do bem e do mal (o delito é considerado um dano para a sociedade e o criminoso um elemento negativo, disfuncional do sistema vigente – donde se infere que a sociedade é o bem e o criminoso o mal que vem desvirtuá-la);

c) princípio da culpabilidade (o delito é considerado atitude interior, psíquica ou moralmente reprovável, já que contrário ao conteúdo ético das normas positivadas e regras costumeiras da vida em sociedade – inclusive antes mesmo das tipificações ulteriores do legislador!);

d) princípio da finalidade ou prevenção (não obstante uma função retributiva, a punição teria por escopo desestimular condutas criminosas; abstratamente, serviria como contramotivação fático-legal à prática delituosa; concretamente, a pena teria uma função ressocializadora);

e) princípio da igualdade (sendo a lei penal igual para todos, a reação penal atingiria, supostamente, a todos da mesma maneira);

f) princípio da defesa ou interesse social e do delito natural (princípio integrante dos demais, já que define que os interesses protegidos pelo Direito Penal são comuns a todos os membros da sociedade, de maneira universal e mesmo fundamental, e por isto devem ser protegidos).¹⁰⁹

Assim, antes de Baratta apresentar as diferentes teorias liberal-burguesas do desvio, cuja negação de cada um dos princípios não bastou para uma transformação paradigmática da criminologia, recoloca a questão no plano científico sociológico: a sociologia criminal, que estuda o crime como realidade ontológica pré-constituída, tem como contraponto o novo discurso da Sociologia do Direito Penal, quando as definições e processos de criminalização do sistema penal são consideradas como constituintes do *status* criminoso.

Finalmente, Baratta apresenta seu programa de criminologia crítica, uma teoria materialista (de método materialista histórico-dialético, a partir de Karl Marx) do desvio. A dialética funciona, para o autor, como *ratio essendi e cognoscendi*.¹¹⁰ E, desta forma, apresenta o contraste da nova criminologia crítica com a tradicional: a)

109 BARATTA, op. cit., 42-43.

110 Ibid., p. 159 e ss.

deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e institucionais do desvio; b) muda o interesse cognoscitivo das causas (etiologia) para os mecanismos de produção da “realidade social” do desvio; c) define criminalidade como *status* atribuído através de dupla seleção: bens protegidos nos tipos penais e indivíduos estigmatizados.

Direito penal aparece, ele próprio, em si mesmo, como objeto privilegiado da criminologia de vertente crítica (sistema dinâmico de funções), desigual por natureza. Igualdade formal do sujeito jurídico quando vende sua força de trabalho está em oposição à desigualdade real dos indivíduos concretos no consumo da força de trabalho. Cabe à criminologia crítica a interpretação dessa desigualdade. E por isso, o cárcere ganha protagonismo, já que fecha o *continuum* família, escola e assistência social como instituições reprodutoras e excludentes.

Em termos de cárcere, o trabalho pioneiro de Michel Foucault “Vigiar e punir” merece ser lembrado. Interessado em traçar uma história das prisões, o filósofo vai indicar como a prisão é um centro disciplinador de condutas que estrutura a própria organização social dominante, em paralelo com outras instituições cujas práticas sociais operam o que ele chamou de “padrões de objetivação da subjetividade”. O ponto forte de sua obra é muito provavelmente o estudo do *Panopticon*, de Jeremy Bentham, uma “utopia” (ou nem tanto) do controle social penal: uma estrutura prisional construída em círculos e anéis com uma torre central, na qual um conjunto de vigilantes podem perceber todas as atitudes dos encarcerados que, enquanto são observados, estão incapacitados de perceber quem os vigia.¹¹¹

Além disso, sobre o papel central do Estado na estratégia de carcerização, merece relevo o trabalho de Loïc Wacquant, “Punir os pobres”, quando analisa com pormenores a situação carcerária dos Estados Unidos da América. Para o autor, as prisões funcionam como guetos judiciais, enquanto os guetos funcionam como prisões sociais, cuja finalidade é a fragmentação e desarticulação do poder político e socioeconômico das classes subalternas. Assim é que Wacquant atesta a passagem de um Estado caritativo ou Estado-providência (fazendo referência ao *Welfare State*) para um Estado Penal. Estratégia constituinte e produto condicionante, mais uma vez, do sistema de produção capitalista.¹¹²

Segundo Santos, a prisão se constitui por dois processos complementares: 1) desculturação em face da sociedade; 2) aculturação em face da prisão. A relação mercado de trabalho e sistema punitivo talvez tenha sua melhor definição na obra de Rusche e Kirchheimer, “Pena e estrutura social”, na qual o mercado capitalista neces-

111 FOUCAULT, 1987, p. 162 e ss.

112 WACQUANT, 2003, p. 19-38.

sita de setores marginais ao sistema para retroalimentá-lo. Por esta razão, a população carcerária torna-se sua reserva.¹¹³

Concluindo, no enfoque materialista, há relação entre sistemas de punição e sistemas de produção, expressada na relação disciplinar entre cárcere e fábrica. Diante desta realidade, Baratta apresenta seu programa de política criminal alternativa: distinção da criminalidade pela posição social do autor, numa distinção entre crime comum e crime privilegiado, ou crime de colarinho branco (numa consideração da situação classista do criminoso). Assim, o arrefecimento da penalização das classes subalternas abre espaço ao recrudescimento da penalização das elites (crimes financeiros, crime organizado, contra saúde, educação, ecologia, segurança do trabalho). E Baratta se alinha, desta forma, na corrente abolicionista inaugurada por Louk Hulsman em seu “Penas perdidas”¹¹⁴, propondo a abolição do próprio sistema carcerário.

Em síntese, criminologia crítica é o conjunto não homogêneo de discursos que se diferenciam da tradicional pelo seu novo objeto, sua mudança de paradigma (Kuhn). Na base no paradigma etiológico (noção ontológica da criminalidade, vinculada a uma identidade aprioristicamente determinada, cuja justificação do ponto de vista epistemológico inexistente), a criminologia se tornou ciência das causas da criminalidade. A criminologia positivista do final do século XIX nasce nesse paradigma.

A “criminalidade”, os “criminosos” são, sem dúvida alguma, objetos deste tipo: resultam impensáveis sem intervenção de processos institucionais e sociais de definição, sem a aplicação da lei penal por parte das instâncias oficiais e, por último, sem as definições e as reações não institucionais.¹¹⁵

Sobre a base do novo paradigma a investigação criminológica tem a tendência a deslocar-se das causas do comportamento criminoso para as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o *status* de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos, assim como para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização).¹¹⁶

Logo, temos como consequência a desigual distribuição do poder para delimitar e etiquetar condutas supostamente desviantes. A criminologia crítica vem

113 BARATTA, op. cit., p. 17.

114 HULSMAN, 1993.

115 BARATTA, op. cit., p. 210.

116 Ibid., p. 211.

aproximar a dimensão do poder da dimensão da definição (tal qual Foucault o fizera). Além disso, o programa da criminologia crítica relaciona os dois pontos da questão criminal (situações socialmente negativas e processo de criminalização) com as relações sociais de produção e com a estrutura do processo de valorização do capital. Segundo Baratta, o conceito de racionalidade adequado a uma radical estratégia de reforma – isto é, uma política criminal alternativa – e com seu respectivo modelo de ciência social, é a racionalidade dialética, cuja lógica dinâmica é a lógica da contradição (dialética) social. Esta *ratio essendi* e, concomitantemente, *ratio cognoscendi* da realidade serviriam para denunciar o viés ideológico da (re)produção do sistema penal (formal e informal).

Isto porque, para o criminólogo italiano, os princípios estruturais e funcionais que organizam, de maneira científica, o conhecimento do sistema penal são absolutamente opostos àqueles que são declarados pelo mesmo. Disto advém o fato de que, na criminologia crítica, de viés materialista, não se deve considerar a imagem ideal que o sistema propõe de si mesmo tão somente como um erro dos operadores do direito, algo contingente. Mas, sobretudo, deve-se atribuir-lhe o caráter de ideologia – no caso, uma ideologia dominante que acabou mesmo por justificar, legitimar e estruturar o senso comum dominante da *práxis* destes operadores jurídicos. O próprio sistema penal funciona através desta contradição – é totalmente dependente dela para se operacionalizar.

Nas palavras do próprio italiano

O elemento ideológico não é contingente, mas inerente à estrutura e à forma de funcionamento do sistema penal, assim como este, em geral, é inerente à estrutura e ao funcionamento do direito abstrato moderno.¹¹⁷

Logo, seguindo a mesma perspectiva de Pachukanis, Baratta afirma que o direito mesmo contribui para assegurar, reproduzir e legitimar as relações de desigualdade que caracterizam nossa organização social, notadamente a distribuição desigual dos recursos e do poder – consequência inevitável do modo de produção capitalista. E a legitimação de tal processo passa por dois procedimentos menores: a) produção de consensos reais ou artificiais; b) desarticulação do dissenso.

Para Baratta, a criminologia tradicional (etiológica, que encara a criminalidade como uma ontologia), quando estuda a criminalidade como aquilo que o sistema penal declara combater – e não a forma segundo a qual este define aquela –, opera-

117 Ibid., p. 212.

cionaliza-se como instância do sistema, e não como a teoria científica deste. Portanto, para a criminologia crítica, o sistema positivado de normas penais e a prática jurídica oficial são objetos de seu saber, não os destinatários de sua produção científica. Afinal, a criminologia de vertente materialista se ocupa em examinar cientificamente a gênese do sistema, bem como sua estrutura, seus mecanismos de seleção, as funções que efetivamente exerce, seus custos socioeconômicos, avaliando, outrossim, o tipo de resposta que se está em condições de fornecer.¹¹⁸

A capacidade da criminologia crítica em fornecer um discurso científico diferente (da criminologia tradicional) para análise do sistema penal vigente depende da passagem do paradigma etiológico para o paradigma da reação social. Para tal desiderato, Baratta elenca a necessidade de se integrarem a este discurso: a) uma teoria da construção dos problemas sociais; b) uma teoria das necessidades; c) uma teoria da “comunicação livre do poder”. O modelo de uma política criminal alternativa só poderia mesmo ser, portanto, a descriminalização, ou seja, uma rigorosa (e possível) redução do sistema penal. Nas palavras do criminólogo italiano, “A perspectiva de reforma radical que surge de uma criminologia crítica parte do conhecimento dos mecanismos seletivos e das funções reais do sistema, ligadas à desigual distribuição do “bem negativo” criminalidade”.¹¹⁹

4. A RECEPÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO NO BRASIL: SOBRE O RACISMO E A INSUFICIÊNCIA DA METODOLOGIA MARXIANA

Escrita originalmente em 1972, a obra “Marxismo e a questão racial”, do etnólogo cubano Carlos Moore é taxativa em sua brutalidade analítica: o marxismo, em seus pressupostos epistemológicos, é eurocêntrico, atestando uma pretensa “supremacia branca” na condução da história – sendo, portanto, racista. No contexto do Imperialismo e do Colonialismo, os países da América Latina, Ásia e África deveriam realizar suas próprias revoluções seguindo o modelo europeu, já que, para Marx e Engels, mantinham modos de produção “atrasados”, o que retardaria o aguçamento para a confabulação das condições ideias no sentido de se implantar o socialismo. Moore salienta que estes argumentos ancoram-se em dicotomias clássicas do pensamento europeu-ocidental (amplamente difundidos no século XIX), como “raças civilizadas *versus* atrasadas”, “cristãos *versus* mouros” e “brancos *versus* negros”.¹²⁰

118 Ibid., p. 215.

119 Ibid., p. 217-219.

120 MOORE, 2010, p. 9-10.

Moore avalia que Marx, em “Para uma crítica da política econômica”, sustenta a dicotomia e faz menção a “raças civilizadas” e “não civilizadas”. Engels, por sua vez, em “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, dá os contornos característicos de uma “sociedade ariana” quando sustenta que os alemães representavam “uma tribo ariana muito favorecida pela natureza”, justificando tal assertiva ao inferir que “Talvez a evolução superior dos arianos e dos semitas se deva à abundância de carne e leite em sua alimentação”, e completando: “Vemos nas condições econômicas o que, em última instância, condiciona o desenvolvimento histórico. Por si mesma, no entanto, a raça é um fator econômico”.¹²¹ Em detrimento de tais especulações racistas, questionando-se sobre a impossibilidade de Marx e Engels pensarem suas teorias fora de tal imaginário, Moore afirma

Milhões de autóctones negros e indígenas haviam sido subjugados ou exterminados nas Américas; milhões de africanos foram levados através dos mares para substituí-los nas minas de ouro e prata e nos campos de algodão e açúcar nas Américas e no Caribe. O Capitalismo ocidental estava em plena expansão; a Europa bebia o sangue do homem negro e cuspiu dinheiro em seguida. [...] Marx e Engels produziram sua obra neste clima de racismo descarado, massacre universal e ódio anti-negro feroz. Será que poderiam ter escapado das ideias de supremacia branca que caracterizavam sua época, possivelmente mais do que qualquer outro período da civilização ocidental?¹²²

Muito embora o materialismo histórico-dialético tenha fornecido um arsenal teórico para a crítica do sistema capitalista e para nortear as movimentações revolucionárias e sociais no século XIX e XX, demonstra-se insuficiente para a abordagem de questão tão delicada e tão crucial para a América Latina: a dominação e consequente exclusão étnica. Ou seja, capitalismo, colonização, racismo e positivismo, nesta perspectiva, demonstram-se extremamente vinculados, razão pela qual a ciência criminológica, neste continente, deve levar tais fatores em consideração, inclusive com primazia epistemológica.

Nesta perspectiva descolonial, de crítica do sistema capitalista a partir de sua exclusão étnica e preceituação científica racista, é que se apresenta o trabalho pioneiro do criminólogo brasileiro Evandro Piza Duarte: “Criminologia e racismo: introdução à criminologia brasileira”. Nesta obra, o autor inaugura tese não apenas

121 Ibid., p. 65-66.

122 Ibid., p. 62-64.

interessante para a criminologia brasileira, mas capaz de gerenciar uma nova tradição de pesquisa, fundamental dentro da perspectiva epistemológica da descolonização latino-americana: a recepção do paradigma positivista de ciência jurídica, pelo Brasil, não se deu à toa. Sua utilidade precípua era sustentar a ordem de desigualdade racial entre brancos e negros, razão pela qual o positivismo se estrutura com base no racismo, ao tempo que o racismo se legitima socialmente pelo afazer jurídico positivista. Três juristas brasileiros são estudados por Duarte neste ínterim: Tobias Barreto, Nina Rodrigues e Clóvis Beviláqua.

A implantação da criminologia positivista começa no Brasil a partir do controle do delito e das populações negras. A relação entre brancos e não-brancos torna-se um problema teórico. Estamos situados na transição do escravismo pleno para o capitalismo dependente, ou seja, nos meandros do Brasil Império entre os séculos XVIII e XIX. Muitos termos são utilizados para significar o “transporte” da matriz positivista do direito da Europa para o Brasil: “recepção”, “transplante”, “transnacionalização” ou “transculturação” das matrizes de ideias europeias.¹²³

Citando Laumounier, Duarte vai considerar que este transplante se dá: a) num modelo institucional cientificista, coincidindo com a implantação das Universidades; b) num modelo histórico nacionalista: apreensão da sociedade e seus problemas sob um viés nacionalista; c) num modelo de autoritarismo esclarecido, servindo a apreensão das obras estrangeiras para instrumentalização e disseminação da ideologia de Estado. Estas teorias ajudaram a estipular critérios diferenciados de cidadania, categorizando os indivíduos segundo sua classe social e suas características étnicas.¹²⁴

Controle social é o problema central para a criminologia. O autor debate se os modelos estrangeiros podem ser adaptados para salvaguardar a estrutura socioeconômica do Brasil. Ocorre, paradoxalmente, nesta época, o sincretismo do regime escravocrata com um conjunto de ideias liberais. Inicialmente, temos o modelo de controle no escravismo pleno, século XVIII. Nas Ordenações Filipinas encontra-se o lema “Morra por isso”, numa imposição da disciplina pelo terror. O interesse de manutenção do controle social e penal se dava pelo interesse de sustentar a empresa colonial. Nas Ordenações, vigia um direito sagrado e absolutista, sob caricatura de direito natural, donde os escravos eram tomados como objetos, propriedades de seus donos, como coisas, e não indivíduos. Sua exploração era um direito divino, transcendental e imutável.¹²⁵

123 DUARTE, 2006, 141-149.

124 Ibid, p. 148.

125 Ibid., p. 149-155.

A organização do controle social vai se modificando para se adaptar às insurgências escravas. Em todo lugar que houvesse escravidão, havia como refúgio um quilombo. Num momento de descentralização política, quem tinha plenos poderes era o Senhor de Engenho. Ou seja, poder político, econômico e jurídico: era ele quem gerava as punições. A insurgência escrava era um problema fundamental pois punha em cheque toda a organização social do Brasil Império.¹²⁶

Esta organização ainda se adapta ao projeto de centralização política do aparelho burocrático estatal, diante da necessidade de uniformizar o tratamento de repressão em todo o país. Deveria haver um centro irradiador desse poder de punição para que a autoridade do Estado pudesse se afirmar. A Igreja católica possuía um papel nesta confabulação: catequização e prática pedagógica nos engenhos. Surgem, então, os centros urbanos, dando nova adaptação ao escravo, que passa a ser propriedade do senhor e propriedade pública. Lá, nestes centros, contudo, o escravo encontrava outros semelhantes e adquiria consciência de sua condição.¹²⁷

Duarte lembra o surgimento do controle do delito moderno: tipificar as organizações de escravos, quais sejam, insurreição, conspiração e rebelião. Passamos, assim, do negro cativo ao liberto vigiado: por exemplo, a impossibilidade do negro liberto ser encontrado na rua à noite à toa; menores presos com os senhores até crescerem e adquirirem idade adulta, etc. Por todo este contexto cultural já se ia formando um discurso racista.

É Tobias Barreto, em sua obra “Menores e Loucos”, quem elenca os motivos de ordem política e bases psicológicas para servirem de critérios de inclusão/exclusão de categorias de criminosos. O paradigma etiológico fica circunscrito, num primeiro momento, no fato social do crime, para na sequência avaliar-se seus fatores psicológicos. Ocorre aqui a disputa entre medicina e direito: a partilha do poder com a medicina para reafirmar o poder do Direito, sobrepujando-se por “delegar” esta função àquela seara. Para Barreto, o Direito Penal teria por função a ordenação do tecido social. Sua concepção é de que o Direito Penal seja mesmo “uma máquina de guerra”.¹²⁸

Nina Rodrigues, por sua vez, estipula como paradigma etiológico a hereditariedade da carga genética, nos rastros deixados pelo criminólogo italiano Cesare Lombroso. Seus estudos são próximos aos de Barreto. Estava interessado pela aplicação das teorias penais ao contexto em que deveriam ser aplicadas, ou seja, interessado na funcionalidade e operacionalidade dos discursos. Dentre suas obras principais,

126 Ibid., p. 161-162.

127 Ibid., p. 165-169.

128 Ibid., p. 209-212.

está “As raças humanas e a responsabilidade penal”, numa clara vinculação etnia-delinquência; e “Os africanos no Brasil”, um ensaio antropológico sobre a situação étnica do povo brasileiro, onde se encontra uma distinção racista entre brasileiros de origem europeia e “selvagens americanos e negros africanos”.¹²⁹

Rodrigues critica aos autores nacionais por confabularem uma teoria complementar/acessória à criminologia positivista europeia. É dele a criação específica do medo nas populações não-brancas: “raças inferiores possuem medo da sociedade civilizada”. Sua obra se construiu em debate com Sílvio Romero, designado como o outro paradigma do discurso racista, para quem o triunfo da raça branca, por ser superior, se daria num projeto civilizatório cujo protagonismo seria o seu. Rodrigues, ao seu turno, não acreditava piamente no triunfo da raça branca, contra a facilidade de manutenção do poderio branco.¹³⁰

Clóvis Beviláqua, por fim, construiu sua obra com base no multifatorialismo etiológico. Dentre suas obras, temos “Criminologia, Direito e Conciliação das escolas”, “Criminologia e Direito”, “Sobre uma nova teoria da responsabilidade”, nas quais inovou em termos científicos propondo uma conciliação das teorias brasileiras com os debates nascentes em solo europeu. Adotou o modelo racial e o multifatorialismo na explicação da criminalidade brasileira: modelo étnico-racial para averiguar as causas da criminalidade, numa evidente etiologia racista. Também revisou um conjunto de textos de Nina Rodrigues, baseando-se na mesma metodologia etiológico-racista.¹³¹

A obra que talvez denuncie com mais intensidade esta postura é sua “A história do direito penal e os povos sem história”. Nela, confabula pioneiramente uma história do direito penal brasileiro baseando-se no modelo evolucionista (positivismo da ordem e do progresso). Sua finalidade era ressaltar o papel do direito na modernização do país – ao mesmo tempo, justificar a exclusão social dos brasileiros não-europeus deste processo modernizador.¹³²

5. CONCLUSÕES: O PROGRAMA DA CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO

Este quadro complexo, sintetizado nas páginas anteriores, e situado nos meandros do continente latino-americano, merece uma metodologia eficaz para sua

129 Ibid., p. 224-228.

130 Ibid., p. 231-236.

131 Ibid., p. 253-259.

132 Ibid., p. 264-268.

compreensão. Obras como de Carlos Moore e Evandro Piza Duarte, pioneiras, demonstram que o materialismo histórico-dialético é insuficiente para tal desiderato, por um motivo simples, e crucial para nossa situação continental mestiça: ele não aborda a questão das etnias e do racismo, central no estudo da vinculação entre criminogênese e colonização da América Latina. Além disso, é incapaz de avaliar, e sequer analisar, a vinculação entre positivismo e racismo.

Assim, podemos concluir que a “Criminologia da Libertação”, protagonizada pela criminóloga venezuelana Lola Anyiar de Castro, talvez seja a síntese de uma história, como ela mesma afirma, não contada da criminologia na América Latina, denunciando-se as faltas e falhas das sucessivas tentativas de transculturação dos paradigmas científicos e teóricos do mundo europeu. Estes autores reinauguraram uma criminologia tipicamente latino-americana, que além de emancipadora e libertadora, ao escancarar o viés ideológico do sistema penal, também se torna uma criminologia descolonial.

Segundo Castro, a característica essencial da criminologia da libertação é seu papel de deslegitimação do sistema penal: daí seu caráter emancipador e descolonial.¹³³ Levando-se em consideração a condição por vezes subalterna dos países latino-americanos no ambiente global do tecno-colonialismo (muito embora, atualmente, estejamos assistindo à derrocada do sistema financeiro capitalista desde o ano 2008, bem como à ascensão geopolítica e econômica dos chamados BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul); o poder central da mídia na confabulação do senso comum da opinião pública; as questões étnicas e as fragmentações de classe e de raça; a especificidade da situação do narcotráfico e da guerra às drogas; e, sobretudo, a postura de um Direito Penal garantista, meio hábil para consecução das finalidades constitucionais e concretização material dos Direitos Humanos encartados em diversos diplomas, a corrente da criminologia da libertação parece mesmo ser a mais adequada para a compreensão da criminogênese na América Latina, sobretudo de sua causa fundante – o racismo.

6. REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2001. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 1).
- CASTRO, Lola Anyiar de. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 10).

- DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia & racismo*: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 32. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- LYRA FILHO, Roberto. *A criminogênese à luz da criminologia dialética*. Brasília: Revista do STM, I/1 (1975): p. 29-57.
- _____. *Criminologia dialética*. Guanabara: Borsoi, 1972.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MOORE, Carlos. *Marxismo e a questão racial: Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*. Tradução de Bruno Gini Madeira. Belo Horizonte: Nandyala; Uberlândia: Cenafro, 2010. (Coleção Repensando África, Volume 5).
- PACHUKANIS, Eugen B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 6).

Capítulo 64

A QUEM PERTENCE O ÚTERO DA MULHER?^{1*}

Mariane Oliveira Junqueira^{2**}

Eu, naqueles meus trinta e poucos anos, cheio de certezas, de verdades, não podia entender a afirmação reiterada de Anísio de que ele não tinha compromissos com suas idéias. Eu estava cheio de compromisso com as minhas. Custei, muito a entender que o único compromisso que se pode ter em matéria de idéias é com a busca da verdade. Toda idéia é provisória, toda idéia tem que ser posta em causa, questionada. Tudo é discutível, sobretudo numa universidade. Este é o espírito de Anísio[...].

Darcy Ribeiro

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o aborto induzido – a não ser que seja para salvar a vida da gestante ou por gravidez resultante de estupro – é considerado crime. Com o resultado da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), instituiu-se a permissão para a interrupção de gestação para os casos de feto anencefálico em 2012. A legislação brasileira, ao se apresentar restritiva, não impede que a conduta seja praticada. Contudo a criminalização impede, com muito afinco, que as mulheres tenham acesso à saúde de qualidade e as privam de seus direitos humanos, principalmente seus direitos reprodutivos, ferindo, portanto a sua dignidade como seres humanos.

A criminalização é seletiva e à serviço das funções não oficiais do Direito Penal.³ Esse processo de criminalização e seleção de condutas reprováveis foi trazido

1 Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho (GT) “Criminologia crítica na América Latina” da VII Conferência de Crítica Jurídica na América Latina na UFSC/Florianópolis, contando com a colaboração do aluno Paulo Júnior Salgado de Moraes, sob orientação da Professora Veronica Korber Gonçalves, a partir de debates ocorridos nos encontros do “Núcleo de Extensão e Estudos em Direitos Humanos” (NEEDH) coordenado pelos professores Marcelo Eibs Cafrune e Veronica Korber Gonçalves, na UFG/Jataí.

2 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás, Campus Jataí, email: mariane_junqueira@hotmail.com

3 ANDRADE, 2003

pela “minoría ilustrada” para a América Latina. ⁴ Era classista, racista e sexista, sempre à serviço da classe dominante – condição mantida até os dias hodiernos. Isto pode ser visto ao analisar o grau de escolaridade das mulheres que mais frequentemente recorrem à prática do aborto, que geralmente é muito baixo, demonstrando quem é a “clientela” do tipo penal aborto, a quem é direcionada a criminalização desta conduta.⁵ Observa-se que criminalizar a conduta do aborto é criminalizar uma classe e uma raça de mulheres específicas. É perseguir um grupo social provindo de uma classe economicamente desfavorecida e de uma raça historicamente discriminada.

Criminalizar o aborto torna sua prática precária e insegura. No Brasil a sua prática ocorre geralmente de forma clandestina, portanto não há a segurança de que haja profissionais qualificados ou clínicas especializadas com materiais higienizados. A consequência disso pode ser observada pelo resultado de estatísticas que revelam que cerca da metade das mulheres que fizeram interrupção da gestação sofrem complicações e por isso recorrem ao sistema de saúde e lá são internadas.⁶ Tornou-se um grave problema de saúde pública, problema este “reconhecido pela comunidade internacional em conferências promovidas pelas Nações Unidas na década de 90”.⁷

Por reconhecer que a questão da IVG no Brasil é um grave problema de saúde pública e conhecer as funções não oficiais e fundamentos da criminalização de condutas na América Latina, optou-se por fazer um levantamento no site do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, referente à criminalização da mulher que pratica o IVG. Com a pesquisa, objetiva-se responder alguns questionamentos: aumentou a punição por IVG em Goiás? Quais casos relacionados à palavra-chave “aborto” vão à segunda instância no TJGO? Qual é o perfil desta mulher criminalizada?

Iniciamos a pesquisa buscando contextualizar a problemática da interrupção da gestação voluntária. Quais desigualdades são diretamente relacionadas a esta proibição? E quais as consequências da criminalização? Qual o fundamento oficial e o objetivo não oficial desta criminalização? Qual é o perfil da mulher criminalizada?

Na segunda parte do trabalho buscaremos traçar o perfil dos casos relacionados à interrupção induzida de gestação levados ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apresentamos um mapeamento feito a partir das jurisprudências encontradas na página eletrônica do Tribunal do Estado de Goiás referentes à palavra-chave “aborto”. Quantos dos julgados encontrados com a palavra “aborto” referem-se a casos em que a mulher gestante é o sujeito ativo da prática da IVG e por este fato

4 DEL OLMO, 2004, P.157-194

5 DINIZ; MEDEIROS, 2010, p.963

6 DINIZ; MEDEIROS; 2010, p.964

7 SORRENTINO, [2001], p.03

é processada? Quantos casos relatam a mulher como sujeito passivo do processo e neste caso é criminalizada por isso? Nesta prévia seleção, destacaremos os julgados que nos interessam, nos quais mulher pratica o aborto ou consente com o mesmo e por isso é criminalizada, sendo, portanto sujeito passivo no processo. Por isso a nossa hipótese inicial é que para além de um poder simbólico, a criminalização do aborto apresentou um recrudescimento em sua punição.

Quem são os sujeitos em estado de vulnerabilidade nestes casos? As mulheres ou o feto? Quem é o sujeito passivo nestes processos e, portanto sujeito ativo na prática da interrupção da gestação? Por fim, analisaremos à luz da criminologia crítica e dos direitos humanos os resultados encontrados.

2. CONTEXTO DA IVG NO BRASIL

No Brasil, a prática do aborto – ou interrupção voluntária da gravidez (IVG) – é crime punível com o regime de detenção. Contudo, este fato não impede que interrupções induzidas de gestação continuem acontecendo. Segundo a Rede Feminista de Saúde em seu Dossiê “Aborto Inseguro”, apenas no ano de 2000 o número de abortos inseguros no Brasil já variava de 750 mil a 1 milhão e 400 mil.⁸

Acredita-se que com a legalização ou a descriminalização da IVG podem ser salvas várias mulheres que morrem em decorrência de abortos mal sucedidos e com o acompanhamento médico correto, podem-se evitar várias complicações ao corpo e a saúde da gestante.⁹ Segundo o Portal da Saúde, endereço eletrônico do Ministério da Saúde, no Brasil em 2004 mais de 243.988 mulheres foram internadas para realizar a curetagem pós-parto.¹⁰

Não obstante o Brasil ser signatário de Conferências Internacionais que reconhecem o tema dos direitos sexuais e reprodutivos como questão de direitos humanos – como a Conferência do Cairo e a de Pequim – o aborto não tem sido tratado como questão de saúde pública.¹¹ A comunidade internacional, representada por comitês da Organização das Nações Unidas (ONU), recomendou ao Estado brasileiro diversas vezes a necessidade de se revisar a legislação que trata acerca do tema.

8 SORRENTINO, [2001], p.03

9 BARALDI, 2010, p.7

10 MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012

11 BARALDI, 2010, p.9

Importa reiterar que a comunidade internacional, por meio dos Comitês da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), sobre a Eliminação da Descriminalização contra a Mulher (CEDAW), e sobre os Direitos Humanos (PIDCP) recomendou ao Estado brasileiro a adoção de medidas que garantam o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. *Estes Comitês enfatizaram a necessidade de revisão de legislação punitiva com relação ao aborto*, a fim de que o mesmo seja enfrentado como grave problema de saúde pública.¹² (grifo nosso)

Apesar dos compromissos feitos pelo Estado brasileiro com a comunidade internacional – qual seja, o de revisar estas leis incriminadoras, o de considerar a problemática que envolve o aborto como caso de saúde pública, o de adotar medidas que garantam o exercício pleno de direitos sexuais e reprodutivos femininos – tal fato não tem sido a realidade.¹³

O Estado brasileiro tem descumprido as recomendações e seus tratados firmados no âmbito internacional concernentes à questão dos direitos reprodutivos femininos. Preserva-se há mais de 70 anos uma legislação restritiva e punitiva em relação à condutas femininas, principalmente em relação à condutas que violam o papel histórico e a moral tradicional de mulher “honesta” e submissa e sua “função social”, a saber, a função de procriadora e mãe.

Há inúmeras contradições nesta criminalização. O discurso do legislativo é que se criminaliza o aborto por tutelar-se a vida do feto. Contudo, esta criminalização cerceia os direitos de mulheres, retira seus direitos e dignidade como pessoa humana – atingindo portanto, seu direito à vida. Além de por em risco suas vidas, esta legislação restritiva persegue uma raça e uma classe social específica.

Segundo Flávia Piovesan, aqueles grupos que defendem o direito a vida e por isso a criminalização do aborto, se contradizem e criam em torno de si mesmos um paradoxo. No que se funda este paradoxo? Na defesa da vida. Defender a vida não poderia ser punir mulheres de determinada classe social com determinada raça. Quando se resguarda a vida, a integridade física do feto, não pode ser ainda desprezada a vida da gestante. E mais, contribui-se para uma morte seletiva de mulheres.

O paradoxo é que aqueles que, com grande veemência, defendem a inviolabilidade do direito à vida acabam por contribuir para a *morte seletiva de mulheres*. Note-se, ainda, que os países com as menores taxas de aborto são os da Europa Ocidental, onde o aborto

12 PIOVESAN, 2007, p.66

13 BARALDI, 2010, p.9

é legal e de fácil acesso, enquanto que os países da América Latina apresentam taxas cinco a oito vezes mais elevadas.¹⁴ (grifo nosso)

A criminalização sobre condutas de mulheres é pauta dos movimentos feministas. Esses movimentos sociais alegam que a causa desta legislação ser punitiva com condutas femininas é a persistência de características – e influência – do sistema patriarcal em nossa sociedade, o que provoca a desigualdade entre gêneros. Essa desigualdade entre gêneros é uma construção social e cultural, margeiam um tipo específico de dominação e poder.¹⁵ Esta dominação, é uma forma de expressar o poder, um poder simbólico e uma busca constante de “adestramento e docilização do outro”.¹⁶ Adestrado, este corpo está pronto a ser manipulado e dominado, um corpo pronto a perder suas características autônomas e de liberdade.

Ocorre nos dias hodiernos a reprodução cultural do patriarcado, de relações de imposição e dominação contra a autonomia da mulher concomitantemente com os debates a favor de sua emancipação.

Essa dominação, sobre corpo e mente se faz dentre outras formas, por mecanismos culturais. Tal fato torna qualquer tentativa de discussão contrária a dominante, ridicularizada e marginalizada pelos veículos midiáticos – oposição esta – na maioria das vezes expressa em forma de marchas, como “A Marcha das Margaridas”, “A Marcha da Maconha”, “A Marcha Nacional da Liberdade” e a “A Marcha das Vadias”.¹⁷

Neste sentido, a luta a favor dos direitos reprodutivos femininos, compete com “resquícios” de uma cultura patriarcal reproduzida socialmente, com seu reflexo na mídia e mais severamente na legislação em vigor. Há “embates” entre os movimentos sociais das mulheres em busca de autonomia – sobre o próprio corpo, em como gerir sua vida e decidir os rumos de uma gestação (ou de sua interrupção) – e entre a legislação em vigor, que criminaliza algumas destas condutas.

Punir o aborto não é só negar os direitos reprodutivos femininos, não é só negar o direito à autonomia e à saúde, mas é negar seu direito à vida, portanto é violar seu direito como pessoa humana.¹⁸ O próprio Ministério da Saúde no endereço eletrônico “Portal Saúde” já reconhece o problema do aborto como uma questão de

14 PIOVESAN, 2007, p.67

15 CICCIO, 2010, p.68-88

16 FOCALTY, 1987

17 GONÇALVES; JUNQUEIRA; 2011

18 PIOVESAN, 2007, p. 53-72

saúde pública. Neste sentido, proferiu uma nota técnica que *tenta humanizar o atendimento às mulheres com complicações no abortamento* (grifo nosso).¹⁹

De acordo com a nota do citado portal: “Não se trata de legalizar o aborto, mas de padronizar o atendimento das mulheres em situação de risco, que procuram o SUS com complicações de aborto”.²⁰ Afirma-se ainda que haverá a realização de seminários em alguns hospitais para que haja um tratamento especializado para as mulheres que cometeram aborto e necessitam fazer a curetagem. Após esses seminários de capacitação para o atendimento destas mulheres, será feito uma vistoria para certificar que os mesmos estão exercendo este atendimento humanizado às mulheres e não as estão tratando de formas diferenciadas.

O Ministério da Saúde vai acompanhar o atendimento nas maternidades onde os seminários forem realizados para verificar o processo de mudança. “Com a norma, pretende-se fazer com que os profissionais de saúde cumpram o seu dever de atender às mulheres vítimas de abortamento, sem julgá-las e ofereçam orientações de planejamento reprodutivo e os métodos de evitar gravidez indesejada”, ressalta Regina Viola. “Essas mulheres precisam ser acolhidas e tratadas com respeito”.²¹

Reconhece-se, portanto, não apenas pelo Ministério da Saúde, ou por Tratados Internacionais, ou por recomendações da ONU que a IVG é um problema de saúde pública e deve ser prioridade como política pública governamental; mas que sua criminalização se posiciona como um poder simbólico, viola os direitos humanos das mulheres, e impõe penas cruéis de tratamento degradante, visto a forma como são realizados a grande maioria dos abortamentos – que são clandestinos e, portanto, em condições de higiene e segurança baixíssimos. A criminalização do aborto é uma das formas de se dominar e coordenar a vida reprodutiva das mulheres.

3. PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO TJGO

Na América Latina a perspectiva de criminalização (em *latu sensu*) de condutas e da presença do Estado como o controlador dos problemas sociais difundiu-se como apoio à expansão do capitalismo. Este movimento contou com o apoio das classes dominantes. Neste sentido incorporaram-se as ideias criminológicas da Eu-

19 MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012

20 MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012

21 MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012

ropa, que tinha uma conjuntura histórica diferente, e de forma deformada, imitou-se sua solução científica para o problema intitulado como “Delito”. As atitudes tidas pelos grupos urbanos ilustrados como reprováveis, que atrapalhassem o funcionamento das relações de produção ou que confrontassem a implantação do Estado, eram denominadas como patológicas e diagnosticadas como perigosas à ordem.²²

O criminoso latinoamericano, estigmatizado como um ser patologicamente anormal era definido como proveniente das raças negras, amarelas, índios, chineses, imigrantes e por fim qualquer indivíduo que atentasse contra a moral social estabelecida ou contra o sistema de produção estabelecido. A cor era justificada como a causa do delito, e a cor era “discriminada” como a causa da falha na personalidade dos indivíduos.²³

Dessa forma, preserva-se hodiernamente a criminalização de condutas que enfrentam a “moral social” tradicional e a ordem econômica estabelecida. Principalmente criminaliza-se as condutas femininas que se posicionam emancipatórias, de autonomia sobre o corpo e suas decisões, contra o modelo pré-estabelecido de “papel social da mulher”. Acredita-se que a criminalização do aborto, no Brasil, faz-se em um movimento racista e classista, contra condutas que partem em sua maioria de uma classe social específica.

Essa coerção passa a ser não de condutas com índice de “periculosidade alto”, mas de certos indivíduos, pertencentes a uma classe social e que tem uma cor específica. Isto pode ser observado ao analisar o perfil das mulheres que provocam IVG no Brasil, então se podendo compreender o perfil das mulheres a quem a criminalização do aborto é direcionada. Conforme Cecatti et al o aborto foi mais frequentemente mencionado, em sua pesquisa, pelas “mulheres não brancas e com mais de um filho nascido vivo”, pelas mulheres casadas ou que viviam com seu companheiro e as que relataram não ter escolaridade.²⁴

Em consonância com a citada pesquisa, Débora Diniz afirma que

O aborto é *mais frequente entre mulheres de escolaridade muito baixa*. A proporção de mulheres que fizeram aborto alcança 23% entre aquelas com até o quarto ano do ensino fundamental (ou nível equivalente), ao passo que entre mulheres com o ensino médio concluído é de 12%. É difícil, porém, imputar à escolarização um determinante direto do aborto por pelo menos duas razões: (1) os resultados refletem uma distribuição etária da educação na qual o

22 DEL OLMO, 2004, P.157-194

23 DEL OLMO, 2004, P.157-194

24 CECATTI et Al, 2009, P.04

nível de escolaridade é menor entre grupos que acumularam mais abortos ao longo do tempo, ou seja, as mulheres mais velhas e (2) porque é razoável crer que os efeitos indiretos da educação sobre o aborto – afetando participação no mercado de trabalho e salários, padrões de união conjugal, etc. – sejam tão ou mais importantes que os efeitos diretos do nível de informação sobre reprodução e sexualidade que uma maior escolaridade seria capaz de acrescentar.²⁵

Por estas pesquisas é possível compreender que a clientela do tipo penal aborto possui a escolaridade muito baixa e a cor não branca. Portanto criminalizar aborto e provocar as consequências negativas da criminalização como política pública – complicações decorrentes do aborto mal sucedido – é punir mulheres com morte seletiva. Compreende-se que a criminalização desta conduta dirige-se a um perfil de mulher específica. E a origem desse mecanismo morte seletiva tem origem no machismo, no patriarcado e em uma cultura de segregação e exclusão de uma minoria que foge ao moral social tradicional.

Acredita-se ser latente o reflexo do sistema patriarcal no Judiciário por meio do Direito, principalmente por este apresentar-se em favor da classe dominante e do patriarcado, reproduzindo discursos opressores e perpetuando desigualdades. Por isso “com a capa aparente de neutralidade, não raras vezes o direito, seja através da lei, ou das decisões judiciais, mais não faz do que reproduzir o *status quo* em vigor, seja ele o da classe dominante, seja o do patriarcado”.²⁶

A partir destes pressupostos realizou-se um mapeamento dos julgados que são encaminhados à 2ª instância do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás relativos à palavra-chave “aborto”. Apresentaram-se 54 jurisprudências²⁷ até setembro de 2012. Em outubro de 2012 foi disponibilizado no endereço eletrônico do tribunal novo julgado, que será desconsiderado na presente pesquisa. Apenas 27, dos 54 julgados, disponibilizavam no site do Tribunal o inteiro teor dos acórdãos, o que impossibilitou o mapeamento do perfil de mulher criminalizada pela IVG em Goiás.

Dos 54 registros encontrados, apenas três têm como sujeito passivo do processo a gestante, e estes três não apresentam o inteiro teor do acórdão. São eles os registros: 45²⁸ referente à comarca de Goiânia tendo como apelante Jandira Ferreira de Oliveira, à qual o recurso foi improvido; 48²⁹ referente à comarca de Itumbiara,

25 DINIZ; MEDEIROS, 2010, p.963

26 SANTOS, 2010, p.28

27 BRASIL, 2012

28 Acórdão 30/06/1997

29 Acórdão 07/02/1997

tendo como apelada Sirlene Carvalho de Brito e como apelante o Ministério Público, para o qual o recurso foi provido – qual seja, da não configuração de coação irresistível. Por fim, o registro 53³⁰ referente à comarca de Itumbiara tendo como recorrente Sirlene Carvalho de Brito, que teve o recurso improvido.

Os três casos encontrados resultam em improcedência dos pedidos das mulheres, portanto apresentam a criminalização de suas condutas recrudescida. Neste sentido, os três casos que contêm a gestante criminalizada no processo, apresentam uma posição conservadora e um recrudescimento da punição de abortamento provocado pelas gestantes, por parte do judiciário. Contudo, a criminalização de mulheres que provocam IVG, nestas jurisprudências, tem uma quantidade numérica bastante insignificante.

Dos demais casos, 51 registros sobejaram. Ou seja, 94% dos casos encontrados não contêm a gestante como sujeito passivo do processo, portanto sujeito ativo da prática do aborto. Dessa maneira, nos últimos anos não se apresentou um aumento da punição das mulheres por abortamento no Estado de Goiás, no que tange à segunda instância do Tribunal, pois os três registros encontrados para a pesquisa tratam de julgados de aproximadamente 15 anos atrás. Contudo, aumentou o número de julgados que vão à 2º instância, no TJGO, relativos ao aborto nos últimos 05 anos – dobrou o número de julgados com o tema aborto nos últimos 05 anos. No entanto, ressaltam-se dados em alguns dos julgados que sobejaram, por terem relação direta com as desigualdades que margeiam as discussões de gênero. Destes, há 02 casos referentes a casos de aborto e estupro de vulnerável, a saber, os registros 02³¹ e 11³². Dos demais julgados, destacam-se 12 registros que tratam de casos de anomalias fetais – aqui se inclui o pedido de autorização ou até a tentativa de suspensão de autorização para interrupção de gestação de feto anencefálico ou com síndrome de *Edwards* e etc. Têm-se os registros 06³³; 10³⁴; 16³⁵; 24³⁶; 26³⁷; 28³⁸; 32³⁹; 33⁴⁰; 34⁴¹. Nos casos de autorização judicial, caso tenha ocorrido estupro ou qualquer

30 Acórdão 11/02/1994

31 Acórdão 04/09/2012

32 Acórdão 01/02/2011

33 Acórdão 05/08/2011

34 Acórdão 12/05/2011

35 Acórdão 16/09/2009

36 Acórdão 17/12/2007

37 Acórdão 24/08/2007

38 Acórdão 19/03/2007

39 Acórdão 09/03/2005

40 Acórdão 25/08/2003

41 Acórdão 05/05/2003

das anomalias fetais, há o pedido de *habeas corpus* para o nascituro no seguinte caso: registro 14 ⁴². Há o pedido de concessão de permissão para interrupção eugênica de gestação no registro 24 ⁴³ com feto com síndrome de *Dandy Walker*. No caso de aborto eugênico, a liminar de autorização de interrupção é suspensa neste registro: 18 ⁴⁴. Essa tendência de tentativa de suspensão das liminares que permitem a IVG e a negativa de algumas liminares para o aborto eugênico são destaques neste aspecto, porque condizem à tentativa de não permissão de interrupção de gestação, mesmo que neste caso não se tenha expectativas para a vida do feto ou até tenha-se risco para a vida da gestante. Nos julgados restantes, o aborto é provocado por terceiros nos seguintes números de registros: 03 ⁴⁵, 04 ⁴⁶, 05 ⁴⁷, 07 ⁴⁸, 08 ⁴⁹, 09 ⁵⁰, 13 ⁵¹; 15 ⁵²; 17 ⁵³; 21 ⁵⁴; 25 ⁵⁵; 29 ⁵⁶; 30 ⁵⁷; 31 ⁵⁸; 38 ⁵⁹; 40 ⁶⁰; 42 ⁶¹; 43 ⁶²; 44 ⁶³; 46 ⁶⁴; 49 ⁶⁵; 50 ⁶⁶; 51 ⁶⁷; 52 ⁶⁸; 55 ⁶⁹ totalizando 25 casos, aproximadamente 46% dos casos encontrados. Mediante estes

42 Acórdão 20/08/2010

43 Acórdão 17/12/2007

44 Acórdão 06/08/2009

45 Acórdão 09/08/2012

46 Acórdão 18/06/2012

47 Acórdão 11/05/2012

48 Acórdão 05/08/2011

49 Acórdão 06/07/2011

50 Acórdão 08/06/2011

51 Acórdão 14/10/2010

52 Acórdão 05/02/2010

53 Acórdão 27/05/2009

54 Acórdão 28/05/2008

55 Acórdão 13/09/2007

56 Acórdão 25/08/2006

57 Acórdão 01/02/2006

58 Acórdão 11/07/2005

59 Acórdão 02/06/2000

60 Acórdão 06/05/1999

61 Acórdão 06/11/1998

62 Acórdão 06/02/1998

63 Acórdão 12/01/1998

64 Acórdão 19/06/1997

65 Acórdão 30/08/1996

66 Acórdão 29/08/1995

67 Acórdão 06/07/1995

68 Acórdão 20/04/1994

69 Acórdão 17/04/1991

casos, destaca-se um dos resultados mais relevantes encontrados em nossa pesquisa, qual seja a relação entre a criminalização do aborto e a violência doméstica.

Há um número considerável de julgados no TJGO que vão à segunda instância e trazem em seu bojo a criminalização do aborto provocado sem o consentimento da gestante, neste caso por terceiro, sendo este seu companheiro ou ex-companheiro. Neste aspecto, ressaltam-se os julgados em que o aborto é resultado do homicídio da gestante – realizado de forma cruel por seu companheiro ou ex-companheiro – totalizando 10 casos, aproximadamente 18, 51% do total de registros encontrados. No registro 03 (Acórdão 09/08/2012), mais recente por se tratar de agosto de 2012 temos a seguinte forma de homicídio:

para impedir a felicidade das filhas e da ex-mulher Eliane Moreira Dias, ateou fogo na última, em meio a pneus em chamas, com as mãos amarradas, causando-lhe a morte por asfixia de monóxido de carbono e queimaduras em noventa e cinco por cento do corpo.⁷⁰

Nestes casos, os homens ao assassinares suas companheiras ou ex-companheiras, tinham ciência de sua gestação. E provocavam intencionalmente o homicídio e por consequência o aborto de forma, na maioria dos casos, cruel.

Têm-se como já dito anteriormente, 10 registros dos 25 encontrados de aborto provocado por terceiro – sem o consentimento da gestante – decorrente de violência contra a mulher. Seguindo o contexto do citado registro 03 acima, o aborto provocado por terceiro decorre de homicídio da gestante, provocado por seu companheiro ou ex-companheiro. São eles os registros 03⁷¹; 04⁷²; 05⁷³; 07⁷⁴; 08⁷⁵; 09⁷⁶; 13⁷⁷; 17⁷⁸; 21⁷⁹; 29⁸⁰; 42⁸¹; 43⁸²; 55⁸³.

70 BRASIL, 2012b, p. 01

71 Acórdão 09/08/2012

72 Acórdão 18/06/2012

73 Acórdão 11/05/2012

74 Acórdão 05/08/2011

75 Acórdão 06/07/2011

76 Acórdão 08/06/2011

77 Acórdão 14/10/2010

78 Acórdão 27/05/2009

79 Acórdão 28/05/2008

80 Acórdão 25/08/2006

81 Acórdão 06/11/1998

82 Acórdão 06/02/1998

83 Acórdão 17/04/1991

Dos 25 casos de aborto provocados por terceiros, ainda há 07 julgados relativos a aborto como resultado de violência doméstica contra a mulher – até tentativa de homicídio, resultando lesão corporal contra a gestante e contra seu filho. São eles: 15⁸⁴; 36⁸⁵; 38⁸⁶; 40⁸⁷; 50⁸⁸; 51⁸⁹; 52⁹⁰. Essas violências em âmbito doméstico em que a gestante é submetida levam-na ao aborto, tendo o agressor ciência da gravidez.

Os demais casos são esparsos e referem-se a questões processuais, a pedido de *habeas corpus*, a casos atípicos, e a casos irrelevantes para o presente estudo por não se relacionarem diretamente com a gestante que provoca o aborto e nem com questões de violência de gênero.

Ressaltam-se ainda os casos em que médicos realizam procedimentos abortivos sem autorização judicial, em suas clínicas, e por isso são processados – nestes processos os médicos são incluídos como partícipes. São os registros: 12⁹¹; 19⁹²; 20⁹³; totalizando 03 julgados. Estes processos contra clínicas e médicos que realizam IVG na clandestinidade, sem autorização legal, funcionam como um constante controle simbólico sobre o corpo da mulher e sobre o direito reprodutivo feminino.

em Goiás onde fecham uma clínica [em 2008 e em 2012 clínicas foram fechadas e médicos processados],[...] vão fechando clínicas que todo mundo conhecia, que funcionava há 20 anos. O problema não é só se elas vão ou não presas. O problema é que as mulheres vivem sob esse constante controle com a criminalização.⁹⁴

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

A cultura do patriarcado em nossa sociedade ocidental silencia falas e exclui a presença das mulheres, desde o discurso do contrato social – este para implementar a sociedade civil e justificá-la – até o delatado discurso do *contrato sexual* – que apresenta-se como uma denúncia ao patriarcado.

84 Acórdão 05/02/2010

85 Acórdão 31/08/2000

86 Acórdão 02/06/2000

87 Acórdão 06/05/1999

88 Acórdão 29/08/1995

89 Acórdão 06/07/1995

90 Acórdão 20/04/1994

91 Acórdão 29/11/2010

92 Acórdão 29/04/2009

93 Acórdão 29/10/2008

94 TORRES, 2012

A história do contrato sexual produz uma abordagem do poder, dominação, disciplina, normalização e do controle sobre a vida das mulheres – nos termos de Foucault.⁹⁵

O patriarcado é uma forma de poder político. A história hipotética do contrato social fornece uma narrativa das “origens do patriarcado moderno”.⁹⁶ Neste a “diferença entre os sexos é apresentada como uma diferença essencialmente natural. O direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é apresentado como um reflexo da própria ordem da natureza”.⁹⁷

Mais tarde

O reconhecimento de que as mulheres tem uma propriedade em suas próprias pessoas parece ser, desse modo, um golpe decisivo contra o patriarcado [...]. O argumento apoiava-se, portanto, numa rejeição implícita da construção patriarcal do indivíduo como proprietário masculino.⁹⁸

Neste aspecto a mulher tem não só a capacidade, mas o direito de decidir sobre as questões relacionadas à propriedade de seu corpo. Este novo discurso, passa a afirmar o poder da mulher como proprietária de si, este argumento se contrapondo ao viés dominador masculino, perpetuado pelo Estado, pelas minorias ilustradas e pelo Direito. O fato de se persistir a criminalização do aborto é para ter o poder de controlar as mulheres, é para negar a autonomia da mulher a sua projeção como proprietária de si.

A criminalização do aborto faz do próprio corpo das mulheres a sua prisão particular. Isto porque ela não serve para conter o abortamento, ou seja, não protege a vida do feto. Mas causa complicações na saúde da mulher devido a clandestinidade e ausência de assistência médica devida. Ou seja, não impede que ocorra, mas impõe um tratamento degradante à mulher, a pena cruel da morte seletiva, caso ela realize ilegalmente a IVG.⁹⁹

O poder judiciário funciona como um poder simbólico assim como a criminalização do aborto. Ambos impedem e castram a possibilidade de acesso à saúde e planejamento familiar das mulheres. O poder é simbólico, todavia seus impactos

95 PATEMAN, 1993, p.34

96 PATEMAN, 1993, p.38

97 PATEMAN, 1993, p.35

98 PATEMAN, 1993, p.31-32

99 TORRES, 2012

são reais. Seu objetivo é ter o controle sobre as decisões das mulheres e limitar suas possibilidades de opções autônomas.

Ademais, a função da criminalização de condutas na América Latina copiada do modelo europeu já falido, foi trazida pelas minorias ilustradas e imitada de forma deformada, em um lugar de conjuntura histórica absolutamente diferente do modelo Europeu. Esta já arruinada criminalização foi trazida como científica, implementada e utilizada para coagir qualquer grupo opositor ao modelo econômico e de desenvolvimento dominante. A figura do delinquente foi e é usada nos dias hodiernos de forma seletiva, contra um grupo ou classe social específico.¹⁰⁰ Isto pode ser visto ao analisar a seleção de condutas criminalizadas, no caso o aborto, e nos indivíduos diretamente atingidos com esta criminalização – as mulheres não brancas e de baixa escolaridade.

Por fim analisa-se a questão do aborto diretamente relacionado à violência contra a mulher, no Estado de Goiás. Segundo uma porcentagem considerável de julgados encontrados, observa-se uma novidade no que tange ao aborto. Encontrou-se julgados em que o aborto é provocado por terceiro, e sem o consentimento da gestante. Nestes em sua maioria, o aborto é resultado do homicídio da gestante ou de violência física perpetrada contra a mesma.

Aberração é o fato que nos traz a pesquisa sobre os casos acerca do aborto encaminhados à 2ª instância no TJGO. Os casos criminalizados mais recentemente – nos últimos 05 anos e em sua maioria – são à respeito de violência. Ao contrário do que o aborto geralmente é – uma escolha autônoma da gestante – ele tem sido nestes casos o resultado de imposição de força, de violência física contra a gestante, sendo conhecido o fato da ocorrência da gestação. E ainda mais alarmante, estes casos criminalizados em destaque, são acerca de violência doméstica, perpetrada pelo companheiro da gestante, em sua maioria.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nossa hipótese inicial, qual seja a de que a criminalização do aborto em Goiás havia recrudescido, portanto mais mulheres estariam sendo submetidas a júri popular por realizar a interrupção voluntária da gravidez não foi comprovada. Isto porque apenas foram encontrados 03 casos de 54 registros em que a mulher por ter interrompido sua gestação é criminalizada e todos os referidos tem a datação de 1997 e 1994. Portanto não se considera como referencial de recrudescimento de criminalização atual para nossa pesquisa.

100 DEL OLMO, 2004, P.157-194

Contudo nos últimos seis anos observa-se um aumento do número de julgados que apresentam como referência de seu conteúdo a palavra chave “aborto”. Numa abordagem inicial constata-se que a maioria dos registros encontrados – a metade – refere-se a processos em que o aborto é provocado por terceiro e este é processado. Destes há um número substancial que é diretamente relacionado à violência contra a mulher. É provocado por terceiro, e este terceiro – quase sempre companheiro da gestante – é criminalizado. Tem-se uma realidade ainda mais alarmante: destes casos de aborto criminalizado a decisão de interromper a gravidez vem com força, imposição e violência – e até morte da gestante –, e não como resultado de uma escolha autônoma da mulher.

Destarte foi possível observar como motivo predominante de criminalização do aborto em segunda instância em Goiás a violência doméstica contra a gestante nos julgados. Já o índice de aborto provocado voluntariamente que foi criminalizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás reduziu de uma maneira drástica, não ocorrendo nenhum caso nos últimos 05 anos. Isso não significa que em Goiás as mulheres não praticam a IVG, mas que os abortos induzidos não estão sendo criminalizados em sua maioria. E o mais alarmante contra a os direitos humanos das mulheres tem sido a violência de doméstica em Goiás. A maioria dos casos o responsável por provocar o aborto era o parceiro da mulher por razões tidas como “passionais”.

A IVG não pode sofrer interferência coercitiva do Estado ou mesmo ser criminalizada e nem pode ser provocada mediante violência contra a mulher. Tem de ser um direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia pessoal da gestante. Encontramo-nos em meio a essa discussão em que muitas mulheres vem lutando para se libertar dos resquícios do domínio patriarcal e de suas consequências – como a violência doméstica contra a mulher.

Até quando a mulher será vista como um “útero” da sociedade? Até quando os direitos sexuais da mesma serão de responsabilidade de todos, sendo ela apenas uma “procriadora”? Até hoje as mulheres vem lutando para se libertar dos resquícios do domínio patriarcal e nos encontramos em meio a essa discussão: No final das contas, a quem pertence o útero da mulher?

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- BARALDI, Ivan Augusto. *A ineficácia da legislação penal sobre a IVG e a possibilidade jurídica de mudança*. Florianópolis: Diásporas, Diversidade, Deslocamentos, 2010. Disponível em: << <http://>

- www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278297857_AR_QUIVO_IvanA.Baraldi.pdf >>. Acesso em: 28 out. 2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Disponível em: << <http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>>. Acesso em: 29 out. 2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Recurso em sentido estrito. Disponível em: << http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/s_howacord.php?nmfile=TJ_3001937220108090160%20_2012070320120822_75328.PDF>>>. Acesso em: 29 out. 2012b.
- CECATTI, José Guilherme; GUERRA, Gláucia Virgínia de Queiroz Lins; SOUSA, Maria Helena de; MENEZES, Greice Maria de Souza. *Aborto no Brasil: um enfoque demográfico*. 29 dez. 2009. Disponível em: << <http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v32n3/a02v32n3.pdf>>>. Acesso em: 28 out. 2012.
- CICCO, Claudio de. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68-88.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Coleção pensamento criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. P.157-194.
- DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. 17 mai. 2010. Disponível em: << <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>>>. Acesso em: 27 set. 2012. P. 959-966.
- FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: O nascimento da prisão*. 32ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GONÇALVES, Veronica Korber; JUNQUEIRA, Mariane Oliveira. *A marcha das vadias: por que as mulheres gritam?* In: II Congresso Internacional de História: história e mídia, 2011, Jataí. Anais do II Congresso Internacional de História: história e mídia, 2011. Disponível em: << <http://www.congressohistoriajatai.org/2011/anais2011/link%2078.pdf>>>. Acesso em: 29 jul. 2012.
- KOLONTAI, Alexandra. *A nova mulher e a moral sexual*. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aborto inseguro: um problema de saúde pública. Norma técnica humaniza atendimento às mulheres com complicações de abortamento*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=22411>. Acesso em: 02 ag. 2012.
- PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: aborto inseguro como violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. P. 53-72.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; SANTOS, Ana Cristina; DUARTE, Madalena; BARRADAS, Carlos; ALVES, Magda. *Cometi um crime?* Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Edições Afrontamento, 2010. P. 13-49 e 61-91.
- SCARSO, Aline. *Marchas reprimidas se transformam em Marchas pela Liberdade*. 15 jun 2012. Disponível em: << <http://www.brasildefato.com.br/node/6593>>>. Acesso em: 13 ag. 2012. São Paulo: Brasil de Fato, 2011.

- SORRENTINO, Sara Romera. *Direito de decidir sobre o aborto: uma questão de cidadania e democracia*. Dossiê Aborto Inseguro. Produção: Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos – RedeSaúde. Edição: Jacira Melo, [2001]. Revisão: Marisa Sanematsu. Disponível em: <<<http://www.redesaude.org.br/portal/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/010.pdf>>>. Acesso em: 19 set. 2012.
- TORRES, José Henrique. “*A criminalização do abortamento serve apenas para controlar as mulheres*”. [18 março de 2012]. Entrevista concedida ao jornal Causa Operária. Disponível em: <<http://www.feminismo.org.br/livre/index.php?option=com_content&view=article&id=99992967:a-criminalizacao-do-abortamento-serve-apenas-para-controlar-as-mulheres&catid=98:entrevista&Itemid=619>>. Acesso em: 30 out. 2012.
- ZACKSESKI, Cristina; EVANDRO C. Pisa Duarte (orgs.). *Criminologia e cinema: perspectivas sobre o controle social*. Prefácio de Roberto Aguiar. Brasília: UniCEUB, 2012. P. 165-184..

Capítulo 65

APRISIONAMENTO FEMININO E MATERNIDADE NO CÁRCERE – UMA ANÁLISE DA ROTINA INSTITUCIONAL NA PENITENCIÁRIA FEMININA MADRE PELLETIER

Larissa Urruth Pereira¹
Gustavo Noronha De Ávila²

1. INTRODUÇÃO

A vida institucionalizada, levada por aqueles que cumprem pena em estabelecimentos prisionais, acaba por refletir muito da realidade – em especial das desigualdades – apresentadas na sociedade da qual se origina. Frente a essa premissa, oriunda dos estudos criminológicos,³ nos deparamos com o caráter seletivo do Direito Penal que tende a reproduzir a discriminação que a sociedade projeta sobre as minorias, selecionando “as pessoas, quer para criminalizá-las quer para vitimizá-las, recrutando sua clientela entre os mais miseráveis”.⁴

Dessa forma, analisando-se a população carcerária do Brasil, facilmente perceberemos uma maior presença de homens, negros e pobres. Já no que diz respeito ao encarceramento feminino, mesmo que constituído de contingente consideravelmente menor que o masculino⁵, reveste-se de peculiaridades, impostas por diversos

1 Acadêmica do IX Eixo do Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, Campus Canoas.

2 Professor de Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário Ritter dos Reis, Campus Canoas e Porto Alegre. Mestre e Doutorando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.

3 CAMPOS, Carmen Hein de (org.); BARATTA, Alessandro; STRECK, Lenio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 14.

4 ESPINOZA, Olga. A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. Pelotas, v.1, n. 1, p. 35, jan./dez. 2002. Disponível em: <<<https://antares.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/34/33>>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

5 A população carcerária feminina, no Rio grande do Sul, representa 7% do total de indivíduos cumprindo pena nos estabelecimentos prisionais do estado, ou seja, um total de 2.000 detentas. (Dados obtidos através de relatório gerado pelo Departamento de Planejamento da

fatores, dos quais imperioso se faz salientar dois dos mais evidentes: as diferenças biológicas entre os sexos e a característica patriarcal da nossa sociedade.⁶

Por consequência desses dois fatores evidenciados, insurgem as peculiaridades do aprisionamento feminino e, em especial, a problemática da maternidade durante o cumprimento de pena restritiva de liberdade. Para entendermos melhor as consequências e a forma em que essa maternidade ocorre, nos valeremos de perspectivas criminológicas associadas às teorias oriundas do movimento feminista.

Assim, importante salientar que tanto o feminismo, como a criminologia não permitem um conceito fechado, ou uma análise de sua evolução histórica onde se observe a exclusão de uma teoria através de sua superação por outra mais atual.⁷ Ao contrário disso, observam-se diversas teorias aplicáveis ao momento histórico que se vive, das quais faremos uso na tentativa de compreender as especificidades do encarceramento feminino.

As teorias feministas, conforme classificação adotada por Alimena,⁸ podem ser divididas em três ondas. A primeira fundada no feminismo liberal, que tem como principal característica a luta por igualdade entre os sexos, buscando ampliar os direitos à educação e ao trabalho ao âmbito feminino; a segunda, calcada no chamado feminismo radical, que assinala-se pela diferença, procurando dirimir a disparidade de poder entre os sexos através de mecanismos, principalmente estatais, de defesa à mulher; e a terceira assentada no feminismo socialista, que considera a pluralidade das ‘diversas mulheres’ presentes na sociedade, apontando a multiplicidade de fatores que acabam por provocar desigualdades entre os gêneros, tais como classes sociais, etnias, idade, etc.

SUSEPE, atualizado em 06/07/2012. Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=31>>. Acesso em 11 jul. 2012.

6 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 122-123.

7 CARVALHO, Salo de. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.17, n.81, p. 294-338, nov./dez. 2009.

8 ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível: feminismos e criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19-21. Optamos por utilizar a classificação adotada por Carla Alimena, no entanto, a respeito também nos valem os ensinamentos de Carmen Hein Campos in CAMPOS, Carmen Hein de (org.); BARATTA, Alessandro; STRECK, Lenio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 14.

A última onda feminista aproxima-se da chamada teoria *queer*,⁹ a qual aduz que a diferenciação dos sexos é cultural, é a cultura que os trata de forma peculiar, fixando os papéis sociais de cada gênero¹⁰. Dessa forma, é possível estabelecer um ponto de encontro entre as teorias feministas e a Criminologia Crítica e Cultural, uma vez que as diferenças de gênero se dão, principalmente, através das criações culturais de cada sociedade e para as mencionadas vertentes criminológicas, os tais aspectos culturais relacionam-se com a violência, com o desvio e com o controle da sociedade, fundindo as abordagens feministas com os principais objetos de estudo da Criminologia.¹¹

A criminalidade feminina vem sendo pauta dos estudos criminológicos desde o determinismo Lombrosiano, que defendia que as mulheres delinquiriam em menor escala que os homens por fatores unicamente biológicos. Lombroso acreditava que as mulheres teriam evoluído menos que os homens, não estando aptas a realizar os desafios que o crime lhes exigiria¹². Já Freud acreditava que a criminalidade feminina consistia em um complexo de masculinidade, uma vez que as atitudes agressivas e as condutas desviantes eram características da *psique* masculina.¹³

Além do estigma normalmente atribuído àquele que delinque, a mulher desviante, em face dessa cultura patriarcal, carrega o rótulo de “criminoso”, bem como o de inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos)¹⁴ e também acaba perdendo, perante os demais, a sua feminilidade, por praticar condutas socialmente atribuídas ao gênero masculino. Acaba que, mesmo delinquindo

9 “A palavra *queer* pode significar estranho, excêntrico, fora do lugar, ridículo. Pode também ser uma expressão pejorativa para designar sexualidades não heterossexuais. Os estudos *queer* ressignificam a expressão pejorativa, questionando ordens de sexo, gênero e sexualidade.” ALIMENA, Carla Marrone. Op. Cit, p. 7.

10 RODRIGUES, Carla: *Butler e a desconstrução do gênero*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 13, n. 1, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104026X2005000100012&script=sci_arttext>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

11 ALIMENA, Carla Marrone, Op. Cit. p. 165-170.

12 FERRERO, Guglielmo; LOMBROSO, Cesare. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Firenze: Torino, 1903, p. 31-47. Disponível em: <<<http://archive.org/stream/ladonna-delinque00lombgoog#page/n8/mode/2up>>>. Acesso em: 09 set. 2012.

13 LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 2.

14 LARRAURI, Elena. A Mujer ante el Derecho Penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 9, n. 11, p. 13-45, jul. 1996. Disponível em: <<[http://www.cienciaspenales.org/REVI%2011/larrau11.htm](http://www.cienciaspenales.org/REVI%20STA%2011/larrau11.htm)>. Acesso em: 09 set. 2012.

em menor expressão, a mulher tem sua punição majorada pelos pré-conceitos da sociedade.¹⁵

Ao adentrar no aparelho prisional, passa, por exemplo, a carecer de atenção médica especializada, levando-se em consideração que a maior parte das casas penitenciárias da América Latina não contam com atendimento ginecológico ou obstétrico. Não obstante tal falta de cuidado, diversos estabelecimentos prisionais não possuem recursos humanos suficientes, tendo que, por muitas vezes, valer-se de contingente masculino para exercer as funções operacionais da casa, deficiência que proporciona uma maior vulnerabilidade, por parte das detentas, à ocorrência de abusos sexuais.¹⁶

Em relação às atividades laborais ofertadas, o que se vislumbra massivamente são serviços de tapeçaria, lavagem de roupas e artesanato, reforçando o papel submisso da mulher na sociedade e, ao contrário do se espera, não dando a essas mulheres condições de manter-se, durante a vida extramuros, de forma independente, através dos trabalhos ensinados no cárcere¹⁷. Esse modelo acaba infantilizando as mulheres, impondo-as a uma condição de dependência e incapacidade de tomar decisões.¹⁸

Considerando-se que 78,5% da população carcerária feminina do Rio Grande do Sul cumpre pena por envolvimento com tráfico de entorpecentes¹⁹, imperioso se faz averiguar que, na maior parte das vezes, essas mulheres cometem tais delitos a fim de prover o sustento de sua família. Dessa forma, como durante o cumprimento

15 ANTONY, Carmen. *Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina*. Nueva Sociedad, n. 208, mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.nuso.org/upload/articulos/3418_1.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

16 Ibidem, idem.

17 LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 135-146.

18 Em relação a esta institucionalização, importante salientar o pensamento de Goffman a respeito das consequências causadas pelo confinamento em instituições totais, tais quais as prisões: “Se ocorre mudança cultural, talvez se refira ao afastamento de algumas oportunidades de comportamento e ao fracasso para acompanhar mudanças sociais recentes no mundo externo. Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo, o que já foi denominado desculturamento ou destreïnamento - que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária.” GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 23.

19 Dados obtidos através do *InfoPen – Estatística*, relatórios Estatísticos - Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação, divulgados pelo Ministério Público Federal (versão dez 2011). Disponível em: <<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2A-E94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>>. Acesso em 11 jul. 2012.

da pena não são preparadas para exercerem o seu papel de arrimo de família, tendem a delinquir novamente.

A situação agrava-se em relação à questão da maternidade durante o cumprimento da pena, circunstância que apresenta uma série de fragilidades ignoradas pelo ordenamento penal. Dentre elas, podemos ressaltar que, quando estas mães adentram nas penitenciárias, possuindo filhos de menor idade, acabam afastadas destes, muitas vezes pelo preconceito de suas famílias, que hesitam em levá-los para visitação e não raras vezes por falta de condições para recebê-los, por parte dos estabelecimentos prisionais.²⁰

Por estarem afastadas dos filhos, as detentas acabam submetendo-se a diversas privações ocasionadas pela arbitrariedade da administração e do corpo funcional das penitenciárias, cedendo a tais abusos a fim de não terem obstaculizado o seu direito de receber visitas e informações a respeito dos filhos. Por outro lado, em várias situações, além de afastarem-se das mães, tais crianças acabam não tendo para onde ir, muitas vezes sendo direcionadas a abrigos ou casas de parentes distantes e em outras, até mesmo, tornando-se moradores de rua.²¹

Quando a gestação se dá no ambiente prisional, a situação agrava-se ainda mais. As enfermarias, responsáveis pelos atendimentos médicos das penitenciárias, não suportam os cuidados especiais que uma gestante necessita, restringindo o atendimento pré-natal a meras consultas ambulatoriais. Não é difícil encontrar uma gestante que no quinto mês de gravidez ainda não realizou nenhuma ecografia, procedimento que, quando a gestante encontra-se em liberdade, normalmente se dá nas primeiras semanas subsequentes à descoberta do estado de puerpério.

Após o nascimento, a Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, inciso L, que as apenadas poderão permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 9º, dispõe que o poder público deverá propiciar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade. Já a Lei de Execuções Penais, em seu art. 89, faz menção a um período que compreende a idade de seis meses a sete anos, no qual os filhos das apenadas poderiam manter-se em berçários ou creches, dentro dos estabelecimentos prisionais. No entanto, a legislação não determina um período exato de permanência dos filhos junto às mães.

20 OLIVEIRA, Odete Maria de. *A mulher e o fenômeno da criminalidade*. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e Reverso do controle penal (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiuteux, 2003. V. 1, p. 165.

21 SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 27.

Com a finalidade de regulamentar tal situação, a Resolução n. 3, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²², define que os filhos de apenadas devem permanecer junto às mães pelo período mínimo de um ano e seis meses. Passado esse período, deve-se iniciar o procedimento gradual de separação e adaptação da criança à família que o acolherá durante o cumprimento de pena da mãe, processo que deverá levar mais seis meses. Dessa forma, as crianças deverão permanecer com as mães até os dois anos de idade, tendo a possibilidade de permanecerem até os sete anos, desde que o estabelecimento prisional cumpra com as exigências estruturais previstas no artigo 6^o²³ da referida resolução.

Tendo em vista que nessa primeira fase da vida, essas crianças compartilham o cárcere com as mães, vislumbra-se mais uma debilidade do aprisionamento feminino. Nesta faceta, além do sofrimento da apenada, em gerar um filho em um ambiente violento e deveras inadequado, passamos a nos deparar com a extensão de sua pena para a pessoa do filho. O “encarceramento” desses menores justifica-se pela manutenção do vínculo materno, bem como como pela efetivação do aleitamento, tão necessário para o sadio desenvolvimento de uma criança. No entanto, os submete ao ambiente prisional, sem o convívio com os demais parentes, em locais de estrutura precária, geralmente inapropriados para alojarem até mesmo adultos, quanto mais crianças.

Considerando-se a decadência do sistema penitenciário brasileiro, o que se observa é uma total falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais para abrigar indivíduos em estado de peculiar desenvolvimento, tais quais crianças que vivem a chamada primeira infância. Dessa forma, assim como as gestantes, esses infantes carecem de atendimento médico especializado, bem como permanecem aprisionados, como se condenados fossem. Essa condenação extensiva infringe um dos principais princípios penais constitucionais, o Princípio da Personalidade da Pena, ou seja “no

22 Resolução n. 3/2009, CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA – CNPCP, publicada no Diário Oficial da União no dia 16/7/2009, na Seção 1, p. 34-35.

23 Art. 6^o Deve ser garantida a possibilidade de crianças com mais de dois e até sete anos de idade permanecer junto às mães na unidade prisional desde que seja em unidades materno-infantis, equipadas com dormitório para as mães e crianças, brinquedoteca, área de lazer, abertura para área descoberta e participação em creche externa. Resolução n. 3/2009, CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA – CNPCP, publicada no Diário Oficial da União no dia 16/7/2009, na Seção 1, p. 34-35

direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Nada pode, hoje, evocar a infâmia do réu que se transmitia a seus sucessores.²⁴

Uma vez que crianças – sujeitos com aparelho psíquico em formação²⁵ – são submetidas a um sistema opressivo, de medidas aplicadas em *ultima ratio*, como se trata o Direito Penal, vislumbra-se a aplicação de uma política criminal confrontante à principiologia cerne de nosso ordenamento jurídico. Afastar o infante da presença materna, sem dúvida, acarreta-lhe danos, no entanto, fazer-lhe cumprir uma pena que não merece, em um estabelecimento de condições precárias (como são os estabelecimentos prisionais brasileiros), parece-nos tão danoso quanto.

2. A GESTAÇÃO, A MATERNIDADE E O CONTEXTO PRISIONAL NA PENITENCIÁRIA FEMININA MADRE PELLETIER

A fim de se averiguar a situação específica da maternidade no âmbito da Penitenciária feminina Madre Pelletier, localizada na cidade de Porto Alegre/RS, realizamos pesquisa de campo voltada à unidade materno-infantil de tal estabelecimento. Estamos falando de espaço destinado à acomodação de gestantes e de apenadas que possuem filhos concebidos no cárcere, com no máximo um ano de idade. No entanto, o período de dois anos disposto na mencionada resolução, não é atendido pela penitenciária, por falta de acomodações suficientes para atender as crianças por um período tão extenso.

Importante salientar que só permanecem na unidade crianças até os seis meses de idade, podendo a mãe optar por ficar como o bebê até um ano, desde que aceite a sua transferência para a penitenciária de Guaíba/RS. Apenas permanecem no Madre Pelletier as crianças com mais de seis meses que tenham alguma complicação médica que necessite de tratamento específico, realizável apenas em Porto Alegre/RS, nestes casos, o período máximo de permanência passa para um ano.

Também em cumprimento da referida resolução, a equipe técnica providencia a adaptação das crianças com a família que irá recebe-las ao término do prazo de permanência na unidade, realizando visitas supervisionadas e possibilitando a saída de tais crianças para estimular o convívio com os novos cuidadores. Estes familiares normalmente são indicados pela apenada, indicação essa que dá início ao trabalho

24 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 104.

25 ZIMERMAN, David E.; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. p. 87-101.

social e psicológico de adaptação e integração da criança à família, de acordo com os assistentes sociais.

A presente pesquisa deu-se entre os dias 10 e 20 de julho de 2012, realizando-se através de entrevistas com as detentas alojadas na unidade e como as funcionárias que exerciam suas funções nesse local, bem como foi realizada análise (parcialmente) etnográfica das rotinas e do local. Foram entrevistadas três gestantes, nove mães, a agente penitenciária responsável pela unidade maternoe a assistente social da Unidade.

O primeiro contato com a administração penitenciária foi feito através de *e-mail*, pelo qual se obteve autorização para a realização do trabalho, mediante envio do Projeto e de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Desde a primeira visita, todos os funcionários foram atenciosos, demonstrando interesse em contribuir, deixando-nos à vontade para realizar a pesquisa da forma que considerássemos mais adequada.

A seleção das apenadas que seriam entrevistadas foi realizada através de indicação da assistente social, na tentativa de que se pudesse analisar casos distintos uns dos outros, podendo-se extrair dados tanto de gestantes, como de mães, bem como de presas com condenações definitivas e provisórias, como também se pudesse conversar com apenadas que além dos filhos alojados na unidade tivessem filhos fora dali. Todas as entrevistadas participaram voluntariamente da pesquisa.

Após definidas as participantes, reunimo-nos em uma sala – chamada sala de lazer – na qual explicamos a todas as participantes como ocorreria a pesquisa e a importância da sua participação. Logo em seguida fomos apresentados ao andar térreo da galeria que abriga a “creche” (denominação utilizada pelas detentas e funcionárias para se referir à unidade materno-infantil), no qual podemos constatar a precariedade do prédio, que consta com diversos vidros quebrados, gerando um ambiente frio e úmido.

As entrevistas iniciaram naquele mesmo dia, levando em torno de uma hora para cada entrevistada, motivo pelo qual se estenderam durante dez dias, uma vez que a visita à casa penitenciária só ocorria no turno da tarde, no qual a rotina institucional deixava maior lapso temporal para a realização da pesquisa. Foram realizados os questionamentos de forma individual, em sala isolada dos demais ambientes do estabelecimento, estando nela presentes apenas a pesquisadora e a entrevistada. Utilizamos entrevista no sentido referido por Minayo: “Conversa a dois, feita por iniciativa do entrevistador, destinada a fornecer informações pertinentes para um

objeto de pesquisa, e entrada (pelo entrevistador) em temas igualmente pertinentes com vistas a este objetivo²⁶.”

Foi elaborado roteiro prévio, com questionamentos abertos, de modo a permitir que as entrevistadas fizessem as colocações que julgassem pertinentes. Tentamos obter certa simetria entre as abordagens, aplicando-se sempre as mesmas questões a fim de se obter respostas diversas. Nosso objetivo não era avaliar dados quantitativos, mas sim de obter as informações necessárias para consubstanciar a pesquisa.

As perguntas formalizadas tinham como objetivo averiguar as características individuais das presas, a qualidade e periodicidade da prestação de atendimento médico na unidade, a frequência do recebimento de visitas externas, os motivos e os tipos de condenação, os aspectos psicológicos das apenadas e das crianças, bem como as condições estruturais da “creche”. O instrumento estava estruturado da seguinte forma:

1. Foram realizados os seguintes questionamentos: Nome (identificação que consta em documentação oficial):
2. Como é conhecida na comunidade (designação especial, apelido):
3. Idade:
4. Naturalidade:
5. Estado Civil: casada solteira viúva divorciada separada união estável
6. Cor: branca negra parda
7. Escolaridade:
8. Profissão (atividade que exercia profissionalmente, ocupação, fonte de sustento, subsistência, etc.):
 mercado formal Atividade:
 mercado informal Atividade:
 nenhuma
9. Caso possuísse alguma ocupação anterior, qual era sua renda mensal?
 menos de 1 salário 1 a 3 salários 3 a 5 salários acima de 5 salários
10. Possuía residência fixa? sim não
11. Quantas pessoas residiam com você?
12. Recebe visitas? sim não
13. Frequência:
14. Quem costuma vir?
15. Recebe visita íntima? sim não.
16. Exerce alguma atividade nessa unidade? sim não
17. Se sim, qual?
18. Se não, gostaria de exercer?

26 MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. 12. ed. São Paulo : HUCITEC, 2010, p. 11.

19. Está em prisão provisória ou condenação definitiva?
20. Motivo da condenação:
21. Pena total:
22. Pena cumprida:
23. Teme ser discriminada quando sair? sim não
24. Frequenta o serviço médico? sim não
25. Realizou atendimento ginecológico ou obstétrico após o início da pena? sim não
26. Esteve grávida durante o cumprimento da pena? sim não
27. Se sim, recebeu acompanhamento pré-natal? sim não
28. Possui filhos? sim não
29. Número de filhos:
30. Idade dos filhos:
31. Filhos na Unidade Materno Infantil? Quantos?
32. Se na Unidade Materno Infantil:
Recebem atendimento pediátrico? sim não
Costumam sair do ambiente prisional? sim não
Tem contato com outros membros da família? sim não
33. Frequência que vê os filhos:
34. Você acha que atendimento prestado pela Unidade Materno Infantil é adequado?
35. Você considera que as crianças atendidas pela Unidade Materno Infantil recebem todos os cuidados necessários?
36. O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?
37. Qual procedimento você julga adequado a ser tomado em relação aos filhos das apenadas?
38. Se não estão na Unidade Materno, com quem estão os filhos?
39. Quais as suas perspectivas para o pós-cárcere?
40. Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Também deixamos claro, desde já, a necessidade de ler as observações de campo de acordo com o referencial abordado. Isto porque, quando da realização de nossas observações, não procuramos nos despir dos valores incorporados em nossas concepções.

Assim, por não aplicarmos um roteiro fechado e por nos permitirmos um contato mais estreito com os sujeitos objeto desta pesquisa, obtivemos muitas informações pra além do esperado. Ao término da aplicação de cada questionário e durante as interações realizadas pelos corredores da penitenciária, informações bastante relevantes eram discutidas e ajudaram a formar os contornos do microcosmo trabalhado a seguir.

Deste modo, após expormos muito brevemente a metodologia utilizada para a realização do estudo de campo, passaremos a relatar o observado. Dentre as entrevistadas observamos que a maioria é muito jovem, situando-se na faixa etária compreendida entre os 22 e 32 anos, apesar de contarmos com uma participante de 19 e outra de 42 anos, no entanto são as únicas que destoam da faixa etária destacada. Dentre todas as entrevistadas apenas uma era oficialmente casada, enquanto as demais oscilavam entre convivência marital e solteiras. Apenas três das doze participantes percebiam renda igual ou superior a um salário mínimo mensal, sendo que o restante, em sua maioria, nem possuía fonte de renda.

Observamos que entre o grupo composto por 16 mulheres alojadas na unidade materno-infantil, a sua maioria pertencia a extratos sociais inferiores, não possuindo renda significativa que lhes desse condições de sustento. Deste modo, mesmo dentro deste microcosmo analisado, podemos observamos a seleção realizada pelo Direito Penal, que eleger como seus clientes aqueles já estigmatizados pela sociedade, uma vez que o próprio Estado permeia-se por estereótipos, valendo-se das chamadas “teorias de todos os dias”²⁷ para exercer o seu poder de criminalização e punição àqueles que desrespeitarem as normas impostas.

Além disso, importante salientar que, das doze entrevistadas, onze estava respondendo por envolvimento com tráfico e a única que foi processada por outro crime (roubo), alegou já ter passado pelo sistema em decorrência de envolvimento com o tráfico. A maior parte delas afirma ter se envolvido com esse tipo de prática a fim de prover o sustento da família.

Em relação à estigmatização oriunda pelo ingresso no cárcere, observamos que, dentre as doze entrevistadas, nove temem ou já foram discriminadas em decorrência do aprisionamento. Nota-se que a preocupação maior destas apenas é a dificuldade em inserir-se no mercado formal de trabalho, ideia essa que parece de acordo como *labelling approach*²⁸, principalmente no que diz respeito às consequências

27 As “teorias de todos os dias” são as predisposições dos julgadores, legisladores e da sociedade em geral de esperar daqueles que costumam cometer certas condutas, que as venham cometer sempre, realizando um pré-julgamento em relação a determinados indivíduos apenas com base em suas posições sociais, ou suas características psicológicas ou biológicas. A respeito ver BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 176-177.

28 Expressão americana traduzida por alguns autores como teoria do etiquetamento (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002 e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011).

oriundas à reação social projetada pela sociedade, frente aqueles indivíduos egressos do cárcere.

Em decorrência desse processo de estigmatização, além dos rótulos socialmente atribuídos quando o indivíduo é identificado como infrator, as possibilidades legítimas de manter suas rotinas convencionais vão esgotando-se, levando o desviante primário a uma carreira criminosa, através de uma espiral que o leva a cometer novas infrações, pois o cometimento da primeira lhe restringe as chances de manter-se respeitando o regramento imposto, uma vez que a sociedade já não mais o vislumbra como um indivíduo normal e ele próprio já construiu uma perspectiva diversa sobre a sua pessoa.²⁹

Dessa forme, passaremos a analisar alguns diálogos que julgamos mais expressivos a fim de averiguar a realidade local comparada à realidade apontada pelos demais pesquisadores, que foram fonte do referencial teórico aqui utilizado.

Pesquisadora: Teme ser discriminada quando sair?

Mãe 1: (x) sim () não

Em relação ao trabalho. Meu companheiro dirige táxi e não consegue o “carteirão” porque já teve “condena”. Ele mudou de vida e está incorreto porque não consegue o “carteirão”.

Pesquisadora: Teme ser discriminada quando sair?

Mãe 4: (x) sim () não

Já fui, quando saí. No posto de gasolina todo mundo ficava olhando, cidade pequena, sabe. Mesmo sem algema, na rua um fala pro outro, se afastam. Tentei achar serviço, mas não consegui, quando estava no semiaberto. Não aguentei e foragi, fui pega em um passeio de sete dias.

Pesquisadora: Teme ser discriminada quando sair?

Mãe 5: (x) sim () não

A gente já é né.

Pesquisadora: Teme ser discriminada quando sair?

Mãe 5: (x) sim () não

Com serviço, principalmente para começar do zero.

Pesquisadora: Quais as suas perspectivas para o pós-cárcere?

Mãe 6: Fazer enfermagem, quero cuidar das pessoas.

Abrir uma lancheria.

Não posso mais ser professora por causa da “condena”.

Em relação ao atendimento médico-pediátrico prestado pela casa, a maior parte salientou ser inadequado, ou insuficiente,

29 BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. P. 42-44.

sendo feito seletivamente através de um pré-exame realizado pelas funcionárias. Nesse sentido vejamos os seguintes depoimentos:

Pesquisadora: Você acha que o atendimento prestado pela Unidade Materno Infantil é adequado?

Mãe 1: É bom. O problema não é o atendimento médico, são as funcionárias. Quarta chamei a supervisora porque minha filha estava ruim, mas eles disseram que o bebê estava bem, aí quando consegui convencer elas de levar no médico ela já tinha feito pneumonia.

Pesquisadora: Você acha que o atendimento prestado pela Unidade Materno Infantil é adequado?

Mãe 2: Não. As crianças ficam doentes e elas nem dão bola, no final de semana ninguém dá importância.

Pesquisadora: Você acha que o atendimento prestado pela Unidade Materno Infantil é adequado?

Mãe 3: Fraldas dão, roupa não é sempre, depende de doação e comida é normalmente horrível. As funcionárias daqui são legais, mas no fim de semana não tem pátio, não tem médico, eles só levam quando tem febre.

Pesquisadora: Você considera que as crianças atendidas pela Unidade Materno Infantil recebem todos os cuidados necessários?

Mãe 3: O pediatra nem sabe o que é pediatria. Só sabe dizer Sorine e muito “mamã”. Esses dias minha bebê estava mal, eu pedi várias vezes pra levar no médico e elas não queriam, aí levaram e me disseram: “se não tiver quando voltar vai para o castigo”. Nesse dia a bebê ficou baixada.

Aqui não tem despertador para dar remédio, tem que ficar acordada a noite toda para não perder a hora.

Pesquisadora: Em relação aos filhos alojados na Unidade Materno Infantil:

Recebem atendimento pediátrico?

Mãe 5: (x) sim () não

É a mesma coisa que nada, ele não examina, só manda dar Sorine e peito. Mau examina, manda dá Sorine e depois a gente leva no hospital e vê que a criança está com bronquite. Ele só olha se a gente fala. O meu bebê ficou com o ouvido infeccionado vários dias e o pediatra nem viu, disse que não tinha nada.

O atendimento ginecológico/obstétrico também apresentou dados preocupantes, como o caso da “Gestante 3”, que havia sido consultada apenas uma vez em sete meses e meio de gravidez. Sobre o quadro funcional, fomos informados pela Assistente Social que na penitenciária, no que diz respeito ao atendimento direto às detentas trabalham apenas mulheres, no entanto, para realização de escoltas, serviços

de motorista e outros cargos que realizam menor contato com as apenadas existem funcionários do sexo masculino.

Em relação às atividades laborais exercidas na penitenciária, salientamos que na unidade materno infantil, estas são bem limitadas em decorrência do cuidado que as apenadas precisam despende às crianças. As opções de trabalhos ofertadas pela instituição, constituem, em sua maioria, trabalho artesanal, que como já abordado anteriormente, reforça o caráter submisso da mulher na sociedade e não a prepara para o mercado de trabalho atual, que cada vez mais requer mão de obra especializada e qualificada. Dessa forma, essas mulheres, que já não tinham uma fonte sólida de sustento por não terem conseguido um lugar no mercado formal, continuam sem preparação alguma, o que, em conjunto ao estigma a elas atribuído pela passagem no sistema prisional, acaba por dificultar ainda mais a sua reinserção na sociedade.

Ao que diz respeito ao contato com demais membros da família, a situação relatada se dá conforme segue:

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de fazer algum comentário ou deixar algum registro, a entrevistada relatou o que segue:

Mãe 1: ... a maioria não tem visita, o povo é meio que abandonado. A família não vem muito.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de fazer algum comentário ou deixar algum registro, a entrevistada relatou o que segue:

Mãe 6: A gente passa a gravidez sozinha, estou bem abalada porque daqui a pouco vou ficar sem o meu bebê.

Ao se analisar a situação do contato com a família, verificamos que cinco das entrevistadas não recebe nenhum tipo de visita, vivenciando uma situação de isolamento e desamparo. Ao decorrer da pesquisa percebemos que a maior parte das detentas que não recebe visitas, vivencia essa situação por estar aprisionada na Capital e ter seus familiares no interior, distanciamento que ocorre em decorrência da gestação, uma vez que, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, só a Penitenciária Madre Pelletier e a Penitenciária de Guaíba possuem estrutura para receber gestantes e bebês. Assim, essas mães abrem mão de cumprirem a pena em sua comarca de origem, submetendo-se a transferências para a Capital ou para Guaíba.

Além do sofrimento causado pelo afastamento da família, outra circunstância que gera tormento às apenadas é a situação em que se encontram os filhos deixados fora do cárcere. Algumas carecem de informação, enquanto outras padecem

ao saber que seus filhos passam por diversas necessidades, não podendo contar com o amparo materno. Não são poucos os relatos nesse sentido:

Pesquisadora: Frequência que vê os filhos:

Mãe 2: Visita assistida de dois em dois meses.

Pesquisadora: Frequência que vê os filhos:

Mãe 4: Não vejo. A de 10 anos faz 4 anos que eu não vejo.

Pesquisadora: Se não estão na Unidade Materno, com quem estão os filhos?

Mãe 4: Uma com o pai e uma com a avó em Vacaria.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Mãe 4: Tenho uma filha de oito anos que quando eu fui condenada o pai veio de Brasília, aí ela ficou com o pai. Ela mora em Brasília, com ele. Eu falava com ela por telefone. Ela sofre muito, passa até por psicólogo. Ela teve convulsão emocional. O pai não quer que eu fale com ela, porque ela fica mal. Pra ela não adoecer eu não quis mais ligar. Eu sinto bastante falta, por isso eu escolhi vir pra cá, pra não perder o meu bebê.

A outra tá com a vó, ela levava pra me visitar, a vó tem auxílio-reclusão. Agora ela nem me reconhece mais, chama a avó de mãe. Agora a avó tem a guarda provisória dela. Aqui é muito longe.

[...]

A gente devia se fixar, se organizar, deixar o filho bem.

Pesquisadora: Quando questionada se queria registrar mais alguma coisa ou contar algo importante, disse:

Mãe 7: O de um ano é uma barra, quando eu vim pra cá foi uma barra para o meu esposo. A minha cunhada até ajuda. Teve uma vez que ele ficou doente e meu esposo teve que ficar três dias sem trabalhar. Eu sempre cuidei do meu filho, agora estou aqui e não posso cuidar.

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Mãe 7: Se pudesse deixar em casa deixaria, mas fico com o bebê pra amamentar e porque não tem ninguém pra cuidar dele.

Pesquisadora: Idade dos filhos:

Mãe 5: 20 anos, 18 anos (ele é deficiente, tem atrofiamento), 14 anos, 11 anos, 8 anos, 6 anos, 4 anos (essa de quatro nasceu da outra vez que eu estava aqui), 8 meses.

Pesquisadora: Frequência que vê os filhos:

Mãe 5: Eu não vejo eles.

Pesquisadora: Se não estão na Unidade Materno, com quem estão os filhos?

Com a avó.

Pesquisadora: Quais as suas perspectivas para o pós-

cárcere?

Mãe 5: Cuidar dos meus filhos.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de fazer algum comentário ou deixar algum registro, a entrevistada relatou o que segue:

Mãe 5: Minha mãe tem 65 anos, os meus filhos precisam de mim.

Obs.: A Assistente Social informou que esta detenta já perdeu a guarda de quase todos os filhos, ao quais estão em abrigos.

Pesquisadora: Frequência que vê os filhos:

Gestante 1: Aqui eu não vejo, a minha filha acha que estou viajando, ela não sabe que eu estou aqui. Ela está com a avó materna.

Pesquisadora: Frequência que vê os filhos:

Mãe 8: Não vejo, eles tão num abrigo.

Pesquisadora: Se não estão na Unidade Materno, com quem estão os filhos?

Mãe 1: Avó paterna.

Estou bem porque minha filha tá comigo, tive tempo para refletir. Eu sei que meu filho tá bem, aí a gente fica bem.

Como podemos observar, a pena restritiva de liberdade acaba estendendo seus efeitos à família das condenadas, em especial à pessoa dos filhos. Na composição atual das famílias que integram nossa sociedade, o papel da mulher vai além do papel de mãe. Nessa nova organização familiar, a mulher, além de cuidar dos filhos, provê o sustento e administra a família. Quando o Estado a retira desse núcleo causa um problema estrutural, deixando essas crianças sem recursos e sem cuidados, onerando, por muitas vezes, pessoas alheias à relação familiar.

O isolamento gerado pela falta de procura por parte da família é somado ao fato de a mulher ainda sofrer restrições em relação à visita íntima. É comum que as penitenciárias femininas, ao contrário das masculinas, não disponham de local apropriado para a realização dessa visita. Além da falta de estrutura, boa parte das prisões, através de seus regulamentos internos, impõem uma série de restrições à entrada de parceiros das apenadas, fazendo-os passar por procedimentos que não são observados em estabelecimentos prisionais masculinos. Em certas instituições, a presa só pode receber visita íntima se for casada, o que se aplica a minoria da população carcerária³⁰. Assim, as apenadas padecem de um conforto que o contato com seus entes queridos poderia vir a proporcionar-lhes.

30 ESPINOZA, Olga. A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. Pelotas, v.1, n. 1, p. 53, jan./dez. 2002. Disponível em:

Em relação à permanência dos filhos no cárcere, além da submissão dessas crianças ao ambiente prisional, as apenadas acabam tendo de se subordinar a um comportamento ainda mais submisso, tendo que, por vezes, aceitar situações que lhes desagradem, sob pena de quando proferirem reclamações, serem privadas dos filhos. A administração aduz que age com tal rigor a fim de proteger as crianças, evitando brigas e maus comportamentos dentro do ambiente da “creche”. Ilustrando tal situação, salientamos os seguintes diálogos:

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Gestante 2: O bebê nasceu aqui, quando ele estava com três meses elas queriam dar o berço, mas eu não quis, aí elas me tiraram ele.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Em relação ao filho que foi embora:

Gestante 2: Acho ruim, sofri muito quando ele foi embora.

O nenê era novinho, não ficava no berço. A creche é para as crianças, ele não dormia longe de mim. Ele já pegava mamadeira, foi para um abrigo e depois minha irmã pegou ele com 7 meses.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Mãe 1: ...Se tu tem três registros no livro, perde o bebê.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Mãe 8: Qualquer briguinha perde os filhos.

Por fim, destacamos a opinião das detentas em relação à presença das crianças em uma unidade prisional, bem como o abalo psicológico que estas sofrem quando o bebê precisa ir embora:

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Mãe 1: Terrível, devia ter uma domiciliar. Aqui é úmido, a gente precisava de acompanhamento, tinham que nos dar oportunidade.

Pesquisadora: Qual procedimento você julga adequado a ser tomado em relação aos filhos das apenadas?

Mãe 1: Domiciliar com acompanhamento para cuidar

dos filhos, quem não é acompanhada volta para o crime.

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Mãe 4: Penso em mandar pra casa, não é lugar pra ninguém aqui, eu errei, ele não tem que estar preso, não tenho com quem deixar ele, se não ele não estaria aqui.

Pesquisadora: Qual procedimento você julga adequado a ser tomado em relação aos filhos das apenadas?

Mãe 4: Aqui não tem caso gravíssimo, é só fuga e nada, devia ter domiciliar.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Mãe 4: [...] Decidi ficar com ele, mesmo que ele me culpe. Desde pequeno eles já carregam que foram preso, eles pagam pelos nosso erros.

Eles deviam dar oportunidade pras pessoas.

A gente espera, espera, ninguém olha por nós, algumas merecem.

Que deem uma domiciliar, a brigada que passe nas casas pra cuidar.

A gente devia se fixar, se organizar, deixar o filho bem.

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Mãe 7: Se pudesse deixar em casa deixaria, mas fico com ela pra amamentar e porque não teria ninguém para cuidar dela.

Pesquisadora: Qual procedimento você julga adequado a ser tomado em relação aos filhos das apenadas?

Mãe 7: Domiciliar, rígida. Aqui é triste sem ter a família.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Mãe 7: Não queria estar com ela aqui, se tivesse quem cuidasse não gostaria de ver ela aqui dentro. Eu acho que pra ficar com os filhos eles podiam botar aquelas tornozeleiras, sabe?

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Mãe 6: Ela tem asma. Aqui é assim: estrutura pouca, vontade bastante. Não é o mesmo desenvolvimento que ela teria na rua.

Pesquisadora: Qual procedimento você julga adequado a ser tomado em relação aos filhos das apenadas?

Mãe 6: Prisão domiciliar até um ano, aqui não tem remédio nem psicológico.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Mãe 6: Chorando: “Não tinha que separar a gente, eu lutei pra ficar com ela, vim pra cá pra ficar com ela até o fim. Eu ia

até o fim do mundo pra ficar com ela. Tem mãe que manda o filho embora, eu não. Faltam quatro meses. Vai ser uma eternidade longe dela.

Fim do mês ela faz um ano, vai ter festinha aqui. Não é motivo de festa porque ela vai ter que ir embora, mas precisa registrar. Não podia ser separada do filho, arranca um pedaço. Parece que ela tá sentindo, sabe? Depois que ela for embora eu só vou ver ela duas vezes por mês. A criança vai embora e que se vire. Não tem atendimento psicológico pra gente.

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Gestante 1: Por um lado é bom, por outro é ruim. É bom pra a mãe, é ruim pra a criança. Já vai nascer preso.

Pesquisadora: Quando questionada se gostaria de registrar mais alguma coisa, ou contar algo importante, disse:

Mãe 8: Aqui tem muita briga, não é bom para criança. [...] Guaíba é bom pras crianças, mas ruim pras apenadas. É frio e fica longe da família.

Pesquisadora: Qual procedimento você julga adequado a ser tomado em relação aos filhos das apenadas?

Gestante 2: A cadeia não é bom para a criança, mas tem a FASE, podia ter algo parecido, por um tempo, mas o nenê ficaria mais a vontade.

Pesquisadora: O que você pensa a respeito da presença de crianças no ambiente prisional?

Mãe 3: Não é ambiente para criança, mas o bom é que elas tão com a gente. Passa os dias mais rápido e é a única alegria de estar presa.

Tanto para as crianças, como para as mães, a situação da “creche”, da forma que se dá hoje, é extremamente inadequada. As crianças encontram-se em um local úmido, sujeitas às brigas que ocorrem entre as detentas e a um ambiente totalmente hostil, que apesar de ser diferenciado do restante da penitenciária, não perde seu caráter institucional e seu perfil prisional. As mães e bebês carecem de atendimento especializado, alimentação adequada e amparo familiar, o que vai contra toda e qualquer percepção de humanidade, ferindo, drasticamente, a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, que é a diretriz maior para a aplicação e efetividade das normas³¹.

Além de toda as limitações já expostas, a restrição do desenvolvimento de crianças a um local restrito e sem o devido acompanhamento familiar é tão prejudicial porque, como nos ensina a psicologia, é nos primeiros anos de vida que se

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. p. 63-68.

vislumbram as principais fases de desenvolvimento dos indivíduos, é nesse período que, através de fatores hereditários e ambientais, é alicerçado o aparelho psíquico do ser humano, bem como são atribuídas as suas principais habilidades motoras e a sua capacidade sensorial³². Dessa forma, só estará amplamente resguardada a dignidade prevista no art. 227 da Constituição, quando o desenvolvimento físico, cognitivo e psicossocial desses infantes estiverem preservados e não submetidos a um ambiente repressor e isolado, como o dos estabelecimentos prisionais.

Além disso, as mães, que já estão com seu sistema psíquico abalado, acabam sofrendo mais um trauma quando separam-se prematuramente dos filhos, perdendo o último contato familiar que mantinham dentro do cárcere, ferindo, também nesse sentido, a dignidade dessas mães, causando-lhes desnecessário sofrimento (se é que se pode dizer que algum sofrimento imposto seja necessário).

Por todas as fragilidades aqui apontadas, não há como sustentar-se uma justificativa para a maneira em que se dá o cumprimento de pena por mulheres que passam pela experiência da maternidade. O aprisionamento acaba se tornando, como bem sustenta Christie³³, um aparelho intensificador da dor, que não possui funcionalidade alguma a não ser a de causar sofrimento. Ademais, como pode-se observar através do relatos, os problemas que chegam à penitenciária, antes de serem penais, são sociais.

É da natureza humana não aceitar o outro, o diferente, excluindo-o dos grupos, marginalizando-o. Figurando nessa parcela tida como “diferente” aos olhos da sociedade podemos apontar as classes mais baixas, as crianças, as mulheres, a população negra, dentre outros.³⁴ Estas mães, que acabaram delinquindo, no mais das vezes, por serem oriundas de estratos mais baixos da população, tendo suas chances de desenvolvimento econômico-social reduzidas, além de sofrerem por este primeiro “descaso” estatal, acabam sofrendo, novamente, uma intervenção impensada, que desmorona suas famílias e traz seus filhos ao encontro de um sistema opressor e segregatório. Dessa maneira, ao impor a pena restritiva de liberdade, o Estado “cria” um novo problema: a institucionalização dessas crianças, bem como a falta de suporte para que estas se mantenham longe das mães.

32 TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004. p.59-75.

33 CHRISTIE, Nils. *Los Límites del Dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 39-40.

34 BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. p. 28-30.

Frente ao problema social abordado, a institucionalização acaba se tornando uma resposta estatal inadequada ao que diz respeito ao aprisionamento feminino. A mulher que, na maioria dos casos, já sofre pelo abandono da família, quando se encontra aprisionada, recebendo, estatisticamente, um número bem menor de visitas do que o registrado nos estabelecimentos prisionais masculinos, acaba vivenciando uma condição de isolamento, pela qual os homens não passam, pelo menos não com a mesma intensidade³⁵.

Assim, o que se pode concluir, de forma muito superficial, é que os ambientes prisionais não estão preparados para receber crianças e que, mesmo que contassem com boa estrutura para abrigá-las, ainda assim não seriam a resposta mais adequada para a solução da maternidade no cárcere. Pensamos que, diante de uma condenação dirigida a uma mãe, imprescindível se faz que o sistema penal conheça seus diversos efeitos e que o julgador conheça a realidade de quem está julgando e a realidade dos locais aos quais a condenação exporá as apenadas, bem como seus filhos³⁶. Só assim, crianças não seriam submetidas a um processo de institucionalização e exposição ao cárcere, bem como não se formariam novos problemas sociais, oriundos dos primeiros que levaram essas mães a uma carreira desviante.

3. REFERÊNCIAS

- ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível: feminismos e criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 230 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e Reverso do controle penal (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiuteux, 2003. V. 1, 216 p.
- ANTONY, Carmen. *Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina*. Nueva Sociedad, n. 208, mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.nuso.org/upload/articulos/3_418_1.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 254 p.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 136 p.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. 213 p.

35 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 152-154.

36 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 77.

- CAMPOS, Carmen Hein de (org.); BARATTA, Alessandro; STRECK, Lenio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. 117 p.
- CARVALHO, Salo de. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.17, n.81, p. 294-338, nov./dez. 2009.
- CHRISTIE, Nils. *Los Límites del Dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, 174 p.
- ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 122-123.
- ESPINOZA, Olga. A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. Pelotas, v.1, n. 1, p. 35, jan./dez. 2002. Disponível em: <<<https://antares.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/34/3>>>. Acesso em: 18 jul. 2012.
- FERRERO, Guglielmo; LOMBROSO, Cesare. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Firenze: Torino, 1903, p. 31-47. Disponível em:<<<http://archive.org/stream/ladonnadelinque00lombgoog#page/n8/mode/2up>>>. Acesso em: 09 set. 2012
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974, 312 p.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993, 180 p.
- LARRAURI, Elena. A Mujer ante el Derecho Penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 9, n. 11, p. 13-45, jul. 1996. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/larrau11.htm>>. Acesso em: 09 set. 2012.
- LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 2.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. xxi, 242 p.
- RODRIGUES, Carla. *Butler e a desconstrução do gênero*. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 1, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2005000100012&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 jul. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011.
- SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SUSEPE, Superintendência dos Serviços Penitenciários. BRASIL, Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Planejamento. *Relatório Estatístico, atualizado em 06/07/2012*. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=31>. Acesso em 11 jul. 2012.
- TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004. p.59-75.
- ZIMERMAN, David E.; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. 618 p.

Capítulo 66

A DOR IGNORADA: DIREITOS HUMANOS DIANTE DA REALIDADE PENAL DA MULHER LATINO-AMERICANA

Ana Carolina De Moraes Colombaroli
Talita Tatiana Dias Rampin

Não matou nem roubou
Mas foi presa em flagrante
Escondeu no chateaux
O bagulho do amante
O amante saiu e largou o embrulho
Quando a casa caiu tava lá o bagulho
Hoje a vida é na cela
Toma banho de sol
Acompanha a novela e também futebol
No dia de visita
Sua mãe vai levar a criança bonita para ela abraçar
O amante saudoso nunca mais foi lhe ver
E ela nem tem direito um pouco de prazer
E que venha o alvará pra essa pobre mulher
Que um dia sairá se Deus quiser
(Leci Brandão, “O bagulho do amante”)

1. INTRODUÇÃO

Mais de sessenta anos após da Declaração (Universal) de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, permanecem as discussões acerca dos direitos fundamentais. Para uma análise de seu sistema, seus fundamentos e mecanismos de proteção e legitimação é pungente reconhecer a existência de desigualdades e a necessidade de reconstrução das relações sociais. Faz-se imperativo lançar um olhar mais sensível sobre a questão.

Nesse sentido, o presente artigo questiona a pretensa neutralidade dos direitos humanos, em termo de sexo e gênero, no âmbito do poder punitivo, debruçando-se sobre a realidade latino-americana. O trabalho pretende “decentralizar”¹ a pers-

1 Enrique Dussel utiliza o termo “decentrado” para designar o movimento daquele que “(...) ouve o lamento e o protesto do outro (...)” e, assim, “(...) é comovido na própria centralidade

pectiva subjetiva dos direitos humanos, denunciando uma invisibilidade consentida (quicá percebida) no que tange à sua especificidade. Referida invisibilidade enseja o não reconhecimento dos direitos das humanas. Eis a ‘dor ignorada’: a dor de não ser sujeito dos direitos humanos, porquanto estes foram cogitados sobre um paradigma sexista.

Para além do universo jurídico-acadêmico, recorremos ao samba enquanto ícone cultural-musical tipicamente brasileiro para prefaciara o estudo, cuja letra evidencia o papel marginalizado que a mulher ocupa no sistema penal e penitenciário brasileiro.

O samba ‘O bagulho do amante’, da musicista carioca Leci Brandão em parceria com PH do Cavaco e que integra o álbum “Eu e o samba” (2008), descreve um lugar-comum no sistema penal e penitenciário brasileiro, a saber: o encarceramento feminino decorrente do envolvimento da mulher no tráfico de drogas, no qual desempenha majoritariamente um papel secundário, seguido de desfazimento dos laços afetivo-amorosos e negação da fruição da liberdade sexual. Na música, a mulher é presa em flagrante por armazenar em sua residência drogas de propriedade originária de seu companheiro (o bagulho do amante). Após o encarceramento desta mulher, que na verdade não incorreu nos crimes típicos de aprisionamento brasileiro (crimes contra a vida e a propriedade: “não matou nem roubou”), esta mulher é abandonada pelo companheiro (“o amante saudoso nunca mais foi lhe ver”) e tem negado pelo Estado o seu direito de receber visitas íntimas (“E ela nem tem direito um pouco de prazer”).

Há estudos publicados que comprovam todas estas afirmações musicadas. Destacamos o de nossa autoria, veiculado na obra “Sistema penal e gênero: tópicos para a emancipação feminina”. Nela, articulamos dois estudos que corroboram as assertivas musicadas, nos capítulos intitulados “Mulher e sistema penitenciário: a institucionalização da violência de gênero” e “A restrição da visita íntima nas penitenciárias femininas como discriminação institucionalizada de gênero”. Traremos à baila as conclusões parciais de referidos estudos porquanto pertinentes à análise pretendida no presente artigo. Por ora, adiantamos que com o primeiro pudemos traçar o perfil do sujeito encarcerado brasileiro e perceber que ele diverge, em muito, com o perfil da mulher encarcerada. Como consequência, políticas públicas que sejam traçadas com base na regra da maioria acabam por reverberar a invisibilização da mulher encarcerada, que sofre uma tripla marginalização: por ser mulher numa sociedade machista; por ser criminosa numa sociedade excludente; por ser o ‘outro’ em um sistema penitenciário androcêntrico. Com o segundo estudo, pudemos verificar que

do mundo: é decentrado.” (DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I). p. 65).

o encarceramento priva a mulher da fruição de sua liberdade e dignidade sexual, porquanto as visitas íntimas são extremamente restritas para as mulheres, perpassando, inclusive, por condicionamentos patriarcais, os quais inexistem ou são inexpressivos na hipótese do homem encarcerado.

Importante notar que a ausência de uma perspectiva de gênero não é restrita ao tratamento da mulher enquanto autora de crimes. Também quando a mesma sofre algum tipo de violência, fica sujeita a um contexto sexista.²

Entendemos que estes estudos, preliminares, subsidiaram um primeiro movimento de desacortinamento da realidade penal dos direitos da mulher latino-americana em face do poder punitivo estatal. Movimento este que, a nosso ver, constitui o primeiro dos passos para poder ouvir a voz do ‘outro’, no caso, representado pela mulher encarcerada.

Segundo Enrique Dussel, “as condições de possibilidade para poder ouvir a voz do outro são muito claras (...) Em primeiro lugar, para poder ouvir a voz do outro, é necessário que sejamos ateus do sistema ou descobrir seu fetichismo”.³ Desacortinado o véu da invisibilidade do encarceramento feminino, revelando a seletividade e opressão engendrada pelo sistema penal e penitenciário, cremos termos crivado o primeiro passo. Resta-nos, portanto, crivar um passo adiante “Em segundo lugar, é necessário respeitar o outro como outro”.⁴ Ou seja: cumpre, agora, reconhecer os direitos da mulher latino-americana em face do poder punitivo estatal.

A sociedade, balizada pela dominação masculina, determina o que é considerado normal, atribui funções às mulheres e aos homens, impõe formas de sentir e atuar nas esferas da vida pública e privada, identificando espaços masculinos e femininos e associa a eles características de personalidade. O capitalismo e do patriarcado contribuem para reproduzir e legitimar a estrutura conceitual, o saber legitimador e as instituições jurídicas, que aparecem, desde sua gênese, como controle seletivo classista e sexista.⁵

O Direito, a despeito das tentativas de se passar por instrumento neutro e assexuado, adota claramente o paradigma masculino, tem como característica central o *androcentrismo*: todas as análises, investigações, estudos e propostas são construídos a partir do sujeito masculino, embora sejam consideradas aplicáveis para a generalidade

2 Cf. SILVA, Lillian Ponchio e. Sistema Penal: campo eficaz para a proteção das mulheres? In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Sistema Penal e Gênero: tópicos para emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 11-27.

3 DUSSEL, 1977, p. 65

4 DUSSEL, 1977, p. 65

5 ANDRADE, 2004, p. 273

de seres humanos, tanto mulheres quanto homens. O homem é elevado à categoria de universal e a mulher rebaixada à categoria de particular.

Ao apresentar a realidade a partir da ótica exclusivamente masculina, seus interesses e necessidades, além de invisibilizar a mulher, incorre-se em misoginia, desprezando o feminino, e contribuindo para a perpetuação da exploração e oprimindo, ao menos, a metade dos seres humanos.⁶

As mulheres latino-americanas, além de subordinadas às desigualdades de gênero, vivem na periferia do sistema mundial, vítimas da hegemonia do capital, de toda sorte de desigualdade econômica, da fragilidade do sistema de direitos, da baixa densidade dos direitos humanos e da violência institucional contra a cidadania.

O sistema de justiça criminal⁷ a que estamos submetidas é condicionado pelo patriarcado e pelo capitalismo, contribui sobremaneira para reproduzi-los e legitimá-los, mostra-se como importante instrumento de hegemonia e manutenção do *status quo* social.

Enquanto mantém a sua falsa impressão de igualdade, o poder punitivo distorce completamente a realidade. É, ele próprio, um sistema de violência institucional, um subsistema de controle social seletivo e desigual. Apresenta-se classista e sexista (além

6 FACIO; CAMACHO, 1995, p. 60

7 Segundo Zaffaroni (2011, p. 69), o *sistema de justiça criminal*, também chamado *sistema penal* é “o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei e institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a idéia geral de ‘sistema penal’ num sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal. Em um sentido mais amplo, entendido o sistema penal - tal qual temos afirmado - como ‘controle social punitivo institucionalizado’, nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal”. Saulo Antônio Mansur (2007, on-line), afirma, por sua vez, que “O Sistema de Justiça Criminal deve ser considerado sob dois ângulos: “*latu sensu*” e “*stricto sensu*”. O primeiro leva em consideração todas as medidas estatais preventivas da criminalidade, como a distribuição da renda, educação, saúde, saneamento básico, emprego etc, em síntese, tem enfoque sociológico. O segundo é o que interessa no momento. Com o advento da Constituição Federal de 1988 instaurou-se no Brasil um novo modelo de justiça criminal, cujo mecanismo de funcionamento é dividido em duas fases. A primeira é a administrativa, chamada pelos aplicadores do Direito como extrajudicial, e que tem início com o trabalho ostensivo/preventivo da polícia uniformizada, com escopo de impedir a prática de delitos. Nessa fase, quando o trabalho preventivo não é capaz de evitar o crime, cabe ao Estado, atendidas algumas exigências legais, o dever de descobrir o autor do ilícito para que o mesmo seja submetido a julgamento, eis que é ‘vedado ao particular fazer justiça com as próprias mãos.’”

de racista), “a estrutura e o simbolismo de gênero operam desde as entranhas de sua estrutura conceitual, de seu saber legitimador, de suas instituições”⁸.

Ao incidir sobre as mulheres, para além de sua criminalização efetiva e objetivável quantitativamente⁹, o poder punitivo age, sobretudo, através da consagração da sua tutela legal, que legitima a discriminação. Elas têm praticamente todos os aspectos e dimensões de sua corporalidade controlada, uma conseqüência da força com que atuam as instituições tutelares, que têm por função vigiar e, ante a transgressão, punir.¹⁰

O presente estudo estrutura-se, portanto, em cinco partes, incluindo o presente intróito. Na segunda parte, estrutura-se uma análise do campo de estudo, buscando um questionamento crítico dos direitos humanos a partir de uma perspectiva de gênero. Na terceira, com intuito de dar visibilidade à dor até então ignorada, discute-se a forma com que se posiciona o poder punitivo estatal diante do feminino, reunindo, como premissas, os estudos já consolidados, denunciando a violência institucionalizada de gênero, seja em relação à vítima, seja em relação à criminosa. Na quarta, busca-se uma apreciação do sistema americano de proteção dos direitos da mulher, das medidas implementadas para o enfrentamento da violência contra a mulher na América Latina, suas ações e sua efetividade. Na quinta e última parte, são tecidas as considerações finais, a guisa de conclusão.

Trata-se de estudo com proeminência da técnica de revisão bibliográfica, que possibilitou o aprofundamento de pontos nevrálgicos do direito penal e do gênero. O referencial teórico adotado reflete uma linha crítica perfilhada pelos autores, e conjuga autores da criminologia crítica (Alessandro Baratta, Vera Regina Pereira de Andrade e Alda Facio), do direito penal (Eugênio Raul Zaffaroni), da teoria crítica dos direitos humanos (Joaquín Herrera Flores e David Sanchez Rubio) e, principalmente, do aporte filosófico latino-americano (Enrique Dussel e Celso Ludwig).

8 ANDRADE, 2004, p. 276

9 A criminalização feminina é relegada à segundo plano e até mesmo invisibilizada. Conforme a lição de Vera Regina de Andrade Santos (2004, p. 276), o estereótipo de mulher passiva (objetivada), mantida no espaço privado (doméstico) corresponde ao estereótipo de vítima no sistema de justiça criminal. Zaffaroni (1995, p. 24) ressalta ainda que a mulher criminalizada por delitos que não os “delitos de gênero” é vista como masculinizada, portadora de uma patologia degenerativa, uma vez que uma mulher “normal” não poderia cometer delitos violentos.

10 VÁSQUEZ, 1995, p. 9

2. ANÁLISE DO CAMPO DE ESTUDO: DIREITOS HUMANOS SOB UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Antes de adentrar a temática da mulher latino-americana em face do poder punitivo estatal, cumpre-nos analisar o campo de estudo pretendido, porquanto necessário para compreender o fenômeno tal como ele se nos apresenta. Urge, outrossim, elucidar as premissas que sustentam o posicionamento dos autores, sob pena de tolher a cientificidade do estudo.

Parte-se de uma compreensão intracultural dos direitos humanos, entendidos como uma das possibilidades de luta pela dignidade humana, todavia, não a única existente.

Nesse sentido, percorre-se a vertente filosófica crítica sevilhana, cujo expoente é Joaquín Herrera Flores. Para o autor “Os direitos humanos são, pois, o produto cultural que o Ocidente propõe para encaminhar as atitudes e aptidões necessárias para se chegar a uma vida digna no marco do contexto social imposto pelo modo de relação baseado no capital.”¹¹ É dizer: os direitos humanos são a “forma ocidental hegemônica de luta pela dignidade humana”.¹²

O desafio maior é contornar o processo de juridicização pelo qual os direitos humanos são submetidos, movimento este que condiciona sua fruição e vindicação. É característica comum dos países ocidentais, inclusive os latino-americanos, o arrolamento de direitos em um documento solene positivado como forma de instrumentalizar sua garantia. Esta tradição jurídico-normativa é perceptível em nível constitucional (Constituição do Estado-nação) e supra-constitucional (documentos internacionais, como o são os tratados e as convenções celebradas entre os Estados-nação). Não é excessivo afirmar a existência de uma de uma realidade plurinormativa de direitos humanos, na medida em que são várias as normas de sua tutela e o âmbito de sua atuação: nacional, regional e multinacional ou supranacional.

Na busca pela internacionalização desta tutela, alguns instrumentos normativos se destacaram, sendo os principais deles a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta Social Europeia (1961), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) que tornou aplicável a Declaração de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989) e a Declaração da OIT relativa

11 FLORES, 2009, p. 11

12 FLORES, 2009, p. 14

aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais (2000), as várias Convenções da OIT e o Protocolo de San Salvador (1998), adicional ao Pacto de San José da Costa Rica¹³.

O enfoque pretendido no presente estudo inviabiliza a análise de todas estas normas, razão pela qual optamos por focar aquela que possui uma perspectiva de gênero, pertinente ao objeto de estudo pretendido, qual seja, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1994), a ser analisada em item específico posterior.

Mas o quê são direitos humanos sob uma perspectiva de gênero?

Entendemos tratar-se de postura incurra na “consciência ética”¹⁴ dusseliana, consistente na capacidade que se tem de escutar a voz do outro. Ao adotar uma perspectiva não androcêntrica-hegemônica, permite-se “ver” com os “olhos” daqueles que não estão inclusos no paradigma de sujeito e direito vigentes. Trata-se do “pensar” direitos humanos a partir da realidade histórica das humanas, e, no presente estudo, optamos por partir do contexto político, social e econômico latino-americano.

A perspectiva de gênero impõe-nos a enunciação de algumas de suas premissas. Trabalhamos com a hipótese de que as mulheres latino-americanas constituem sujeitos historicamente discriminados, sujeitas à uma dupla opressão: econômica (porque a América Latina está à margem do sistema capitalista) e sexual (porque desempenha um papel secundário na sociedade a partir de seu sexo biológico, bem como, do papel feminino que lhe é imposto pela sociedade, para além do capital).

Se na ciência a premissa cartesiana do *ego cogito* moldou a subjetividade, na vida, o *ego fálico* reificou a mulher, nos mais diversos espaços. Um destes espaços é o âmbito normativo dos direitos humanos: a mulher tratada como apêndice do homem, sujeito-varão da liberdade e da propriedade¹⁵.

Enrique Dussel explica a particularidade da falocracia na América Latina, ao afirmar que “No processo da conquista da América, o europeu não só dominou o índio, mas também violou a índia. (...) O *ego cogito* funda ontologicamente o ‘eu conquisto’ e o *ego fálico*, duas dimensões da dominação do homem sobre o homem (...)”

13 Sobre o sistema de direitos humanos, conferir: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

14 DUSSEL, 1997, p 65

15 O sujeito hegemônico possui características específicas: é homem, heterossexual, proprietário, adulto, no gozo de seus direitos civis e políticos, cidadão de um Estado-nação, branco, sadio, entre outros. Estas características moldam a totalidade na sociedade e no direito. Somente quem apresenta tais características ‘é. Os demais, os ‘outros’, ‘não são’, quedam à margem do projeto existencial de ‘vir a ser’.

(grifos do autor).¹⁶ Desta forma, a erótica esteve, desde os primórdios da civilização latino-americana, incursa no projeto de dominação colonial que, em sua amplitude, também perpassa pelo viés econômico e cultural.

Romper com esse sujeito que vige hegemônico no direito e na sociedade latino-americana impõe a “libertação erótica” da mulher. Segundo Dussel, ‘A destotalização, desobjetualização ou distinção da mulher, é a condição sem a qual é impossível a normalidade não patológica nem repressiva do Eros’.¹⁷ Explica que:

Assim como o varão tem uma abertura (*Offenbeit*) fállica do mundo, ativa, constituinte, assim também a mulher tem, como esposa, uma abertura clitoriana-vaginal ativa, constituinte, e como mãe uma abertura mamária em direção à boca-sucção do filho (assim como a primeira abertura se dirige ao falo do varão). Definida positivamente (o não ser fállico é realmente algo distinto: o ser clitoriano-vaginal ativo) a mulher toma posição distinta e também positiva em relação ao varão (clitoriana-vaginal) e ao filho (mamário-bucal). A libertação não é negação pura da dominação pela negação da diversidade sexual (como quando o feminismo propõe a homossexualidade, os filhos em provetas etc.). A libertação é distinção real sexual: o varão afirma a sua exposição (com o que isso supõe risco) fállica, e a mulher afirma igualmente sua exposição clitoriana-vaginal e mamário-bucal (em sua dimensão de mulher e mãe).¹⁸

Ocorre que este movimento de rompimento com o *ego fállico* é árduo.

Com Heleieth I. B. Saffioti, encampamos, nessa oportunidade, o reexame da priorização como uma das estratégias de luta. Saffioti¹⁹ explica a inexistência de um modo unívoco de lutar contra discriminações sexuais (e raciais), posto que diferentes grupos lutam contra a dominação de diferentes maneiras. Não obstante a diversidade de instrumentos e plataformas de luta contra a opressão de gênero, Saffioti chama atenção para o fato de que a categoria social “mulheres” não é homogênea, e sua heterogeneidade traz sérias repercussões práticas dado que quando uma categoria social heterogênea é tratada como minoria, propicia-se a invisibilização das distinções

16 DUSSEL, 1977, p. 89

17 DUSSEL, 1977, p. 91

18 DUSSEL, 1977, P. 90-91

19 SAFFIOTI, 1987, p. 86

internas ao passo que estimula-se o surgimento de maior diferenciação, incentivando, pois, a manutenção da heterogeneidade.²⁰

Mas como superar a heterogeneidade dentro de uma categoria social?

Para Saffioti, urge reexaminar a priorização das lutas e fazer com que “(...)o problema das mulheres é [seja] também um problema dos homens (...)”. E continua:

Disto deriva que a luta pela igualdade sexual e a luta pela igualdade racial não são, de nenhuma maneira, lutas específicas, separadas e diferentes das chamadas lutas gerais. Nesta última categoria – a das lutas gerais – coloca-se, infalivelmente, a democracia. Mas que a democracia é esta que considera secundárias as lutas contra o patriarcado e contra o racismo? Será, seguramente, uma democracia incompleta, com “d” minúsculo, pois deixa intactas a subordinação da mulher ao homem e a sujeição do negro ao branco. Para tomar o caso das relações de gênero, isto é, entre homens e mulheres, como pode haver democracia numa sociedade cuja família estrutura-se em termos de atribuir todo o poder ao homem adulto, ao seu chefe, obrigando a mulher e os filhos a respeitar a autoridade paterna, ou seja, a obedecer ao todo-poderoso machão, quaisquer que sejam os conteúdos de suas ordens e opiniões?²¹

Disto, resulta a opção em propugnar por uma perspectiva de gênero na tessitura dos direitos humanos. Trata-se de priorizar a luta por maior dignidade das humanas, revendo os paradigmas vigentes e rompendo com o *ego fálico* hegemônico. Cremos que priorizar esta gama de questionamentos permite a oxigenação e revitalização dos direitos humanos, além de ser mote comum dentro de categoria social evidentemente heterogênea.

É nesse movimento de reexame da priorização das lutas que identificamos um ponto de convergência na obra dusseliana. Dussel, ao tratar da “consciência ética”, fala da “responsabilidade pelo outro”, colocando o “respeito” como “atitude metafísica como ponto de partida de toda atividade na justiça”²². Explica que:

Aquele que ouve o lamento e o protesto do outro é comovido na própria centralidade do mundo: é decentrado. O grito de dor daquele que não podemos ver significa para alguém mais do que algo. O alguém significado por seu significante: o grito nos exorta, exige que assumamos sua dor, a causa de seu grito. O ‘tomar sobre

20 SAFFIOTI (1987, p. 86-87)

21 SAFFIOTI, 1987, p. 89

22 DUSSEL, 1977, p. 65

si' é fazer-se responsável. Responsabilidade tem relação não com responder-a (uma pergunta), mas com responder-por (uma pessoa). Responsabilidade é encarregar-se do pobre que se encontra na exterioridade diante do sistema. Ser responsável-diante-de é o tema.²³ (grifo nosso).

A responsabilidade nos impõe o exame da disfuncionalidade dos direitos humanos. A análise do fetichismo normativo que envolve a teoria dos direitos humanos e sua posterior instrumentalização por um aparato de opressão específico (mascarado de justiça criminal) emerge como temática pungente, doravante analisada. Nossa perspectiva percorrerá o encargo de responsabilidade despertado pela consciência ética dusseliana, e trará a limitação de ser uma das formas de luta contra a opressão. Trata-se de alternativa estratégica, sobre a qual passamos a analisar.

3. A MULHER LATINO-AMERICANA EM FACE DO PODER PUNITIVO ESTATAL

3.1 *Breve discussão acerca do poder punitivo estatal*

A despeito da incorporação, nas últimas décadas, do Garantismo²⁴ nos sistemas de justiça criminal latino-americanos, a justiça penal ainda se mostra importante instrumento de manutenção do *status quo*, altamente seletivo, seja no tocante à escolha dos bens jurídicos e interesses a serem protegidos, seja no processo de criminalização. Os órgãos atuantes nos distintos níveis do sistema de justiça criminal não representam ou tutelam os interesses de toda a sociedade, senão os interesses dos extratos sociais dominantes. Representa um subsistema funcional de produção material e legitimação das relações patriarcais/capitalistas de poder e propriedade,²⁵ estabelecendo e refletindo assimetrias, concebendo e alimentando estereótipos, discriminações e preconceitos, sacralizando hierarquias.

Entretanto, ele não está só. O poder punitivo – em sua dimensão *strictu sensu* representado pela Lei e suas instituições formais – articula-se ao conjunto de mecanismos de controle social informal – a saber, a família, a escola, a mídia, a moral

23 DUSSEL, 1977, p. 66

24 No tocante à intervenção punitiva, representa um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade. Segundo Marcelo Schmitt Gamba (2010, pp. 259-250), o garantismo representa uma forma de fazer a democracia dentro do Direito, a partir do Direito, “uma teoria jurídica que procura realizar um paralelo entre validade e efetividade, como categorias distintas. Procura realizar uma aproximação entre o ser e o dever ser, isto é, entre sistemas normativos complexos garantistas, porém com práticas anti-garantistas”.

25 BARATTA, 1987, p. 626

e a religião, o mercado de trabalho – formando um macrosistema do qual fazemos parte, seja como operadores formais, seja como opinião pública.²⁶

No tocante à problemática feminina, é evidente a omissão de gênero frente ao poder sancionador do Estado, tanto no campo criminológico quanto no jurídico-penal. A ideologia machista evidencia-se em todas as vertentes do sistema de justiça criminal: na atuação policial, no Judiciário e no sistema prisional. As normas penais e sua execução – assim como o Direito, em sua generalidade – foram estruturados a partir da perspectiva masculina, sendo as necessidades e especificidades femininas desconsideradas, inviabilizando seu acesso à justiça.

Tal omissão discursiva, que abarca metade da humanidade, conforme a lição de Zaffaroni, é suspeita e representa mais uma das facetas da perversão do poder punitivo.²⁷ O problema do crime é analisado apenas sob a ótica masculina, embora os estudos nos sejam apresentados como neutros, gerais e verdadeiros para toda a população.

A fim de perpetuar o dogma da superioridade masculina e seus interesses, o sistema penal atua com seletividade em relação às mulheres tanto durante o processo quanto na criação de tipos legais, por meio da estereotipia.²⁸

Quando analisamos a seletividade do sistema de justiça criminal, resta claro que ele não fixa sua atenção sobre uma grande quantidade de conflitos reais, a maior parte das vítimas não recebe qualquer atenção enquanto a outras nem é atribuído o status de vítima (seus conflitos são encarados como “normais”). Nesse sentido, explica Zaffaroni que:

(...) este recorte extensivo do discurso, que explica o poder punitivo, oculta perversamente o fato de que na ‘questão criminal’ a mulher está altamente implicada, seja reconhecido ou não seu ‘status’ de vítima, isto é, que a mulher ocupa um papel mais destacado que o homem na imensa legião de pessoas que cotidianamente sofrem os conflitos que permanecem sem solução, enquanto que o discurso do poder punitivo “normaliza” a situação, vendendo a imagem de sua potencial capacidade para resolver qualquer classe de conflitos, à custa da criminalização de alguns poucos (...).²⁹

26 ANDRADE, 2004, p. 267

27 ZAFFARONI, 1995, p. 23

28 SILVA, 2011, p. 21-22

29 ZAFFARONI, 1995, p. 26-27

Por outro lado, quando se afirma ter o poder punitivo pouca incidência sobre a mulher³⁰, devido à sua criminalização imensamente menor que a masculina, desconsidera-se a principal característica do poder punitivo: o poder de *vigilância*, que se pulveriza pela sociedade, reduzindo espaços sociais, possibilidades de diálogos e resistência.

A não contemplação das mulheres em sua complexidade e totalidade abrange as duas facetas do envolvimento da mulher com o sistema criminal, limitando a análise e estigmatizando a criminalidade feminina, bem como as mulheres em situação de violência.³¹

3.2 *A mulher delinqüente*

A despeito do desenvolvimento científico, de seu rompimento com a Igreja, da crescente força das correntes feministas nas últimas décadas, é evidente na América Latina a influência da moral cristã em todos os âmbitos da sociedade. A delinqüência feminina é construída a partir de estereótipos de papéis sexuais, de tipos específicos.

A lei penal, ao prescrever e preservar determinadas condutas, o faz separado para homens e mulheres. Sob a perspectiva androcêntrica, separa condutas tipicamente masculinas e femininas, sendo estas últimas diretamente vinculadas à sexualidade e ao mundo privado (BUGLIONE, 2000, on-line). A passividade, debilidade e submissão associadas às mulheres não condizem com o mundo do crime. A análise da criminalidade feminina – intimamente relacionada ao determinismo ideológico de pertença da mulher à esfera da vida privada, familiar, doméstica, não pública – limita-se aos chamados “delitos de gênero”, como o infanticídio, o aborto, os homicídios passionais, a prostituição, furtos e outros delitos relacionados aos crimes de seus companheiros e maridos.

O fato de o número de mulheres encarceradas ser consideravelmente inferior ao número de homens em mesma situação levou à idéia de que a mulher delinqüente, um sinal de sua natural inferioridade ou tontice.³²

30 Na América Latina, a porcentagem de mulheres na população carcerária varia entre 3% e 9% (GARCIA apud ESPINOZA, 2004, p. 122). Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, no Brasil, elas representam cerca de 6,5% dos presidiários.

31 BUGLIONE, 2000, on-line.

32 ZAFFARONI, 1995, p. 24. Cesare Lombroso, juntamente com Giovanni Ferrerò escreveu em 1892 o livro *La Dona Delinquente*, no qual sustenta que a mulher tem uma passividade, uma imobilidade, determinadas fisiologicamente, e por isso são mais adaptadas e mais obedientes à lei que os homens. No entanto, ao mesmo tempo, seriam potencialmente amorais, enganosas, frias, calculistas, malvadas sedutoras. Lombroso, então, assinala sua prévia teoria de atavismo também para as mulheres. Se estas regressam a seus impulsos primitivos, ele não às conduz ao delito, mas

Nesse sentido, manifestam-se Alda Facio e Rosalía Camacho, a afirmar que:

(...) a invisibilização da, marginalização e/ou discriminação da mulher na doutrina, ao fundamentar-se em preconceitos sobre a natureza ou conduta apropriada para a mulher (delinquir é um fenômeno masculino); ou ao não levar em conta as distintas relações, necessidades e interesses das mulheres, no fundo, está partindo de estereótipos ou condutas apropriadas para cada sexo, pelo que também distorce e realidade da criminalização masculina, já que esta não se dá em uma sociedade composta somente por pessoas desse sexo, mas que se dá em um contexto de variadíssimas relações de poder, incluindo as relações entre os sexos.³³

As mesmas autoras³⁴ denunciam as formas de sexismo presentes nos campos criminológico, penal e penitenciário, sendo os mais evidentes o *familismo*, que considera a mulher sempre em relação à família; o *duplo parâmetro*, quando uma situação ou característica são valorizadas e avaliadas com distintos parâmetros para um e outro sexo; o *dicotomismo sexual*, que trata os sexos como diametralmente opostos, desconsiderando uma infinidade de características semelhantes; o *dever-ser de cada sexo*, que pressupõe condutas ou características humanas apropriadas a um sexo e não a outro e considera superiores aquelas atribuídas ao universo masculino; a *sobregeneralização*, que ocorre quando um estudo analisa somente a conduta do sexo masculino e apresenta os resultados como válidos para ambos os sexos; a *sobrespecificação*, que apresenta como específico de um sexo certas necessidades, atitudes e interesses que, na verdade, são de ambos; o *androcentrismo*, que apresenta a realidade a partir da ótica do sexo masculino.

3.2.1. *A mulher e o sistema penitenciário*

A seletividade no sistema de justiça criminal atua na criminalização de condutas e repercute, de maneira direta, na estruturação do sistema penitenciário, o qual integra a estrutura institucional da justiça criminal.

à *prostituição*, forma óbvia de desvio feminino. W. I. Tomas, em seu livro *the Unadjusted Girl* (1923) apresentou a idéia de que as mulheres, devido à sua passividade, guardam energia, enquanto os homens são ativos e a gastam. Assim, as mulheres delinquentes seriam mulheres que queriam ser ativas, com excesso de masculinidade (*Rene van Swaeningen, 1993, pp. 120-121*).

33 FACIO; CAMACHO, 1995, p. 46

34 FACIO; CAMACHO, 1995, p. 50-62

Como foi exposto,³⁵ o sexismo está presente não só no campo criminológico-penal, mas, inclusive, no penitenciário. É dizer: o aprisionamento de sujeitos obedece à mesma lógica sexista que tanto caracteriza o sistema de justiça criminal.

Há estudos voltados para o encarceramento feminino, como o de Olga Espinoza (2004) e o de Julita Lemgruber (1999). Em comum, estes estudos apontam a inadequação do sistema penitenciário para atender as necessidades e vindicações femininas. Também nós realizamos estudo sobre a institucionalização de gênero engendrada pelo sistema penitenciário, a partir de estudo quantitativo do universo penitenciário brasileiro, que nos subsidiou o dimensionamento do universo numérico com o qual o Estado-governo traça suas políticas públicas.

Do estudo realizado, obtivemos o perfil do preso paulista que, à época, correspondia a 34% da população carcerária brasileira. Transcrevemos referido perfil:

A exposição que fizemos até o presente momento, centrada em indicadores estatísticos e evidenciação de dados numéricos em modulação gráfica, serviu de mote para que alcançássemos os seguintes percentuais sobre a totalidade dos presos paulistas: 20,38% (33.372) cumprem pena de quatro a oito anos; 53,12% (86.956) cumprem pena em regime fechado; 33,22% (54.388) são presos provisórios; 50,60% (82.830) não completaram 30 anos de idade; 97% são alfabetizados; 50,49% (86.305) cursaram ensino fundamental (completo ou incompleto); 85,14% (139.357) são brasileiros natos; 40,30% (65.968) são brancos; 35,50% (58.121) são da região metropolitana; 61,85% (101.242) cometeram crime contra o patrimônio; e 94,81% (155.185) são homens.³⁶

Em um universo de 94,81% de homens, ser mulher é constituir a alteridade negada. O paradigma subjetivo carcerário hegemônico é centrado no homem-varão. Ser mulher, neste contexto, é desafio enfrentado em nível estrutural, porquanto as políticas públicas, muitas vezes voltadas para a regra da maioria, acabam servindo e reverberando o paradigma hegemônico e perpetrando uma invisibilização sexista à qual a mulher está, desde a infância, sujeita.

Esta afirmação ganha relevo quando percebemos o quão deficitária é a estrutura penitenciária para atender às especificidades das mulheres (categoria social minoritária): ausência de profissionais da saúde e médicos especializados na saúde

35 FACIO; CAMACHO, 1995, p. 46

36 RAMPIN, 2012, p. 42-43

feminina,³⁷ ausência de presídios arquitetados e construídos para receber mulheres encarceradas, ausência de creches e centros de apoio à gestante e lactante encarcerada, entre outros. Pensado segundo a ótica da maioria, o sistema penitenciário não consegue (e nem se esforça) para enxergar seu público feminino, que de desconhecido passa a ser oprimido justamente por aquilo que se diferencia e se afasta do paradigma androcêntrico hegemônico.

Para além da estrutura física, também há problemas estruturais-funcionais opressores e subversivos da identidade feminina no cárcere. Destacamos a restrição das visitas íntimas nas penitenciárias femininas como discriminação institucionalizada de gênero.³⁸ As visitas íntimas são concedidas de forma distinta para homens e mulheres encarcerados. Para aqueles, trata-se de direito concedido em nível administrativo, após o preenchimento de determinados requisitos, os quais variam em cada unidade prisional (exemplo: preenchimento de fichas cadastrais, apresentação de documentação de identificação pessoal, agendamento de data, etc.). Já para as mulheres, a visita íntima é tratada como uma benesse dada pelo estabelecimento prisional após a observância comportamental da encarcerada, seguida do atendimento de uma série de exigências moralistas impostas pelo sistema (exemplo: exigência de comprovação da relação de convivência; restrição à visitas íntimas de pessoas de sexos opostos, institucionalizando a homofobia no sistema penitenciário; imposição de estágio de observação, findo o qual o direito à visita é ‘dado’ como ‘recompensa’ pelo ‘bom comportamento’, etc.).

37 A respeito, denunciemos em outra ocasião: “Uma observação pontual há de ser considerada: os dados do InfoPen (referência: dezembro/2010), revelam que dos 220 médicos contratados, apenas um é ginecologista. Para atender ao menos uma vez ao ano todas as 8.491 mulheres custodiadas no sistema penitenciário, esse médico ginecologista deverá consultar aproximadamente 23 mulheres por dia, durante 365 dias consecutivos. Ocorre que, durante o ano, há cerca de 240 dias úteis, e, considerando a jornada de oito horas diárias de trabalho da categoria dos médicos (Brasil, 1997), referido médico teria à disposição destas mulheres aproximadamente 1.920 horas anuais. Relevando o fato de que o mesmo goza de férias e de que existem feriados nacionais,¹³ poderíamos especular que cada mulher encarcerada poderia fruir cerca de 13 minutos anuais de consulta médica, seja referida consulta preventiva, rotineira ou para tratamento específico. Treze minutos totais, neles computados o tempo gasto pelo paciente para conversar com o médico, fazer os exames necessários, receber o diagnóstico e fazer o retorno. Treze minutos entre o primeiro e derradeiro contato com o médico. Nesse sentido, e considerando a saúde em bem essencial, podemos afirmar existir a prestação de um serviço público adequado?” (RAMPIN, Talita Tatiana Dias. *Mulher e sistema penal brasileiro: a institucionalização da violência de gênero*. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Sistema Penal e Gênero: tópicos para emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. pp. 38).

38 COLOMBAROLI; BORGES, 2011, p. 65-86

Foi observado por Buglione (2000), nos presídios de Porto Alegre, que, na prisão masculina, basta que a companheira declare por escrito sua condição para que o recluso receba visitas íntimas até oito vezes ao mês. Mas, para que a apenada tenha direito à visitado parceiro, este deve comparecer a todas as visitas familiares semanais, sem possibilidade de relação sexual, durante quatro meses seguidos e ininterruptos. Feito isso, a concessão à visita íntima ainda dependerá do aval do diretor do presídio para que aconteça, no máximo, duas vezes ao mês.

A prisão, muitas vezes, desencadeia dependência e solidão afetiva, fazendo que muitas mulheres mudem em relação à sua sexualidade, mudança essa que não decorre de opção ou de processos naturais. Portanto, durante a permanência nas prisões, tornam-se homossexuais circunstanciais. Há um rompimento com seu instinto sexual, segundo Buglione (2000). Como muitas mulheres não podem se relacionar com seus namorados ou parceiros, acabam se relacionando com quem está acessível, a exemplo do que também ocorre em outras instituições totais.

Por outro lado, existe uma parcela de presidiárias homossexuais que têm companheiras extramuros, mas não podem receber a visita íntima, pois esta não é permitida para parceiras do mesmo sexo, representando outra discriminação pautada pela orientação sexual, o que, em síntese, representa outra forma de homofobia.³⁹

O papel secundário imposto e vivenciado pela mulher, enquanto categoria social, atinge, pois, o sistema de justiça criminal em nível nuclear, institucionalizando a opressão de gênero. Nesse contexto, falar sobre fruição de direitos fundamentais revela-se um verdadeiro paradoxo: não há como aplicar direitos que não foram pensados a partir das contingências dos sujeitos; tão pouco há como permitir sua especificação e vindicação em contextos que invisibilizam os sujeitos.

39 COLOMBAROLI; BORGES, 2011, p. 75.

4. SISTEMA INTERAMERICANO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER: A CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Em 1994, foi assinada, em Belém do Pará, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1994), um mandato legal para os Estados Parte da América Latina e Caribe. Assinado por 32 países, é o único instrumento jurídico internacional vinculante específico sobre a violência baseada em gênero, representou um importante instrumento para a promoção dos direitos das mulheres latino-americanas, uma vez que, por um lado, estabelece um marco de direitos humanos para lidar com a violência de gênero, e, por outro, fixa obrigações aos Estados e garante mecanismos de reclame frente ao seu descumprimento.

A Convenção de Belém do Pará (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1994) define a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta baseada em seu gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado”, ou seja, tanto nas relações familiares como nas sociais/estatais.

São identificados três tipos distintos de violência: 1) aquela intrafamiliar ou do companheiro; 2) aquela exercida fora do âmbito doméstico, por outras pessoas, compreendendo o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de pessoas, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual em local de trabalho, bem como em instituições educativas, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; 3) aquela derivada do uso arbitrário do poder do Estado.

A Convenção reconhece que o acesso adequado à justiça é condição necessária para a eliminação da violência contra as mulheres. Para tanto, a adesão dos países pressupõe o reconhecimento do direito à uma vida livre de violência como um direito humano, e a necessidade de protegê-lo através de uma reforma legislativa e das instâncias administrativas de justiça a cargo da implementação de tais reformas.⁴⁰

Uma década depois de sua ratificação, os Estados Parte da Convenção de Belém do Pará explicitaram a necessidade de um mecanismo de garantia para garantir a vigilância constante, especializada e permanente da mesma, aprovando o *Estatuto do Mecanismo de Seguimento da Implementação da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar a Violência contra a Mulher* (MESECVI), com objetivo de dar seguimento aos compromissos assumidos pelos Estados Parte e contribuir para o sucesso do

40 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 3

disposto da Convenção. O MESECVI é formado, basicamente, por dois órgãos: a Conferência dos Estados Parte (órgão político integrado pelos representantes dos Estados) e o Comitê de Peritas/os (especialistas em violência de gênero).

Em resposta às lutas pelos direitos das mulheres – sem negar a importância da *Convenção de Belém do Pará* como elemento facilitador –, a América Latina vive um processo de mudanças qualitativas em relação à violência de gênero. As organizações nacionais antes destinadas ao desenvolvimento da mulher se converteram gradualmente em mecanismos para a promoção da igualdade entre os gêneros e, sem dúvida, a transformação mais evidente se dá em âmbito legislativo, com a progressiva complementação das leis nacionais de violência com leis integrais de violência contra a mulher.

Susana Chiarotti (2010) nos traz uma avaliação positiva acerca das medidas implementadas para enfrentar à violência contra a mulher na América Latina, destacando a complementação das leis nacionais de violência familiar com as leis integrais de violência contra a mulher. Segundo a autora, existem atualmente em seis países Latino-americanos – Argentina, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, México e Venezuela – leis integrais de violência contra a mulher, que a consideram violação aos direitos humanos e contemplam, para além da violência doméstica, comunitária e estatal, outros tipos de violência, como a midiática ou obstétrica.

Chiarotti (2010) observa ainda, avanços interessantes no que se refere à adoção e implementação de planos complexos, de ação multisetorial e em nível nacional, no intuito de garantir a segurança das mulheres, o cessar da violência contra elas e a eliminação da desigualdade produzida, a exemplo do Brasil, do México e da Argentina.

É imprescindível ter em mente que ainda há muito que se caminhar e lutar para que os governos levem em consideração a noção ampla de violência contra a mulher.

Conforme observações feitas pelo Comitê de Peritas/os da Convenção de Belém do Pará (CEVI), os Estados ajustaram sua legislação para combater a violência contra as mulheres, seja com nos códigos penais, em leis especiais ou medidas de proteção especiais para as vítimas, na criação de tribunais especiais para esse tipo de denúncia ou uma combinação das três. No entanto, os Estados Partes limitaram suas repostas sobre a violência contra a mulher no âmbito da unidade doméstica ou da relação interpessoal.⁴¹ Persiste ainda o uso dos termos “violência intrafamiliar” e “violência doméstica”, incorrendo em *familismo*,⁴² relegando a mulher ao âmbito

41 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1994, p. 5.

42 Segundo Alda Fácio e Rosalía Camacho (1995, p. 50), o *familismo* “consiste na identificação da mulher-pessoa humana com a mulher-família, ou seja, em referir-se ou considerar-se a mulher sempre

privado, considerando violência contra a mulher somente aquela cometida no âmbito da família e ignorando a violência praticada e tolerada pelo Estado e seus agentes.

No tocante aos sistemas de coleta e análise de estatísticas, é evidente o subregistro. A maioria dos países não conta com informações consolidadas sobre as denúncias, detenções e sentenças nos casos de violência contra a mulher.

Ademais, a maioria dos Estados não dispõem de normas no tocante à violência sexual dentro do casamento e, apesar de apresentar leis em seus códigos penais em proibição ao tráfico de pessoas, somente uma minoria está de acordo com as normas internacionais sobre a matéria.

No concernente à violência institucionalizada de gênero, percebe-se a continuidade, em toda a região, sem exceção, dos atos de violência contra a mulher tolerados oficialmente, ou cometidos por funcionários do Estado, a despeito das numerosas reformas. A Comissão Interamericana de Mulheres⁴³ salienta que “es difícil cuantificar esta clase de violencia, ya que los datos estadísticos oficiales sobre dichos incidentes casi nunca se conservan, y cuando se conservan, no se publican”.

A questão da violência institucional contra a mulher segue com descaso em toda a América Latina, em razão da falta de legislação adequada, de normas institucionais, de eficientes mecanismos de controle e resposta. Ressalta-se as condições de pobreza e descaso às quais são submetidas as mulheres encarceradas, bem como sua vulnerabilidade ao trato violento por parte dos carcereiros.

Continua-se violando os direitos da mulher na prisão e, mais preocupante é o fato de a questão não ser considerada como prioritária pelos países para erradicar a violência contra a mulher, sem qualquer determinação real em resolver o problema.

Os problemas persistentes estão focados, sobretudo, no desenvolvimento das leis, sua implementação, problemas derivados da ausência de algumas leis e as reformas pendentes nos códigos civis e penais a fim de garantir o direito da mulher a uma vida sem violência. O Comitê Interamericano de Direitos Humanos assinala, entre os problemas referentes à implementação das reformas legais por parte do sistema de justiça, os problemas estruturais do sistema judiciário, barreiras de acesso às instâncias judiciais, lacunas e irregularidades na investigação, defeitos na persecução e punição e falta de efetividade dos mecanismos preventivos. Além disso, as mulheres indígenas e afrodescendentes enfrentam barreiras adicionais, sejam geográficas, de identidade, de comunicação, sócio-econômicas e de desconfiança do sistema, ligadas à falta de respeito à cultura e discriminação.

em relação à família, como se o seu papel dentro do núcleo familiar fosse o que determina sua existência e, mesmo, suas necessidades e, até, a forma em que é considerada, estudada e analisada”.

43 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, p. 15

Tais carências, juntamente com a própria percepção da mulher a respeito da ineficiência do sistema de justiça para atender suas necessidades, fazem os sistemas incompetentes, transformam a impunidade diante dos delitos contra a mulher em regra, limitam consideravelmente os demais esforços para a eliminação da violência de gênero.

5. CONCLUSÕES

Os direitos humanos foram pensados sob uma perspectiva paradigmática hegemônica, que encontra no homem-varão o referencial sexual falocrático hegemônico.

As mulheres constituem uma categoria social minoritária heterogênea, característica esta que dificulta a convergência de forças para lutas contra a opressão de gênero engendrada historicamente pela sociedade. É possível, no entanto, pensar direitos humanos a partir das contingências das mulheres, e este movimento torna-se imperioso na Latinoamérica, porquanto nesta as mulheres estão sujeitas a uma dupla opressão: de classe (ser periferia no capitalismo) e de gênero (ser o segundo sexo).

As categorias dusselianas da “consciência ética”, da “responsabilidade pelo outro”, da “exterioridade erótica” propiciam uma reflexão fundamentada para romper com a lógica do *ego fálico*, uxoricida e sexista. O diálogo com as premissas dusselianas, de forte apelo americanista, é complementado com estudos de gênero da envergadura de Saffioti, que pontua o estabelecimento de prioridades como estratégia de luta.

A opressão de gênero não pode ignorar sua incisão no sistema de justiça criminal, cujo apelo patriarcal, machista e sexista é forte e dominante. As análises sobre o sistema de justiça criminal perpassam o âmbito criminológico, penal e penitenciário, e é possível identificar lócus de opressão de gênero em todos estes âmbitos.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 48. mai/jun, 2004, pp. 260-290.
- BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. *Doutrina Penal*. n. 10-40. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, pp.623-660.

- BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/946>>. Acesso em: 6 nov. 2010.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Execução da pena privativa de liberdade para mulheres: a urgência de regime especial. *Justitia*, São Paulo, n. 64, p. 37-45, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25947/execucao_pena_privativa_liberdade.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 nov. 2010.
- COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes; BORGES, Paulo César Corrêa. A restrição da visita íntima nas penitenciárias femininas como discriminação institucionalizada de gênero. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Sistema Penal e Gênero: tópicos para emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. pp.65-86.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. “Convenção de Belém do Pará”. Belém do Pará. Brasil. 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2012.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I).
- ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004. 183 p.
- FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalía. Em busca das mulheres perdidas – ou uma aproximação – crítica à criminologia. In: *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo: CLADEM Brasil, 1995, pp. 39-74.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- _____. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GAMBA, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 5, n. 2, mai/ago 2010, pp. 240-261. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>.
- LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.
- MANSUR, Saulo Antônio. O Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Disponível em: <<<http://www2.forumseguranca.org.br/node/21761>>>. Acesso em: 20 fev. 2012.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão interamericana de mulheres et. al. *Violencia en las Américas: un análisis regional. Con un examen del cumplimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. Jul. 2001. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Violence_in_the_Americas-SP.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2012.
- _____. Comissão interamericana de mulheres. Mecanismo de acompanhamento da Convenção de Belém do Pará (MESECVI). *Ficha Técnica*. Violencia contra las mujeres en America Latina.

2011. Disponível em: <<<http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TechnicalNote-VAWinLAC-SP.pdf>>>. Acesso em: 17 fev. 2012. p. 3.
- RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Mulher e sistema penal brasileiro: a institucionalização da violência de gênero. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Sistema Penal e Gênero: tópicos para emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. pp. 29-64.
- RUBIO, David Sanchez. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: MAD, 2007. (Universitaria Textos Jurídicos).
- SAFIOTTI, Heleith I. B. *O poder do Macho*. São Paulo: Moderna, 1987. (Projeto Passo a Frente. Coleção Polêmica; v. 10). 134 p.
- SCHIEBINGER, Londa. *O feminismo mudou a ciência?* Trad. Raul Fiker. Bauru/SP: EDUSC, 2001.
- SILVA, Lillian Ponchio e. Sistema Penal: campo eficaz para a proteção das mulheres? In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Sistema Penal e Gênero: tópicos para emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 11-27.
- SWANNINGEN, Rene van. Feminismo e Derecho Penal: ¿Hacia una política de abolucionismo o garantismo penal? In: HULSMAN, Louk et. al. *Criminología crítica y control social: El poder punitivo del Estado*. Rosário, Argentina: Juris, 1993. pp. 119-148.
- VÁSQUEZ, Roxana. Apresentação. In: *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo: CLADEM Brasil, 1995, pp. 7-10.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. A mulher e o poder punitivo. In: *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo: CLADEM Brasil, 1995, pp. 23-39.
- _____; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Capítulo 67

EU ROBÔ: O MAGISTRADO CRIMINAL E O ARQUÉTIPO PRODUTOR DE VERDADES NAS MODERNAS JURIDICIDADES PUNITIVAS

Jackson Da Silva Leal¹
Thaís Jeske²

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho dedica-se atenção a função da magistratura criminal como arquétipo produtor de verdades nos modernos estados (anti)democráticos punitivos.

Nesse sentido, analisa-se o processo histórico com que se deu a criação do direito e sua centralização na instituição estatal como forma única de resolução de conflitos e do poder-dever de dizer o direito, e, portanto, de dizer a verdade de fazer a justiça, a sua imagem e semelhança.

Analisando-se, ainda, o substrato teórico e epistêmico que orienta esse paradigma de juridicidade centralizadora, fragmentária e unidimensional (e nesta medida totalitária e seletiva na escolha dos elementos, que não necessariamente irão contribuir com uma melhor cognição do caso, mas pura e simplesmente legitimar seu *imperium* de aplicação da medida legalmente definida como apropriada).

Assim, esse trabalho é proposto para analisar a contemporaneidade da magistratura criminal (ainda de forma puramente teórica, pois se baseia nesta etapa da pesquisa apenas em análise e referencial bibliográfico), que vive no Brasil e na América Latina um período deveras estranho, para não dizer paradoxal, na medida em que confluem ou se entrecrocaram dois discursos ambivalentes (ou seriam funcionalmente complementares?) – (i) o discurso garantista de viés (pseudo)humanista que é dogmatizado, sendo esta a demonstração (parca e frágil) do desenvolvimento intelectual e societário do qual não se poderia abdicar (um verdadeiro imperativo categórico); e, também (ii) o discurso da nova defesa social, que surge para suprir a lacuna ou

1 Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel), advogado inscrito na OAB/RS; mestre em Política Social (UCPel), doutorando em Direito (UFSC).

2 Graduanda em Direito (UCPel); membro do Grupo de Estudos Direitos Humanos e América Latina (UCPel).

incapacidade teórico-científica aberta ou desvelada pelas correntes críticas; sendo tal crise resultado de um déficit de sentido ou incapacidade de superar as severas críticas teóricas confirmadas por demonstrações empíricas que são atualmente objeto de um esforço (mais político e ideológico do que propriamente teórico) para substituir a legitimação científica por um populismo punitivo a partir do apelo e influência dos *mass media* e orientados a dar respostas punitivas aos *moral panics* criados pelas próprias agências a fim de legitimar as suas respostas *a priori*. Demonstrando ser um verdadeiro processo cíclico e circular, legitimado, relegitimado, transmutando-se para se manter da mesma forma e incorporando abertamente uma política de orientação *broke Windows theory*.

Nesse sentido que se reafirma a importância de fortalecer a crítica e desvelar esses processos (não novos, mas repaginados) de tentativa de legitimar as políticas punitivas. Esforços que se intenta no presente trabalho, dando continuidade ao movimento agudizado a partir do interacionismo simbólico e seguido pela criminologia crítica após a década de 60 e 70 do século XX.³

Assim, que este trabalho se orienta a partir da criminologia crítica como marco teórico, e levando-se em conta a marginalidade latino-americana no sistema mundo como contexto político-social e cultural e que deve ser levado em conta em uma análise. Nesta linha, frise-se que não se atribui à magistratura (isoladamente) o fardo da crise do sistema penal ou do direito como paradigma de cientificidade técnico-mecânico e monista. Entendendo-se que esta crise é muito mais profunda, sendo paradigmática e epistemológica como afirma Michel Miaille (2005) e que atinge o direito como um todo, que tem sido resumido a uma única das suas manifestações, o que chama de instância judicial, e tem como postulado supremo o império da lei, a cuja aplicação o magistrado está encerrado.

Assim sendo, a magistratura é apenas mais uma das estruturas no interior do sistema ao qual pertence e serve. Desempenhando, sim, uma importante função; de prolatar vereditos e produzir verdades; e, assim, contribuir com a manutenção sistêmica e, portanto, do *status quo* opressor.

Motivo pelo qual, dada a importante função que desempenha na operacionalidade do sistema penal – sendo a derradeira palavra (verdade) no processo de seleção punitiva – dedica-se atenção a esta estrutura material e simbólica, seu contexto, sua orientação e seus resultados operacionais.

3 ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003a; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ ICC, 1999.

Por fim, traz-se uma crítica a essa operacionalidade limitada de que a magistratura como ferramenta é instrumento do sistema. Neste sentido analisa-se esta estrutura que tem entoadado um discurso e defesa teórica de postulados de orientação garantista (e pseudo-humanitária) prisioneiros de um suposto *sistema de garantias (SG)* cujo maior expoente é Luigi Ferrajoli (2002), enquanto que a sua dinâmica real e quotidiana tem sido marcada pelo acirramento da violência do sistema penal e sua perversidade, em detrimento de uma classe ou conjunto bem específico e determinado de indivíduos – os objetivos anunciados e os reais do sistema penal.⁴ Paradoxo diante do qual está encerrada a magistratura penal contemporânea em sua atividade produtora de verdades a partir de uma operacionalidade técnico-mecânica (reducionista) legitimadora do sistema a que servem – a qual se atribui o qualificador de robotizado.⁵

Trabalhando-se com a hipótese de que a realidade dos conflitos sociais, são bem mais complexas, multidimensionais e multifacetadas; possibilidades várias as quais refogem a capacidade de previsão, prognose ou do receituário com que trabalha o Sistema de Justiça estatal oficial – abstrato e genérico.

Por derradeiro, este trabalho tem o objetivo primordial de contribuir com o adensamento do tema, apresentar e desvelar o quanto essa crise de que se fala, em realidade se trata de uma crise paradigmática – o paradigma de sociabilidade regulatória – e não meramente de dinâmica procedimentais ou operacionais; não sendo passível de reformas – as quais, como sugere Boaventura Santos (1989), apenas aprofundam a própria crise.

2. A MODERNIDADE E O PARADIGMA DE CIENTIFICIDADE QUE NEUTRALIZA O DIREITO

No primeiro ponto deste trabalho, busca-se analisar as bases estruturais e epistemologias do sistema em que se insere este paradigma de juridicidade simplifica-

4 ANDRADE, , Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003a; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ ICC, 1999.

5 Em alusão ao título que tem ligação com a obra literária de intitulada “Eu, Robô” (título traduzido) da obra de Isaac Asimov (1950) e com filme homônimo; o qual contribui para refletir sobre este texto, contribuindo com parte do título, mas apenas a título ilustrativo, não tendo qualquer relação direta com a análise teórica – apenas através de uma analogia aproximativa com relação a atuação da magistratura criminal que se faz extremamente programada (orientada pelo *second code*), técnico-mecânica e artificial.

dora e regulatória monopolizado pelo Estado e operacionalizado pelo Poder Judiciário. Para esta tarefa, conta-se com a contribuição de Michel Mialle, que analisa essa formação a partir de uma perspectiva crítica, apontando que a justiça ou o Direito (e não que sejam sinônimos) se forma (ou é formado) de acordo com a sociedade em que se insere e a partir dos modos de produção da vida social.⁶

Nesta linha, aponta-se como se dá a mudança entre o direito medieval (qualificado como bárbaro ou incivilizado) e que tinha como característica a descentralização e a não sistematização, com orientação fortemente religiosa. Essa dinâmica é característica de uma estrutura social própria, como aponta Antonio Carlos Wolkmer:

Tratava-se de uma sociedade estamental fundada na posse da terra e na produção econômica agrária, profundamente marcada por relações sociais de servidão (laços de subordinação pessoal entre suserania e vassalagem) e por uma hierarquia de privilégios. Os limites da política e da juridicidade se definem tendo por base a propriedade da terra, a forte relação de dependência e os estreitos vínculos comunitários. Já, n que tange à organização do poder senhorial, o sistema feudal compreende tanto uma descentralização administrativa quanto uma fragmentação e pluralismo de centros de decisões. O pluralismo político medieval se dá mediante a infinita multiplicidade de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos [...] o pensamento ideológico medieval é calcado na concepção corporativa da vida social, valorizando os fenômenos coletivos e os múltiplos corpos sociais, cada qual com sua autonomia interna para as funções políticas e jurídicas, mas dispostos a colaborar com o conjunto e dele participar solidariamente.⁷

6 Referência esta que se propõe a elucidar uma equivocada concepção que se tem da obra de Marx, que se refere a todas as relações políticas, econômicas e sociais, assim como as instituições referentes a sociedade e as relações que nela se desenvolvem, assim como, também, a ideologia dominante que legitima e operacionaliza essas relações e a manutenção delas, sendo essa a ideia de meios de produção da vida social, e não puramente a linha economicista (de forma unidimensional) que costumeiramente se atribui a obra de Marx – sendo, todas as formas de produção da vida social, incluindo pessoas e instituições assim como a relação de poder entre elas, que envolve, sim, a questão econômica, mas não só, também a dimensão política, social, cultural e jurídica. Cf. MIALLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito*. Lisboa: Estampa, 2005.

7 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994. p. 23

Paradigma de sociabilidade este, que como aponta A.C. Wolkmer, sofreu uma gradual mudança que se estende do século XIII ao XVII⁸ a tendo como estandarte legitimante o discurso do direito natural que contribui, ao fim e ao cabo de uma extensa, profunda, e complexa mudança social, política, ideológica, jurídica e cultural, a inauguração da modernidade.

Como apresenta Michel Miaille (2005), a ideia de centralização da atuação jurídica, sua codificação (dando início ao império da lei – *lato sensu*), rompendo com o fundamento religioso e atribuindo validade e legitimidade ao sistema a partir de uma suposta essencialização de direitos e sua garantia-defesa – a partir de um discurso intencionalmente idealista.

De outro lado (o lado não dito desta ideologia) serve como uma dupla estratégia: (i) estratégia de ocultação – tendo em vista que, o discurso da igualdade preconiza que todos seriam portadores desses direitos e deveres, sendo, em realidade uma estratégia que oculta a classe ou o grupo que se beneficiaria com a nova estrutura político-social e jurídica que se organiza por trás destes conceitos e proposições pretensamente neutros que tem como importante definição a ideia de liberdade – a qual era necessário a fim de romper com a estrutura parasitária e que beneficiava uma fatia da sociedade a partir do trabalho dos demais (inclusive a burguesia que via sua potencialidade lucrativa avançar); e ainda, (ii) a estratégia de arma de combate – tendo em vista que esta argumentação é a standardização do arcabouço teórico que propõe a derrubada da sociedade feudal e sua estrutura dividida por benefícios (os quais a burguesia não alcançava), assim, suas instituições definidas como arcaicas e que supostamente não dariam mais conta da sociedade que se complexificava, abrindo-se a produção e comércio; ampliando e intensificando as relações, necessitando de uma gestão sócio-jurídica mais organizada (e centralizada) calcada na igualdade – argumento com que se consegue o apoio popular necessário a mudança social complexa.⁹

Após cumprida a tarefa de subversão da estrutura societária feudal, entre os séculos XVIII e XIX, passa-se a uma mudança dentro do próprio paradigma burguês. Essa, uma mudança de menor impacto, que não alcança a estrutura, tendo em vista que a nova roupagem, ainda na contemporaneidade remonta a alguns discursos de orientação jusnaturalista como ferramenta discursivo-legitimante. Assim, verifica-se a escalada do constitucionalismo-positivista – ou se poderia dizer o golpe de ontologização da sociedade burguesa sob a centralidade regulatória do Estado que se tornam instituições naturais, sem as quais não se é possível viver – a partir do discurso hegemônico.

8 *Idem*.

9 MIAILLE, *Op Cit.*

A partir disso se exacerba o controle estatal e sob, a égide da teoria positivista, que tem como postulados epistemológicos a pretensão de neutralidade e universalidade – no caso do direito se reflete como uma separação e isolamento/blindagem da ciência jurídica em relação a outras ciências e disciplinas; e, na sua operacionalidade verifica-se a preponderância do tecnicismo-formalista que abstrai os antagonismos sociais e preconiza a aplicação cega, e se poderia dizer, acéfala da lei.

No que diz respeito a problemática criminal, e nesta fase analítico estrutural, importante trazer um pouco do nascimento do sistema penal, na sua formatação moderna, como se a conhece. Traz-se a análise e entendimento da formação do complexo sistema penal moderno, a partir da estruturação de dois grandes sistemas materiais e simbólicos, que se encerram e guardam fundamento/origem na Escola Clássica e na Escola Positivista.

Nesta linha, no que diz respeito à Escola Clássica, que é responsável aos primeiros esforços em torno da sistematização do conhecimento da ciência penal, direcionando seus esforços em entender o fato delituoso e assim, classificá-lo; tendo, com isso, obtido o reconhecimento e o estatuto de cientificidade para a disciplina que se ocupada do estudo do delito, com todo seu aparato conceitual e autossuficiência/fechamento epistêmico, assim escreve a professora Vera Regina Pereira de Andrade, no que diz respeito aos principais elementos caracterizadores dessa escola que remontam ao seu principal expoente Cesare Beccaria:

A Escola Clássica, porque condicionada pelo jusracionalismo, estava ainda distante das exigências que o paradigma dogmático impôs no Direito privado e iria impor no Direito Penal. Mas, por empenhar-se na construção jurídica (embora com fundamentos extrajurídicos) dos limites do poder punitivo em face da liberdade individual, constitui a herança mais próxima em cuja linha sucessória, enraizada no Iluminismo, o paradigma dogmático virá a se consolidar.¹⁰

Ainda, importante ainda trazer alguns elementos sobre a escola positiva, que posteriormente e herdando os elementos construídos no bojo da Escola Clássica, passa a se preocupar eminentemente com a compreensão, categorização e classificação do indivíduo delinquente, pois, acreditava-se que este poderia ser inteiramente categorizado e conceituado; tendo em vista que o delito era entendido como ontológico e natural. Escreve Vera Regina pereira de Andrade sobre os constructos da Escola Positiva e a etiologia criminal de Cesare Lombroso:

10 ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 74

A especificidade da escola Positiva que, modelando o paradigma etiológico segundo a qual a criminologia definida como ciência causal-explicativa do fenômeno da criminalidade (com emprego do método experimental e de estatísticas criminais), assume a tarefa de explicar as causas do crime e de prever os remédios para evita-lo.¹¹

Assim, partir de um resumo da historicidade do saber penal, suas estruturas simbólicas e conceituais, bem como suas dinâmicas de procedibilidade¹², permite-se dizer que, a partir de um amorfoso de sentidos e teorias, que a modernidade ocidental tenta atribuir o caráter de naturalidade e ontologização surgem os dois principais elementos estruturais que, modernamente, conformam o sistema penal; tendo se formado pela estrutura conceitual em torno do delito como fato antissistêmico que concentrou os estudos da Escola Clássica, posteriormente, a Escola Positivista que concentrou os estudos na figura do autor do delito como uma figura plenamente discernível e combatível – conformando o espectro do *mal* objeto das políticas criminais.

Nesta linha, a partir do agregado de signos e símbolos, da materialidade que se operacionaliza a partir da oficialização e centralização fornecida pelo Estado e suas estruturas de burocracia e de todo processo simbólico de difusão ideológica e legitimação surge a monstruosidade do sistema penal.

Este é o contexto estrutural e epistemológico em que se dá a construção do que se entende por uma cognição regulatória e punitiva, passa-se à análise de tal problemática da contemporaneidade.

3. O *SECOND CODE*, A PROGRAMAÇÃO DA DOGMÁTICA BURGUESES-POSITIVISTA E A RETÓRICA GARANTISTA PSEUDO-HUMANISTA

Dando continuidade na análise, aborda-se o Poder Judiciário e a dogmática jurídica no centro desse sistema sociopenal. Trazendo uma breve apresentação desta

11 *Ibidem*, p. 75

12 Tendo em vista que remontar de forma pormenorizada a historicidade do pensamento e das ciências penais não é o objeto central deste trabalho, mas sem um breve resgate não se faria possível, remete-se a leituras que aprofundaram o tema. Assim, para saber mais ver ANDRADE, *Op Cit.*; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ ICC, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia Da Libertação* - Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

estrutura penal vigente de matriz dogmático-positivista, Vera Andrade (2008) aponta a construção dessa dogmática e do moderno saber sociopenal, que, na estrutura jurídica brasileira culmina com a adoção do modelo de Arturo Rocco¹³ (que deu origem ao código Rocco de 1940), importado da Itália fascista e que preconiza a tecnicismo instrumental e uma tentativa de conciliar os postulados da criminologia clássica e positivista, com os novos imperativos teóricos, e político-sociais da modernidade, tais como a sua adequação do liberalismo e centralização estatal, bem como ainda o discurso pseudo-humanista e garantidor vinculado aos direitos humanos ocidentais e suas promessas; racionalizador de uma operatividade que se propõe universalizante, integrada e tecnicamente neutra – a promessa da (falsa) segurança jurídica.

Essa estrutura material e simbólica que sua adoção e aplicação na América Latina, a professora Vera Andrade resume nos seguintes termos:

A dogmática penal, portanto, desde a sua gênese alemã e italiana, até hereditariedade que em Latino-América e Brasil alcançou como uma ciência sistemática e eminentemente prática, ao serviço de uma administração racional da justiça penal, que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais. Podemos demarcar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida a qual denominamos função instrumental racionalizadora/garantidora [...] o discurso dogmático, enquanto conjunto de representação e símbolos, conforma um imaginário ou senso comum idealizado e neutralizador do sistema penal: coloca em circulação social o ideário e a crença na segurança jurídica, contendo a uma só tempo, uma dimensão (positiva) de produção de sentido e uma dimensão (negativa) de ocultação/inversão.¹⁴

Na mesma linha escreve Lola Anyiar de Castro:

Nas sociedades contemporâneas, existe o império da razão instrumental, isto é, uma única preocupação com a resolução dos problemas técnicos entre meios e fins, sem a análise da racionalidade dos fins. Os indivíduos internalizam a razão instrumental e se identificam com os interesses tecnicistas do sistema. O positivismo é a consagração teórica dessa razão instrumental não só porque

13 Saliente-se ainda, que este modelo tem como antecedentes os alemães de Karl Binding e Franz von Liszt, preconizando a ciência penal totalizadora e integrada, capitaneada pela dogmática pela e imbuído obviamente dos postulados do positivismo jurídico e do liberalismo burguês; para saber mais ver: ANDRADE, 2003a; 2008.

14 ANDRADE, 2009, p.169-170

utiliza a metodologia das ciências naturais, mas porque faz dessa metodologia o único critério de cientificidade e de verdade.¹⁵

A partir desta estrutura material e simbólica que se preconiza – erige e procedimentaliza o suposto sistema de garantias (SG),¹⁶ apresentado por Luigi Ferrajoli (2002), que conceitua como:

O garantismo penal é, antes de tudo, um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, baseado em uma epistemologia convencionalista e que comporta refutações (ou declarações de falsidade), tornada possível pelos princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdicionalidade. É, além disso, um modelo estrutural de direito penal caracterizado por alguns requisitos substanciais e por algumas formas procedimentais em grande parte funcionais a tal epistemologia: como a consequencialidade da pena ao delito, a exterioridade da ação criminosa e a lesividade de seus efeitos, a culpabilidade ou responsabilidade pessoal, a imparcialidade do juiz e sua separação da acusação, o ônus acusatório da prova e os direitos da defesa. Em todo caso, não garante a justiça substancial, que em sentido absoluto não é deste mundo e em sentido relativo é questão de conteúdos legislativos, e, por isso, de escolhas políticas em ordem de bens jurídicos e interesses que se devam tutelar penalmente e aos meios punitivos justificáveis com tal fim; senão apenas a justiça formal, isto é, se não excluem, pelo menos reduzem ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio do direito penal. Esta justiça formal, ao coincidir com a segurança e/ou a verdade legal das decisões jurisdicionais, é, contudo, o pressuposto necessário, ainda que insuficiente, de qualquer arremedo de justiça substancial.¹⁷

Verifica-se esse discurso como uma tentativa de atribuir a crise sistêmica do sistema penal (que em realidade é o seu sucesso) a uma suposta falha operacional, sendo assim, apresenta-se como uma nova tentativa reformista e (re)legitimante. Entende-se tal postura, como aponta Michel Miaille “acreditar que se possa estudar

15 DE CASTRO, 2005, p. 60

16 Que pode ser resumido em um rol principiológico: 1- *nulla poena sine crimine*; 2 – *nullum crimen sine lege*; 3 – *nulla Lex sine necessitate*; 4 – *nulla necessitas sine injuria*; 5 – *nulla injuria sine actione*; 6 – *nulla actio sine culpa*; 7 – *nulla culpa sine iudicio*; 8 – *nullum iudicium sine accusatione*; 9 – *nulla accusatio sine probatione*; 10 – *nulla probatione sine defensione*. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora RT, 2002. p. 74-5).

17 *Idem*, p. 135

um mundo de puras formas, sem nunca as referir aos conteúdos socioeconômicos, de que elas são a expressão, é pura ilusão para os juristas mais honestos ou pura hipocrisia para os juristas que conhecem as realidades que as formas escondem”,¹⁸ tendo em vista que, não obstante toda a boa intenção que este rol de garantias possa pretender erigir, este não questiona um sistema que é eivado de vícios na sua origem teórica, no seu substrato fundamental de legitimidade e validade.

Assim, se permite compreender esse esforço reformista de orientação garantista, com sua pretensão (pseudo) humanitária, e eivado do vício – que não é procedimental, mas epistêmico – da orientação da eficiência tecnológica (mecanicista).

Assim, neste intento de compreender e desvelar essa operacionalidade punitiva – que se faz a partir da pretensa racionalidade utilitário-regulatória moderna – que não se dá apenas no plano macro e superestrutural da epistemologia, mas que se procedimentaliza de forma muito concreta a partir das agências estatais centralizadoras.

Por isso é interessante retomar Antoine Garapon (1997) que contribui imensamente para compreender o Poder Judiciário que é uma figura central nesta estrutura e como instituição historicamente determinada em um projeto de engenharia social e de um paradigma de sociabilidade opressora e que tem nesta instituição a figura do árbitro dos antagonismos sociais, mantendo-os em níveis calculáveis, por uma dinâmica de cálculo atuarial de riscos sociais e, sobretudo, sistêmicos, em uma clara perspectiva de eficiência tecnológica – visando a manutenção ordeira do *status quo*. Assim, traz o processo histórico e também uma análise teórica acerca das simbolizações, estruturas conceituais com que trabalha e as quais sustentam o Poder Judiciário como figura centralizada e estatizada responsável por uma suposta resolução de conflitos de forma científica (mecânica) e pretensamente neutra. Inicia o autor escrevendo:

O acusado é então esmagado pelo cerimonial concebido para o manter ao abrigo da justiça popular e a festa transforma-se numa ordem para matar simbólica, visto que a paixão popular é demasiado forte e o temperamento dos juízes demasiado débil. Nesse caso, dir-se-ia, do que é que estamos a espera para pôr fim a esses ritos tão perigosos! A verdade é que as emendas tentadas, quer se tratasse da justiça informal ou da intrusão dos meios de comunicação social, mostraram ser mais nocivas do que o próprio soneto.¹⁹

18 MAILLE, *Op. Cit.*, p. 298

19 GARAPON, Antoine. *Bem Julgar*: ensaio sobre o Ritual Judiciário. Lisboa: Inst. Piaget, 1997. p. 20

Nesta linha, Garapon aponta o Poder Judiciário, ou mais comumente a Justiça Estatal Oficial Moderna como uma figura que pode ser analisada e reconstruída em todas as suas manifestações, em uma breve releitura:

(a) *o espaço judiciário* - como aponta o autor, foi erigido a partir da ritualística de origem sacro-religiosa, locais sagrados onde era declarada a Justiça divina, um verdadeiro local interdito às pessoas, onde só se podia adentrar quando se era chamado (obrigado).

Entretanto, modernamente os ambientes do Poder judiciário, ainda que erigidos a partir da ideia de laicidade, mantém essa tradição de locais interditos, sobre os quais paira um ambiente coativo, e sob os indivíduos os quais pende a ameaça da coação e da força institucional estatal, que é representada pela instituição judiciária. Assim escreve Antoine Garapon:

O palácio da justiça coloca-se assim disponível, desde os finais do Antigo Regime, para qualquer outra expressão de soberania que não a do monarca. É por isso que se converte sem dificuldade no Templo da Lei. Esta linguagem simbólica era indispensável à teoria revolucionária da lei, que fazia dela – o meio da arquitetura social. Era através dela que se iria construir a democracia. Alias os laços entre revolução política e arquitetura parecem ser profundos [...] a ideia democrática nascente vai criar uma estreita ligação entre legislação e arquitetura, construção de um espaço público e edificação da sociedade.²⁰

Essa ideia é importante, do Poder Judiciário como estrutura que é erigida paralelamente com a concepção de Estado como instituições centralizadoras da organização político-social e da gestão dos conflitos; e, ambos, se encontram na nascente da sociedade moderna, ou seja, são responsáveis (ou, pelo menos, em grande medida contribuem) com a revolução política – e sociocultural – burguesa e o seu paradigma de engenharia social; questão que é reafirmada em toda a obra – *bem julgar; ensaio sobre o ritual judiciário*.²¹

(b) *o tempo judiciário* – no que diz respeito ao tempo, Garapon (1997) chama de *não-tempo*, tendo em vista que é um tempo diferente, nem mais rápido, nem mais lento, simplesmente um tempo próprio; o tempo do ritual judiciário, de descobrir a verdade, ao menos a que importa e é relevante diante dos fatos e do contexto apresentados e a partir do critério de seleção ordenado pelo império da lei e da ritualística

20 *Ibidem*. p. 33

21 *Idem*.

laico-sacra;²² na mesma esteira escreve François Ost, “o direito institui um tempo próprio pela força de seus performativos”.²³ Já Antoine Garapon é emblemático quando fala na capacidade do Judiciário em romper o tempo quando escreve:

O espetáculo do processo dá ao mal um rosto – o do acusado –, à violência um quadro – o do confronto agonístico entre os argumentos da defesa e os da acusação – e à unidade um símbolo – a sentença. Ao reconstruir estes três movimentos – o caos, o confronto e a resolução –, leva à cena o próprio drama da vida política, do viver em conjunto.²⁴

Demonstra-se quão redutor de complexidades é concepção de tempo e dos elementos que compõem a complexa trama real da vida em sociedade, reduzindo o infrator de uma norma ao rosto do mal; o conflito a um quadro, que obviamente não tem condições de enquadrar todas as nuances e elementos em seu foco, simplesmente enfocando os elementos que lhe são necessário para uma legítima (ainda que essa legitimação seja forçada de cima abaixo pela institucionalização da resolução de conflitos); e, como se a resolução de conflitos ficasse encerrada em uma prolação de sentença. Demonstrando-se que a vida moderna é permeada de fantasias, ou como a própria retórica jurídica institucional comumente utiliza, ficções.

(c) *os atores judiciários* – neste ponto o autor traz outras questões importantes para a presente análise, fala-se de um suposto processo distanciamento a fim de permitir a neutralidade, elementos estes positivados em todos os códigos burgueses da modernidade.²⁵ Distanciamento esse que se dá em todo um aparato material e simbólico que separam o indivíduo julgado que se encontra naquele ambiente como objeto (com grande possibilidade de intervenção forçosa), material desde as vestimentas que identificam desde os serventuários de menor escalão com seus uniformes identificados, até a autoridade máxima com sua toga; ou mesmo simbólica que vai desde os momentos apropriados para a palavra que se faz em um verdadeiro interdito tácito, até mesmo o próprio ato de fala, seu vocabulário e tom que imprime a autoridade

22 Ainda que tal terminologia pareça e remeta a um paradoxo, tendo em vista a tentativa de conciliar dois elementos total e frontalmente opostos, no que diz respeito ao Poder Judiciário, parece adquirir significação própria, tendo em vista a origem e a atualidade, permeada de tradição, em meio a um discurso moderno-científicos, mas que encontra legitimidade e força na sua carga histórica e religiosa de seus ritos, de onde retira a sua força e até mesmo um tom de naturalização.

23 OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 46

24 GARAPON, *Op Cit.*, p. 71

25 Refere-se, a título exemplificativo, os institutos do *impedimento* e *suspeição* que são demonstrativos dessa adoção de pretensão de neutralidade.

com que se fala, e que reprime desde já ao profano²⁶ que está naquele ambiente como estranho. Nesta linha Garapon é enfático:

O processo é assim associado a um colete-de-forças simbólico que inibe o acusado. Enquanto que, no mesmo lado da barra, as personagens do coro estão unidas por uma mesma vestimenta e, no outro lado, o público constitui uma massa, o acusado, esse está isolado. Está fechado num pequeno cercado elevado em relação ao público, o banco dos réus, onde se encontra exposto ao olhar de todos. O acusado é a única personagem permanente do processo que não veste toga. Está a civil, envergando muitas vezes m fato penitenciário demasiado largo ou apertado, no qual não se sente à vontade. Não pode, evidentemente, cobrir a cabeça e deve, em qualquer caso, apresentar-se com um aspecto decente. [...] a solidão que então envolve o acusado, a nudez relativa que lhe é imposta, são como que duplicadas por uma certa desigualdade. A sua identidade é continuamente referida [...].²⁷

Antoine Garapon, em sua descrição das funções e objetivos os quais o Poder Judiciário como instituição centralizadora e responsável pela resolução técnica e humanizada dos conflitos, resume:²⁸

Como se pode pretender servir de mediador sem pertencer a outra natureza que não a daqueles que procuram unir? Para triangular as relações sociais, o juiz deve situar-se à margem do mundo. Ele só pode ordenar as relações desse mundo assinalando, simultaneamente, o seu distanciamento em relação ao mesmo. O distanciamento do ritual judiciário foi já assinalado em muitas ocasiões: ruptura do espaço judiciário com o espaço quotidiano, ruptura do tempo do processo com o tempo quotidiano, ruptura do sujeito judiciário que, ao vestir a toga, se torna uma pessoa alegórica, etc. A figura do terceiro é frequentemente associada a proibição do incesto.²⁹

26 Expressão que se refere ao indivíduo externo ao mundo jurídico e que não conhece suas dinâmicas.

27 GARAPON, *Op. Cit.*, p. 108

28 Inclui ainda, análise sobre a toga, o gesto e o discurso judiciário que complementam a ideia do Poder Judiciário como complexa estrutura de gestão de poder Cf. GARAPON, 1997.

29 GARAPON, *Op. Cit.*, p. 102

A partir dessa análise se permite dizer que este Judiciário – como instância de aplicação de demonstrações de poder, tendo sido explicitado seu processo histórico formador e seu contexto epistemológico, assim como orientações políticas e ideológicas e sua função de reprodução e potencialização (e não resolução) dos antagonismos sociais –, é orientado pelo que a professora Vera Regina Pereira de Andrade (2003 a) chamou de uma metaprogramação, ou o *second code* da atuação do sistema penal.³⁰ Para tratar dessa metaprogramação, que diz respeito a real funcionalidade e intencionalidade do sistema penal na sociedade moderna, necessário analisar e retomar os fundamentos da pena: a prevenção geral e especial. Sobre esses elementos recai toda a legitimação do sistema, e também, a partir dos quais se verifica a falácia teórico-discursiva e desnuda-se a metaprogramação que lhe orienta.

Nesta linha, de forma breve e sumária, traz-se primeiramente, a prevenção geral e seu potencial pseudo ou a discursiva intencionalidade dissuasória; assim Vera Andrade (2003a) aponta como sendo a sua real e latente função a gestão diferencial dos indivíduos e suas ações definidas e qualificadas como delituosas, quando em discurso se pretende diminuir a delinquência através da ameaça de aplicação da lei penal (pretensão que fracassa) e em realidade se tornando uma importante estrutura material e simbólica de governabilidade perversamente seletiva na qual tem especial sucesso, como aponta Frédéric Gros (2001) – punir é defender a lei. Assim escreve Vera Andrade:

Enquanto do saber jurídico o sistema recebe o instrumental conceitual para delimitar as decisões judiciais em torno da conduta do autor em relação ao fato-crime e o discurso de legitimação pela legalidade; do saber criminológico recebe o instrumental conceitual para decisões judiciais e penitenciárias fundadas na pessoa do autor e o discurso de legitimação científico-utilitarista, isto é, da defesa social contra a delinquência. O exercício de poder do sistema – a seleção de pessoas – não se desenvolve, portanto, não obstante essa contradição, mas dede o seu interior, isto é, através dela.³¹

E ainda, em segundo, a questão da prevenção especial, a partir da qual a professora Vera Regina Pereira de Andrade (2003 a) demonstra claro que não se

30 Entendido este como complexo que compreende o direito penal, a criminologia positivista e a política criminal, todas com a sua função no interior e na dinâmica do sistema; sendo o direito penal responsável pela sistematização das normas incriminadoras (e processuais), a criminologia positivista responsável pela construção do saber científico legitimador; e a política criminal responsável pela organização e planejamento da atuação repressiva.

31 ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 256

trata como o pretense discurso técnico garantista e humanizador se propõe, mas sim operacionaliza o *second code* com que trabalham; o código da seletividade e da neutralização de uma minoria perigosa que não fazem parte da sociedade de consumidores e que necessitam da aplicação da lei penal, como forma de reinserir e duplamente reafirmar a vigências das leis e valores desse mercado de sociabilidade; e ainda, para Frédéric Gros (2001) – punir é recordar a lei.

Nesta linha esta prevenção especial, não se faz apenas no cumprimento da pena – a qual tem sido severamente rebatida em decorrência da criminalização secundária e da construção de carreiras criminosas –, mas também na aplicação da lei pela polícia e pela magistratura criminal, que aplicam essas supostas definições técnico-legais permeadas pelo discurso de suas garantias apenas a uma minoria de indivíduos (autores específicos de) condutas subsumidas na definição do tipo penal criminalizador demonstrando que são orientados pelo *every days teory* e o senso comum no que diz respeito à criminalidade e sua origem etiológica assim como a função de defesa social dessas agências; permitindo que ingresse no *dark number* (cifra negra) a grande maioria dos fatos enquadráveis a esta definição e sendo justamente essa seleção o sucesso do sistema penal no seu processo de construção social regulatório-punitivo e não seu fracasso, como a auto-imagem legitimadora postula. Assim escreve Vera Andrade:

Trata-se, portanto, de uma matriz fundamental na produção (e reprodução) de uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade e do criminoso vinculada aos baixos estratos sociais que condiciona, por sua vez, a seletividade do sistema penal, num círculo de representações extraordinariamente fechado que goza de uma secular vigência no senso comum em geral e nos operadores do controle penal em particular.³²

Assim, que a partir da construção teórica de Vera Andrade (2003a), se trabalha com as funções não declaradas, as reais e latentes do sistema penal a partir de suas agências oficiais – a gestão das ilegalidades criando o delito e um paradigma de sociabilidade regulatória ameaçadora e punitiva como função real da prevenção geral; e, a aplicação seletiva da lei penal pelas instâncias policiais, judiciais e penitenciárias isolando certos indivíduos como função real da prevenção especial. A essa lógica de funções latentes de sucesso (ou sua metaprogramação) e do insucesso das funções

32 Ibidem. p. 271

declaradas a que a autora³³ atribui a denominação de operacionalidade de eficácia invertida.

Neste sentido, fazendo-se uso novamente da dissecação que Vera Regina Pereira de Andrade³⁴ faz do controle sociopenal moderno, imperioso apontar os principais elementos que identificam esta estrutura repressiva incumbida de produzir a segurança e a defesa social; que na realidade reproduz e autolegitima a violência e a reprodução de infrações e seus autores (*hostis*). Assim se traz os seguintes elementos como caracterizadores do sistema penal contemporâneo que se propõe garantista e (pseudo)humanitário:

(1) *controle centralizado racionalizado e burocratizado* – elementos que se conseguiu a partir da centralização do controle social a partir da figura do Estado e a construção jurídica legitimadora do monopólio do poder/dever de punir;

(2) *categorização e profissionalização* – responsável e necessária tendo em vista que o sistema penal, a partir do processo de burocratização e mecanização científica de matriz positivista necessitava de sujeitos aptos a movimentar essa máquina; assim como também permite, e faz-se uso frequentemente – ainda que esteja sob forte ataque da crítica e pareça internamente incongruente – da categorização de sujeitos criminalizáveis e puníveis, sendo resquícios ainda fortes e vívidos da etiologia criminal e de um classicismo que opõe os operadores da máquina e os que são objetos de intervenção da máquina punitiva;

(3) *segregação* como resposta penal hegemônica – tendo se tornado a resposta penal prioritária, tendo em vista que o avanço da crítica e também do próprio paradigma dominante com a seu discurso pseudo-humanista que não podiam mais tolerar as execuções ou punições realizadas em espetáculos públicos;

(4) *a mente* como objeto do poder de punir – passa-se de uma intervenção do corpo do indivíduo infrator à mente deste indivíduo que passa a ser objeto de docilização e cooptação ao *modus vivendi* burguês; muito embora tal questão seja imensamente questionável, tendo em vista as dinâmicas e os objetivos não ditos, como o simples isolamento de indivíduos supérfluos e indesejados;

Esse é o resultado do tecnicismo efficientista dogmático imbuído de boas intenções que se define como pseudo-humanitarismo burguês moderno.

33 ANDRADE, 2003^a.

34 *Idem*.

4. [...] O MUNDO É MAIOR (E MAIS COMPLEXO) QUE SEU GABINETE³⁵

Neste último trabalha-se na perspectiva de apontar o quanto esse paradigma de juridicidade unidimensional centralizado nas agências oficiais de recrutamento e pautado pelo ideário positivista burguês, ainda que imbuído do pseudo-humanitarismo garantista é utilitário ao próprio sistema e arbitrário com os indivíduos envolvidos, suas histórias e contextos sociais. Nesta linha que o paradigma de sociabilidade moderna substitui a política pelo direito e a partir da orientação jurídica de viés positivista e racionalista que resume o direito na sua aplicação da lei e centralizado na juridicidade estatal como instância privilegiada, tornando-se o principal ente regulatório.

Assim escreve Foucault sobre a função deste ideário cultural que é resultado da racionalidade tecnicista moderna, como pretensa ferramenta de engenharia social:

As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividades, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade.³⁶

Assim, a partir das contribuições de Michel Foucault³⁷ que analisa a questão da verdade, objeto central para compreender a dinâmica de juridicidade moderna (e de todo paradigma regulatório moderno centrado no que define como poder-saber), tendo sido a partir do alvorecer da modernidade que se dá por encerrado o paradigma de sociabilidade arcaico ou medieval, e com ele as dinâmicas de resolução de conflitos que lhe era peculiar e que prescindia de uma figura detentora do poder centralizador, assim como de uma única versão ou manifestação da verdade.

35 Subtítulo que parafraseia o título da música, “o mundo é maior que o teu quarto” da banda originária do Estado do Rio Grande do Sul na década de 80, denominada TNT, e que tem como compositor Charles Master.

36 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nua Editora, 2003. p. 11

37 *Idem*.

Michel Foucault³⁸ argumenta ainda que não apenas muda a dinâmica de resolução de conflitos com a criação do Estado e do Judiciário, mas toda sua estrutura material e simbólica que, influenciados pelo tecnicismo iluminista e sua busca pela verdade, que tem como figura arquetípica a instituição do inquérito,³⁹ e que se transformou na maior busca e também no bem mais precioso dessa estrutura reguladora – o monopólio da verdade – o poder-dever de dizer o direito.

Assim se constitui o poder-saber configurador ou performativo, que permite ao Poder Judiciário (ou o paradigma de juridicidade que se resume a instância jurídica segundo Miaille)⁴⁰ configurar simbólica e materialmente as relações modernas a partir de sua dinâmica abstrata, genérica e pretensamente universal que a partir da ótica monista se manifesta como uma verdadeira e arbitrária castração da realidade externa multifacetária e multidimensional que não comporta esse juízo simplificador de definição de verdades únicas, fechadas.

Nesta linha escreve Nils Christie acerca desse processo de construções de verdades únicas e como esse processo se dá a partir de uma estratégia de irrelevância programada para que se possa subtrair as particularidades e especificidades das relações, dos indivíduos transformando-os em casos homogêneos perfazendo-se, assim a universalidade regulatória simplificadora:

Portanto, a lei formal não pode levar tudo em consideração. Torna-se necessário eliminar a maioria das circunstâncias que orbitam o ato para que se possa criar casos presumidamente iguais ou análogos. A esse processo se dá o nome de eliminar o que é irrelevante. Mas definir o que é irrelevante é uma questão de juízo de valor. Para criar a igualdade, é, pois, necessário criarem-se regras para a irrelevância. Trata-se de uma irrelevância dogmaticamente definida.⁴¹

38 *Idem.*

39 Que na definição do autor, “vai ser a substituição do flagrante delito. Se, com efeito, se consegue reunir pessoas que podem, sob juramento, garantir que viram, que sabem, que esta a par; se é possível estabelecer por meio delas algo que aconteceu realmente, ter-se-á indiretamente, através do inquérito, por intermédio das pessoas que sabem o equivalente ao flagrante delito” (FOUCAULT, 2003, p. 72), ou seja, uma forma de reconstrução parcial da realidade, que a partir do reconhecimento judicial se torna o fragmento relevante da verdade.

40 Miaille, *Op. Cit.*

41 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nua Editora, 2003. p. 119

Na mesma linha aponta Eugenio Raul Zaffaroni, sobre a atuação desse Poder Judiciário opressivamente configurador:

A intervenção – nos poucos casos em que a agência judicial é chamada a decidir em função do processo de seleção realizado pelas agências não judiciais – pauta-se, portanto, em categorias abstratas que impedem contatos com a realidade conflitiva social dentro da qual a agência deve decidir. O conflito social – e cada delito é um conflito social – perde-se (como, por definição, já está perdida uma parcela do conflito, com a supressão da vítima como protagonista) em uma pauta decisória, apta apenas a trabalhar com abstrações dedutivamente encadeadas às necessidades da função legitimante (ou justificante) do sistema penal.⁴²

Além de programado epistemologicamente para a supressão das complexidades humanas e relacionais, e assim, imprimir seu *second code* punitivo, seletivo e genocida.⁴³

Por isso se questiona e busca desvelar a postura da instância judiciária punitiva (como resultado da metaprogramação manifestada na seletividade e isolamento), como sendo a estrutura incumbida da humanização da resolução de conflitos a partir de um código ou rol principiológico (que se crê – de forma otimista ou ingênua – das melhores intenções), sem se alterarem as bases epistemológicas que orientam esse complexo sistema de controle social e regulador (e não resolutor de conflitos), e, sobretudo, a partir unicamente da estrutura judiciária como *locus* privilegiado, remontando que esta estrutura é fruto da modernidade, e, portanto, uma estrutura que é resultado de seu contexto político e ideológico.

A partir disso, que essa descrença na proposta reformista do sistema sociopenal e da dinâmica judiciária de resolução de conflitos, pautada pelo sistema de garantias *ferrajoliano* por ser analisado e colocado em causa, a partir de uma pauta de interrogantes apontados por Antoine Garapon⁴⁴ na sua minuciosa descrição desta instituição altamente complexa, com funções e identidades históricas, além de constructos e operacionalidade materiais e simbólicos e que permitem colocar em causa a incapacidade desta instituição como única ou privilegiada instância de resolução/gestão de conflitos e ilegalidades: (i) quanto ao espaço – como a instituição/espaço que

42 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 183

43 ANDRADE, *Op. Cit.*

44 Garapon, *Op. Cit.*

se propõe como sendo o da construção social (engenharia), ainda como a única forma de resolução de conflitos de forma pacífica, segura e humanista, mas que guarda resquícios sacralizantes e interditos materiais e simbólicos opressivos? Legitimando a vingança de sangue e a violência oficializada a qual alega ter dado cabo; (ii) em relação ao tempo – se se propõe a adentrar e compreender o conflito, ou simplesmente legitimar a posição prévia do sistema institucional centralizador, visando enquadrar os fatos a sua moldura reducionista e legitimadora das suas (irre)soluções prontas?; (iii) no que diz respeito aos atores – se o distanciamento como forma de obter a almejada e discursada neutralidade legitimante não está simplesmente facilitando o cometimento de atrocidades sistêmicas, em abertas ilegalidade que são aplicadas aos objetos-humanos de intervenção, em prol de uma suposta defesa social?

Em resumo, um interrogante genérico, que coloca em cheque essa episteme hegemônica – se este pretensão tecnicismo cientificista da dogmática dá conta da realidade complexa que permeia os conflitos, e, principalmente, se leva em conta a demasiada humanidade de que é feito o homem (sujeito e objeto das relações conflituosas e a intervenção das agências oficiais) a quem estas estruturas materiais e simbólicas (resultado da engenharia social moderna) servirão de ferramenta, e isso para ambos os polos dessa complexa e intrincada relação?

A partir destes interrogantes, permite-se dizer e remontar ao professor Luiz Alberto Warat (1994), pois, já apontava que a estrutura de juridicidade monopolizando o poder de dizer o direito, de constituir a verdade e a única forma de gestão (engenharia) social e resolução de conflitos; tornaram-se um dogma, um mito, contra o qual se tem encontrado sérias dificuldades em subverter, tendo em vista que foram tornados ontologizados, naturalizados o Estado, o Judiciário e seu poder de definir a verdade e sua dinâmica performativa da realidade:

Já agora podemos redefinir o mito como produto significativamente congelado de valores com função socializadora. Em outras palavras, seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como venerem as formas de poder que engendram esta situação.⁴⁵

A partir disso, entende-se que estas garantias de neutralidade, operacionalizada em significativa medida a partir de um processo social e jurídico de homogenei-

45 WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: Interpretação da Lei - temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. vol. I. p. 103

zação poderia funcionar não fosse aplicada a homens e por homens (ou seja, como sujeito e objeto) em sua humanidade e falibilidade extremas, sendo um processo de garantias e de pretensa neutralidade que não conseguem ser aplicadas ou verificadas neste humano em que lhe há de mais falho, e assim, não consegue se dissociar de suas ideologias, de suas concepções políticas, de seus anseios sociais com expectativas frustradas e problemas mundanos, e também de sua carga cultural – não conseguindo ser esse sujeito deificado, mitológico ou mesmo robótico. Nesta mesma linha escreve Vera Andrade:

Mas, o objeto, aqui, deve ser entendido como referencial e sentido. Pois, evitando a tríplice atitude de toma-lo como coisa (coisificando-o), abstração (universalizando-o) ou dado (imutável), o homem é assumido em sua subjetividade, contextualização e devir. O homem é o ser humano de um tempo e lugar e tem história; é o homem concreto, material e existencialmente situado e ressituaado na dinâmica das relações humanas e sociais. É assim, que na obra de Baratta o próprio sentido do sujeito está a se redefinir, holisticamente, na trama da vida e dos reencontros das unidades separadas (em classe-gênero-raça) pela violência socioepistêmica da modernidade.⁴⁶

Diante desta proposta idealista e *talvez* cheia de boas intenções *com* um misto de *jusnaturalismo* operacionalizado por tecnicismos positivistas que o sistema de garantias *ferrajoliano* prevê e que a dogmática penal busca encampar e entoar como a grande pedra filosofal para os problemas da segurança pública e, sobretudo, para a crise que enfrenta o sistema penal – crises e reformismos que em verdade constituem o sucesso deste sistema e paradigma de regulação social em constante transmutação para se manter da mesma forma –, que este trabalho se propõe a desvelar as contemporâneas manifestações de defesa social e punitivismos disfarçados de pseudo humanitarismos, ou pelo menos colocar em suspenso e em interrogação (dúvida), o que, por si só já rompe com a dinâmica de certezas ontológicas e fabricadas pelo paradigma de juridicidade positivista tecnicamente garantista.

Por isso que se entende, que, para além da eficiência tecnológica, é necessário uma estrutura material e simbólica democrática e ética para solução de conflitos e que se comprometa com as complexidades humanas, relacionais e conflituais que são multidimensionais e multifatoriais reapropriando os indivíduos do protagonismo nos

46 ANDRADE, 2002, p. 200

conflitos interconectando as histórias, as múltiplas verdades, que todas fragmentárias e complementares.

Assim, entende-se que o mundo é maior e mais complexo que seu gabinete (ou tribunal) que tem sido a única instância de fabricação de decisões, de produção de verdades pelos detentores do monopólio do poder-saber e da violência, e que se pauta por uma cognição técnica, mecânica e fragmentária típica da jurisdição monista moderna redutora de complexidades e que se utiliza do argumento estratégico do sistema de garantias como forma reformista e de legitimação do sistema de juridicidade monopolista simplificadora.

5. CONCLUSÕES

Primeiramente, salienta-se que com este trabalho não se propõe a apontar respostas a complexa problemática da juridicidade, mormente no que diz respeito a crise de cientificidade vivida pelo sistema penal, em sua manifestação judiciosa que é a magistratura criminal e sua atuação monista técnico-mecânica e seu discurso pseudo humanista.

Propõe-se, com esse trabalho, apresentar ampliar as dúvidas, com mais interrogantes, questionando a validade do conhecimento unidimensional produzido por essa instância, permitindo, assim, algumas chaves para a reflexão em torno da agencia judicial, sua atuação, legitimidade e eficiência. Preconizando-se, sobretudo, o aprofundamento e desvelamento dessa crise que vive o sistema penal, tendo em vista que se verifica, justamente, que esta crise não é uma problemática transitória, ou mesmo operacional e procedimental, mas que ela é imanente ao próprio sistema, que em realidade, não é seu fracasso, mas sim, seu sucesso.

E ainda, que tal crise não é um privilégio (ou fardo) da face punitiva do Estado, mas de todo seu paradigma de juridicidade reducionista, genérico, abstrato e com pretensão de validade (fragmentada e homogeneizante) universal. Sendo, na esteira proposta por M. Miaille,⁴⁷ nada além do que o resultado de uma sociedade polarizada, e que tem toda a sua construção e constituição material e simbólica como fruto dessa ambivalência que se operacionaliza a partir do que Michel Foucault⁴⁸ define como poder-saber – em uma complexa relação de troca e permeabilidade. Um poder-saber que se faz a partir de lugares comuns, instituições a que submete toda a sociedade – em uma atuação performativa – a sua imagem e semelhança hegemônica e burguesa.

47 Miaille *Op. Cit*

48 Foucault., *Op. Cit.*

Desta feita, a crise do paradigma de juridicidade é uma crise da epistemologia dominante, a crise do modo de produção da vida social, cuja estrutura regulatória centralizada estatalmente é um importante pilar que contribui com a sustentação desta superestrutura.

Nesta linha, é imperioso o reencontro com os indivíduos, com os rostos, as falas, as (des)vivências dos indivíduos que historicamente tem sido vítimas desse paradigma de juridicidade e engenharia social; sujeitos que foram alijados do próprio processo histórico, e tornados meros objetos de intervenção multiadjetivada, como penalizadora, purificadora, reeducadora, ressocializadora e todas as propostas *re* que a modernidade tem sido prodiga em legar.

Propugna-se por um processo de microprodução das relações jurídicas, de juridicidades alternativas, de resoluções de conflitos; empossando os indivíduos da capacidade de produzir de forma múltipla as próprias soluções, multiplicidade que também é verificada nas demandas, nos conflitos, e que a unicidade e engessamento do paradigma oficial não dá conta.

Assim como, e por fim, o reconhecimento dos mais variados processos de juridicidades alternativas e resolução de conflitos que já existem nas sombras do mundo moderno, e que, por não adotarem as fórmulas tradicionais da lei não são reconhecidos como dinâmicas de juridicidade. Rompendo-se com esse formato de juridicidade encerrado na proposta-ideologia positivista constitucionalista liberal burguesa, que de tantas garantias, respostas prontas e prognoses, se esquece da realidade das relações jurídicas e das pessoas – reais e imperfeitamente humanas – que existem atrás delas e à frente do próprio sistema.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003a.
- _____. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 b.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia Da Libertação* - Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ ICC, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nua Editora, 2003.
- CHRISTIE, Nils. *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora RT, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nua Editora, 2003.
- GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o Ritual Judiciário*. Lisboa: Inst. Piaget, 1997.

- GROS, Frédéric. *Os Quatro Centros de Sentido da Pena*. In: GARAPON, Antoine. Et All. *Punir em Democracia: e a Justiça Será*. Lisboa: Inst. Piaget, 2001. pp. 11-138.
- LARRAURI, Helena Pijoan. *La economía política del castigo*. In: revista electrónica de ciencia penal y criminología. V.11. jun, 2009. pp. 6-22.
- _____. *Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo*. Revista Ius et Praxis. Año 4, n. 2. Talca/Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998. pp. 27-64.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito*. Lisboa: Estampa, 2005.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- _____. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Editora Cortez, 2000.
- _____. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Editora Cortez, 2006.
- _____. *Sociología Jurídica Crítica: para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid/España - Bogotá/Colombia: Editorial Trotta / ILSA, 2010.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei - temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. vol. I.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994.
- _____. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da antiguidade classe à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- _____. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Capítulo 68

PRISIÓN EN REVOLUCIÓN: UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL CASO VENEZOLANO (1998-2012)

Sonia Boueiri Bassil¹

“El papel de un intelectual no es decir a los demás lo que deben hacer; ¿con qué derecho sería este su papel?...El trabajo de un intelectual no consiste en modelar la voluntad política de los demás, sino en interrogar de nuevo las evidencias y los postulados, cuestionar los hábitos, las maneras de hacer y de pensar, disipar las familiaridades admitidas, retomar la medida de las reglas y las instituciones...”

Michel Foucault

1. INTRODUCCIÓN

Nos recuerda Roberto Bergalli que “el control jurídico-penal en las sociedades que poseen una organización jurídico-constitucional y un estado de Derecho, nace de la institucionalización normativa... (). Por tanto, las normas penales se convierten en un aspecto central aunque propedéutico al estudio del sistema de control jurídico-penal...”². En las siguientes líneas ensayaremos un análisis crítico sobre nuestro sistema de control jurídico-penal, con énfasis en la legislación penitenciaria, durante estos últimos 14 años de historia venezolana. Para esta encomienda es menester introducir, aunque de manera intermitente, algunas pinceladas sobre el contexto de país que acompañó y *marcó* este devenir. Hay que advertir que en esta reconstrucción existen una cantidad considerable de piezas en un escenario socio-político intenso y controvertido, que hacen difícil visualizar e interpretar nuestro mapa legal-penal; no obstante es esa misma circunstancia, junto a la carencia de estudios sistemáticos sobre

1 Profesora titular en la Escuela de Criminología de la Universidad de Los Andes de Mérida, Venezuela. Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco y Master Internacional en Sociología Jurídica, España. Es coordinadora del Grupo de Investigaciones Criminológicas y mantiene líneas de investigación sobre el acceso a la justicia, sistema penitenciario, entre otros. E-mail: sboueiri@ula.ve

2 BERGALLI, 1989: 272-273

el tema, lo que justifica este esfuerzo. Intentemos entonces armar el rompecabezas de los cambios en *revolución*.³

Llegando a final del siglo XX, Venezuela se precipitaba hacia una anomia con visos de desintegración nacional. La inflación, por ejemplo, llegó a 103%. En 1998 la pobreza relativa aquejaba al 50,4% de los venezolanos; de 100 niños en edad escolar sólo 44,7 asistían a la escuela y de cada mil que nacían vivos, morían 21,4 antes de cumplir un año.⁴ Durante la llamada IV República (período comprendido entre los años sesenta a los noventa), la crítica más dura sobre la administración de justicia recaía, sin duda, sobre el retardo procesal en el área penal. Se llegó al extremo de mantener a más de 80% de los presos sin sentencias, hacinados en condiciones infrahumanas. Lo peor, en palabras de Gómez Grillo, es que desde años atrás (1958), “el 95% de la población penal está constituida por esos *pobres diablos*: campesinos, obreros no calificados, marginados, que en un setenta por ciento ni siquiera han terminado la educación primaria elemental y cuyos ingresos económicos son bajos. Más que el delito, esos desdichados pagan en la cárcel su debilidad económica, social y jurídica...”⁵.

El 11 de abril de 1998, aún siendo candidato, Hugo Chávez presenta una especie de programa político al que denomina “Revolución Democrática” (Chávez, 1998), en donde habla de la “Transición posible”, ya que el desarrollo de los acontecimientos sociales, económicos y políticos en Venezuela había sobrepasado un horizonte de ‘no retorno’.⁶ En este primer programa Chávez proponía combatir la pobreza con base en un modelo de desarrollo humanista (educación, salud pública y seguridad social), y asegurando un ingreso real para la familia venezolana. En cuanto al tema de la *seguridad pública*, Chávez afirmará que ésta tiene un sustrato social y económico que se alimenta de los grandes desequilibrios macro-sociales. Por ello, se requiere de un conjunto de políticas a corto, mediano y largo plazo pero que, por encima de todo, sancione eficientemente la trasgresión de la Ley, respetando los derechos humanos de las víctimas y sus victimarios. Teniendo presente que en la medida

3 En esta oportunidad retomaremos algunas de las reflexiones que hicimos años atrás y que fueron recogidas en dos artículos: “¿Reformando la pena?: Cambios políticos y las nuevas (viejas) contradicciones legislativas en Venezuela.” (Boueiri, 2002) y “Reproblematizar la cárcel en Venezuela”. (Boueiri, 2006).

4 BRITTO GARCÍA, 2008

5 OLASO, 1987: 475

6 Un segundo programa, que se acoplará al anterior en sus puntos fundamentales, se denominará Líneas Generales del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2001-2007.

en que se atiendan los desequilibrios macro-sociales se producirá una transformación positiva de la sociedad que limitará el delito, sin embargo, será siempre necesario que el Estado atienda la seguridad del ciudadano como prioridad para facilitar cualquier proceso de cambio. Se rechazarán, dijo, los procesos de control masivo que, lejos de producir una efectiva reducción del delito, golpean a los sectores menos favorecidos de la sociedad. Agregará que, prioritariamente, se agilizarán los procedimientos jurisdiccionales para evitar la situación actual de excesivo retardo y corrupción.

Al poco tiempo de ganar Chávez la presidencia se instala la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 (ANC) como primera promesa electoral cumplida y herramienta política para efectuar los cambios radicales que ameritaba el país. Se reactivaba entonces el ideal de construir un sistema de justicia verdaderamente justo, democrático, participativo, moderno, igualitario, no represivo ni discriminador, comprensivo de las desigualdades sociales; éstas eran las ideas que alimentaban -desde sus inicios- el discurso de los actores políticos del *cambio*. Este mismo lenguaje se mantuvo, durante la labor constituyente. Se trataba, pues, de arraigar la idea de la necesidad de generar un nuevo país, una nueva legislación que reivindicara a las masas populares históricamente desfavorecidas y sustituir al que había sido instrumento para tal fin: el Derecho.

Ante la tragedia social y vergüenza nacional en que se fueron convirtiendo las cárceles venezolanas modernas, la Asamblea Nacional Constituyente, con poder originario para “refundar” la República de Venezuela, aprobaría el 12/08/99, inmediatamente a su instalación, un decreto de reorganización de todos los Órganos del Poder Público Nacional, atribuyéndose la potestad de intervenir, modificar o suspender a cualquiera de ellos, según su criterio. Basándose en el artículo único del mencionado decreto y en el Estatuto de Funcionamiento de la ANC, su primera acción concreta fue decretar el 19/08/99 la emergencia judicial que incluía, entre otras tareas, la intervención emergente del régimen penitenciario “para lograr una profunda reestructuración del funcionamiento de los establecimientos penitenciarios”, mientras se trabajaba en el modelo jurídico que definiría al nuevo sistema penitenciario nacional, en crisis desde hacía tiempo.⁷

El trabajo legislativo de la ANC fue muy intenso, las reformas en materia penal y penitenciaria no fueron la excepción. Sus miembros, elegidos por voluntad popular, parecían estar especialmente sensibilizados con este tema. Acariciaban, de nuevo, la tesis que la cárcel es una especie de ventana que permite observar

7 Para profundizar se puede ver Venezuela 2000 y 2000a.

el reflejo de lo que ocurre en la sociedad. Si el país cambiaba, el sistema penal y penitenciario debía ser objeto de reformas profundas. Cárcel y cambio, justicia y reforma, inspiración presente que animó los primeros pasos constituyentes..., poca ayuda en realidad para repensar, o mejor dicho, pensar por primera vez (y rápidamente), en la función social del sistema penitenciario en nuestro país. Oportunidad histórica de oro alimentada por el extraordinario huracán político de esos tiempos.

2. NOTAS SOBRE NUESTRO SISTEMA JURÍDICO-PENAL PARA 1999

La Constitución Nacional de 1961⁸, vigente hasta diciembre de 1999, no otorgaba rango constitucional al sistema penitenciario como tal; regulaba, sólo en algunos artículos dispersos, aspectos tales como: la inviolabilidad del derecho a la vida y, por tanto, la prohibición de la pena de muerte (art. 58); la prohibición de incomunicación, tortura, etc. a las personas sometidas a restricciones de libertad (art. 60, ordinal 3). Igualmente, este artículo prohibía en su ordinal 7 las penas perpetuas o infamantes y fijaba el tope de las penas restrictivas de libertad a un máximo de treinta años de prisión. Orientaba también las medidas aplicadas sobre los sujetos considerados “en estado de peligrosidad” hacia la readaptación con fines de convivencia social (ordinal 10). En su artículo 236, ordinal 24, la carta magna -hoy derogada- atribuía al poder nacional la competencia de la legislación reglamentaria en materia penitenciaria. Nada más significativo hay que decir en esta materia ya que la Constitución Nacional de 1961 delegaba prácticamente la definición del modelo penitenciario nacional a otras leyes, en otras palabras, guardaba silencio.

Con respecto a las leyes sustantivas, previo a las reformas efectuadas por la ANC, el Código Penal vigente para la fecha⁹ contaba con 357 artículos destinados a la previsión de delitos y penas aplicables; a pesar que la legislación contemplaba penas no corporales como la multa, caución de no ofender o dañar, entre otras, en 35 casos se aplicaba el presidio, en 143 la prisión y en 29 el arresto, o sea que la privación de libertad en sus tres variantes, presidio, prisión y

8 Venezuela, 1961

9 Que data de 1926, modificado en 1964, básicamente para agravar la penalidad de ciertos delitos y elevar a 30 años el límite superior de la privación de libertad.

arresto, se aplicaba a 207 casos. Esto demuestra que nuestro sistema represivo se apoya[ba] casi exclusivamente en la privación de libertad, concebida ésta con carácter retributivo...”¹⁰. Sobre la cárcel, como sanción predilecta, reflexionará el intelectual francés Michel Foucault: “¿Cómo podría dejar de ser la prisión la pena por excelencia en una sociedad en que la libertad es un bien que pertenece a todos de la misma manera y al cual está apegado cada uno por un sentimiento ‘universal y constante’? Su pérdida tiene, pues, el mismo precio para todos; mejor que la multa, la prisión es el castigo *igualitario*”.¹¹ No obstante, en Venezuela se revelarían las más graves discriminaciones sociales en la aplicación “igualitaria” de la ley penal. La prisión constituyó no sólo el castigo más usual sino, y a la vez, el de aplicación más discriminatoria.¹²

En cuanto a las leyes adjetivas o procedimentales, ya para el 1 de Julio de 1999, había entrado en plena vigencia un nuevo Código Orgánico Procesal Penal, el COPP.¹³ El mismo había sido sancionado en enero de 1998, sustituyendo al viejo Código de Enjuiciamiento Criminal. Consagró la presunción de inocencia y el estado de libertad como premisas fundamentales del proceso penal, suplantando el modelo inquisitivo por el acusatorio oral. Se incluye en él una institución de vital importancia para el mundo penitenciario al cual se le otorgan amplios poderes: el juez de ejecución de sentencia. Al respecto señala el artículo 479 del mismo: “El tribunal de ejecución controlará el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario”; se le atribuyen, por tanto, deberes tales como: conocer todo lo relacionado con la libertad del penado, rebaja y extinción de penas, suspensión condicional de la ejecución de las mismas, determinación de lugar y condiciones de cumplimiento de la pena o medida de seguridad, redención de la pena por el trabajo y el estudio, acumulación de penas, entre otras. Se judicializa, de esta forma, la fase ejecutiva del proceso penal atribuyendo el seguimiento en el cumplimiento de la sentencia a un actor particular quien velará por el mejor destino del condenado en su *proceso rehabilitador y de reinserción*.

Es importante resaltar que el COPP se adelantó, casi premonitoriamente, a la tendencia que contendría la Constitución Nacional de 1999, en el tema de la

10 LINARES, 1981: 30

11 FOUCAULT, 1975: 234

12 Ver, por ejemplo, los propios estudios realizados por el Estado como el Diagnóstico socio-demográfico de la población penitenciaria de la República Bolivariana de Venezuela 2010-2011.

13 Venezuela, 1998

prevalencia del estado de libertad como regla. Con el COPP se regularizó la llamada privación preventiva judicial (mientras dura el proceso), cuyo abuso y mal uso en Venezuela constituía una tremenda aberración: para el día 03/03/1999, según datos suministrados por el Ministerio de Justicia, existían en el país 14.153 procesados dentro de los centros penitenciarios nacionales y 9.444 penados. Esta cantidad exagerada de procesados, en encierro, que sin saberse culpables o inocentes estaban cumpliendo pena y sin posibilidades de recibir beneficios por su calificación misma de procesados, constituía la cara menos justificable de la desgracia penitenciaria.

En cuanto a las leyes especiales en la materia, de manera muy sucinta, mencionaremos a la Ley de Régimen Penitenciario del 1961 (parcialmente reformada en 1981), creada para regular a personas condenadas estableciendo una serie de medidas de pre-libertad a partir del cumplimiento de un cuarto de la pena impuesta. Desde su aparición se consideró como una ley de avanzada inscrita dentro de las corrientes rehabilitadoras de la pena, regulando la clasificación y corrección, educación, trabajo y relaciones penitenciarias, consagrando la especialización del personal técnico, etc. (Venezuela, 1981). Se puso en vigor también un Reglamento de Ley de Régimen Penitenciario en fecha 07/10/75; un Reglamento de Internados Judiciales del 02/09/75 que regulaba el trabajo de las personas en proceso. También una Ley de Redención de la Pena por el trabajo y el estudio del 15/08/93, restándole al recluso un día de pena por cada dos de trabajo o estudio; una Ley de beneficios en el proceso penal con figuras como las del Sometimiento a Juicio, Corte de la Causa en Providencia y la medida de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Todas estas leyes especiales, sumadas al COPP, intentaban, de alguna forma, evadir, restringir y/o limitar el paso por la cárcel, haciéndole contrapeso al Código Penal. Hay que agregar que todas estas leyes suplían, de alguna u otra forma, el silencio reflejado en la Constitución Nacional de 1961.

En resumen, si tuviéramos que representar en escena el comportamiento de las leyes penales que coexistían justo antes de la puesta en marcha de las reformas constituyentes en el país, veríamos -en un mismo teatro- a la Constitución Nacional, como un monje silente; en la puerta principal, a un carcelero, obsesionado por meter a todo el mundo dentro de los muros (Código Penal), junto a él, en la puerta paralela, un portero desviando el rumbo de los imputados hacia otro 'destino' (COPP), y adentro, en la puerta de atrás, otros tantos intentando sacar al mayor número posible de las rejas (leyes especiales penitenciarias y las de "beneficios"). Sin duda, todas ellas en convivencia, conformaban un mapa

legal-penal poco coherente para un aficionado lector de las políticas públicas en cualquier país. Describamos, ahora, la historia más reciente en búsqueda de la tan “anhelada coherencia”: la historia de los *cambios en revolución*.

3. REFORMAS LEGISLATIVAS EN EL SISTEMA PENAL A PARTIR DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999: I Y II PERÍODOS PRESIDENCIALES DE HUGO CHÁVEZ (1999-2001 Y 2001-2007)

La nueva carta magna aprobada en referendo constitutivo nacional el 15 de diciembre de 1999 incluye formalmente, y contrario a la anterior, al sistema penitenciario como elemento integrador del sistema de justicia (art. 253) y le da rango constitucional en su artículo 272, el cual define un modelo más claro a seguir, minimizándose así (en teoría) las posibilidades de contradicciones en el resto del ordenamiento penal. Amplía, además, las posibilidades en el tratamiento del problema penitenciario y cambia de manera ‘radical’ uno de los paradigmas establecidos: que la pena privativa de libertad tenga que ser siempre la ‘actriz principal en la obra’. Esto señala el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias y se registrarán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general se preferirán en ellos el régimen abierto el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. *En todo caso, las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria.* El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.¹⁴

Los principios e imperativos incluidos en este nuevo artículo, por tener rango constitucional, constituyen el norte, la guía con carácter jerárquico superior a otras leyes nacionales en dicha materia. En él, hay algo que merece especial comentario,

14 Venezuela, 2000b, resaltado nuestro.

la expresión humanista e imperativa: *en todo caso, se aplicarán preferentemente las formas de cumplimiento de penas no privativas de libertad, sobre las de naturaleza reclusoria*, nos recuerda la afirmación de Michel Foucault: “La prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos: ya se los aísla en celdas, o se les imponga un trabajo inútil, para el cual no encontrarán empleo, es de todos modos no ‘pensar en el hombre en sociedad; es crear una existencia contra natura inútil y peligrosa’; se quiere que la prisión eduque a los detenidos; pero un sistema de educación que se dirige al hombre, ¿puede razonablemente tener por objeto obrar contra lo que pide la naturaleza?”¹⁵. Así pues, el artículo 272 orienta al camino de la cárcel como última opción, como queriendo decir que ‘es mala’, que no sirve para lo que dice servir y por tanto ‘hay que evitarla’. No obstante, paradójicamente, el mismo artículo reproduce todo un modelo constitucional orientado a la rehabilitación que encaja con la descripción foucaultiana de la cárcel ‘inútil’ (trabajo, estudio, especialistas), pero que a la vez se constituye en la guía del ordenamiento jurídico y de la política criminal del país. Ciertamente el artículo 272 CRBV reafirma, la ‘confianza’ en el papel “rehabilitador” de la cárcel, pero, al mismo tiempo, ordena evadirla porque no cree en ella.

Ahora bien, la norma constitucional ordenaba el progresivo desarrollo de un ordenamiento legal-penal proclive a que el nuevo esquema de cumplimientos de penas no privativas de libertad se desarrollara. No obstante, los únicos cambios subsecuentes efectuados en el Código Penal¹⁶, y que están contenidos en la Ley de Reforma Parcial del Código Penal del 20 de Octubre de 2000 (Venezuela, 2000d), se redujeron a cuestiones tan puntuales como incluir algún otro tipo penal (desaparición forzosa de personas), aumentar las penas (privativas de libertad) en delitos como el porte ilícito de armas, entre otras. Nada se hizo aquí para restarle protagonismo a la privación de la libertad como regla, es más, se reforzó este modelo eliminando beneficios para algunos delitos. Cabe entonces la pregunta, ¿Por qué se perdió una oportunidad histórica para hacer cambios profundos en el ‘viejo’ Código Penal y adaptarlo al nuevo modelo constitucional? Si ponemos la lupa a eso que se ha llamado “la cultura legislativa de la emergencia” nos acercáramos, al menos, a una comprensión parcial del asunto. Los 11 artículos (10 de fondo) que contiene esta reforma parecieran querer dar respuesta a problemas socialmente relevantes para la época.

Muestra representativa de lo anterior fue el caso de las denuncias sobre desapariciones forzadas de personas sospechosas de vandalismos en manos de cuerpos militares que custodiaban la zona en el Estado Vargas, mientras existía un Estado

15 Foucault, 1975: 270-271

16 Venezuela, 1964

de emergencia producido por la tragedia natural de diciembre de 1999, lo que fue reseñado ampliamente por los medios de comunicación en los meses siguientes, reconociendo el Estado que algunos casos fueron producto de ajusticiamientos. Esto causó un fuerte repudio ante la opinión pública, sobre todo si tomamos en cuenta que la república emergente se erigiría sobre el principio de respeto absoluto a los derechos humanos tan violados por la IV República. Estos acontecimientos parecerían haber dado origen a la inclusión, pocos meses después, del artículo 181-A de la mencionada reforma que impone un castigo de entre 15 a 25 años de presidio a “La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona... Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada”.

Por otra parte, durante el año 2000 se produjeron aproximadamente 40 secuestros en todo el territorio nacional generando un clima de ‘zozobra’ aunado al revuelo sensacionalista que crearon algunos medios de comunicación social, especialmente en los casos de desaparecidos de renombre. La Comisión Legislativa Nacional quiso afrontar la situación añadiendo una disposición, al mismo artículo, incluyendo la desaparición forzada de personas producida por grupos terroristas o subversivos. Para ellos igual pena de presidio. Todos los culpables señalados por este artículo no podrán gozar de beneficio alguno, salvo los que, habiendo participado en los hechos, ayuden al esclarecimiento del caso o reaparición de la víctima. Caso similar ocurrió con los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la citada reforma del Código Penal, los mismos se referían al comercio, porte, uso, etc. de armas de fuego, como respuesta a la “delincuencia desbordada” de esos meses. La respuesta legislativa, por supuesto, no se hizo esperar: ¡prisión a los culpables! Así por el estilo, prácticamente todas las reformas efectuadas al Código Penal tenían relación directa con hechos que causaron, y aún causan, conmoción social.

La promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela coincidió con el advenimiento de un nuevo sistema procesal penal —el sistema acusatorio que contenía el COPP— que se introduciría como nuevo modelo de justicia penal durante la década de los 90’ y primeros años del 2000 en la región, y que era definitorio para el mejor cumplimiento de las garantías del debido proceso, entre ellas, para el acceso a la justicia y para la racionalización del sistema penal. Según Rosales (2012), con el inicio de la aplicación del sistema acusatorio el encarcelamiento cayó de casi 24 mil personas a menos de 17 mil, bajando la tasa de encarcelamiento de 101 a 66 personas por cien mil habitantes. Este resultado no se había logrado a pesar

de las cien mil formas alternas otorgadas durante los ochenta ya que los procesos de criminalización reactivos y arbitrarios del sistema penal eran tan acentuados que las cárceles se volvían a llenar con facilidad. Esta situación perduró durante los noventa y sólo la implantación del COPP pudo modificar, pero con graves problemas de implantación porque durante esa década no se preparó al sistema penal para asimilar este cambio y el aparato policial de la época estaba acostumbrado a mantener un control reactivo y arbitrario, altamente lesivo de los derechos humanos.

El COPP logró para el 28/05/2000, al poco tiempo de implementarse, que la población procesada detenida fuera de 7.274, casi la mitad de la que existía antes de su aplicación. Aquí hay que acotar que el Código de Enjuiciamiento Criminal (sustituido por el COPP), no contemplaba esta forma abusiva de privación de libertad, por lo que, en principio, tendríamos que concluir que hubo voluntad política para liberar, con ocasión a la puesta en vigencia de una nueva legislación. No obstante este instrumento legal fue objeto de reforma de 6 de sus artículos a través de la Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, vigente a partir de 25 de Agosto de 2000 (Venezuela, 2000c). Es importante destacar el particular entorno social y político que acompañó a esta reforma tomando en consideración que, como lo explicáramos anteriormente, la población procesada detenida paso a reducirse casi a la mitad. Esta situación creó una sensación de angustia y alarma en el conglomerado social, magnificado su alcance muchas veces por los medios de comunicación social..., conduciendo sin basamento científico alguno, a generar una matriz de opinión pública, que señalara que el COPP había contribuido significativamente al aumento de los índices de criminalidad en Venezuela¹⁷. Un ejemplo de ello lo constituye la reforma del artículo 34, incluida en el artículo 1 de la nueva ley procesal penal, limitando que se otorgue sólo hasta un *acuerdo reparatorio* por imputado, lo que limita, no sólo las posibilidades de beneficiarse al inculpado, sino a la víctima, fortaleciendo el viejo esquema inquisidor que el propio COPP de 1998 intentaba superar y restringiendo los espacios en los que las partes tienen cierta intervención en la resolución de determinados conflictos que les afectan directamente.

También fue modificado, aunque superficialmente, el artículo 257, a través del art. 2 de la reforma del COPP de 2000, que a nuestro modo de ver reitera un error conceptual con respecto a la categoría de delito flagrante incorporado en el COPP de 1998. Veamos, en ambos se hace una especie de interpretación extensiva del delito flagrante a los efectos de privar de la libertad no sólo a los que “estén cometiendo o acaban de cometer un delito”, sino al que se sorprenda “a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instru-

17 HAN, 2001: 87

mentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor”. Es importante destacar que el término delito flagrante significa lo que se está ejecutando o haciendo en el momento actual. Se aplica sobre todo a los hechos punibles en el que el autor es sorprendido antes de huir, ocultarse o desaparecer, por lo que, además de considerar los enormes riesgos que implican las malas prácticas policiales en cuanto a detenciones abusivas y discriminatorias en el país, debemos criticar la categoría de *cuasi flagrancia* o *flagrancia posterior* por ser contraria a la esencia etimológica del delito categorizado como flagrante.

Las otras reformas efectuadas a este instrumento legal podrían resumirse como aspectos que restringen la libertad en el proceso y que nos recuerdan la tradición de detenciones abusivas en el país, tal como las que se podrían generar con la inclusión del aparte del artículo 3, que modifica al anterior artículo 259, que expresa: En todo caso, el juez de juicio a solicitud del Ministerio Público decretará la privación preventiva de la libertad del acusado cuando se presuma fundadamente que el acusado no dará cumplimiento a los actos del proceso, previo cumplimiento del procedimiento establecido en este artículo, entre otras nuevas inclusiones.

Sobre las reformas a Ley de Régimen Penitenciario efectuadas el 19/06/2000 (Venezuela, 2000e), ¿qué podemos decir? Una vieja ley reformada con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo e innovador modelo constitucional penitenciario, que no se adaptó a la oportunidad. Sólo cambia términos administrativos tales como: “Ministerio de Justicia” por “Ministerio del Interior y Justicia”, adecua las funciones del tribunal de ejecución (incluido por el COPP) a su articulado, sustituye el término formación ‘moral y cívica’ por formación ‘integral’, centro para ‘anormales’ por centros ‘psiquiátricos’, entre otros. En cuanto a las cuestiones más “importantes” tenemos, por ejemplo, que los ejercicios físicos ya no serán obligatorios... En el artículo 1 de esta reforma se menciona que la reinserción social del penado constituye el objeto fundamental del período de cumplimiento de la pena, que deben respetárseles sus derechos humanos y los inherentes a su condición de penado, así como otros aspectos generales y meramente superficiales. Pero, ¿qué pasó con los otros imperativos establecidos en la nueva Constitución que deben desarrollar las leyes especiales relativas a la materia? Cualquier observador, altamente comprensivo, podría aceptar buena parte de la explicación frecuentemente dada en relación a que, luego de tres años, la revolución pacífica está aún en movimiento, que las leyes en esta materia están aún en formación y que a través de posteriores ajustes se enmendarán los errores y/o deficiencias normativas, productos tal vez de la intensidad y rapidez de las reformas. No obstante, asombra la reiterada “impericia legislativa” que reafirma el panorama de incoherencias y contradicciones ya establecido. Ahora pongamos la lupa en uno

de los proyectos legislativos aprobados que da cuerpo al mapa legal del sistema de justicia penal: la segunda reforma del COPP.

El 23/08/01 se introdujo el Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal para su discusión en la Asamblea Nacional, cuyo texto definitivo fue publicado en Gaceta Oficial el 14/11/01¹⁸. El Proyecto fue redactado por una Comisión Mixta designada para el estudio de este Código, el Penal y el Orgánico de Justicia Militar. En la exposición de motivos del primero de los proyectos de reformas entregados a la Asamblea Nacional, el COPP, se señala lo siguiente: “se hace impostergable efectuar una reforma penitenciaria que incorpore las nuevas tendencias criminológicas que garanticen la rehabilitación y reinserción social, tal como lo establece la Constitución”. Aunque, ante tan coherente afirmación, nos parece que lo conveniente era promulgar, en primer lugar, el Código Sustantivo Penal y no el adjetivo (procedimental), es plausible que su fundamentación se orientara a alcanzar coherencia jurídica y adaptación al texto constitucional. Ahora bien, veamos algunos de los argumentos que utilizó uno de los reformadores para sustentar los cambios: “Motivo de verdadera alarma y preocupación en la ciudadanía lo constituye, sin duda, la impunidad reinante en el país como consecuencia de la superposición de beneficios existentes para el otorgamiento de libertades...(…) Una de las fallas más importantes del COPP, en su versión original (1998), es la amplitud desmesurada de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso, las cuales en definitiva (...), se ha convertido en regla, que sustrae de la justicia penal la persecución de hechos graves, lo que se traduce en manifiesta e inmoral impunidad (...) Se impone por tanto, restringir esas fórmulas, para que responda a las consultas formuladas, a la experiencia judicial en la aplicación del Código y al tratamiento de esas instituciones en el Derecho Comparado”¹⁹. Como conocedores de la materia nos corresponde preguntar ¿A qué consultas, experiencia judicial y derecho comparado se refiere para sustentar este tipo de propuesta? ¿Qué quieren decir con ‘amplitud desmesurada’ de las fórmulas alternativas de prosecución del proceso? Cuando mencionan la frase “inmoral impunidad”, ¿se refieren a los casi 7.000 detenidos que salieron libres “gracias al COPP” o a los funcionarios que los retuvieron injustamente durante tanto tiempo violentando el principio de procesamiento en libertad? Y por último, ¿qué paso con la adaptación constitucional que intentaba desarrollar el texto?

Las reformas efectuadas fueron, sin duda, complejas y de fondo, y sin ánimos de desmerecer las bondades que el mismo aporta y mantiene del ahora “viejo COPP”, podríamos afirmar que su esencia, a todas luces, se reduce a que todas las

18 Venezuela, 2001

19 Venezuela, 2001a, negritas nuestras

modalidades de libertad anticipada contenidas en las distintas leyes que regulan al sistema de justicia penal van a ser restringidas, de manera tal que el reo podrá recibir algún beneficio una vez que haya cumplido la mitad de la pena que le corresponda. Así se razona en la exposición de motivos del citado proyecto: *“en la presente reforma se ha comenzado por racionalizar las funciones del juez de ejecución...”*. *“Se racionaliza también lo relacionado con la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, estableciéndose que en todo caso, y salvo el régimen de progresividad previsto en la Ley de Régimen Penitenciario, el tiempo redimido se computará una vez que se haya cumplido la mitad de la pena impuesta... De igual manera se establece que sólo se tomarán en cuenta los trabajos y estudios realizados dentro del penal... Se incorpora, en el Código Orgánico Procesal Penal, debidamente normada, la institución de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, estableciendo los requisitos y condiciones para su otorgamiento, el régimen de prueba, el término de la suspensión que no será mayor de tres años, y las causas de revocatoria, limitándose la concesión del beneficio a delitos graves, a la condición del cumplimiento efectivo de la mitad de la pena. Esta inclusión en el presente Código determina la derogatoria de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal”* (Idem). Nos parece, en este caso, que las tendencias reformistas se explican por sí mismas y que tanta “racionalidad” poco coincide con el texto constitucional. No obstante, tiempo después se produjeron acciones por parte de la Defensoría del Pueblo que favorecieron la derogación por parte de la Asamblea Nacional del artículo 493 del COPP que había sido incorporado con esta reforma y que limitaba las posibilidades de formas alternas al encarcelamiento a los penados.

Una de las reglas fundamentales vinculadas al principio de inocencia, que había fortalecido el COPP de 1998, era la de juzgar en libertad a aquellos a los que se le imputa participación en hechos punibles durante el proceso, salvo contadas y razonadas excepciones claramente establecidas. A tal efecto la privación de libertad se considera una medida cautelar que se aplica cuando las demás se consideren insuficientes para asegurar los fines del proceso. En todo caso, se establecía una restricción del tiempo de privación de libertad que no podía exceder del límite de la pena mínima establecida para cada delito, ni exceder de dos años. La reforma de 2001 mantuvo estos principios pero añadió un aparte en su artículo 244 que establece, excepcionalmente, que el Ministerio Público o el querellante puede solicitar al juez de control una prórroga que aunque no podrá exceder de la pena mínima si podrá superar el tiempo límite de dos años. Volviendo a la obra de teatro, ciertamente han contratado a más ‘carceleros’, la prisión vuelve reforzada -oficialmente- al escenario penal.

Es por ello que muchos estudiosos de la materia, como Rosales (2012), llegaron a afirmar que la reforma del COPP del 2001 supuso volver a *policializar* la justicia penal, devolviéndole al aparato policial el predominio que tenía en el pasado,

con la argumentación del aumento de la delincuencia y de estar actuando con mano firme para controlarlo. Junto con la Fiscalía, vuelven a administrar castigos que recaen principalmente contra los más vulnerables, no necesariamente por cometer los delitos más graves sino por su mayor vulnerabilidad.

Resumiendo hasta ahora el panorama reformista del mapa legal-penal a partir del proceso constituyente: tenemos el mismo teatro de contradicciones e incoherencias, con casi los mismos actores, a quienes se les ha cambiado vestimenta y alguna escenografía, esto a pesar que la Constitución había establecido claramente el norte que no siguieron. Lo más paradójico de esta hiperactividad legislativa, casi paranoica, desde que comenzó el proceso constituyente, fue que era secundada por un discurso radical de cambios dirigido -obsesivamente- hacia un fin: ‘acabar con la impunidad y la delincuencia desbordada en el país para que los ciudadanos de bien puedan, al fin, vivir seguros, aunque para ello haya que cambiar todas las leyes que fueran necesarias’; este es el mensaje que emanaba de los actores centrales del oficialismo con responsabilidad directa sobre las reformas legislativas descritas. No obstante, estas reformas (más las que vendrán a desmontar el sistema acusatorio), no hicieron más que avivar la crisis penitenciaria a pesar de los múltiples esfuerzos y loables intenciones de algunos funcionarios y el grueso de los entes públicos. Veamos cómo continuó la ola reformista.

A partir del 2005 hubo otras reformas penales como la del Código Penal, con 38 artículos que aunque el Presidente Chávez vetó se terminaron sancionando con algunos ajustes. Algunas de estas incorporaciones punitivas terminaron de mejorar los principios constitucionales del juzgamiento en libertad, atentando también contra las medidas alternas al encarcelamiento de condenados. También se aprobó una ley antidrogas (2005), básicamente por presiones internacionales y para estar a tono con la “guerra contra las drogas”. Luego vino la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada²⁰ y la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Venezuela, 2007). Con esta hiperactividad legislativa quizá se pretendía generar una sensación de estar poniendo mano dura a la inseguridad, mientras objetivamente ésta fue aumentando. Hay que resaltar que para estas alturas existía un bajo nivel de confianza de la población en el órganos de administración de justicia, especialmente para denunciar como lo reveló el estudio de la Comisión de Reforma Policial²¹, quien documentó para 2006, 70 por ciento de no denuncia. Con la divulgación de los resultados de la encuesta de victimización de 2006, se llegó a conocer un dato revelador sobre la disparidad entre el volumen de denuncias sobre secuestros,

20 Venezuela, 2005

21 Conarepol, 2006

que oscilaba durante todos esos años entre 200 y 450, y que en la práctica arrojó una cifra de casi 8.000 casos, principalmente de la modalidad llamado secuestro exprés, pudiendo concluir que apenas el 5% de los secuestros son conocidos, advirtiendo sobre el desconocimiento de la realidad en la formulación de políticas públicas de seguridad. Esta investigación también incluyó un estudio de percepción policial con la que los funcionarios venezolanos daban cuenta de sus prioridades de intervención. Resultó paradigmático observar cómo en un país con una altísima tasa de homicidios, secuestros, robos, la prioridad policial haya sido la cuestión de las drogas que ocupa el segundo lugar en volumen de personas encarceladas. En otras palabras, nuestra agenda de prioridades de actuación está contaminada o está carente de sustentabilidad científica.

Paralelamente, sobre la tragedia penitenciaria que sobrevendría a la violación de la regla del juzgamiento en libertad para los procesados como del otorgamiento de formas alternas al encierro para los penados, se fue haciendo énfasis excesivo en atribuir la responsabilidad al retardo procesal y no a las políticas erráticas de seguridad. Estas políticas tampoco fueron creando un ambiente de pacificación de los conflictos en el país ni dando respuestas a las víctimas de delito. Un ejemplo clarificador lo encontramos en la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Venezuela, 2007), que contempla una aberrada expansión del concepto de flagrancia (que la ley expande para considerar la denuncia dada 24 horas después y no en la intimidad sino en cualquier lugar y circunstancia). Se le ha criticado también porque desvirtúa el sentido emancipador de una ley importante al crear espacios para su utilización arbitraria y para el abuso policial, prestándose a usos para diversas situaciones de conflictividad que no corresponden a la discriminación de género, sino otros asuntos como los problemas entre vecinos, conflictos laborales, de tránsito y otros, en los que se abusa aludiendo “violencia psicológica” para aprovechar las “ventajas punitivas” de la ley.

4. REFORMAS EN EL SISTEMA PENAL A PARTIR DEL TERCER PERÍODO PRESIDENCIAL DE HUGO CHÁVEZ (2007-2013)

Ya para 2007 apenas el 9,4% de la población estaba en pobreza extrema (porcentaje que en los noventa estaba en 42,5%) y la pobreza relativa que aquejaba al 50,4% de los venezolanos en 1998 se había reducido a 33,7%. En 1998 el Índice de Desarrollo Humano de Naciones Unidas nos situaba en 0,691 y en 2007 nos instalaba en el Rango Alto de Desarrollo Humano con 0,878. Hacia 1988 el índice de Gini de desigualdad social era de 0,4865; en 2007 descendió hasta 0,4237.

A pesar de estos avances en lo socio-económico el sistema penal siguió mostrando una enorme hiperactividad policial que se transfiere al Ministerio Público perjudicando su capacidad de investigación decantándose luego cuando avanza hacia la justicia penal. Un ejemplo significativo de ello lo representa la persecución de los supuestos de violencia contra la mujer que ascendían en el 2008 a 28.986 casos conocidos, para después llegar a su término un pequeño porcentaje. De modo que casi toda esa hiperactividad se queda en los primeros pasos, en las detenciones y en la investigación que encarcela principalmente a procesados, cuyas detenciones pueden oscilar entre días y un año promedio, para luego diluirse en miles de sobreseimientos, que significan que no hubo delito o que se les caducó la oportunidad de establecerlo, a pesar de las prórrogas que recibe el despacho fiscal para investigar. Así pues, desde el 2007 hubo un abrupto crecimiento de la tasa de encarcelamiento que la hizo elevarse de un promedio de 77 por cien mil habitantes a 130, lo cual atenta contra cualquier política de mejoramiento del sistema penitenciario, especialmente en cuanto a infraestructura respecta, dado que es imposible seguirle el paso al aumento vertiginoso de la población penitenciaria con construcciones de establecimientos, cuando además por décadas se ha estructurado en pésimas condiciones que especialmente no están concebidas para procesados, así como tampoco el paradigma del cumplimiento de la pena dirigido hacia la rehabilitación y la reinserción social²².

El 12 de julio de 2008 ocurrió un hecho significativo. Con motivo de la inauguración de la Comunidad Penitenciaria de Coro, el Presidente Chávez hizo autocrítica sobre el poco avance que la Revolución Bolivariana había tenido en materia penitenciaria.²³ Un episodio que reafirmó su percepción fue el hecho de que se encontró con una reclusa que después de 20 meses aún no le habían dictado sentencia y cuestionó al sistema de justicia, sobre todo a la burocracia tribunalicia: los jueces. Recordó, además, una historia personal. Dijo el presidente: “Cuando yo estaba preso, oí los gritos de uno del piso de arriba, lo estaban matando..., casi estaba al alcance de mis manos y no pude hacer nada, lo mataron. Ahora siento que el problema ha estado al alcance de mis manos y no he podido hacer nada”.

En ese mismo acto el presidente del Fondo Nacional de Edificaciones Penitenciarias (FONEP), describía la nueva obra que inauguraban: costó 60 millones de dólares, posee 45 mil metros cuadrados de construcción para más de 800 reclusos. Contarán con herrería, costura, carpintería. Este nuevo centro penitenciario está basado en un proyecto español cuya tecnología fue adquirida por Venezuela. No

22 ROSALES, 2012

23 En adelante la autora utiliza una transcripción propia y fiel del mensaje oído en vivo por medio televisivo.

existen garitas, hay una torre que es el cerebro y a través de cámaras sabemos qué hace el preso. Hay un régimen donde el ocio se combate. Se promueve el derecho a la educación (hay aulas de estudio), al trabajo (hay talleres) y podrán producir dinero (caja de ahorro penitenciario). Sobre la ubicación del recluso, hay celdas de máxima para una persona, las de media con aproximadamente 3 personas. Esto se enmarca dentro del Proyecto de Humanización que se diseñó hace meses. Incluye un eje de formación de personal penitenciario. Agregaba el funcionario que se había aprobado la construcción de 15 comunidades como ésta (comunidades de producción socialistas). Hasta ahora se están haciendo 3 y espera que en 5 años todos los presos vivan en condiciones dignas. Refiere que en Venezuela existen otras figuras como los Centros de Tratamiento Comunitarios. Por último afirma, de manera increíble, que no tenemos estadísticas sobre rehabilitación/reincidencia en el país.

El presidente de la República insistió y agregaba en este mensaje transmitido por medio televisivo, en vivo a la nación, que es un reto para el socialismo cambiar esta realidad: “las cárceles son depósitos para pobres”. Chávez se interroga sobre el por qué, e intenta revelarlo utilizando el pensamiento del intelectual francés Michel Foucault, ya que había logrado leer extractos de alguno de sus textos. Explica, como parafraseándolo, *“como el capitalismo se basa en un conjunto de leyes injustas para mantener su dinámica, necesita de estas herramientas. Entre ellas está el derecho injusto. Al capitalismo le interesa que la delincuencia parezca algo continuo para legitimar un control permanente para justificar la protección de los ciudadanos, es decir, un control sobre los pobres. Los medios de comunicación relacionan a la delincuencia con las clases pobres. La oposición, a través de los medios de comunicación, vive presionando al gobierno, sobredimensionando el tema sobre la delincuencia para que el gobierno tome medidas represivas en contra de los pobres”*.²⁴

Según el Presidente de la República, Foucault critica a los que quieren cambiar el sistema ideológico sin cambiar la institución penitenciaria, también critica a los que quieren cambiar la institución carcelaria sin cambiar su ideología... *“La revolución ataca a las estructuras de poder allí donde están sus instrumentos”* y sobre este impresionante Centro Penitenciario que inaugura comenta: *“Aunque la jaula sea de oro, no deja de ser una prisión; convirtámosla en otra cosa y a los presos en otras personas que no sean presos. En el fondo, en las cárceles tenemos la oportunidad para transformar, desde las raíces, el sistema. Que sea el inicio de una transformación estructural que sirva para transformar, además, las bases sociales. El trabajo liberador, no se trata de humanizar las cárceles nada más, que es como humanizar el capitalismo.*

24 Aprovecha el presidente para hacer una crítica sobre la criminalización de la pobreza: “por cierto, ahora en Europa todo latino sin papeles es un delincuente. Como decía Bolívar: ¡la *culta* Europa!”.

En el humanismo verdadero no deberían existir las cárceles. Debemos generar un sistema de justicia, no de cárceles”.

Chávez propone un grupo de tarea para repensar lo ideológico de la cárcel ya que, en un socialismo verdadero, no debe haberlas. Expresa, además, su voluntad de conocer a profundidad el pensamiento y las aportaciones de Michel Foucault. “Tráiganme los libros de este señor”, expresó.

El profesor Hjalmar Newmark, a propósito de una reseña de la obra política de Michel Foucault, piensa que quizá el punto central sobre el que gira todo el cuestionamiento a la manera en que la sociedad pretende solucionar el problema de la delincuencia está en cómo se utilizan los dispositivos para controlar más que para corregir, para crear redes de poder más que para reintegrar al infractor de nuevo en la sociedad; a este nuevo poder de normalizar y diferenciar Foucault lo denomina disciplinario y así mismo a la sociedad donde se desarrolla. Encontramos sus expresiones cotidianas y sus tácticas en todo el cuerpo social y sus instituciones, y no es necesariamente en la prisión donde se debe centrar la atención, sino allí donde precisamente no resulta evidente la manifestación de ese poder, en cualquier lugar en donde se manifiesta lo político de nuestra sociedad.

No obstante la acertada, pertinente y valiente reflexión del presidente y comandante de la Revolución, no se conformó ningún grupo de tarea para repensar lo ideológico de la cuestión penitenciaria. La dura tarea y la emergencia diaria, por más esfuerzos aislados realizados, nos fue arrastrando. Según datos oficiales, la población encarcelada ascendió a 43.267 personas al cierre de 2010, y para mediados de 2011 rondaba las 50.000 personas. La tasa de encarcelamiento entre 2010 y 2011 salta hasta 170 por cien mil habitantes. Ha sido difícil para el Estado venezolano atender apropiadamente una población procesada que es “flotante”, no estable, que entra y sale con alta frecuencia y que forma parte de una población encarcelada (incluso nunca registrada) marginada de cualquier “beneficio”. Los pobres, sin duda, siguen siendo los principales pobladores de la prisión.

Para un primer análisis muy sencillo de este progresivo deterioro nos apoyaremos en Rosales (2012), quien toma sólo tres delitos de ejemplo para explicar el problema: homicidio, robo y drogas. Al efecto hace el siguiente ejercicio: considérese que el promedio de homicidios sucedidos en Venezuela durante estos 10 años según cifras oficiales es de 12.000 homicidios anuales, que multiplicados por diez años sumaría 120 mil homicidios, y que el promedio abstracto de duración de condena sería al menos de 10 años. Sin embargo, el sistema penitenciario albergaba para 2010 menos de diez mil personas por este delito. Pero por drogas, por ejemplo, en 2008 se conocieron alrededor de cinco mil casos por posesión. Pero incluso es mayor a las

personas recluidas por robos que es la modalidad tradicional que recluta mayor clientela penitenciaria y que para ese mismo año (2008) reportó como “casos conocidos” por el sistema casi 31.000 robos, sumados a otros 30 mil robos de vehículos. Es obvio que la represión en drogas es infinitamente mayor que en ninguna otra materia, casi se puede asegurar que el sistema penal gira en torno a este delito y lo demás le sucede según otras jerarquías y variables.

Hay que agregar que a partir de 2010 se agrava la situación con el dispositivo de seguridad –Dibise- que aún con excelente intención y diversas ventajas, cuenta entre sus siete ejes la persecución del “microtráfico de drogas” o menudeo de drogas, con lo cual durante los últimos tres trimestres de 2010 y lo que va del 2011, ha aumentado vertiginosamente la población. A juzgar por estas cifras, el sistema penal sólo destinaría 50% de sus esfuerzos a la categoría que agrupa la variedad y magnitudes más amplia y más graves de violencia delictiva, compuesta por homicidios, robos, secuestros, extorsiones y porte ilícito de armas, entre otros, sobre todo considerando que la ocurrencia homicida es una de las más altas del mundo como reconoció el Ministro de Interior y Justicia cuando expuso su Informe Anual 2010 en el que reconoció 48 homicidios por cada 100.000 habitantes en el 2010, pero que para Caracas oscila en 130 hpcmh y para algunos sectores como Petare, probablemente supere 250 hpcmh, cruzado con la elevación abrupta de la tasa de encarcelamiento, sin que ello redunde en una disminución de la violencia delictiva, ni de la victimización. La elevada tasa de homicidios que sufre Venezuela, no sólo contradice las de otros países de América de desarrollo alto, sino que en general casi cuadruplica el promedio de todo el continente, el cual se ubica alrededor de 17 hpcmh.

Hay otro dato de igual gravedad, según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad Ciudadana 2009, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y el Consejo Nacional de Prevención y Seguridad Ciudadana (INE-CNPSC, 2010), el 70 por ciento no confía en el sistema de justicia, similar porcentaje que los asuntos no denunciados (68,57 %). La percepción sobre la inseguridad es muy grave afirma un 61% o grave 33%.

Podríamos afirmar entonces que la hiperactividad legislativa como consecuencia frecuente de hechos coyunturales, y las políticas entre “mano dura al hampa” y el humanismo desprovisto de claridad teórico-ideológica, no sólo pueden mantener el problema de la violencia delictiva intacto, sino agravar la dinámica del sistema de justicia penal, y penitenciario, haciendo contraproducente las políticas públicas, sobrecargando innecesariamente al sistema con los delitos que ocasionan menos daños sociales y generando discriminaciones hacia miles de venezolanos por su vulnerabilidad socio-económica. Sólo una política de prevención y seguridad ciudadana

coherente, planificada y sustentada en diagnósticos certeros hará prevalecer el imperio de los derechos y garantías constitucionales.

La claridad ideológica del modelo jurídico-penal venezolano está pues en entredicho a juzgar por el nivel de incoherencias, vacíos y/o contradicciones. Esto es importante resaltarlo ya que es tradición achacar el problema a factores de orden técnico-gerenciales o meramente eficientistas.

El problema incluso parece estar más allá de meras incoherencias legislativas o políticas inconexas, ellas pueden ser producto de la falta de claridad conceptual en el imaginario social, y también en el aparato estatal. En el tema penitenciario lo hemos detectados a través de diversas investigaciones. Por ejemplo, no obstante que la rehabilitación es el objetivo formal de la cárcel en Venezuela, los estudios empíricos reflejan unas enormes incoherencias en relación con lo que los operadores del sistema penitenciario venezolano piensan que es su misión, aunque la tendencia es hacia el castigo. Veamos dos ejemplos de estudios de campo:

1. “...los resultados más impactantes en relación con los objetivos de la cárcel son aquellos relativos a la reclusión versus el castigo. Los vigilantes en [la cárcel de] Mérida ven con unanimidad el castigo y no la reclusión como un objetivo de la cárcel. Los supervisores de Mérida están divididos en relación al castigo versus la reclusión como objetivos de la cárcel, aunque se inclinan más por el castigo. Esto sucede, a pesar de que los directivos de Mérida por unanimidad señalan que la reclusión sí es un objetivo de la cárcel mientras que el castigo no lo es” (Jordan e Hidalgo, 1996: 273).

2. Las Unidades de Tratamiento, Supervisión y Orientación (UTSO) forman parte importante del sistema, son instituciones de tratamiento en pre libertad y coadyuvan en lograr la “reinserción social”. En un estudio que se le realizó en Mérida, e incluyó también entrevistas a funcionarios del Centro Penitenciario Región Andina (Payares y Boueiri, 2011), desde octubre de 2010 a junio 2011, se logró detectar deficiencias graves en cuanto a la conceptualización de la noción rehabilitadora y las estrategias para concretarla. Respuestas como: *readaptación, reintegración, resocialización, orientación, lograr cambios, controlar, ofrecer oportunidades y estrategias, apoyar y acompañar*, fueron las más comunes cuando se les preguntaba sobre su función, pero nadie logró dar una definición medianamente acertada ni completa, sólo nociones. En la mayoría se observa una tendencia a explicar que las carencias y necesidades institucionales no dependen de los funcionarios que allí laboran ni de la institución como tal, ni de la claridad en sus roles, sino de las fallas o debilidades de los entes a los que está adscrita y de la falta de recursos tanto económicos (para mejorar infraestructura, conseguir recursos materiales y tecnológicos), como humanos (falta de delegados de prueba, personal capacitado, jornadas de actualización del personal, entre otros). De esta forma, la problemática se considera, un ‘desperfecto’ del sistema que será subsanado

bajo un esquema gerencial aunque nadie tenga claro qué es la rehabilitación y cómo se alcanza certeramente. Ni siquiera existen mediciones en torno a los índices de reincidencia para evaluar el logro de sus objetivos, ni se percibe que les parece importante tenerlas. Esto, aunque parezca obvio, es supremamente importante, tanto que las teorías organizacionales apuntan a que la claridad de las metas institucionales garantiza, en buena medida, el éxito de la gestión. En otras palabras, la falta de claridad de los operadores del sistema sobre el rol que cumplen y los objetivos de la institución donde laboran, puede representar el fracaso de la misma.

Es útil recordar aquí que en Venezuela se absorbieron los principios de una cárcel resocializadora cuya historia nosotros no conocíamos, y no fue producto de una reflexión acorde con un problema, donde la realidad social estaba a dos siglos y muchos kilómetros de distancia (Europa). Nunca existió, por tanto, una formación ni concepción rehabilitadora (no al menos como hoy en día está concebida), especialmente de los funcionarios que laboran en nuestras cárceles, a pesar de sí haberla en la normativa que la rige. Por lo que, en nuestro contexto, las cosas pueden depender de si un director de cárcel se decide por esta tendencia, aun cuando legalmente este obligado (Boueiri y Sulbarán, 2000: 16).

Además, acerca de lo que se piensa, dice y hace, sobre el tema delincencial y la función punitiva del Estado, es conveniente traer a colación que: “el discurso sobre las causas de la delincuencia en Venezuela se ha convertido, con gran frecuencia durante los últimos 40 años, en un escenario de reflexión moral sobre el país... ¿Será cierta la hipótesis de que, al preguntarle a cualquier ciudadano venezolano sobre las causas de la delincuencia, se oirá en respuesta su retrato moral particular del país?” (Birkbeck, 1996: 62-63).

5. EL HUMANISMO CARCELARIO: UNA DISCUSIÓN PENDIENTE

Michel Foucault reúne el pensamiento político de toda una época de buenas intenciones. Puede decirse que lo que salta a la vista en sus ideas es la deslegitimación radical del saber mismo, esto es, de las “ciencias humanas”. Para este pensador, el castigo constituye una función social compleja y, la cárcel, un elemento ilustrativo para re-problematizar otros temas de sumo interés como el saber mismo. Marca una metodología distinta para el estudio de unas nuevas formas de poder. La época que escoge para su análisis se ubica entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX cuando termina el castigo como espectáculo y se relaja la acción sobre el cuerpo del condenado. En su libro *Vigilar y Castigar*, Foucault practica una pedagogía de

las formas del poder, esta pedagogía nos propone una nueva forma de ver las cosas, desengañándonos de las bondades de la Revolución de ese entonces y rechazando la supuesta humanización de las formas de administrar el poder²⁵. Decía Foucault: “...*el humanismo ha sido el modo de resolver en términos de moral, de valores, de reconciliación, problemas que no se podían resolver en absoluto. ¿Conoce usted la frase de Marx?: La humanidad no se plantea más que los problemas que puede resolver. Yo pienso que se puede decir: ¡el humanismo finge resolver los problemas que no se puede plantear!*”²⁶

La denuncia permanente sobre el mal funcionamiento de la cárcel parece ya una tradición humanista. Cada vez que se habla de cárcel se habla de problema, de crisis, de una situación perjudicial de difícil solución que hay que atacar con carácter de urgencia y con todos los medios. No obstante, es casi imposible evitar que en una institución de encierro como la cárcel existan problemas graves que resolver; la negación del derecho a la vida en su seno, sigue siendo el aspecto ético más preocupante que impulsa buena parte del trabajo de académicos, políticos y voluntarios, en general. Los elementos visiblemente “malos” de la cárcel son fáciles de identificar: hacinamiento, aflicción, violencia, ocio, enfermedad, incomunicación, control, coerción, encierro, en resumen, la *antivida*, lo *antinatural*, la *muerte*. Las reformas periódicas parecen toparse con obstáculos de tipo operativo que las condenan a tener poco alcance, éxito y duración. Se intentan corregir esos defectos proponiendo, y justificando, reformas que a lo sumo logran acomodar aspectos circunstanciales para prontamente degenerar o dar paso a fracasos sucesivos y reiterados, es decir, la cárcel vuelve a “funcionar mal”. *Reforma-error-fracaso-reforma*, ¿no es así como podría resumirse la política pública en materia penitenciaria en épocas modernas?

Este tipo de análisis sobre la cárcel como tema-problema no deja casi cabida a otro tipo de razonamiento, aquel que se adentra en el fin último de la prisión, en su rol *socio-político*. Hay un ejercicio que podría ayudar a visualizar el fango intelectual en el que nos movemos: preguntarse ¿qué es lo que se supone debe funcionar bien en una institución con las características de la cárcel?, ¿acaso no es el encarcelamiento siempre inherentemente aflictivo? ¿No constituye el encierro mismo la negación del proyecto humano, y de su desarrollo y transformación plena? En fin, ¿qué piso

25 Con las transformaciones a que daría lugar la revolución mercantil en el mundo moderno y el advenimiento de los Estados nacionales, la verdad pasa a establecerla el poder de un tercero que está “sobre” las partes. La sociedad se militariza y el delito pasa a ser un daño al soberano. Así van surgiendo —o generalizándose— las que Foucault llama “instituciones de secuestro” (la prisión, el manicomio, el asilo, el hospital, la escuela, etc.) y la policía (Zaffaroni, 1993: 46).

26 Entrevista con Madeleine Chapsal. *La Quinzaine Littéraire*, número 5, mayo de 1996, p. 34, en Michel Foucault. *Saber y Verdad*. Madrid: Ediciones de La Piqueta.

teórico sigue manteniendo a la “reeducación para la reinserción social” como eslogan máximo del humanismo criminológico? La retórica sobre su “mal funcionamiento” parece venir justificando la propia existencia de la cárcel y su progresivo fortalecimiento. Al respecto de la eterna crisis de la cárcel señalaba Michel Foucault: *...hay que asombrarse que desde hace 150 años la proclamación del fracaso de la prisión haya ido siempre acompañada de su mantenimiento*²⁷.

Para Foucault existe una verdad innegable: La prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos: ya se los aisle en celdas, o se les imponga un trabajo inútil, para el cual no encontrarán empleo, es de todos modos no “pensar en el hombre en sociedad; es crear una existencia contra natura inútil y peligrosa”; se quiere que la prisión eduque a los detenidos; pero un sistema de educación que se dirige al hombre, ¿puede razonablemente tener por objeto obrar contra lo que pide la naturaleza?²⁸. Para este pensador, una de las labores de importancia de la filosofía en nuestros días es tratar de poner en evidencia la normalización y exponer sus tácticas; cualquier otra cosa, a su modo de ver, sería promocionar la función disciplinaria, aquí, no hay duda del lugar a ocupar.

De acuerdo con Foucault, la “microfísica” del “saber-poder” (o del “poder-saber”) no cambia con el simple cambio de gobierno, por revolucionario que sea ya que este proceso normalizador no emana de un centro de poder particular, sino más bien, se encuentra difuminado en el cuerpo social. Así pues, llegamos en estos tiempos de profundos cambios políticos, otra vez, a exaltar la tesis de “cuerpo y mentes sanas” para alcanzar tan anhelado objetivo, el cambio que se desea producir, la cura, la re-inserción del nuevo hombre en la sociedad. No es de extrañar que así finalice el discurso político de un funcionario público ante un auditorio con vocación humanista, lo paradójico aquí es observar cómo este tipo de postulados se ha insertado perfectamente en el discurso académico dominante hasta el punto de convertirse en principio rector de las tesis criminológicas modernas, esto a pesar de que la misma “ciencia” ha puesto seriamente en duda la tesis rehabilitadora de la cárcel. Así, seguimos insistiendo en construcciones legislativas, administrativas, e incluso teóricas, para reparar los defectos operativos que imposibilitan esta función. Andamos en búsqueda de la solución técnica y gerencial que haga posible una cárcel más humana (que es como “humanizar el capitalismo” en los términos del Presidente Chávez).

27 FOUCAULT, 1975: 277

28 FOUCAULT, 1975: 270-271

6. ADVERTENCIAS SOBRE LAS ALTERNATIVAS ‘NOVEDOSAS’ A LA PRISIÓN

Ante la crisis penitenciaria que se ha venido agudizando en los últimos años, se creó recientemente el Ministerio de Servicios Penitenciarios que ha intentado rescatar el régimen perdido dentro de los penales e intensificar la política de otorgamiento de un mayor número de beneficios para el interno que le corresponden por ley, también construir centros para procesados y reparar, ampliar y construir nuevos centros penitenciarios; también se han propuesto atacar a las mafias internas, reforzar las actividades laborales en los centros penitenciarios, mejorar las condiciones de vida, etc. Por su parte los poderes legislativo y judicial, la fiscalía, entre otros, están generando políticas dirigidas a ensayar nuevas modalidades de cumplimiento de pena no privativas de libertad (trabajo comunitario, etc.), la creación de las casas de justicia para hacerla más expedita, la aprobación de un Código Penitenciario, un nuevo Código Penal, y otros instrumentos, para ordenar y generar un andamiaje legal más coherente y depurado.

Ante esta nueva ola de reformas que se avecina quisiéramos hacer una última reflexión, especialmente en torno a la implementación de un correcto tratamiento penitenciario y las “novedosas” fórmulas de cumplimiento de penas para lograr la *rehabilitación* del interno. Michel Foucault nos ofrece de nuevo muy interesantes reflexiones al respecto. Para esta ocasión tomaremos extractos de una conferencia no muy conocida dictada por él en Montreal, el 29 de marzo de 1976. Aunque parezca anacrónica y descontextualizada, verán que nos orienta. Esta conferencia fue dedicada a reflexionar, más que sobre la prisión tradicional, sobre aquellas instituciones de tipo no exactamente carcelarias, establecimientos sociales y terapéuticos, de formación profesional con planes de ejecución penitenciarias individualizados, desarrollados a partir de la década de los ‘60 en países como Suecia, Alemania, Bélgica, Holanda, entre otros. Comienza su conferencia de esta forma: “Alternativas a la prisión: cuando me hablan de eso, yo tengo inmediatamente una reacción infantil. Yo tengo la impresión de un niño de 7 años a quien le dicen: escucha, puesto que de todos modos tú vas a ser castigado, que es lo que tú prefieres, la fusta o quedarte sin postre.” (Foucault, 1976: 2).

Para desarrollar su idea comienza tomando el ejemplo de la experiencia sueca. “En 1965, Suecia se dotó de una nueva legislación penal. El primer efecto de esta legislación fue un programa de creación de siete grandes establecimientos penitenciarios, perfectamente perfeccionados a la vez con toda la meticulosidad necesaria. Una de ellas, “Kemela”, fue abierta en el 67 ó 68, y el 1971 pasó en esta prisión

maravillosa, eso que pasa en todas las prisiones. Una gran evasión de grupo que inmediatamente recomenzó su vida delinquiendo” (*Ibid.*: 3).

¿En qué consistían estos programas alternativos? En establecimientos en un sentido fuerte diferente de la prisión. Establecimientos en los que los individuos tienen la obligación de trabajar, pero no un trabajo del tipo de trabajo penal, es decir como ustedes saben, tonto, no interesante, embrutecedor, humillante, no remunerado, etc. No, este era un verdadero trabajo, real, útil, pagado según las normas de trabajo externo, trabajo si ustedes quieren acorde con la realidad económica del país (*Ibid.*: 4).

Eran establecimientos también que buscaban establecer el máximo de contacto entre los individuos y el mundo exterior, esencialmente el contacto con la familia (en lugar de romperlo como lo hace la prisión clásica), estableciendo un cierto número de cuartos, una suerte de pequeño hotel, de pensión de familia (*Ibid.*: 5).

En fin, en estas prisiones de nuevo modelo, o más bien en estos establecimientos alternativos a la prisión, se multiplicaron los permisos de salir, y no simplemente como recompensa a buenas conductas, sino como medio de reinserción (*Idem.*).

Foucault cita luego el ejemplo alemán de establecimientos desarrollados después de 1970, como las casas rurales para los jóvenes delincuentes (Foucault, 1976: 5-6). También cita el programa de “anti-criminología”, que propone igualmente instituciones de este tipo, en particular los establecimientos que funcionan con una participación directa del público (comunidad), que no solamente debe velar por la administración general de la casa, sino, igualmente, toma una carga de suerte de juzgamiento permanente, de consulta permanente sobre el progreso del detenido y la posibilidad de darle a ellos un trabajo al estar admitido en semi-libertad, o en libertad definitiva, etc²⁹.

Después de describirlas detalladamente, Foucault afirma que en todas estas nuevas prácticas se ensaya simplemente perfeccionar la vieja idea (del siglo XIX o del XVIII) de que el trabajo tiene, en sí mismo, una función esencial en la transformación del prisionero y que trae como complemento la paz. Esta vieja idea se contenía en el imperativo: “será el trabajo lo que constituirá la verdadera retribución social del crimen”. El trabajo es, pues, la réplica (respuesta) esencial, fundamental a la infracción (*Idem.*).

Igualmente otra idea que acompaña a los establecimientos carcelarios, y que se encuentra puesta en práctica simplemente por otros medios también en los establecimientos alternativos a la prisión, es que la familia es el instrumento esencial

de la prevención y de la corrección de la criminalidad. Esta idea involucra, también, la participación de varios co-partícipes como los capellanes, visitantes de prisiones, los filántropos con sus sermones, todas ellas formas de exhortar a seguir el buen ejemplo, etc. En los establecimientos contemporáneos, además, se busca la participación del individuo a ser castigado, en los mecanismos y gestión de su propio castigo. La puesta en práctica de esta idea, sobre todo hacia los años 1840-50, se concreta con el aislamiento del detenido, la vida celular que permite el recogimiento y la reflexión hacia el mismo objetivo: la auto-punición como principio de la corrección (*Ibid.*: 7-8).

Luego de describir y detallar estas “nuevas formas” de tratamiento, Foucault concluye con esta afirmación: el auto-castigo como principio de la corrección, la familia como agente de corrección (y agente de la legalidad), el trabajo como instrumento esencial de la pena: estos tres grandes mecanismos que han caracterizado el funcionamiento de la prisión a lo largo de todo el siglo XIX, ustedes las ven funcionar actualmente, aún, y más que nunca, en estos establecimientos llamados alternativos a la prisión³⁰.

Estos nuevos métodos con los que ensayamos castigar a los individuos, son una cierta manera de relanzar, de asegurar de alguna manera, las viejas mismas funciones carcelarias: vigilar, controlar, re-socializar, a través de otros mecanismos (*Ibid.*: 11). Son controles más sutiles, más finos, es el control por el saber: el control por la psicología, psico-patología, la psicología social, la psiquiatría, la psiquiatría social, la criminología, etc. (*Ibid.*: 26).

Explica que el funcionamiento interno de la prisión no es posible, sobre todo, por un juego, a la vez múltiple y complejo, de ilegalismos. El reglamento interno de las cárceles, es siempre contrario a la ley fundamental que garantiza, en el resto de la sociedad, los derechos del hombre. El espacio de la prisión es una formidable excepción al derecho y a la ley. La prisión es un lugar de violencia física y sexual que se ejercita contra los detenidos, un lugar de carencias alimenticias, un lugar de frustraciones sexuales. Es también un lugar de tráfico incesante, y por supuesto, ilegal. La prisión es igualmente un lugar de administración práctica cotidiana de los ilegalismos (*Ibid.*: 15).

Foucault termina con un par de consideraciones más: hacer ‘regresar’ la cárcel, disminuir el número de cárceles, modificar el funcionamiento de las cárceles, denunciar todos los ilegalismos que se puedan producir... esto no está mal, es bueno y necesario, pero no es, en sí mismo, ni revolucionario, ni contestatario, ni tampoco progresista. Además considera que acarreará un precio políticamente nocivo. La cuestión de la prisión, de su rol, no se puede postular ni resolver en los simples términos

30 FOUCAULT, 1976: 8-9

de la teoría penal. Tampoco en los solos términos de la psicología o de la sociología del crimen. Uno no puede postular la cuestión de la cárcel y de su rol, y de su posible desaparición, más que en los términos de una economía y de una política. Si ustedes quieren, de una economía política de los ilegalismos (*Ibid.*: 27-28).

El problema hay que enfocarlo en la necesidad que el poder pueda tener de poseer los ilegalismos, de controlar esos ilegalismos, y de ejercer su poder a través de esos ilegalismos (*Ibid.*: 30).

El ilegalismo ha tenido una suerte de función constante y general en la sociedad, el ilegalismo es indispensable, en el fondo, en una sociedad que esté económicamente en vía de cambio. Por ejemplo, entre los siglos XVI y finales del XVIII, el contrabando, la piratería marítima, las evasiones fiscales fueron las vías para que el capitalismo se pudiera desarrollar (*Ibid.*: 17). El contrabando que permitió vivir a las clases populares, y también a la burguesía, fue tolerado por ella quien no hizo nada por reprimirlo en el siglo XVII y XVIII, pero ya en el XIX la burguesía había alcanzado a organizar su propio poder, se había dotado de una técnica de poder que era homogénea y coherente con la sociedad industrial. La tolerancia general al ilegalismo no podía ser aceptada. La burguesía es perfectamente tolerante con su propio ilegalismo y busca reprimir y controlar los ilegalismos de las clases populares, intolerables desde el punto de vista económico y también por razones políticas (*Ibid.*: 18). Hasta aquí las ideas centrales de la conferencia dada por el autor.

7. CONCLUSIONES

Foucault invita constantemente a una re-problematización de la ciencia porque, para él, el intelectual juega su oficio específico a través de los análisis que lleva a cabo en los terrenos que le son propios, en fin, participando en la formación de una voluntad política (desempeñando su papel de ciudadano). El análisis foucaultiano puede ser útil cada vez que el individuo sienta que es víctima de la función disciplinaria, que visualice la redes de poder que se tejen a su alrededor. El problema político o esencial para el intelectual, explica Foucault, “no es criticar los contenidos ideológicos que estarían ligados a la ciencia, o de hacer de tal suerte que su práctica científica esté acompañada de una ideología justa. Es saber si es posible constituir una nueva política de la verdad”.

En este sentido, se pudieran postular en Venezuela una serie de preguntas que, aunque de difícil respuesta, pueden iniciar una discusión de fondo sobre el problema penitenciario. Es necesario indagar sobre cómo se administran los ilegalismos hoy, si la cárcel tiene efectivamente que ver con las tácticas emprendidas por el *poder*

para normalizar, diferenciar y disciplinar a los individuos; qué tanta participación tienen las leyes en su efectividad, cómo son, actúan y se refuerzan esos dispositivos de control, qué tanto logran alcanzar la pasividad tanto de los individuos considerados desviados como de los que no lo son. Es evidente no sólo que los fines declarados de la prisión no parecen convencer; los principios desde donde parte la actividad rehabilitadora, sus métodos y resultados, han fracasado, pero más aún, la naturaleza misma de la noción rehabilitadora es extremadamente difícil por las implicaciones filosóficas y éticas que conllevan. Volverla a poner en cuestión es una iniciativa académica que suele ser poco usual, y a veces, desestimada por no ofrecer “soluciones prácticas” a “tan urgente y grave problema”.

No obstante algunas tesis como las postuladas por Baratta podrían ser incluidas en el debate. Él nos expone que *“la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente... más aún si se considera que en la actualidad los muros de la cárcel representan una violenta barrera que separa la sociedad de una parte de sus propios conflictos, por lo que la reintegración del condenado significa, antes que la transformación de su mundo separado, la transformación de la sociedad que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que encuentran segregados en la cárcel”*. Añez y otros (2008:58).

En cuanto al abordaje de la violencia delictiva, como grave problema de orden público, nosotros compartimos la tesis socio-política de que para poder hablar propiamente de Estado de derecho es imprescindible asegurar, en primer lugar, la soberanía nacional; en segundo, garantizar todas esas pre-condiciones del derecho y la política (pre-condiciones como la vivienda, la alimentación o la salud), que no son ellas mismas todavía el derecho o la política, pero sin las cuales es sencillamente un fraude pretender que puede haber algo del tipo derecho o política (Alegre y Fernández, 2006: 121). En esta última década diversos indicadores muestran que Venezuela ha emprendido con éxito una política social radical para la progresiva superación de la desigualdad, pero se sigue registrando la inseguridad como principal preocupación del venezolano según muy importantes encuestas (Ver datos para mayo 2011 de la Encuestadora GIS XXI). Esto obstaculiza el programa político constitucional, y tiene impacto psicosocial, cultural, en las percepciones, en las expectativas, en el sentimiento individual y colectivo del venezolano. La violencia delictiva en sí misma, retrasa el desarrollo humano sustentable y posible para todos y tiene elevados costos humanos, institucionales, sociales, culturales y políticos, además de económicos.

Una de las actividades reformistas más comunes en relación con la cárcel es la aprobación, derogación y/o modificación de leyes penales. Pareciera que la prisión debe estar siempre en continuo reordenamiento y se precisa de un programa especial

que la lleve siempre hacia su reforma, una reforma que parece llevar siempre al mismo lugar del que partió, una reforma que lleva implícita su función: el constante fracaso y el comienzo de una nueva³¹. Es necesario reproblematicar la manera de abordar el tema carcelario; remover la arena movediza en la que, como tema-problema, ha caído envuelta en la tesis del reformismo. Un reformismo cuyo norte apunta, en teoría, a alcanzar el objetivo oficialmente declarado de la prisión: la rehabilitación, vestida de gala de humanismo. No es usual la práctica que intenta plantearse, quizá por primera vez, una definición del rol social (político) de la cárcel en nuestro país.

No obstante, a pesar que el derecho oficial no es sino una forma más de juridicidad de las tantas que circulan en la sociedad, cuyos análisis iluminan la comprensión de esta última y que interactúan entre sí (con mayor o menor grado de porosidad), es importante reconocer que el derecho estatal continua siendo, en el imaginario social, un derecho central, un derecho cuya centralidad, a pesar de ser crecientemente cuestionada, es aún un factor político decisivo. Es, tendencialmente, la forma más importante de derecho³². Si admitimos que la cárcel sigue siendo un instrumento de control social importante, bajo la óptica foucaultiana, la discusión central debería apuntar a develar cuáles son, en estos momentos de la historia venezolana, los ilegalismos sobre los cuales el poder no tiene tolerancia, en otras palabras, cuál es la tesis política sobre el castigo en la Venezuela de hoy.

8. REFERENCIAS

- ALEGRE, Luis y Fernández, Carlos (2006). *Comprender Venezuela, pensar la Democracia: El colapso moral de los intelectuales occidentales*. Hondarribia: Editorial Hiru.
- BARATA, Alejandro (1986). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI.
- BERGALLI, Roberto (1989). *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la Sociología Jurídica*. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona (España),
- BIRKBECK, Christopher (1996). “La Criminología como discurso moral: los planteamientos sobre las causas de la delincuencia en Venezuela, 1.950-1.990”, en *Control Social y Justicia Penal en Venezuela*, compilado por Luis G. Gabaldón y Christopher Birkbeck. Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela. Pp. 37-68.
- BOUEIRI, Sonia. “Re-problematicar la cárcel en Venezuela”. Revista CENIPEC; Vol II, No. 25: 301- 324, 2006.
- BOUEIRI, Sonia (2002). “¿Reformando la pena?: Cambios políticos y las nuevas (viejas) contradicciones legislativas en Venezuela”. Revista Capítulo Criminológico 30: 83-114.

31 NEWMARK, 2004

32 SANTOS, 1991: 35

- BOUEIRI, Sonia y SULBARÁN, Jesús (2000). “El conflicto ideológico de la cárcel”. *Encuentro Criminológico*; Año 1, No. 1: 15-19.
- BRITTO GARCÍA, Luis (2008). “9 años, 9 erres” en <<<http://www.luisbrittogarcia.blogspot.com>>>.
- CHÁVEZ, Hugo (1998). *Una Revolución Democrática*. Disponible en internet a través de la página oficial del Ministerio de Planificación y Desarrollo de la República Bolivariana de Venezuela.
- CONTRERAS, José y López, Hernán (2000). “El sentido histórico de la prisión rehabilitadora en Venezuela (II): Una interpretación foucaultiana de su devenir”. *Capítulo Criminológico*; Vol. 28, No. 2: 63-87.
- FOUCAULT, Michel (1976). *Conférence de Michel Foucault*. Montreal, le 29 mars 1976. Mimeo.
- FOUCAULT, Michel (1975). *Vigilar y castigar*. Ed. Siglo XXI, Madrid.
- Han Chen, Pablo (2001). “Algunas reflexiones sobre la reforma al Código Orgánico Procesal Penal Venezolano (Agosto, 2000)”. *Capítulo Criminológico*; Vol. 29, No. 2: 83-111.
- Instituto Nacional de Estadística y Consejo Nacional de Prevención y Seguridad Ciudadana (2010). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad Ciudadana 2009*. Disponible en <http://infovenezuela.org/encuesta-INE-inseguridad.pdf>
- Jordan e Hidalgo (1996). “Objetivos institucionales, definición de roles y procesos de comunicación: una comparación entre las cárceles de Mérida, Venezuela y Albuquerque, New México, USA”, en *Control y Justicia Penal en Venezuela*, compilado por Luis G. Gabaldón y Christopher Birkbeck. Universidad de los Andes, Mérida: Venezuela, pp. 259-291.
- Linares, Mirna (1981). *El Sistema Penitenciario Venezolano*. Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- NEWMARK DIAZ, Hjalmar (2004), “Foucault y Deleuze, una reseña política de sus obras”, en Oscar Mejía Quintana. *El posestructuralismo en la filosofía política francesa contemporánea. Presupuestos, Críticas y Proyecciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 81-124.
- OLASO, Luis María (1987) “La justicia en la Venezuela democrática”. SIC: 472-475, (Diciembre).
- PAYARES y BOUEIRI (2011). “La reinserción social como política del estado venezolano: un análisis teórico-empírico en torno a las unidades de tratamiento, supervisión y orientación”, en el libro *Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica: problemas sociales de Latinoamérica, desafíos al campo jurídico*. Compiladoras: Daniela Zaikoski Biscay y Manuela G. González. EdUNLPam, Argentina. ISBN: 978-950-863-162-6
- ROSALES, Elsie (2012). *El sistema penal venezolano contemporáneo: tendencias y propuestas*. (En prensa).
- SANTOS, Boaventura (1991). “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”. *Nueva Sociedad*; 116: 18-38.
- ZAFFARONI, Eugenio (1993). *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Leyes consultadas:
- Venezuela (2007). Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Caracas: Gaceta Oficial, 23 /4/2007, No. 38.668.
- Venezuela (2005). Ley Orgánica contra la delincuencia organizada. Caracas: Gaceta Oficial, 26/10/2005, N° 5.789, Extraordinaria.

- Venezuela (2001). Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal. Caracas: Gaceta Oficial, 14/11/01, No. 5.558, Extraordinario.
- Venezuela (2001a). Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal. Exposición de Motivos. Caracas: Asamblea Nacional, 23/08/2001. Sin editar.
- Venezuela (2000). Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se establece el Régimen de Transición del Poder Público. Caracas: Gaceta Oficial, 28/03/2000, No. 36.920.
- Venezuela (2000a). Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Caracas: Gaceta Oficial, 17/11/2000, No. 37.080.
- Venezuela (2000b). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas: Gaceta Oficial, 24/03/2000, No. 5.453, Extraordinario.
- Venezuela (2000c). Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal. Caracas: Gaceta Oficial, 25/08/2000, No. 37.022.
- Venezuela (2000d). Ley de Reforma Parcial del Código Penal. Caracas: Gaceta Oficial, 20/10/2000, No. 5.494, Extraordinario.
- Venezuela (2000e) Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario. Caracas: Gaceta Oficial, 19/06/2000, No. 3.697.
- Venezuela (1998) Código Orgánico Procesal Penal. Caracas: Gaceta Oficial, 23/01/1.998, No. 5.208, Extraordinario.
- Venezuela (1961). Constitución de la República de Venezuela. Caracas: Gaceta Oficial, 23/01/1961, No. 662, Extraordinario.
- Venezuela (1981) Ley de Régimen Penitenciario. Caracas: Gaceta Oficial, 17/08/1981, No. 2.841, Extraordinario.

Capítulo 69

DE GRILHÕES A FUZIS E PRISÕES: ANÁLISE HISTÓRICO-CRIMINOLÓGICA DA LUTA PELO ACESSO À TERRA NO BRASIL

Flávio Bortolozzi Junior¹

1. INTRODUÇÃO

O presente escrito tem por objetivo desenvolver uma análise histórico-crítica dos conflitos agrários no Brasil. Inicialmente, traça-se um breve relato sobre a história da distribuição de terras no Brasil, bem como da atuação do Estado e suas implicações na questão fundiária. Em um segundo momento, norteado pelo saber teórico da criminologia crítica e pela compreensão do funcionamento seletivo do sistema penal, busca-se desvendar elementos que circundam os atuais processos de criminalização dos movimentos sociais que reivindicam a efetivação da reforma agrária no contexto social brasileiro.

2. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE AS TERRAS NO BRASIL

Para que seja possível uma coerente compreensão da atual configuração da situação agrária no Brasil, necessário se faz alguns apontamentos (ainda que breve) sobre o desenvolvimento da propriedade em nosso país ao longo de sua história, bem como dos conflitos inerentes à esta realidade.

Quase nenhuma atividade de colonização foi executada no Brasil recém ‘descoberto’, durante as primeiras décadas do séc. XVI (entre 1500 e 1530). A situação mudaria a partir de 1532, quando D. João III implementou no Brasil o sistema de Capitâneas Hereditárias, pressionado pelas ameaças francesas em ocupar o território. O Brasil foi então dividido em 15 capitâneas, entregues estas a 12 capitães-donatários.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), na linha de pesquisa Direitos Humanos e Democracia - Direitos Humanos e Desenvolvimento - Cidadania e Inclusão Social; Professor do curso de Direito da Universidade Positivo (UP); Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil); Professor do curso de pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba - Brasil (ABDConst). Advogado. E-mail: flabjr@gmail.com

Caberia a estes a função de administrar a capitania, colonizar as terras, proteger e desenvolver a região, bem como combater os índios.

Estes capitães-donatários, para conseguir êxito em suas funções, deveriam se utilizar do regime de *sesmarias*. Este regime fora utilizado em Portugal, no século XII.² Tratava-se de um sistema de concessão de terras às pessoas que não tinham qualquer direito sob as mesmas, com o intuito de cultivarem e promoverem melhoramentos nas terras. Representava, assim, um instituto jurídico para tornar a terra produtiva, e não um modelo de colonização, já que se tratava de um sistema que visava transformar terras abandonadas em terras produtivas, por meio da divisão e concessão de lotes de terras pelo Estado a pessoas interessadas em seu cultivo.

Entretanto, a aplicação do regime de *sesmarias* no Brasil não se deu no mesmo sentido. As terras brasileiras não eram terras negligenciadas por seus antigos proprietários. Tratava-se de terras virgens, e foram doadas com o intuito de colonização. Embora vedada a acumulação de *sesmarias*, era comum a posse de mais de uma, utilizando-se os filhos e parentes próximos como beneficiários do sistema.³

Tratava-se de um sistema marcado pela monocultura extrativista e predatória (*plantation*), com o prestígio do senhor de largas porções de terras (ainda que improdutivas), discriminando-se o trabalho e valorizando o parasitismo social. “Houve a implementação de um verdadeiro sistema feudal, fora da Europa e em uma época onde este já havia se desintegrado”.⁴

Este sistema de *sesmarias* daria início à grande concentração de terras nas mãos de poucos, sendo a gênese do latifúndio brasileiro. Concomitantemente com a formação do latifúndio, havia o problema de oferta de mão-de-obra para sua exploração. O problema para a exploração agrícola não era a terra (esta era abundante no novo mundo, embora já concentrada nas mãos de poucos). O trabalho era o fator de

2 “Sesmarias são propriamente dadas de terra, casas ou pardieiros, que foram ou são de alguns senhoris, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora não o são (...) para que as lavrem ou aproveitem e reparem os ditos bens, ou as vendam, emprazem ou arrendem, a quem possa aproveitar de lavar. E, se não o fizerem, passado o dito ano, dêem os sesmeiros as ditas *sesmarias* a quem as lavre e aproveite”. (Ordenações Filipinas, Título XVIII, Livro IV)

3 Nas margens de Gurgueia e do Paraim, (Piauí), filhos de sesmeiros com quatro ou cinco anos já se encontravam inscritos como titular de *sesmarias*. (VARELLA, 1998, p. 62).

4 LIBERATO, Ana Paula Gularte; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O direito humano fundamental: a reforma agrária*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2003.

produção escasso. Assim, o trabalho livre tendia a ser extremamente bem remunerado, tornando a área cultivada reduzida, dando origem ao latifúndio improdutivo.⁵

Para resolver o problema da oferta de trabalho, a solução encontrada pela coroa portuguesa foi a utilização da mão-de-obra escrava, inicialmente indígena e posteriormente africana, o que criaria uma nova realidade na Brasil.

No século XIX o regime de sesmarias entra em crise e, juntamente com Independência do Brasil em 1822, estabelece-se o chamado “regime de posses” que reconhecia a figura do posseiro, concedendo-lhe direitos sobre as terras que havia cultivado. Este novo sistema sofreu significativas mudanças quando da instituição da Lei 601 de 1850, a Lei de Terras. Esta legislação trazia já em seu artigo primeiro uma relevante modificação no sistema de aquisição de propriedade: proibia a aquisição de terras devolutas que não por meio de compra e venda.

Importante aqui se faz esclarecer o conceito de terras devolutas. Aquelas terras que não haviam sido beneficiadas por seus proprietários no regime de sesmarias (terras incultas; não cultivadas) deveriam retornar ao patrimônio do Estado. Assim, aquelas terras que não pertenciam à particulares bem como não estavam afetadas ao Poder Público eram tidas como devolutas, devendo ser reincorporadas à massa de bens nacionais. Esta exigência de título para legitimar o domínio sobre a terra teve como resultado a expulsão de milhares de trabalhadores rurais das terras que habitavam e cultivavam. Estes, embora faticamente dependessem das terras (regime de subsistência), foram vistos como ilegais perante a nova legislação imperial. Trata-se de um bom exemplo de legislação (tida à época como reformista e modernizante, nos padrões das reformas liberais do século XIX) para a expropriação dos camponeses e índios.⁶

O direito à propriedade era concebido como absoluto, conforme dispunha a Constituição de 1824, em seu art. 179, XXII: “*É garantido o direito de propriedade em sua plenitude*”. Este direito, no entanto, somente era reconhecido àqueles que detinham justo título sobre suas terras, na prática, aqueles que haviam sido agraciados com a concessão das sesmarias.

Terras devolutas passaram a ser não as desocupadas, como ensina alguns manuais e dicionários, mas a legalmente não adquiridas. É um conceito jurídico e não físico ou social. Não quer

5 COGGIOLA, Oswaldo. Brasil: A questão agrária e a luta do MST. In: BARSOTTI, Paulo; PERICÁS, Luiz Bernardo (Org). *América Latina: história, crise e movimento*. São Paulo: Xamã, 1999. p. 54

6 LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *Terra prometida: uma história da questão agrária no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 60

dizer terra desocupada, mas terra sem direito de propriedade definido, é um conceito, uma abstração, uma invenção jurídica. A mera ocupação de fato não gerava o domínio jurídico, que exigia o título do Estado, ou reconhecimento pelo Estado, de um título anterior, ou, ainda, o uso público. (...) Exatamente aqui reside a pouco sutil maldade do sistema: o que recebe a concessão, não necessitava sequer conhecer a terra, nem mesmo demarcá-la; escolhida a terra correspondente quando quisesse passava a ter o direito de retirar dela todos os que ali viviam, porque a situação dos não-beneficiários passava a ser ilegal. 'Para limpar' poderia usar a própria força ou a chamada força pública, isto é, a polícia de Estado, como até hoje ocorre.⁷

Embora a classe proprietária tenha rediscutido a redistribuição de renda nacional ou as próprias características do sistema político, a base da economia nacional permaneceu inabalada: o latifúndio, do qual fazendeiros e senhores, comerciantes e a burocracia estatal retiravam proveitos. O latifúndio não foi afetado com a Independência, pelo contrário, consolidou-se.⁸

Para melhor compreender a real finalidade de Lei de Terras de 1850, é necessário compreender que a principal atividade econômica da colônia não era propriamente a agricultura, como hegemonicamente se acredita, mas sim o tráfico negreiro que promovia altos lucros e a manutenção do sistema. No século XIX, a Inglaterra passa a encampar a bandeira da absolvição da escravatura, pressionando o Brasil (que era o maior 'consumidor' de mão-de-obra escrava) para que este faça o mesmo.⁹ A abolição da escravatura não representava, portanto, uma atitude humanitária, mas sim uma necessidade econômica. Neste sentido, interessantes as palavras de um diplomata britânico da época:

Nossas colônias não têm mais escravos. Por que outras áreas tropicais haverão de ter? Estamos montando negócios na África. Por que continuar com o tráfico negreiro, que tira nossa mão-de-obra de lá? Além disso, nem a servidão nem a escravidão cabem mais no mundo de hoje. Viva o trabalho assalariado! E que os salários sejam gastos na compra de nossas mercadorias.¹⁰

7 MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 70

8 COGGIOLA, *Op. Cit.*, p. 58

9 VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao Direito à Reforma Agrária*. O Direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Led, 1998. p. 74

10 *Ibidem*. p. 75

O fim da escravidão representava a necessidade da implementação de uma nova força de trabalho que fosse capaz de sustentar o regime de latifúndio. E essa foi a principal finalidade da Lei de Terras. Com a necessidade de justo título para legalizar o domínio sobre as terras, todos os posseiros e demais indivíduos que laboravam em terras sem justo título se viram na ilegalidade, sem dinheiro para comprar as terras (que agora pertenciam ao patrimônio do Estado – terras devolutas), sendo obrigados a vender sua força de trabalho. A Lei de Terras de 1850 favoreceu o abastecimento de trabalho livre (e barato) nos latifúndios, por meio da expulsão dos pequenos ocupantes. Sem qualquer espécie de recursos disponíveis (contrariamente ao que ocorreu nos Estados Unidos) não havia outra saída ao campesinato a não ser colocar-se a disposição para o trabalho no latifúndio.¹¹

Poucas modificações ocorreram no cenário da questão rural brasileira com a proclamação da República.¹² A não viabilização do acesso dos pobres à terra era uma garantia fundamental da manutenção da hegemonia plantacionista. Justamente esta desigualdade da propriedade era a base da pretensa igualdade política apregoada na Constituição da República.¹³ Em 1891 é inaugurada uma série de dispositivos legais que regularizam a situação de grandes proprietários em terras públicas. O poder local, oligárquico e coronelista, já dominado pelos latifundiários passa a legitimar suas ações na crescente formação de latifúndios. É nesse sentido que se afirma que a República Velha foi um dos momentos altos da formação dos grandes latifúndios no país a partir do patrimônio público.¹⁴

No que tange à mão-de-obra, o regime latifundiário não mais contava com a força de trabalho escrava, como anteriormente assinalado. Em 1888, registrava-se a existência de mais de setecentos mil escravos, sendo que estes não foram objeto de qualquer ação de indenização, seja direta, em caráter monetário, seja indiretamente, como o acesso à terra. Estes escravos, não mais utilizados pelo capital latifundiário, e impossibilitados de ter acesso à terra para cultivo de subsistência, passam a formar uma grande massa de despossuídos, condenados à miséria imposta pela estrutura da sociedade brasileira. Para suprir a lacuna deixada pela abolição da escravidão, o governo passa a promover incentivos à imigração. Quando aqui chegavam, os imi-

11 COGGIOLA, *Op. Cit.*, p. 59

12 A Constituição Republicana de 1891 consolidava um caráter cada vez mais inviolável ao direito à propriedade. Disponha o art. 27, parágrafo 17: “o direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

13 LINHARES, *Op. Cit.*, p. 74

14 *Ibidem.* p. 76

grantes (que normalmente dispunham de pouco capital) percebiam que, na prática, a proposta de aquisição de terras era falaciosa, não passando de propaganda. Isto porque as terras vendidas pelo governo eram muito caras, com preços maiores que os de mercado. Assim, garantia-se a força de trabalho do sistema de *plantation* que o latifúndio necessitava para se manter dominante.

O Brasil é o País do latifúndio. Foi e é. O recenseamento de 1920 mostrou a existência de 30 milhões de habitantes. Apenas 64 mil latifundiários controlavam na época 135 milhões de hectares de terra, e 600 mil sítiantes possuíam 40 milhões de hectares. Algumas empresas, como a Costa Ferreira & Cia., do Pará, concessionária de linha de navegação do Amazonas, com dois sócios, possuía uma extensão de terra igual à da Inglaterra, Escócia e Irlanda juntas.¹⁵

De fato, a hegemonia do sistema de *plantation* se estende até 1930. O colapso do mercado internacional, que alimentava todo o sistema de exportação de monocultura, e a crescente demanda interna por abastecimento de alimentação para os centros urbanos promovem uma guinada no cenário agrário nacional.

O governo reformista de João Goulart, desde 1961, passou a defender uma *reforma de base*, que fosse capaz de alavancar o desenvolvimento do país e garantir a ampla participação política. Nestas reformas, encontravam-se, por exemplo, a reforma agrária, reforma bancária (combate à inflação) e reforma universitária (democratização do ensino). Essas reformas eram temidas pelas forças conservadoras do país, encabeçadas pelos latifundiários.¹⁶ O projeto de reforma agrária não chegou a ser votado. Na madrugada, entre 31 de março e 1º de abril de 1964, com apoio logístico dos Estados Unidos, as forças armadas derrubaram o governo democrático de João Goulart, dando início à Ditadura Militar (1964-1984).

Oito meses após assumir o poder, o governo militar aprova a Lei 4.505, de 30 de novembro de 1964, o chamado 'Estatuto da Terra'. Tratava-se de uma tentativa de apaziguar os conflitos no campo, que ganhavam força. No papel, o Estatuto da Terra representava um avanço, vez que reconhecia a existência do latifúndio e estabelecia que as terras improdutivas eram passíveis de desapropriação. O que no papel representaria um avanço à questão agrária, na prática, se mostrava diferente. Sem qualquer eficácia, por inércia dos governos militares, o Estatuto da Terra serviu aos interesses do capital, facilitando o ingresso deste no campo.

15 FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112

16 LINHARES, *Op Cit.* p. 172

A ditadura militar foi a “época de ouro” do latifúndio. Aliada a inversão de capital e ao surgimento do agronegócio, a demanda (e, portanto, o valor) da terra aumenta, inviabilizando seu acesso por aqueles desprovidos de capital. Em 1978, as explorações com mais de mil hectares (1,8% dos imóveis cadastrados) ocupavam 57% da área total. Registra-se a existência do “super latifúndio”: três mil e duzentas propriedades gigantescas, que reunidas ocupavam cerca de 102 milhões de hectares, superfície equivalente à do Peru, Colômbia e Bolívia.¹⁷

O Estado foi agente ativo deste avanço, por meio da concessão de crédito rural, que chegou a alcançar valor semelhante ao total da produção agrária. A concessão destes créditos, no entanto, apenas agravou a concentração de riquezas: 80% dos proprietários rurais não foram beneficiados com tais incentivos. Apenas 20% receberam crédito rural, sendo que destes, os produtores menores (50%) recebiam 7,4% do crédito (1969) e 5,2% (1979), enquanto que os maiores produtores (apenas 1%) receberam 25,7% (1969) e 38,5% (1979). Neste período, os 5% mais ricos aumentaram sua participação no ingresso rural de 27,7% para 42,2%.¹⁸ Sobre esta “modernização conservadora”, Coutinho assevera que:

Por um lado, gradualmente e ‘pelo alto’, a grande propriedade latifundiária transformou-se em empresa capitalista agrária; e, por outro, com a internacionalização do mercado interno, a participação do capital estrangeiro contribuiu para reforçar a conversão do Brasil em país industrial moderno, com uma alta taxa de urbanização e uma complexa estrutura social. Ambos os processos foram incrementados pela ação do Estado: ao invés de ser o resultado de movimentos populares, ou seja, de um processo dirigido por uma burguesia revolucionária que arrastasse consigo as massas camponesas e os trabalhadores urbanos, a transformação capitalista teve lugar graças ao acordo entre as frações das classes economicamente dominantes, com a exclusão das forças populares e a utilização permanente dos aparelhos repressivos e de intervenção econômica do Estado.¹⁹

Desta forma, “nos últimos dias da Ditadura Militar, a questão agrária avolumava-se como um dos mais complexos problemas nacionais”.²⁰ A oferta de alimentos

17 COGGIOLA, *Op. Cit.*, p. 66

18 *Idem.*

19 COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci, um estudo sobre seu pensamento político*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 196

20 MARTINS, José de Souza. *A militarização da questão agrária no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1984. p. 77

continuava insuficiente e ainda trinta milhões de brasileiros viviam no limiar da fome. Estima-se que, se na época, cada brasileiro pudesse comprar alimentos decentemente, a produção não suportaria a demanda. Ao mesmo tempo, a idéia central das teses conservadoras, qual seja, de que a penetração do capital no campo modernizaria o setor, inclusive sua estrutura fundiária, mostrava-se equivocada.²¹

Na Constituinte, havia um consenso na sociedade sobre a necessidade da reforma agrária, bem como do “profundo nexo entre reforma agrária e redemocratização do país”.²² Assim, criava-se na Constituição Federal o artigo 186.²³ Ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 criava mecanismos fundamentais para uma efetiva reforma agrária no país, o próprio presidente da república, capitaneava uma ampla frente conservadora (o *centrão*) de bloqueio a qualquer mudança estrutural da sociedade brasileira.

Durante o governo Collor (1990-1992), ausente a regulamentação, permaneceu um clima de repressão aos movimentos sem-terra e de lentidão de reforma agrária, com a centralização das ações fundiárias pelos estados. Já no governo Itamar (1992-1994), embora pouco tenha caminhado a reforma agrária, a promulgação da Lei Agrária (8.629/93) possibilitou, ao menos, a retomada das discussões e abertura aos movimentos sociais. Itamar foi o primeiro presidente a receber o MST em audiência no Palácio do Planalto. Ainda assim, as manobras políticas da bancada ruralista e da UDR inviabilizavam a efetividade de qualquer proposta de redistribuição de terras.

Os governos de Fernando Henrique Cardoso se mostraram conturbados no que diz respeito à questão das lutas agrárias. O início da gestão foi marcado por diversos massacres a trabalhadores sem-terras que permaneceram impunes. As ações do MST se intensificaram, exigindo do governo resposta à impunidade da violência no campo e agilidade na política de reforma agrária. Neste sentido se destacam as marchas do MST, em especial a do ano de 1997, que reuniu mais de 60 mil pessoas e chegou a Brasília em 17 de abril (um ano após o massacre de Eldorado dos Carajás, no Pará).

21 LINHARES, *Op. Cit.*, p. 193.

22 MEDEIROS, Leonilde S. *História dos movimentos sociais no campo*. Rio de Janeiro: Fase, 1989. p.27

23 Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O governo FHC, em resposta às manifestações (tidas como manobras político-partidárias da oposição) foi responder judicialmente a todas as ações dos sem-terra, de imediato.

Era, na prática, uma determinação e um aval para que os secretários estaduais da Segurança Pública cumprissem à risca as ordens judiciais de reintegração de posse. A Polícia Militar deveria estar pronta para retirar os invasores das fazendas, cientes, porém, de que a truculência não poderia resultar em novos massacres. Começava, então, o que ficou conhecido como o período de “criminalização” dos trabalhadores rurais sem-terra.²⁴

A política adotada pelo governo FHC, em especial em seu segundo mandato, era claramente repressiva. Buscava criminalizar as lideranças dos movimentos sociais que lutavam pela terra, tentando dessa forma reduzir o número de ocupações.

Com efeito, com esta medida do governo FHC o número de ocupações diminuiu, fazendo com que o MST perdesse espaço político. Diminuíram o número de ocupações (e conseqüentemente de assentamentos) e aumentaram o número de prisões. Somente no ano de 2001, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) registrou a prisão de 254 trabalhadores sem-terra, de todos os movimentos camponeses e em todo o país.²⁵ O governo havia criado um obstáculo político para o movimento. Pautado na noção weberiana de dominação racional-legal, o governo FHC buscou colocar os MST contra a lei (ou melhor, a lei contra o MST).

O governo de Lula, do PT, histórico “aliado” do MST, assumiu o poder sem condições orçamentárias para cumprir as metas prometidas em campanha. Em meio à pressões dos movimentos sociais, restabeleceu o diálogo sobre a reforma agrária, mas não conta com apoio político no parlamento para promover alterações estruturais na sociedade brasileira. Sem estratégias governamentais sólidas para resolver a questão agrária, a situação de milhões de camponeses se perpetua, e o latifúndio sobrevive determinando a dominação da elite agrária sobre grande massa da população brasileira.

É o que revela a análise de dados recentes. A medição da concentração de terras pode ser feita pelo chamado ‘índice Gini’ que varia de uma escala de zero (0) a um (1). O zero indica a igualdade absoluta em termos de distribuição de terras, enquanto o um indica a concentração absoluta de terras. Nesta medição, o índice Gini brasileiro

24 SCOLESE, Eduardo. *A reforma agrária*. São Paulo: Publifolha, 2005 p.79-80

25 FERNANDES, 2006, p.18

é igual a 0,802.²⁶ Possível, portanto, perceber a profunda desigualdade em se tratando da distribuição de terras no contexto brasileiro. Veja-se, por exemplo, que 1,6% dos imóveis existentes correspondem a 46,8% da área total; ao passo que 32,9% dos imóveis correspondem a 1,6% da área total.

Ao longo de todo esse processo histórico, evidentemente aqueles excluídos perante esta alarmante concentração de terras buscaram meios para reivindicar acesso à terra. O século XIX é marcado por um enorme número de lutas populares dos mais diversos matizes, espalhados Brasil afora, tendo um sem fim de distinções e peculiaridades, mas sempre comungando de um ponto em especial: o acesso a terra.

Sucintamente, podem-se destacar: a) *Farroupinha* (Guerra de Farrapos), o mais longo movimento de revolta armada da história brasileira no século XIX, entre 1835 e 1845. O desenvolvimento do Rio Grande do Sul; b) *Sabinada*, ocorrida entre 1837 e 1838 na Bahia, é assim chamada em razão de seu líder, Francisco Sabino Alvarez da Rocha Vieira; c) *Balaçada*, ocorrida entre 1838 e 1841, no período regencial, envolveu os estados do Maranhão, Piauí e Ceará. Compunham o movimento camponeses, artesãos, negros e mestiços, todos insatisfeitos com as condições sócio-políticas na região; d) *Cabanagem*, uma das principais rebeliões ocorridas no Brasil imperial com seu principal foco foi no Pará, e com reivindicações também no Amazonas, nos anos de 1835-1836; e) *Canudos*, uma das revoltas mais importantes da história brasileira, ocorrida entre 1893 e 1897, no interior da Bahia. Sob a liderança política e espiritual de Antônio Vicente Mendes Maciel (Antônio Conselheiro), milhares de camponeses ocuparam uma fazenda abandonada, junto ao rio Vaza-Baris, região conhecida como Canudos; f) *Contestado*, já no início do século XX, na divisa dos Estados do Paraná e de Santa Catarina dando origem à Guerra do Contestado, cujo ápice se deu entre 1912 e 1916.

Todos estes levantes populares guardam profunda relação com a luta pelo acesso à terra, opondo-se à histórica concentração fundiária que marca a sociedade brasileira. Interessante notar que todos estes acabaram recebendo semelhante resposta por parte do Estado Brasileiro (claramente defensor dos interesses elitistas): todos foram violentamente reprimidos pelas forças do exército brasileiro, eventualmente levados à aniquilação total (a exemplo de Canudos). Percebe-se assim que a resposta estatal (hegemônica) às demandas sociais por acesso à terra foi, ao longo do século XIX e parcialmente do século XX a resposta militar – *o fuzil*. Importante notar, no entanto, que este tipo de resposta não mais se compatibiliza com um Estado democrático qual o atual, orientado por princípios de dignidade humana. Assim, para compreender a resposta estatal hoje, necessário recorrer à análise criminológico-crítica.

26 Estatísticas cadastrais INCRA Ano-base: 2003. Disponível em <<www.incra.gov.br>>.

3. A QUESTÃO AGRÁRIA SOB O OLHAR CRIMINOLÓGICO-CRÍTICO

Necessário estabelecer aqui um recorte epistemológico para correta compreensão do referencial teórico-criminológico utilizado. Parte-se, neste escrito, da construção crítica que marca a virada criminológica realizada pela teoria do *labeling approach*,²⁷ aliado à mediação da teoria estrutural marxista. Assim, pode-se observar objetivos declarados ou manifestos e objetivos reais ou latentes do direito penal, quais sejam, a proteção de bens jurídicos essenciais para a vida individual e coletiva, tributária de uma aparência de neutralidade do sistema de justiça criminal, diante da lei como fonte única do Direito, em contraste com o estudo das fontes materiais, “enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado”.²⁸

A criminalização dos movimentos sociais pelo Direito Penal como instrumento do Poder, que se utiliza de categorias legais abstratas para enquadrar as ações políticas de grupos organizados em tipos penais e, assim, legitimar e autorizar o emprego do monopólio da força, representa a estratégia da ideologia hegemônica para a manutenção das condições materiais desiguais de existência, através da institucionalização da violência e do Direito Penal não como política criminal, mas como política equivocada de resolução dos problemas sociais.²⁹

A estrutura fundiária Brasileira é marcada por uma enorme desigualdade no que tange à distribuição de terras; problema que tem raízes antigas, ainda no período das capitanias hereditárias e sesmarias, conforme exposto no capítulo primeiro. É de se observar que nunca houve no Brasil uma efetiva política de redistribuição de terras, de reforma agrária, permanecendo até hoje um modelo estrutural semelhante ao do período de colonização, baseado no grande latifúndio.

Os problemas dessa discrepância absoluta em termos de distribuição de terras têm-se acumulado ao longo dos tempos, criando uma situação de exclusão social de uma considerável parcela da população brasileira. Estes “são os sujeitos que

27 Teoria esta que traduz o deslocamento do objetivo de pesquisa das causas da criminalidade para a reação social, haja vista que o crime não seria um desvalor pré-constituído ou uma qualidade do ato, mas uma realidade socialmente construída pelo sistema de justiça criminal e por ele qualificada como crime.

28 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lúmen Juris, 2006. p.7

29 _____. 1983. p.86-91

não têm lugar no mundo. Tratam-se, propriamente, dos excluídos”.³⁰ Assim o são justamente por não terem o devido acesso a terras suficientes e políticas agrícolas adequadas para gerar uma produção apta a satisfazer as necessidades próprias e de suas famílias; vivem em uma situação sub-humana, muito aquém das condições básicas dignas do ser humano.

Precisamente neste contexto se dá o surgimento de diversos ‘entidades sociais’ que encampam a luta por uma efetiva (e urgente) redistribuição de terras. Neste panorama, destacam-se o Movimento dos Sem-Terras (MST), a Comissão da Pastoral da Terra (CPT), a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), dentre outros.

Diante da incapacidade do Estado de promover a efetividade dos direitos fundamentais que se fundamenta a legitimidade dos movimentos sociais, numa postura de negação da exclusão sofrida, a partir de atividades de ordem reivindicatória, contestatória e participativa na construção de estratégias de pressão popular através de mobilizações, passeatas, ocupações, marchas, atos de desobediência civil e negociações, impelindo a criação de redes de solidariedade que buscam reorganizar a vida social e redefinir a vida política em defesa dos direitos humanos e garantias fundamentais.

Estas ocupações não têm como objetivo a tomada imediata da referida terra, mas sim possuem um caráter reivindicatório no sentido de buscar a concretização do que lhes é assegurado pela Carta Magna.

A partir do câmbio de paradigma, o estudo do processo de criminalização como instrumento de proteção seletiva de interesses das classes dominantes, mediante a administração da punição pela condição de classe do autor e por meta-regras que pré-selecionam e estigmatizam as classes sujeitas à criminalização representa o objeto de estudo da Criminologia Radical.³¹

É precisamente sobre a questão do ‘desenvolvimento desigual’ da produção material e relações jurídicas que a sociologia do direito, como presentemente constituída, falhou em explicar. Isto não é surpreendente, pois a natureza do crime e do direito, em sociedades proprietárias, não pode ser compreendida sem uma análise completa da ‘propriedade’ como tal. O projeto, então, deve

30 ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.136)

31 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.86

ser construir uma criminologia materialista que brote de uma análise materialista do direito em sociedades proprietárias, capitalistas.³²

De tal sorte, pode-se observar que o processo de criminalização, no contexto das lutas populares de movimentos sociais das classes trabalhadoras, representa a “descontextualização e despolitização dos conflitos”, de modo que o sistema penal intervém como instrumento de repressão aos efeitos dos conflitos, atingindo antes as pessoas de forma reativa do que as situações de forma preventiva. Neste sentido, a estigmatização e a criminalização produzida são tomadas a partir de ações de pessoais individuais e não no contexto da macroestrutura da desigualdade a qual ensejam os conflitos.³³

Esta criminalização está pautada na definição de crime (e de criminoso, portanto) imposta pelo sistema jurídico-penal, enfoque legalista que sustenta o controle social classista e desigual na sociedade capitalista e mantém o discurso tecnocrático de defesa da ordem.³⁴

Trata-se de uma tendência neoliberal do final do século XX e início do século XXI (preconizada pelos Estados Unidos) de, como afirma LOÏC WACQUANT³⁵, redução do “*Estado-providência e hiperinflação do Estado-penitência*”. O combate à miséria e demais mazelas sociais é realizado agora por meio da prisão; Abandonam-se as políticas sociais para deslocar-se a resposta Estatal para o sistema carcerário, em crescente expansão, que tem como “o sub-proletariado, que deve ser alijado dos espaços públicos para maior comodidade dos cidadãos-consumidores”.³⁶

O clima difuso de insegurança e vulnerabilidade obscurece o mapeamento do problema para oferecer respostas compatíveis com os valores da democracia e dos direitos fundamentais, uma vez que as questões da esfera pública tendem a se deslocar cada vez mais

32 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia Crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: TAYLOR, Ian. (*Et al.*) *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p.69-70

33 ANDRADE, *Op. Cit.*, p.133-136

34 SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores da Ordem ou Guardiões dos Direitos Humanos? In: TAYLOR, Ian. (*Et al.*) *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p.135-164

35 2001; 2002

36 ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem*. Disponível em: <<<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>>. Acesso em: 21 jul. 2012. p.7

para o âmbito do direito penal, cuja solução (repressora e simbólica) induz o mal que pretende curar.³⁷

Embora fundamentada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e em questões diretamente relacionadas à sobrevivência de uma considerável parcela da população brasileira, a luta dos movimentos sociais que reivindicam a redistribuição de terras (em especial, o MST) vem sofrendo um amplo processo de criminalização.³⁸

Aliado ao poderio exercido junto ao poder público, tem-se percebido um processo de criminalização dos movimentos sociais. Este processo busca, em suma, *deslegitimar* as reivindicações sociais exercidas pelo MST por meio da *criminalização* de suas ações e, em especial, se seus líderes, buscando desestruturar o movimento.

Este processo pode ser dividido, essencialmente, em duas vertentes, ambas inseridas em um sistema maior, que se entrelaçam com o intuito de retirar a legitimidade do movimento.

A primeira diz respeito a um processo ideológico de deslegitimação, que se dá no *controle social informal*, em especial por meio da grande mídia. Destaque-se que outras instâncias de controle informal exercem influência neste processo, tal como a família, a igreja e a escola, ao promoverem a construção/internalização de estereótipos e a conseqüente reprodução de exclusão social. A segunda vertente, por sua vez, se dá no *controle social formal*, ou seja, na criminalização propriamente dita, instrumentalizada pelo *sistema penal*. É o que brevemente passa-se a analisar.

O controle social informal é realizado de diversas formas distintas (na escola, na família no ambiente de trabalho, etc.), mas, o que diz respeito ao presente estudo, os esforços serão dirigidos essencialmente no contexto da grande mídia, que se revela significativa no que tange à criminalização dos movimentos sociais. A influência da mídia na construção de opiniões é de fundamental importância neste aspecto. É claramente perceptível o papel da “*mass mídia*” na construção de estereótipos criminosos, bem como na construção da própria criminalidade. A criminalidade é,

37 ARGÜELLO, *Op. Cit.*, p. 5-6

38 Segundo informações da Comissão Pastoral da Terra, disponível em www.cpt.org.br: “Os dados de 2006 explicitam que trabalhadores e trabalhadoras rurais continuam sendo reprimidos e sofrendo violências por parte dos poderes judiciários, executivo e pela constante ação dos grupos armados - as milícias armadas escondidas sob a fachada de empresas de segurança no Paraná. O Paraná é o 4º no número de prisões (atrás do DF, ES, PA). Em 2006 o número de prisões foi 57% maior se comparado com o ano anterior, 55 casos em 2006 e 35 casos em 2005, vale a pena ressaltar que desde 2000 a CPT não registrava um número tão elevado de prisões de trabalhadores/as rurais no Estado.

“socialmente construída através de processos de comunicação social e de mecanismos seletivos das reações sociais e oficiais”.³⁹

O sensacionalismo jornalístico, aliado à atividade econômica da mídia, bem como aos detentores dos meios de comunicação acaba por criar *mitos* que são incorporados pela sociedade.⁴⁰ Um destes mitos, por exemplo, é a clássica luta entre o *bem e o mal*, sendo que, o cidadão branco, proprietário representa a primeira (*o bem*), enquanto que aqueles que eventualmente se revoltam contra as instituições estabelecidas representam a segunda (*o mal*). Desta forma, a mídia rotula como subversivas, como perigosas, aquelas classes sociais que combatem a manutenção do *status quo*, construindo a criminalidade e contribuindo na reprodução do discurso ideológico dominante (*‘lei e ordem’*).

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia x sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos.⁴¹

Este processo é plenamente identificável no caso dos conflitos agrários no Brasil. Comumente a grande mídia relaciona a imagem do MST à desordem, utilizando-se de diversos métodos de mensagens subliminares, claramente atribuindo aos seus integrantes estereótipos de “subversivos”, de ‘invasores’, transformando este determinado grupo social em um grupo ameaçador à ordem social.

Neste sentido, a grande mídia constrói a imagem de um movimento bárbaro, desordeiro, violento, ilegítimo e, conseqüentemente, ilegal. Assim, com a construção de uma idéia de insegurança social, bem como com a construção de um grupo social ‘perigoso’ a mídia realiza seu papel no controle social informal, contribuindo na perpetuação dos objetivos reais do sistema carcerário: “reprodução da criminalidade

39 BARATTA, Alessandro. Filósofo de uma criminologia crítica. In: RAMOS, Silvia (Org.) *Mídia e Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Faperj, 1994. p.14

40 ANYIAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.205-209

41 BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos*. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: 2002. p.33

direcionada para as classes dominadas e reprodução das relações sociais (divisão de classes)”⁴².

A segunda vertente do processo de criminalização dos Movimentos Sociais se dá no âmbito do próprio sistema penal. Cumpre aqui lembrar que este controle formal está umbilicalmente ligado ao controle social informal (em especial, à mídia), que acima brevemente foi exposto.

No controle social formal, o que entra em ação é toda a estrutura do sistema penal, ou seja, o cárcere, a força policial, juízes, promotores, etc. Este controle, que é encampado pelo discurso penal dominante, funciona em uma lógica de “eficácia instrumental invertida”, sustentada por uma eficácia simbólica. Em outras palavras, possui uma função declarada (simbólica) de combate a criminalidade e proteção de bens jurídicos universais, a qual encobre e sustenta uma função latente, manifestamente oposta àquela, qual seja, a de reproduzir as desigualdades estruturais, tanto material quanto ideologicamente.⁴³

Assim, o processo de criminalização dos movimentos sociais se dá pela atribuição de desvalor a determinados fatos que, em sentido último, descontextualizam as lutas por reforma estrutural, e individualizam a responsabilidade precisamente nas parcelas sociais marginais. Encobre-se assim a culpa estrutural com a culpa individual de determinados sujeitos, sobre os quais recai o status de ‘criminoso’.

Ainda, justamente por ser um sistema que tem como função a reprodução das desigualdades estruturais (tanto materiais quanto ideológicas), o sistema penal atua claramente de forma *seletiva*. Essa seletividade se dá tanto em relação aos bens jurídicos objetos de proteção quanto aos destinatários efetivos das normas penais.

No tocante aos bens penalmente protegidos, com nitidez tem-se a propriedade em primeiro lugar. Nos conflitos agrários, a maioria dos casos existe um conflito entre a propriedade (latifúndio) e necessidades fundamentais/direitos humanos, dando-se preferência, em geral, pela tutela do primeiro.

Neste sentido, interessante apontar que as acusações que recaem sobre o MST são precisamente de crimes contra a propriedade, como o crime de dano (pela destruição de cercas e demais estruturas destruídas nas ocupações), crime de furto (pelo desaparecimento de animais e cercas de arame), crime de usurpação (pelas ocupações de terra) e formação de quadrilha (para cometer os crimes acima dispostos).⁴⁴

42 CIRINO DOS SANTOS, 1981, p.56-57

43 ANDRADE, *Op. Cit.*, p.132-133

44 VARELLA, *Op. Cit.*, p.328-329

No que diz respeito à seletividade dos destinatários da norma penal, mais uma vez se percebe a nítida função de reprodução estrutural do sistema penal. Esta seletividade se dá em razão da vulnerabilidade do candidato, reproduzindo assim as desigualdades estruturais.⁴⁵ Assim, o controle penal só é direcionado ao lado mais fraco da batalha, precisamente os integrantes dos movimentos sociais. Assim, tem-se a criminalização dos movimentos sociais de um lado, e a impunidade de fazendeiros, gerentes de fazenda, pistoleiros, grupos armados de outro (neste aspecto, os diversos estudos críticos sobre a *cifra negra* se mostram relevantes).

Desta forma, operando o controle social formal (sistema penal) de forma seletiva, tanto em relação à escolha dos bens a serem protegidos, quanto em relação àqueles a quem se direciona seu controle, novamente se reafirma a função latente do sistema penal, de reprodução material e ideológica das estruturas, criminalizando os socialmente excluídos por um lado e imunizando as classes dominantes (juntamente com o Estado) por outro.⁴⁶

Todo este agir do sistema penal, entrelaçado com o controle social informal, exercido especialmente pela mídia, resulta em um discurso que constrói um determinado *medo social* (uma classe perigosa) e, conseqüentemente, uma *resposta* para este medo (a penalização/ criminalização desta classe). Tem-se assim configurado o *estado de polícia*, e não o *estado de direito*. Enquanto este busca *resolver* os conflitos sociais, aquele pretende *suprimir* estes conflitos, respeitando as vontades hegemônicas.⁴⁷

Assim, não são discutidas as causas dos conflitos, ou os fatores que condicionam esta situação (claramente, nos casos dos conflitos agrários, a problemática de desigualdade na distribuição de terras). Discutem-se tão somente as formas de repressão e eliminação (neste caso, a resposta sempre é o cárcere); visando assim à manutenção do *status quo* estrutural e conseqüentemente de suas categorias hegemônicas.

A repressão mostra-se assim como um caminho aparentemente mais fácil. Além de atrativo, é politicamente útil. O político que levanta a bandeira é, em geral, bem aceito pela comunidade acuada pelo medo.

É a ilusão de segurança: fartas leis repressoras, faraônicas construções judiciais e penitenciárias, todo um aparato encobrindo os sintomas cada vez mais veementes da doença social de cada período histórico. O paradoxo centra-se exatamente no fato de que por mais evidente tenha se tornado a necessidade de uma revisão

45 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.51

46 ANDRADE, *Op. Cit.*, p.141.

47 ZAFFARONI e BATISTA, *Op. Cit.*, p.94-95

fundamental na política penal que norteia todo o sistema, mais tem se rejeitado um Estado a trabalhar as causas e virtudes da dependência do sistema à ordem político-social dirigida pelos estratos centrais que não admitem uma partilha equânime do poder.⁴⁸

Ao se empreender uma luta contra movimentos sociais que contestam a irracionalidade da ordem estabelecida, exigindo a efetivação de direitos já previstos e garantidos na esfera constitucional, a classe dominante utiliza-se do sistema penal como instrumento de manutenção dos privilégios que o *status quo* comporta, através da adequação das ações políticas dos movimentos sociais a tipos legais já estabelecidos ou através da criação de novas hipóteses de criminalização, atribuindo desvalor às ações de contestação, e insurgindo a população contra um novo “inimigo” interno. Assim, a imperatividade de manutenção das condições materiais de existência condiciona o poder punitivo, o qual se potencializa e elimina suas limitações formais e fundamentais, ao passo que a justiça degrada-se em função judicial e a polícia em um órgão sem limites políticos nem jurídicos. Estabelece-se, portanto, um alarme social que instala e autoriza o *Direito Penal do Inimigo*.⁴⁹

Este tratamento dado à questão agrária, ao se descontextualizar a histórica luta dos movimentos sociais que lutam pela Reforma Agrária, direcionando contra estes o sistema penal resulta por perpetuar uma condição de injustiça social secularmente estabelecida no país. Este processo de criminalização dos movimentos sociais não somente não contribui para melhorias na questão da concentração de terras, mas também tem como resultado um incremento da violência no campo.

Cumpram aqui destacar que a análise da violência no campo pode se dar em planos diferenciados, não se resumindo à ‘violência direta’ resultante dos conflitos rurais. A qualificação de *violento* deve ser atribuída à todo fenômeno que afete a sobrevivência digna do ser humano enquanto entidade biológica, cultural e espiritual. Analisando os bens indispensáveis para a concretização destas necessidades fundamentais e os direitos delas decorrentes (necessidades e direitos historicamente determinados), é possível determinar o que afetivamente é qualificado como violência.⁵⁰

Assim, a violência figura no campo sobre diferentes formas, a exemplo da exploração do trabalho escravo, bem como do trabalho infantil. A exploração da

48 MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.116.

49 ZAFFARONI, *Op. Cit.* p.13-23.

50 KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e luta pela terra. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Revoluções no Campo Jurídico*. Joinville: Oficina, 1998. p. 244

mão-de-obra necessitada, que é obrigada a vender sua força de trabalho por valor ínfimo, muitas vezes sem qualquer espécie de tutela trabalhista, dentre outras. “A expansão da inovação agropecuária e dos complexos agro-industriais coexiste com a manifestação de ‘trabalho escravo’ e o recurso ao suplício do corpo”.⁵¹

Cabe aqui, no entanto, destacar propriamente a violência física que resulta dos conflitos no campo. As possibilidades de eclosão da violência nas relações sociais, em particular no espaço agrário, alimentam-se da crise de hegemonia do Estado Brasileiro, no período recente.⁵²

O recurso à violência é uma estratégia micro-política de frações das classes dominantes agrárias contra as estratégias de rompimento daquela relação estrutural com a propriedade da terra. Assiste-se a uma disseminação, a nível macro e a nível micro-social, da violência, pois os aparelhos repressivos do Estado estão vinculados tanto a uma violência social difusa, na cidade e no campo, quanto a uma violência política.⁵³

Os grandes proprietários, unidos sob o discurso de defesa suas terras dos “invasores”, passaram a contratar pistoleiros para executar trabalhadores rurais. Este sistema de pistolagem é usual no cenário rural brasileiro. “O pistoleiro é a materialização de um ato com vários personagens encobertos, autores intelectuais, e toda uma rede de proteção pertencente à classe dominante (grandes proprietários de terra e políticos) e a setores da polícia”.(BARREIRA, 1992, p.33).

A CPT revela que 1.280 trabalhadores rurais foram assassinados entre os anos de 1985 e 2000, no Brasil. Aliado a este cenário de violência, se destaca a impunidade. Desses 1.280 assassinatos, apenas 121 foram levados a julgamento. Entre os mandantes dos crimes, somente catorze foram julgados, sendo sete condenados. Foram levados a julgamento quatro intermediários, sendo dois condenados. Entre os 96 executores julgados, 58 foram condenados.⁵⁴

A violência, no espaço agrário, expressa assim a dominação entre as classes sociais no campo, exercida principalmente por orientação de mandantes particulares, e efetivada tanto por executantes individuais (pistoleiros) quanto por milícias privadas.

51 SOUZA MARTINS, 1994, p.92.

52 Id., 1991, p.49.

53 TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. *Conflitos agrários no Brasil: agentes sociais, lutas pela terra e reforma agrária*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000. p.5

54 RELATÓRIO CPT, 2003.

Um elemento marcante desta violência consiste na liquidação física dos trabalhadores rurais nos conflitos fundiários, bem como no “*aspecto ostensivo dos assassinatos*”, aliado a impunidade de mandantes e executores.⁵⁵ Marcam ainda este cenário as “mortes anunciadas/ juradas” e constantes chacinas.

Em 2003 a CPT registrou 73 assassinatos de trabalhadores rurais em conflitos no campo, o que representa um aumento de 69,8% em relação a 2002, e o mais elevado desde 1990, quando 79 camponeses foram assassinados. Foram registrados também 55 tentativas de assassinatos durante 2003.⁵⁶

Neste contexto, fundamental destacar a atuação das Polícias Civil e Militar. Em decorrência da influência política (e econômica) dos grandes proprietários de terras, a polícia tende a permanecer como aliada destes. E justamente enquanto instância de um controle seletivo e direcionado às classes subalternas, a atuação da polícia é em regra marcada pela violência física e desrespeito aos direitos dos trabalhadores rurais.

[A violência no campo] se exerce, freqüentemente com alto grau de letalidade, contra alvos selecionados (contra as organizações dos camponeses e trabalhadores rurais) e seus agentes são membros da burguesia agrária, fazendeiros e comerciantes locais, mediante o recurso a “pistoleiros” e milícias organizadas. Também se registra a presença do aparelho repressivo estatal, comprovado pela freqüente participação das polícias civis e militares. Enfim, a omissão de membros do Poder Judiciário reforça o caráter de impunidade. Como resultado, produz-se a carência do acesso ao Poder Judiciário para as populações camponesas e dos trabalhadores rurais, resultando em uma descrença na eficácia da Justiça para resolver conflitos ou mesmo para garantir direitos constitucionais, como o direito da função social da terra.⁵⁷

Este, portanto, é o panorama atual da questão agrária no Brasil: uma distribuição extremamente desigual de terras, marcada pelo latifúndio improdutivo (aliado ao capital); uma massa de (sub)-cidadãos lutando pelos canais que lhe são possíveis para ter acesso à terra e um sistema penal seletivo (e violento), que acaba por se direcionar contra essa massa, mantendo uma situação secular de dominação de classes.

55 TAVARES DOS SANTOS, *Op. Cit.*, p.4.

56 RELATÓRIO CONFLITOS NO CAMPO, 2003, p. 56

57 TAVARES DOS SANTOS, *Op. Cit.* p.5

A descontextualização das lutas travadas por estes novos movimentos sociais, aliada a uma repressão criminal/ criminalização (controle social formal) e a atribuição do estereótipo criminoso ao MST pela mídia (controle social informal) buscam deslegitimar sua atuação, mas “o que necessita ficar claro, contra toda orquestração ideológica desqualificadora, é que a luta do MST, se ‘aparentemente’ se exerce contra a legalidade, é para reafirmá-la inteiramente, é para forjar sua concretização”.⁵⁸

Justamente em razão desta “política de criminalização” dos movimentos sociais que lutam pelo acesso à terra é que se faz necessário buscar possíveis alternativas para que estes agentes sociais possam concretizar esses direitos fundamentais que lhes são inerentes, em um momento não de confronto à lei, mas sim de verdadeira afirmação dos preceitos constitucionais mais fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Pautado na compreensão histórica da distribuição de terras no Brasil, percebe-se que esta sempre se mostrou problemática, em âmbito estrutural na sociedade Brasileira, tendo em vista sua tendência à concentração e à perpetuação de um sistema de exclusão (sustentado pela figura das “capitanias hereditárias – latifúndio – *agrobusiness*”: vastas porções de terras, baseada na monocultura, concentrada nas mãos de uma pequena elite agrária).

Em que pese ao longo da história nacional as classes despossuídas tenham tentado se opor a este regime de concentração-exclusão (em especial no decurso do século XIX e meados do século XX), a resposta estatal sempre se deu em um mesmo sentido: repressão estatal militarizada, garantindo a continuidade/conservação do poder nas mãos das oligarquias rurais.

O Estado, assim, ao não solver o problema com políticas de redistribuição de terras (reforma agrária), apenas protela a situação, agravando ainda mais a questão fundiária. No contexto sócio-político da virada do século XX-XXI, evidentemente não mais se coaduna esta postura de repressão estatal militarizada, diante de um sistema democrático baseado em um novo paradigma constitucional.

Neste sentido, as eventuais contestações sociais à concentração de terras (encabeçadas pelos movimentos sociais) passam a receber uma nova resposta estatal: não mais se utiliza a repressão militar (em que pese a existência da *pistolagem*, verdadeiro “direito penal subterrâneo”), e sim se responde a questão por meio do direito penal, ao se criminalizar a atuação destes movimentos sociais (tanto pela atuação do controle social informal, difusor do “pânico social”, quanto pela atuação seletiva do

58 ANDRADE, *Op. Cit.* p.136

controle social formal). A compreensão crítica do sistema penal justamente tem o condão de revelar essa real função do discurso/sistema punitivo em proveito da elite dominante ruralista.

Assim, descontextualiza-se e despolitiza-se o real problema (concentração de terras/falta de reforma agrária) e cria-se a (falsa) ideia de que a solução virá pela repressão (agora jurídico-penal, e não mais militar) daqueles que contestam esta estrutura de exclusão-concentração. Remete-se, desta forma, ao título do presente artigo, ilustrando a maneira como se conserva/renova a desigual distribuição de terras no Brasil, mantendo a hegemonia oligárquica-rural (antes pela escravidão – *grilhões*-pela repressão militar – *fuzis* - hoje pelo sistema penal – *prisões*).

5. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Sistema penal e cidadania no campo: a construção social dos conflitos agrários como criminalidade*. In: _____. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANYIAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigo_s/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2012
- BARATTA, Alessandro. Filósofo de uma criminologia crítica. In: RAMOS, Silvia (Org.) *Mídia e Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Faperj, 1994.
- BARREIRA, César. Pistologem política: a morte por encomenda. *Reforma Agrária*. Campinas, ABRA, v. 22, n. 1, jan/abr 1992
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos*. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: 2002
- CIRINO DOS SANTOS, Juez. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Direito Penal*. Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lúmen Juris, 2006.
- COGGIOLA, Oswaldo. Brasil: A questão agrária e a luta do MST. In: BARSOTTI, Paulo; PERICÁS, Luiz Bernardo (Org.). *América Latina: história, crise e movimento*. São Paulo: Xamã, 1999.
- COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci, um estudo sobre seu pensamento político*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- FERNANDES, Bernardo Mançano (Et al.). *Inserção sociopolítica e criminalização da luta pela terra: ocupações de terra e assentamentos rurais no Pontal do Paranapanema – SP*. Nera/Unesp: Presidente prudente, 2006.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e luta pela terra. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Revoluções no Campo Jurídico*. Joinville: Oficina, 1998.

- LIBERATO, Ana Paula Gularte; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O direito humano fundamental: a reforma agrária*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2003.
- LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *Terra prometida: uma história da questão agrária no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Safe, 2003.
- MARTINS, José de Souza. *A militarização da questão agrária no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1984.
- _____. *O Poder do Atraso*. São Paulo: Hucitec, 1994.
- _____. *Expropriação e violência*. São Paulo: Hucitec, 1991.
- MEDEIROS, Leonilde S. *História dos movimentos sociais no campo*. Rio de Janeiro: Fase, 1989
- SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores da Ordem ou Guardiões dos Direitos Humanos? In: TAYLOR, Ian. (Et al.) *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- SCOLESE, Eduardo. *A reforma agrária*. São Paulo: Publifolha, 2005.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia Crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: TAYLOR, Ian. (Et al.) *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. *Conflitos agrários no Brasil: agentes sociais, lutas pela terra e reforma agrária*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao Direito à Reforma Agrária*. O Direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Led, 1998.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, ano 7, n. 11, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003
- _____. Globalización y Sistema Penal en America Latina: De la Seguridad Nacional a la Urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, nº 20, out/dez, 1997.
- Conflitos no Campo: a ação das milícias privadas e a criminalização dos movimentos sociais. CARVALHO, Sandra (Org.). *Direitos humanos no Brasil: 2003*. relatório anual do Centro de Justiça Global. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2004.

Capítulo 70

A CRIMINALIZAÇÃO DO MST NO RIO GRANDE DO SUL: APONTAMENTOS SOBRE O ‘INIMIGO’ NO CAMPO

E. Emiliano Maldonado¹

“Yo pregunto a los presentes
Si no se han puesto a pensar
Que esta tierra es de nosotros
Y no del que tenga más
Yo pregunto si en la tierra
Nunca habrá pensado usted
Que si las manos son nuestras
Es nuestro lo que nos den
A desalambrear, a desalambrear
Que la tierra es nuestra
Es tuya y de aquél
De Pedro y María
De Juan y José (...)”

A Desalambrear – Daniel Viglietti

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo iremos apresentar parte dos resultados de nossas pesquisas sobre o processo de criminalização dos movimentos sociais no Rio Grande do Sul, pois percebemos que nos últimos anos o Sistema de Justiça criminal foi amplamente utilizado em face das organizações sociais contra-hegemônicas, já que, em cada momento histórico, o poder punitivo, por meio de mecanismos de controle social, direciona a sua vontade soberana a determinados grupos sociais, no escopo de normalizá-los.²

1 Mestrando em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Ciências Jurídicas y Sociais pela Universidade do Vale do Rio do Sino (UNISINOS-RS). Advogado Popular no Rio Grande do Sul. Membro da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP) e do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE). Conselheiro da Região Sul do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). E-mail: eemilianomb@gmail.com

2 Nesse sentido, Foucault afirma que: “(...) o poder da regulamentação obriga à homogeneidade; mas individualiza permitindo medir os desvios, determinar os níveis, fixar as especialidades e tornar úteis as diferenças, ajustando-as umas às outras. Compreende-se que o poder da norma funcione facilmente dentro de um sistema de igualdade formal, pois dentro de uma homogeneidade que é a regra, ele introduz, como um imperativo útil o resultado de uma medida, toda a

Essa escolha parte, na grande maioria das vezes, do juízo subjetivo daqueles que estão exercendo o poder econômico-político, razão pela qual apresenta uma tendência seletiva discriminante. Na atualidade, essa tendência se agravou com a utilização exacerbada dos mecanismos psicossociais (o poder midiático, em especial), que sedimentou uma sensação de incerteza, insegurança e medo, generalizada na sociedade.³

Nesse contexto, se fortalecem as práticas repressivas em face de setores excluídos da sociedade, pois num ambiente marcado pelo *medo do outro*, o peso da lei e do cárcere parecem ser as medidas mais eficazes. Ou seja, a realidade sociopolítica atual tem favorecido discursos maniqueístas sobre as problemáticas de nossa sociedade. Esses discursos pretendem legitimar a utilização de mecanismos de coerção por parte das forças públicas em face dos setores menos favorecidos da sociedade, afirmando a funcionalidade das normas penais e seu papel de normalização sistêmica. Assim, no campo penal, pretendem possibilitar e/ou justificar a utilização de um *direito penal do inimigo*,⁴ que busca retirar a condição de pessoa daquele(s) que, supostamente, representa(m) uma ameaça à sociedade e às instituições públicas.⁵

Assim, neste artigo, pretendemos aprofundar o debate sobre o discurso do *inimigo* no direito penal, demonstrando a necessidade de superarmos esse paradigma jurídico-político, haja vista sua inadequação à Constituição Federal de 1988. Para isso, iremos abordar a questão da criminalização dos movimentos sociais no Rio Grande do Sul, desvelando o seu viés autoritário e inconstitucional, a partir de um estudo de caso. Ou seja, partindo de um processo criminal - processo nº 2007.71.18.000178-3 -, no qual oito integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) foram denunciados e estão sendo processados por crime contra a Segurança Na-

gradação das diferenças individuais. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 164.

3 No Brasil, a difusão do medo do caos e da desordem tem servido para justificar estratégias de exclusão e disciplinamento planejado das massas empobrecidas. (...) A hegemonia conservadora em nossa formação social usa a difusão do medo como mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social. O medo se torna fator de tomadas de posição estratégicas no campo econômico, político e social. BATISTA, Vera M. *O medo na cidade*. In: PLASTINO, Carlos Alberto. *Transgressões*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002, p. 205.

4 JAKOBS, Günther; CANCIO MELLÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

5 Nas práticas policiais das grandes metrópoles, essa doutrina tem demonstrado resultados aterradores. Se verificarmos o número de mortes, na cidade do Rio de Janeiro em “conflitos com a polícia”, observa-se que no ano 2000 ocorreram 427 mortes, cinco anos depois, em 2005, ocorreu um aumento de 157%, isto é, 1.098 pessoas foram vítimas fatais. RAMALHO, Sérgio. *Uma polícia fatal*. Jornal O Globo, de 06/11/06, p. 10.

cional, com base na Lei nº 7.170/83, pretendemos comprovar que o processo de criminalização vivido no Rio Grande do Sul reproduz as premissas da Ideologia da Segurança Nacional e retoma princípios e lógicas do período ditatorial brasileiro. Pretende-se, assim, mostrar a sua incompatibilidade com modelo estatal plasmado na CF/1988, bem como a necessidade de superar a lógica política; amigo-inimigo, já que o Estado Democrático de Direito possui como peculiaridade a garantia à pluralidade política e a possibilidade de mobilização política em nome da transformação social e jurídica de nosso país.

2. O CRIME DE SER SEM TERRA

Os fatos que serão aqui trabalhados nos demonstram a relevância do problema da construção da verdade, isto é, a temática da ideologia, que mesmo não sendo o foco de nossa pesquisa, perpassa a análise realizada neste estudo. Entretanto, neste momento, esse aspecto assume singular importância, já que ao estudar um processo criminal específico, teremos que trabalhar, discutir e criticar a (in)verossimilhança dos fatos retratados pela acusação no processo e confrontá-los com realidade social.⁶ Por isso, antes de adentrar na análise e no estudo do processo crime, devemos situar o leitor, pois se na atualidade nos encontramos num ambiente marcado pelo medo e insegurança, o movimento social estudado, cujo objetivo é reformar a estrutura agrária vigente no país, tende a ser enquadrado como um perturbador da ordem social, agente de criminalidade e produtor de violência perante os setores conservadores. Sobretudo, para os ruralistas do agronegócio pertencentes, na grande maioria, à Federação da Agricultura do Rio Grande do Sul (FARSUL) e, por consequência, para as instituições estatais do Sistema de Justiça. Assim, é de fundamental importância compreender que o território geopolítico estudado – região norte do estado do Rio Grande do Sul – se apresenta com um verdadeiro palco de disputas políticas e ideológicas, uma vez que desde os seus primórdios, no final dos anos 70

6 “O problema é ao mesmo tempo distinguir os acontecimentos, diferenciar as redes e os níveis a que pertencem e reconstituir os fios que os ligam e que fazem com que se engendrem, uns a partir dos outros. Daí a recusa das análises que se referem ao campo simbólico ou ao campo das estruturas significantes, e o recurso às análises que se fazem em termos de genealogia das relações de força, de desenvolvimento estratégico e de táticas. Creio que aquilo que se deve ter como referência não é o grande modelo de língua e dos signos, mas sim da guerra e da batalha. A historicidade que nos domina e nos determina é belicosa e não lingüística. A história não tem ‘sentido’, o que não quer dizer que seja absurda ou incoerente. Ao contrário, é inteligível e deve pode ser analisada em seus menores detalhes, mas segundo a inteligibilidade das lutas, das estratégias, das táticas”. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 5

e início dos anos 80, o MST passou a se configurar como o *Inimigo* desses setores econômico-políticos. Esse aspecto deve ser recordado, pois desde o acampamento na Encruzilhada Natalino (localizado naquela região), ainda no período militar, que após anos de mobilização das famílias sem terra e do apoio dos setores progressistas da sociedade civil conquistaram um pedaço de terra para plantar, os setores políticos do latifúndio passaram a temer e confrontar esse movimento camponês.

Por outro lado, desde os anos 50 e, principalmente, durante o período ditatorial ocorre o processo de modernização da agricultura, que intensifica o processo de concentração fundiária e de exclusão social, no campo. Somando-se a isso, ocorre, nos últimos anos, um forte investimento do capital nacional e internacional direcionado ao monocultivo para exportação (na região, principalmente, de soja e trigo), assim como um investimento maciço das transnacionais *papeleiras* (monocultivos de *pinus* e eucalipto), que com o aumento do controle ambiental em seus países de origem migram para a região, buscando terras e climas propícios para esse tipo de cultura. Assim, o caráter empresarial do agronegócio aumenta ainda mais a exclusão social no campo e intensifica os conflitos agrários na região.

Portanto, além do receio de que suas propriedades poderiam ser destinadas para a reforma agrária, os grandes proprietários e os setores conservadores perceberam o risco e o papel transformador do movimento social, pois com o fortalecimento econômico do MST - que ao conquistar terras passou a investir na construção de cooperativas agrícolas, agregando e aumentando a produção da agricultura familiar - e com a reconfiguração política da região, já que com a chegada dos assentados e acampados do MST a correlação de forças políticas se modificou significativamente, ou seja, com a presença do MST na região norte do Estado, as relações socioeconômicas e as estruturas políticas tiveram que se readequar a esse novo panorama.

Além disso, das pesquisas realizadas sobre a história da região, em especial, sobre o território que foi o centro das disputas que originaram o processo crime que iremos analisar, verificamos que há fortes indícios de que os títulos dessa propriedade possuam problemas legais (ou que foram obtidos por meios obscuros), razão pela qual se explica que os movimentos camponeses da região busquem a sua desapropriação. Durante o governo Brizola, entre os anos 1960-1961, ocorre na região a desapropriação da Fazenda Sarandi, com 24.000 hectares. No entanto, com o golpe militar, a desapropriação não foi concluída por Brizola. O novo governo estadual de Meneghetti (PSD) interrompeu o processo de desapropriação e distribuiu parte dela para amigos e correligionários do PSD.⁷ Ou seja, existe uma grande possibilidade

7 STÉDILE, João P. O MST e a questão agrária. Estudos Avançados, vol. 11, nº 31, São Paulo, Set/Dec, 1997. Disponível em: <<www.scielo.br/scielo.php?pid=S01034014997000300005&s

de que a Fazenda Coqueiros (ao menos parte dela) e mais algumas propriedades da região estejam naquilo que era a antiga Fazenda Sarandi.⁸

Assim, pode-se compreender a tensão social gerada pelas constantes ocupações da Fazenda Coqueiros (que se iniciam em abril de 2004), pertencente à família Guerra, já que as ações do MST poderiam por em xeque todo um conjunto de propriedades da região. Essa tensão e violência restou evidenciada durante a desocupação, realizada pela Brigada Militar do Rio Grande do Sul, da Fazenda Coqueiros, nos dias 11 e 12 de março de 2006, na qual, conforme a conclusão do Relatório do Comitê Estadual Contra a Tortura, militantes do movimento social foram barbaramente torturados. Esse caso adquire relevância, ao demonstrar o nível de tensão social, violência e arbitrariedade, posto em prática pelas autoridades constituídas na Comarca de Carazinho, em defesa da propriedade privada da família Guerra, ou melhor, do latifúndio de mais de 7.000 hectares (sete mil hectares).⁹ Também importa recordar que essa violenta desocupação foi comandada pelo Coronel Cerutti, o mesmo que elaborou o relatório sobre a situação do MST na região norte do estado, que caracterizava o movimento como uma organização paramilitar aliada às Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC).

Durante o período pesquisado, a Comarca de Carazinho foi o palco de diversas ações criminalizantes por parte do Sistema de Justiça. Exemplo paradigmático disso, foi a utilização do medo e da (in)segurança de uma nova ocupação da Fazenda Coqueiros e/ou de um possível confronto entre os militantes do MST e os membros da FARSUL, pelo Ministério Público Estadual para ingressar com um interdito proibitório “regional”, no juízo de Carazinho-RS, que concedeu medida liminar e

cript=sci_arttext&tlng=pt>> Acesso em: 20 Set. 2010. FOSCHIERA, Elisabeth Maria. *A Fazenda Coqueiros e a luta pela terra na atualidade*. Disponível em: << www.upf.br/ppgh/download/Elisabeth%20Foschiera.prn.pdf>> Acesso em: 20 Set. 2010.

8 “Não podemos deixar de mencionar o fato de que o movimento dos acampados, tanto oriundos de Nonoai como outros que foram se somando na região, promoveu a retomada das discussões sobre a Fazenda Sarandi, sua desapropriação, suas negociações, procurando deslegitimar a ação dos atuais proprietários (os irmãos Dal Molim, a empresa Macali, a família Anoni, a família Guerra, dentre outros de menor expressão que também adquiriram terras da fazenda-mãe no período militar)”. TEDESCO, J.C. CARINI, J.J. *Conflitos agrários no norte gaúcho 1960-1980*. Porto Alegre, EST edições, 2007. p. 142, apud FOSCHIERA, Elisabeth Maria. *A Fazenda Coqueiros e a luta pela terra na atualidade*. Disponível em: << www.upf.br/ppgh/download/Elisabeth%20Foschiera.prn.pdf>> Acesso em: 20 Set. 2010.

9 Nesse sentido, nos parece interessante recordar que 1 hectare equivale a 10.000 metros quadrados, aproximadamente a dimensão de um campo de futebol (10.800 metros quadrados), ou seja, se o latifúndio de Félix Guerra possui 7.000 hectares, sua propriedade tem de cerca de 70.000.000 de metros quadrados, aproximadamente sete mil campos de futebol.

determinou que os integrantes do MST se abstinéssem de entrar na comarca. Ou seja, que isolou uma área de 2.108 Km², decretando, assim, um verdadeiro *estado de exceção*¹⁰ nos quatro municípios da comarca, já que os militantes sociais tiveram suspenso o seu direito constitucional de ir e vir, de reunião pacífica, manifestação, etc..

Nesse sentido, podemos observar que o processo criminal que iremos analisar não foi um fato isolado, pelo contrário, se insere no contexto político rio-grandense, que tem configurado um verdadeiro processo de criminalização dos movimentos sociais, assim como na conjuntura jurídico-política global, onde o binômio *medo e segurança* tem se tornado o eixo central das legislações e instituições criminais contemporâneas, num ambiente de incerteza e reconfiguração dos princípios e tradições da modernidade.¹¹

3. GEOPOLÍTICA DO MEDO

Após essas considerações iniciais, pretendemos analisar os argumentos principais da acusação, no processo nº 2007.71.18.000178-3, confrontando as alegações da denúncia perante o Juízo Federal da Comarca de Carazinho/RS e os elementos probatórios trazidos aos autos. Nesse sentido, iniciaremos este momento relatando

10 Sobre as dificuldades de definir esse conceito, Agamben afirma que: “a própria definição do termo tornou-se difícil por situar-se no limite entre política e o direito. Segundo opinião generalizada, realmente o estado de exceção constitui um ‘ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político’ (Saint-Bonnet, 2001, p. 28) que com a guerra civil, a insurreição e a resistência – situa-se numa ‘franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político’ (Fontana, 1999, p. 16). A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional (De Martino, 1973, p. 320), as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2005, pp. 11-12

11 Sobre os paradoxos do direito no contexto atual, José Eduardo Faria afirma que: “(...) enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos vive-se hoje um período de reflexo e “flexibilização”, no direito penal se tem uma situação diametralmente oposta: uma veloz e intensa definição de novos tipos penais; uma crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores da vida social; o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com “textura aberta” (isto é, regras porosas, sem conceitos precisos); a ampliação do rigor de penas já cominadas e de severidade das sanções o encurtamento das fases de investigação criminal e Instrução processual; e, por fim, a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não provar sua inocência”. FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e globalização econômica: notas para uma discussão, p. 10. Disponível em: <<www.leonildocorrea.adv.br/curso/socio14.htm>> Acesso em: 20 Set. 2010.

alguns aspectos cruciais do dossiê feito pelo Coronel Waldir João Cerutti¹² - candidato a deputado estadual pelo Partido Progressista (PP) - e que na época era o comandante do Comando Regional de Polícia Ostensiva/Planalto (CRPO/Planalto), da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, sobre a situação dos movimentos sociais na região norte do RS, uma vez que será a partir dele que poderemos observar a influência da Doutrina da Segurança Nacional, bem como a inadequação desse procedimento à democracia e a legislação brasileira. Nesse dossiê, o Coronel Cerutti afirma que o MST está executando um plano estratégico de domínio territorial similar ao das FARC, no qual se criaria um verdadeiro “Estado paralelo”. Após uma breve explicação sobre a “grave situação política” da Colômbia, sem trazer nenhum dado ou elemento probatório aos autos, apenas com meras suposições sobre a realidade colombiana, o Coronel passa a explicar a situação no norte do Estado. Essa estratégia contaria com o apoio, ou melhor, com um convênio de organizações internacionais subversivas (em especial, a Via Campesina e as FARC) e pretendiam realizar o controle territorial da região norte do Estado, que se daria de leste-oeste.

O discurso utilizado pelo Coronel é de um maniqueísmo inacreditável, pois parte de generalizações abstratas, sem fundamento probatório, que acabam por equiparar qualquer tipo de organização de esquerda, independentemente de suas táticas e estratégias, à guerrilha. Ora, essas organizações possuem posições políticas influenciadas pelo marxismo-leninismo, mas divergem substancialmente em suas estratégias de resistência, tanto o MST como a Via Campesina são movimentos sociais que optaram pela desobediência civil e pela necessidade de reformar o próprio Estado, já as Forças Armadas da Colômbia (FARC), como o seu próprio nome já diz, optaram pela luta armada, ou seja, é uma guerrilha rural que não aceita o poder estatal e que o confronta militarmente há décadas. Sem adentrar no mérito e legitimidade das estratégias utilizadas por cada uma dessas organizações políticas, já que não é o objeto deste artigo, resta evidente que não podemos equipará-las, pois estaríamos negando os fatos, as peculiaridades históricas e culturais de cada país, bem como as idiosincrasias de cada modelo de organização/resistência política.

Ademais, a relação do MST com a Via Campesina é de conhecimento público e internacional, isto é, nada tem de ilícito/ilegal, pois se trata de uma rede

12 Em reportagem de 01/02/2010, o Coronel Cerutti, revelou que nos anos de 1980 a 1982, nos acampamentos de Encruzilhada Natalino, ou seja, desde as origens do MST, se passava por servidor federal, o Toninho do INCRA, na realidade o seu objetivo era ter acesso aos militantes e espionar o movimento, uma vez que fazia parte da Agência Central de Inteligência da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, a chamada P2. Disponível em: <<www.prrs.mpf.gov.br/iw/iol/puplicp.php?publ=50827>> Acesso em: 20 Set. 2010.

de solidariedade e apoio de camponeses latino-americanos, que busca fortalecer a pequena e média propriedade, a reforma agrária, a agricultura familiar, a produção sustentável de alimentos e uma economia mais justa e igualitária.¹³ Por outro lado, a suposta relação com as FARC e o treinamento de grupos guerrilheiros no Brasil, não passa de uma esquizofrenia xenofóbica típica das ideologias autoritárias nacionalistas, que acreditam numa conspiração megalomaniaca, já que tudo faria parte da “grande estratégia do comunismo internacional”.

Diante dessa “grave situação”, qual seja, a luta pelo acesso à terra por parte dos agricultores militantes do movimento através da desapropriação dos latifúndios do norte do estado, ou melhor, seguindo os manuais da geopolítica; *o domínio territorial do inimigo comunista*, o Coronel Cerutti afirma que as instituições estatais, em nome da segurança do Estado e da população, deveriam evitar que esse avanço territorial se concretizasse. Assim, após um “apurado” estudo geopolítico, afirma que seria extremamente relevante defender o latifúndio de 7.000 hectares da família Guerra.

O conteúdo do relatório demonstra a presença da lógica militar típica à Doutrina de Segurança Nacional, uma vez que o Coronel parte do pressuposto de que sendo o MST uma organização subversiva de esquerda (leia-se criminoso), deve ser monitorada, perseguida e desmantelada, ou seja, definido o *inimigo*, o Estado deve declarar uma verdadeira guerra contra esse grupo. Além disso, o “grande perigo” observado, no relatório, seria a possibilidade do movimento ter autonomia perante as instituições do Estado. Essa autonomia, por si só, já caracteriza um grande risco para a segurança, pois possibilita outros modelos de organização social, política e econômica, assim como atos de resistência e/ou oposição às diretrizes do sistema econômico-político. Nesse sentido, o objetivo principal do relatório seria o de prever, calcular e conter as atividades dessa “organização criminoso”, a fim de manter em segurança a ordem estabelecida, nesse caso, garantir o “sacro” direito de propriedade, portanto, manter a estrutura fundiária excludente e possibilitar um ambiente “seguro” para os investimentos transnacionais.

O conteúdo desse relatório, em especial, a sua forte carga ideológica, foi utilizado *Ipsis litteris* pela Procuradora da República Patrícia Muxfeldt para a apresentação da Denúncia, bem como é o eixo probatório central de sua argumentação. Diante disso, cabe referir que a primeira irregularidade do processo, refere-se à legalidade probatória do dossiê supramencionado, já que, tratando-se de crime contra a Segurança Nacional, a autoridade policial competente para investigar a situação e instaurar o devido inquérito é a Polícia Federal, senão vejamos o que afirma o art. 31,

13 Para um aprofundamento sobre as origens, objetivos e atividades da Via Campesina, Cf.: << <http://viacampesina.org/>>>.

da Lei nº 7.170/83: “(...) Para apuração de fato que configure crime previsto nesta Lei, instaurar-se-á inquérito policial, pela Polícia Federal”.

O Ministério Público é o responsável pela propositura da ação penal, contudo, o artigo referido afirma que, se houver necessidade de apuração dos crimes, as diligências necessárias deverão ser efetuadas pela Polícia Federal, pois se tratando de crime contra a própria existência da União aquela seria a autoridade policial competente. Esse aspecto deve ser ressaltado, pois atesta a existência de uma estratégia criminalizante por parte dos órgãos estatais, sobretudo, por parte da Brigada Militar (sob comando do governo estadual), que realizou inúmeras investigações de caráter político, sem ordem judicial que a determinasse, bem como ultrapassou suas competências jurisdicionais estabelecidas por lei. Assim, durante o período estudado, os integrantes do movimento social foram investigados, pela Brigada Militar do RS, pelo Ministério Público Estadual (MPE), pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal.

Cabe referir, que no tocante à Polícia Federal, órgão policial competente para investigar os delitos previstos na Lei de Segurança Nacional, após investigar e diligenciar na área durante cerca de oito meses, interrogar o Coronel Cerutti (peça chave para o caso), em 3 de agosto de 2007, concluiu, em seus relatório, que “*não foram localizados indícios de atuação de grupos armados contra o Estado. Dessa forma, na forma das informações acima citadas e de todos os elementos que contém os autos, s.m.j, inexistente crime contra a segurança do Estado*”.¹⁴

Entretanto, não conformada com o resultado das investigações, a Procuradora da República, em setembro de 2007, requereu novas investigações à Polícia Federal. Na peça ministerial já se verifica um juízo valorativo, que fortalece a tese de que o *inimigo* já estava declarado. Assim, o *Parquet* federal requer novas diligências e interrogatórios, em especial, do fazendeiro Felix Turbino Guerra e dos proprietários lindeiros, ou melhor, das “vítimas”. Verifica-se, assim, uma “confusão” de extrema relevância, se os possíveis delitos cometidos pelo MST foram contra a propriedade privada de Felix Turbino Guerra, como podem estar sendo acusados de Crime Contra a Segurança Nacional? Pois bem, essa relação promiscua entre os interesses particulares do latifúndio e os interesses da Nação, não são mero acaso, pois a decisão sobre o *inimigo* tende a representar os interesses econômicos-políticos daqueles que estão no poder.¹⁵

14 Ver fls. 124 do processo crime.

15 Sobre isso: “(...) a história do exercício real do poder punitivo demonstra que *aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme os seus interessassem cada caso, e aplicaram esta*

Além disso, deve ser ressaltada a seletividade probatória feita pela Procuradora da República, já que diversas vezes durante o inquérito, os agentes da Polícia Federal manifestaram-se no sentido de não haver provas de delitos contra a Segurança Nacional. Nesse sentido, às fls. 244-247 dos autos do processo, o Delegado Mauro Vinicius Soares Moraes (outro delegado), após realizar as diligências requeridas, afirma em seu relatório de investigação, que:

O Sr. Guerra relatou que nunca viu estrangeiros ministrando táticas de guerrilha na região, assim como nunca viu estrangeiros nos acampamentos ocupados pelo MST (...) Ao fim dos levantamentos, pode-se observar que no momento a situação é de calma. Os integrantes do MST estão ocupando duas áreas distintas (...) a ocupação destes locais, até onde pode apurar é lícita. Relativo ao treinamento de técnicas e táticas de guerrilha, não se pode chegar a configuração das denúncias, pois nenhum dos declarantes jamais viu treinamento na região invadida ou nos acampamentos ocupados pelos integrantes do MST.

No entanto, tendo em vista que a sua premissa maior era de que o MST é uma organização criminosa, isto é, fundada nos seus pré-juízos perante o movimento social, era necessário apenas extrair do conjunto probatório aquilo que melhor conviesse à tese de Crime contra a Segurança Nacional.¹⁶ Diante disso, toma por verdades as teses do relatório do Coronel Cerutti e as complementa com “pedaços” dos depoimentos, sobretudo, aqueles que condenam as atitudes do MST.

etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda a história real do exercício do poder punitivo no mundo, Até hoje subsistem as versões do *hostis alienígena* e do *hostis judicatus*”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 82.

16 “Essa dinâmica se explica porque o interrogador sempre pergunta *para poder* e, em consequência, só lhe interessa a parte da resposta que lhe outorga esse poder, porém o *ente* interrogado não sabe disso e, ademais, não tem outra forma de responder senão com toda a sua *entidade* (...) O interrogador não está preparado para esta resposta, não suporta toda a *entidade* que o interrogado lhe arremete, lhe *projeta* (*jectus*) contra (ob), e deste modo vai ficando achatado (empurrado para baixo, *subjectus*, sujeitado) pelo peso das respostas entitativas, que não quer processar porque não são necessárias ou úteis ao seu objetivo de poder e que, mesmo que quisesse, tampouco poderia fazê-lo, porque está treinado para não escutá-las”. ZAFFARONI, op. cit. p. 40.

Diante disso, deve-se salientar que há constantes contradições nos depoimentos tomados, o latifundiário, por exemplo, afirma diversas vezes que não viu treinamento de guerrilha e nem estrangeiros no local, mas ao relatar o caso publicamente repete insistentemente que há participação das FARC. Nesse sentido, as teses da acusação possuem uma retórica auto-referencial, já que o proprietário da fazenda alega uma vinculação entre os militantes populares e as FARC, com base no relatório da brigada militar e a brigada militar alega esse convênio a partir do relato do proprietário.

Além disso, há uma forte carga preconceituosa nas denúncias realizadas, pois a hipótese de vínculos internacionais subversivos se funda na “visita” e/ou “estadia” de estrangeiros nos acampamentos. Ora, recordando os tempos de direito romano, a figura do *hostis alienígena* volta a estar presente nos discursos criminalizantes. Os estrangeiros perigosos, que *in casu* estão materializados na figura mítica do acusado *Hugo Castelbano* – de quem muito se fala e pouco se sabe –, demonstram a carga político-ideológica presente nesse processo, pois a mera possibilidade de participação política estrangeira, já caracterizaria um delito à Nação. Esse aspecto assegura um grau de periculosidade e peculiaridade exacerbado ao caso, bem como julga os estrangeiros como *inimigos da nação* - impossibilitando qualquer direito de defesa –, razão pela qual não devem e não podem participar de atividades políticas vinculadas ou favoráveis aos movimentos sociais.

Assim, com base no relatório referido, que seguindo a tradição inquisitorial pré-moderna não possibilitou o direito ao contraditório, o Sistema de Justiça (polícia, judiciários e ministério público), dá início a um processo político – o mais relevante após a CF/1988 - em face dos oito integrantes do MST, que como membros de uma organização política criminosa que *pretendia realizar a reforma agrária na “marra”*¹⁷, *desobedecendo o devido processo legal e desrespeitando as autoridades policiais incumbidas de manter a ordem social*, passaram a ser julgado como um grupo de *inimigos* à segurança do Estado. Diante dessa situação, os membros do MST (leia-se organização criminosa) passaram a ser monitorados e controlados mediante o poder punitivo, que, como se não bastasse, decretou o segredo de justiça – que durou mais de um ano e meio - em total afronta ao disposto no art. 93, IX, da CF/88.¹⁸

17 Termo utilizado na Denúncia, à fl. 389 do processo.

18 “Art. 93. (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”

4. ANÁLISE CRÍTICA DA DENÚNCIA

Desvelada a Ideologia de Segurança Nacional - inquisitorial e autoritária - presente no relatório, que, por sinal, é a prova fundamental da acusação, nos propomos, neste momento, a fazer uma análise crítica da denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF) da Subseção de Carazinho-RS em face dos oito militantes camponeses. Assim, iniciemos pela descrição fática da peça acusatória, que os dividiu em quatro fatos delituosos, vejamos o primeiro deles:

(...) FATO 1

Nos anos de 2004, 2005 e 2006, em Coqueiros do Sul, os acusados SILVIO LUCIANO DOS SANTOS, ISAIAS ANTÔNIO VEDOVATTO, EDEMIR FRANCISCO VALSOLER, IVAN MAROSO DE OLIVEIRA, HUGO CASTELHANO, JANDIR CELSO WIBRANTZ, ARNO MAIER e VLADIMIR MAIER integraram grupamentos que tinham por objetivo a mudança do Estado de Direito, por meios violentos e com emprego de grave ameaça.

A mudança pretendida pelos denunciados era a de realizar a reforma agrária “na marra”, desobedecendo o devido processo legal e desrespeitando as autoridades policiais incumbidas de manter a ordem social e de cumprir as decisões judiciais. Para alcançar sua meta, os grupamentos dos quais faziam parte os acusados - quatro acampamentos organizados pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra - MST -, constituíram um “Estado paralelo”, com organização e leis próprias, nos quais era negada autoridade aos poderes constituídos da República Federativa do Brasil.

Os meios empregados pelos acusados para obterem seu intento, outrossim, foram a violência e a grave ameaça, consistentes no uso de coquetéis molotov, facões, foices, estacas, armadilhas, ameaças de morte, praticados contra o proprietário da Fazenda Coqueiros, Félix Tubino Guerra, funcionários da fazenda, contratados do dito proprietário, e Polícia Militar (...). (grifos nossos)

De uma breve análise do discurso utilizado pela Procuradora Federal, depreende-se que ela seguiu a risca os argumentos utilizados no dossiê da brigada militar, que como afirmamos anteriormente é prova ilícita, já que feriu o princípio da legalidade ao ultrapassar os respectivos poderes conferidos por lei à polícia militar. Igualmente, a generalidade do relato da denúncia é abismal, pois simplesmente acusa os denunciados de no período de 2004, 2005 e 2006, ou seja, afirma sem especificar

atos, fatos e ações, assim como sem descrever, individualizar e datar as ações típicas, que durante 1095 dias os acusados cometerem atos ilícitos, pois integraram grupamento cujo objetivo era a mudança do Estado de Direito. Portanto, além da generalidade temporal, a peça acusatória imputa abstratamente, aos denunciados, atividades ilícitas durante o período de três anos, sem descrição fática dos atos ilícitos, deixando de trazer elementos probatórios individualizados das condutas criminosas dos réus.

Nesse sentido, o mais grave na denúncia é a tipificação jurídica dada aos atos imputados, pois resgata uma legislação autoritária, que tem origem no delito de *lesa majestade* e no decorrer do século XX se direciona à eliminação do *inimigo comunista*. Seguindo essa lógica, a representante do *Parquet* o fato 1 - acima narrado - afirma que os acusados infringiram o art. 16, da Lei nº 7.170/83.¹⁹ Pois bem, da análise da tipificação dada aos acusados percebe-se que o tipo penal imputado é o de *integrar grupamento que tenha por objetivo a mudança do Estado de Direito*, ou seja, o crime cometido pelos denunciados é o de integrar o MST. Ora, se assim fosse todos os militantes e ativistas políticos vinculados ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, que durante os anos de 2004, 2005 e 2006 participaram de mobilizações e atos do movimento poderiam ser enquadrados nessa descrição. Sobre isso, Aton Fon afirma que:

No plano jurídico a eleição da Lei de Segurança Nacional tem o condão de proibir o exercício da ampla defesa, uma vez que obriga cada um dos réus a justificar todas as ações de qualquer integrante da organização a que pertença, podendo – em tese – virem a ser condenados no Rio Grande do Sul por algum ato que tenha sido praticado por outro integrante da mesma associação – mesmo que sem seu conhecimento – num remoto vilarejo do Amazonas.²⁰

Ao acusar os denunciados de infringir o art. 16, da Lei nº 7.170/83, simplesmente se está criminalizando todo o MST e equiparando-o com uma organização criminosa, isto é, violando o direito constitucional de livre associação, conforme o disposto no art. 5º, XVII, da CF/88. Essa tentativa de equiparar as organizações políticas às organizações criminosas (ex: quadrilha), sob a alegação de que fazem parte

19 Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

20 FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana Angélica Paim. *Estratégias de Criminalização Social*. In: Direitos Humanos no Brasil 2008: Relatório da rede social de justiça e direitos humanos. São Paulo: Rede social de justiça e direitos humanos, 2008, p. 45.

de grupo, que constantemente violam o direito de propriedade, já foi rechaçado pelos tribunais superiores do país.²¹

Portanto, no mínimo, há um erro crasso de hermenêutica constitucional na peça acusatória, pois se o objetivo dos acusados era *realizar a reforma agrária*, que é uma política pública que deve ser realizada pelo Estado, isto é, um mecanismo jurídico-político assegurado em âmbito constitucional (art. 184 e seguintes, da CF/88), sobretudo, por nosso modelo de Estado Democrático de Direito, que se diferencia dos anteriores por seu caráter dirigente e compromissário. Como poderiam os réus estar praticando atos cujo objetivo era a mudança do Estado de Direito?! Ora, se os meios utilizados pelos acusados ultrapassaram os limites estabelecidos por lei – fatos não comprovados na exordial acusatória, já que estariam tentando *realizar a reforma agrária na marra*, não é cabível imputar-lhes criminalmente por pertencer a grupamento cujo objetivo é mudança do Estado de Direito, os delitos que poderiam ser imputados, caso viessem a ser comprovados, no máximo, seriam contra a propriedade²² privada de Felix Guerra, que por sinal são delitos que nem competem à justiça federal. Ademais, na jurisdição estadual, o enquadramento de quadrilha dado pela Brigada Militar aos militantes do MST (também se referindo à prática de delitos contra a propriedade privada de Félix Guerra, no mesmo período), não foi aceito pelo Ministério Público Estadual, sob o fundamento que:

no caso, pelo que se depreende, a reunião do grupo do MST tem o fim de lutar pela aquisição de terra, não havendo dados concretos de que tivesse o específico fim de praticar delitos, com o que não se pode falar em formação de quadrilha. O fato de serem praticados crimes pelos integrantes não implica concluir que tais

21 Nessa linha, vejamos o seguinte trecho do voto do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:“(…) Não vislumbro, substancialmente – não obstante o aspecto formal respeitável despacho de prisão preventiva –, no caso concreto, demonstração de existência de crime de quadrilha ou bando, ou seja, infração penal em que se reúnem três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. Pode haver do ponto de vista formal, diante do direito posto, insubordinação, materialmente, entretanto, a ideologia da conduta não se dirige a perturbar, por perturbar a propriedade. Há sentido, finalidade diferente. Revela sentido amplo, socialmente de maior grandeza, qual seja a implementação da reforma agrária (...)”.Trecho do voto proferido no Habeas Corpus número 4399/SP, julgado pelo STJ.

22 Além disso, no que se refere à existência de crime de esbulho possessório (art. 161, §1º, inciso II, do CP) nas ocupações de terra por parte dos movimentos sociais, a doutrina penal muito tem discutido sobre a configuração, ou não, do elemento subjetivo do tipo, isto é, o dolo, pois o objetivo dos manifestantes não é o de se apropriar da propriedade alheia (*para o fim de esbulho*), mas por meio do ato político da ocupação pressionar o governo a desapropriá-la.

fatos sejam considerados como fim do grupo.²³

Portanto, se ao analisar os fatos ocorridos à época na propriedade da Fazenda Coqueiros, o próprio Ministério Público Estadual reconheceu que o objetivo no MST é o de “*lutar pela aquisição de terra*”, isto é, por meio da pressão popular exigir o cumprimento da função social da propriedade, conforme o estipulado na Constituição Federal resta inadmissível juridicamente acatar a afirmativa da denúncia federal de que os militantes sociais estariam buscando a “*mudança do Estado de Direito*”. Contudo, da análise do segundo fato narrado na peça acusatória, observa-se que este argumento torna-se recorrente, ou melhor, é o eixo central da peça acusatória, pois a ação típica do art. 17, da Lei nº 7.170/83 é a de “*Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito*”. A insistência desse argumento por parte da acusação explicita o caráter político do processo crime em exame, bem como atesta a sua fragilidade argumentativa, pois a narrativa repete boa parte dos argumentos do fato 1.

Nesse sentido, para comprovar que o objetivo do grupo era a mudança do Estado de Direito, o *parquet* federal afirma que os líderes transformaram os acampamentos do MST num “*Estado paralelo*”, com organização e leis próprias (...). Esse argumento, no entanto, não foi comprovado na denúncia, pois não há elementos probatórios nos autos que atestem a existência de um “Estado paralelo”. Além disso, é notório que o objetivo do MST é a reforma agrária, que como se sabe é a transformação da estrutura fundiária vigente – excludente e ilegítima - no interior do próprio Estado Democrático de Direito, isto é, não se propõe a constituição de um “Estado paralelo”, que negue a Constituição Federal e o próprio Estado brasileiro.

Portanto, esse discurso demonstra explicitamente a presença do monismo²⁴ jurídico – que nega a legitimidade da produção normativa não-estatal, ou seja, pela própria sociedade -, bem como demonstra a força da tradição política autoritária

23 Cota de arquivamento do Ministério Público Estadual no processo estadual nº 009/206.0002328-3, requerida pelo Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Carazinho, RS.

24 Sobre os diversos tipos de monismo, Wolkmer afirma que: “Neste particular, assiste inteira razão a Miguel Reale, quando distingue duas tendências de apreciação da ‘estatalidade’ do direito. Aclarando melhor, assinala o jusfilósofo brasileiro que uma primeira maneira de caracterizar o monismo jurídico é a de estabelecer uma identidade entre o Estado e o Direito, “apresentando o estado como personificação do direito ou como criador do Direito, excluindo toda e qualquer idéia de garantia jurídica fora do Estado. Esta doutrina pode ser do monismo absoluto (Estado=Direito), de estatismo geral (o estado cria o Direito) ou de estatismo parcial (o estado só produz o direito positivo). WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 60.

nas instituições do Estado, pois define como delito a existência de organizações sociopolíticas autônomas. Esse tipo de lógica, portanto, demonstra uma pretensão de controle absoluto dos indivíduos, ou seja, busca uma homogeneidade política, que entende à política apenas como ordem e não como produto e expressão dos conflitos sociais.²⁵

Os acampamentos e assentamentos do MST, como qualquer grupo humano (dos mais simples aos mais complexos), possuem e criam normas de convivência e divisão de tarefas, que por sinal não constituem delito algum. Nesse sentido, é de conhecimento público que os acampados se dividem em: setor de educação; setor da saúde; setor da cultura; setor da produção; etc., os quais servem para gerir melhor os poucos recursos que possuem, assim como cumprir às demandas do coletivo. Além disso, essas normas e divisão de tarefas buscam possibilitar modelos de *autogestão*²⁶, pois são decididas pelo grupo de forma democrática e servem para iniciar os militantes sociais numa *práxis* política emancipadora.²⁷

25 Nesse sentido, Cittadino afirma que: O resultado da pretensão de controle total do indivíduo e da integração harmônica da vida social – que responde a uma necessidade de ordem – traduz-se na incapacidade de pensar política como espaço público e prática de comunicação normativa (H. Arendt, 1979; Lefort, 1983). Ou seja, a política aqui não pode ser vista como reflexão e prática mediante a qual os indivíduos podem invocar significados diferentes acerca dos princípios de organização da vida em comum.” Se cabe ao Estado, como resultado da manutenção da dimensão-ordem, decidir ‘desde cima’, a política torna-se propriedade sua, na medida em que ocorre a despolitização da ordem social e uma dessocialização da ordem política (J. J. Brunner, 1980; N. Lechner, 1978). Defrontamo-nos, portanto, com a impossibilidade da existência indiferenciada, no seio da ordem social, de atividades e expressões que se contestem reciprocamente. A manutenção da ordem impede a expressão dos conflitos e reprime a elaboração intersubjetiva de sentidos no interior da vida social, como decorrência da necessidade do exercício do Um.” CITTADINO, Gisele. *‘A irresistível Atração pelo Um’ no Pensamento de Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Hume e Burke*. In: Desordem e processo. Estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho na ocasião de seu 60 aniversário. Org. CHAUÍ, Marilena e LYRA, Doreodo Araújo. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 182.

26 A autogestão é um projeto de organização democrática que privilegia a democracia direta. (...) A autogestão parte de uma ambição antropológica, especulando sobre as potencialidades infinitas abertas ao imaginário humano de cidadãos livres do jugo da ideologia dominante. Ela abra caminho para uma idéia de progresso diferente daquele da produção ilimitada de riquezas: o progresso ilimitado de uma democracia criadora. MOTHÉ, Daniel. Verbete: *Autogestão*. In: HESPANHA, Pedro; CATTANI, Antonio David; LAVILLE, Jean-Louis. GAIGER, Luiz Inácio (Org.). *Dicionário internacional da outra economia*. São Paulo: Edições Almedina, 2009, pp. 26-30.

27 Nesse sentido: A emancipação não é mais que um conjunto de lutas processuais sem fim definido. O sentido político da processualidade das lutas distingue-se de outros conjuntos de lutas. E para o campo social da emancipação, esse sentido é a ampliação e o aprofundamento das

Portanto, para uma teoria do direito pluralista e democrática, isto é, conforme os princípios que regem a Constituição Federal de 1988, a simples existência de uma organização social com normas próprias, não configuram uma afronta ao sistema jurídico estatal. Pelo contrário, nas condições atuais, isto é, num ambiente marcado pela falta de uma cultura constitucional forte, a pressão política exercida pelos movimentos sociais, serve como mecanismos de transformação do *status quo*, ou seja, representa uma verdadeira *luta pelo Direito*²⁸, pois busca dos poderes públicos a concretização/cumprimento da carta constitucional. No entanto, tais teorias se contrapõem à tradição jurídica hegemônica, que tende a defender a centralização do poder econômico, jurídico e político, por meio do poder punitivo e da utilização de conceitos e legislações anteriores ao constitucionalismo de 1988.

Nesse ponto, voltamos a insistir que há um equívoco grave por parte da acusação, já que refere que “os meios empregados pelos acusados (...) foram a violência e a grave ameaça (...) contra o proprietário da Fazenda Coqueiros, Félix Turbino Guerra, funcionários da fazenda, contratados do dito proprietário, e Polícia Militar”. Assim, se os delitos foram em face do proprietário, funcionários e da Brigada Militar, depreende-se que não há crime contra o Estado de Direito, pois, se assim fosse, se estaria equiparando o bem jurídico tutelado pela norma 7.170/83²⁹ à propriedade de Felix Turbino Guerra. Diante disso, se aceitarmos a tipificação da acusação, teríamos que equiparar a Fazenda Coqueiros ao Estado brasileiro, ou seja, os delitos em face dessa propriedade e de seu proprietário corresponderiam respectivamente aos delitos contra o Estado e contra a *majestade*, ou melhor, o “Soberano” de Coqueiros.

lutas democráticas em todos os espaços estruturais da prática social (...) uma tal concepção da emancipação implica a criação de um novo senso comum político. A conversão da diferenciação do político do modo privilegiado de estruturação e diferenciação da prática social tem como corolário a descentração relativa do Estado e do princípio do Estado. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma nova teoria da democracia*. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. (org.) *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, pp. 85-86.

28 Esse conceito foi utilizado por Rudolf Von Ihering e é retomado por Pablo Lucas Verdú., que afirma: “(...) o Direito é concebido de forma dinâmica, como um processo mais ou menos difícil de realizar, afastando-se das posições que o vêem como algo definitivamente dado, proposto ou aceito (...) Vimos que o Direito é luta movida por sujeitos humanos, que todo Direito implica, em sua origem, desenvolvimento e posterior consolidação, tensão e luta. VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 129-132.

29 A norma em comento busca a proteção de: *Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.*

No tocante à narrativa do fato 3 da peça acusatória, novamente o palco dos delitos e contra quem eles são exercidos são respectivamente o latifúndio da família Guerra, seu proprietário e seus funcionários. Segundo a representante do Ministério Público Federal, tais fatos configurariam o cometimento do delito estipulado no art. 20, da Lei nº 7.170/83.³⁰

Neste aspecto a inépcia da denúncia é patente, uma vez que relata os fatos abstratamente, menciona somente os verbos nucleares do tipo, não os situa no espaço e no tempo, apenas se refere a eles de forma genérica, fazendo referência às denúncias apresentadas pelo Ministério Público Estadual, bem como às provas produzidas em outros inquéritos pela Brigada Militar, ou seja, não cumpre os requisitos formais, assim como os elementos probatórios não encontram respaldo nas provas produzidas durante o inquérito. Diante disso, a denúncia não especifica os atos e sua correspondente individualização, não expõe o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, conforme os requisitos estipulados pelo art. 41, do Código de Processo Penal³¹, para a apresentação da denúncia.

Por fim, no tocante ao fato 4, cuja tipificação consiste em incitar à subversão da ordem política e social, conforme o disposto no art. 23, da Lei nº 7.170/83, a tipificação dada pelo Ministério Público Federal demonstra a forte carga ideológica desse processo, o verbo nuclear do tipo – incitar – já demonstra o objetivo da Lei 7.170/83, pois ao proibir qualquer tipo de manifestação crítica perante a ordem polí-

30 Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso, referindo-se ao artigo em exame, afirma que: “No art. 20, onde se punem diversas ações heterogêneas, inclusive o terrorismo, encontramos uma das disposições mais defeituosas da lei. A definição legal do terrorismo apresenta dificuldades técnicas consideráveis, porque não há clara noção doutrinária do que ele significa. A nova lei é extremamente imperfeita, porque segue a linha casuística de nossas leis de segurança, misturando terrorismo com crimes violentos contra o patrimônio, com a finalidade subversiva, que não constituem terrorismo. Por outro lado, a lei reproduz o defeito máximo das leis que têm estado em vigor, pretendendo definir o crime com a referência genérica a “atos de terrorismo”. Isso numa lei penal é inadmissível, sobretudo porque não se sabe com segurança o que são atos de terrorismo. FRAGOSO, Heleno C. *Sobre a Lei de Segurança Nacional*. Revista de Direito Penal, nº30. 1980. Apud: DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2006.

31 O art. 41, do CPP, afirma que: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

tica e social, pela utilização de termos extremamente abertos e ambíguos, inviabiliza o debate democrático e participativo. Os cidadãos perdem o direito de opinião, pois são vistos *a priori* como possíveis *inimigos*, razão pela qual devem ser contidos, disciplinados e vigiados.

Da análise do relato apresentado pelo Ministério Público Federal, observa-se que a acusação decidiu construir a realidade de forma arbitrária e seletiva, pois a sua narrativa edita inúmeros aspectos controvertidos sobre os fatos, escolhendo apenas aqueles que interessam à tese de crime contra a Segurança da Nação. Diante disso, uma mera manifestação contrária ao governo estadual e às autoridades policiais, isto é, atividades políticas reivindicatórias, típicas aos movimentos sociais, na mentalidade autoritária do *parquet* demonstrariam a responsabilidade dos “líderes” do grupo, já que estes teriam incitado a massa contra a ordem política e social. Essa tipificação penal não pode ser aceita num Estado Democrático de Direito, pois se estariam criminalizando qualquer tipo de manifestação pública contrária ao regime, bem como ferindo o direito de resistência.

Por outro lado, devemos ressaltar que a utilização do argumento de que os réus pretendiam *incitar à subversão da ordem política ou social*, nos remete ao período sombrio da ditadura, já que as barbáries perpetradas pelos agentes do regime - em especial, pelos agentes do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), foram “justificadas”, cotidianamente, por esse argumento.

Além disso, na atualidade, a doutrina penal vem realizando severas críticas ao mero argumento de *garantia da ordem pública*, que em muito se assemelha a ordem política e social, como justificativa para decretar a prisão. Portanto, diante da ambigüidade desse argumento, ele não é válido, pois apresenta uma carga semântica e axiológica genérica e abstrata, ou seja, pode ser utilizado em qualquer situação e, assim sendo, não é cabível em nenhuma, em função de sua excessiva generalidade.

Portanto, a denúncia apresentada pelo Ministério Público é inepta, uma vez que narra um fato lícito, isto é, o exercício do direito de livre associação, mas também nem especifica adequadamente a imputação, ou seja, de que forma se pretendia mudar o Estado de Direito, conforme exige o artigo 41 do Código de Processo Penal. Dessa forma, no tocante à tipificação dada aos acusados, Aton Fon aduz que:

Percebe-se que de quatro dispositivos penais utilizados, o primeiro criminaliza a pertinência a uma organização política; o segundo criminaliza a ação dessa organização política. O quarto criminaliza a divulgação de seu ideário, e o terceiro é aquele cujo objetivo é apenas o de intitular de terrorista a associação política que

se quer destruir.³²

Assim, após uma observação analítica da denúncia e dos fatos por ela narrados, resta evidente o objetivo político desse processo, isto é, que a criminalização do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), pretendeu deslegitimar e negar a importante trajetória histórica desse movimento na luta pela terra. Os oito denunciados, nada mais são que os *bodes expiatórios* do processo político autoritário perpetrado pelas instituições públicas do Sistema de Justiça Criminal em face do movimento, ou seja, a materialização simbólica da lógica política; *amigo-inimigo*, tão recorrente nas ditaduras latino-americanas, e infelizmente, ainda, presente nas “democracias”.

5. DE QUE DEMOCRACIA ESTAMOS FALANDO?

Da análise jurídico-política do processo de criminalização do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) por parte dos Ministérios Públicos (MPE e MPF) do Rio Grande do Sul e, sobretudo, após o estudo analítico do processo nº 2007.71.18.00017-3, com base na Lei de Segurança Nacional (nº 7.170/83), percebemos uma profunda incompatibilidade dessa ação, isto é, da prática política do poder punitivo com o projeto político da Carta Constitucional de 1988. Essa incompatibilidade pode ser observada, sobretudo, em face dos Princípios Fundamentais da República, expostos no art. 1º da CF, já que a partir de 1988 o país se constituiu como um Estado Democrático de Direito, que respeita o pluralismo político e cuja soberania emana do povo.

Diante disso, o novo modelo estatal,³³ plasmado na Constituição, tem como característica principal de seu projeto político a transformação do *status quo*, ou seja, o Estado Democrático de Direito diferencia-se substancialmente, ao menos em tese deveria, dos modelos de Estado anteriores, pois passa a ser um fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade.³⁴

Portanto, a partir de 1988 a Constituição deixa de ser apenas do Estado, para

32 FON FILHO, op. cit., p. 45.

33 Esse novo modelo, isto é: O Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao welfare state neo-capitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 93.

34 STRECK, op. cit., p. 97.

ser também da sociedade³⁵, portanto, ela pressupõe uma filosofia da acção, ou seja, um accionalismo que se dirige à produção, reprodução e alteração da sociedade.³⁶ Diante dessa nova realidade normativa as organizações da sociedade civil, em especial, os movimentos sociais assumem uma importância ímpar na construção histórica do país. Esse protagonismo político ocorre, sobretudo, porque as normas constitucionais necessitam de políticas públicas que os instituem e realizem.

Além disso, cabe lembrar que com o surgimento de complexas contradições culturais e materiais inerentes às sociedades contemporâneas e o aumento dos conflitos entre grupos e classes sociais, os instrumentos tradicionais da legalidade estatal (poder punitivo) intensificam o seu viés repressivo. Ou seja, tendo em vista que o aparato de regulamentação estatal liberal-positivista e a cultura normativista lógico-formal já não desempenham a sua função primordial, qual seja a de recuperar institucionalmente os conflitos do sistema, o paradigma da legalidade incorre numa disfuncionalidade, deixando de dar respostas às necessidades humanas fundamentais e aos conflitos sociais emergentes,³⁷ razão pela qual cada vez mais surgem organizações e movimentos sociopolíticos que buscam transformar a ordem estabelecida, ou até produzir ordenamentos normativos diferenciados. Nesse sentido, Warat afirma que:

As práticas de autonomia nos mostram que uma sociedade está sempre em confronto com suas contradições, que existe sempre o perigo de uma petrificação das opiniões, das condutas e das crenças. Por outro lado existe sempre a possibilidade de fazer valer novos direitos, de combater os projetos que pretendem restringir a uma minoria de privilégios a riqueza, a cultura e o próprio direito. Não se pode nunca deixar nas mãos dos que possuem a riqueza e o saber a possibilidade de definir o sentido da democracia, nem a democracia como sentido de uma forma de sociedade. É necessário entender que os “donos” do saber e da riqueza unicamente conseguem produzir significações que servem para a conservação de seus privilégios.³⁸

Diante disso, observamos a necessidade de retomar, brevemente, o debate constitucional, a partir de duas questões centrais; a ideia de Poder Constituinte e da

35 BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente*: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: Revista de Informações Legislativas, Brasília, n° 142, abr./jun. 1999, p. 38.

36 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 458.

37 WOLKMER, op. cit.

38 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III*. O Direito não estudado pela teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 99.

Soberania Política Democrática, pois para a tradição liberal-positivista - representada, no processo analisado alhures, pelos defensores da ordem política e social³⁹ -, o poder constituinte (proveniente e exercido pelo povo)⁴⁰ é compreendido em termos indiretos, representativos, ou seja, um poder exercido de forma mediada pelo povo.⁴¹ Essa visão fundamenta-se na Ideologia da Segurança Nacional que sustentou as ditaduras civil-militares⁴² dos Estados Burocrático-Autoritários⁴³, sobretudo, no que se refere à idéia de *Inimigo* (sujeito político contra-hegemônico) da Nação, utilizada como *ente* abstrato, que personifica e homogeneiza a política às diretrizes daqueles que estão exercendo o poder. Na atualidade, o processo de criminalização dos movimentos sociais, em especial, o caso estudado, demonstra a manutenção dessa lógica burocrático-autoritária, pois os militantes sociais (*inimigo*), não são reconhecidos

39 O principal expoente dessa política autoritária, sem dúvida é o Procurador de Justiça Gilberto Thums, que em palestra aos Comercários, afirmou que “o país está cupinizado” pelos movimentos sociais. Ou seja, equiparou os militantes sociais a cupins. Disponível em: <<[http://www.diariodamanha.com/principal.php?id_menu=noticia &cid_noticia=15592&segmento=GE](http://www.diariodamanha.com/principal.php?id_menu=noticia&cid_noticia=15592&segmento=GE)>> Acesso em: 12 jun. 2009.

40 Contrapondo-se à visão liberal do Poder Constituinte, Bercovici afirma que: Na *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, Marx afirma que, na democracia, que consiste na verdadeira unidade do universal e do particular, a constituição é a autodeterminação do povo. Ou seja, a constituição não existe em si, mas segundo a realidade, em seu fundamento real, o povo concreto. A constituição é um produto livre do homem. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 237.

41 *Ibid.*, pp. 30-31.

42 Nesse sentido, é importante recordar, que nos Atos Institucionais os militares se auto-intitulavam os representantes da Nação, razão pela qual estariam instituídos do Poder Constituinte do povo brasileiro.

43 “As características que definem o tipo BA são: a) as posições superiores de governo costuma ser ocupadas por pessoas que chegam a elas depois de carreiras bem sucedidas em organizações complexas e altamente burocratizadas – Forças Armadas, o próprio Estado, grandes empresas privadas; b) são sistemas de exclusão política, no sentido de que pretendem fechar os canais de acesso ao Estado do setor popular e seus aliados, assim como desativá-los politicamente não só pela repressão mas também pelo funcionamento de controles verticais (corporativos) por parte do Estado sobre os sindicatos; são sistemas de exclusão econômica, porque reduzem e pospõem para o futuro indeterminado as aspirações de participação econômica do setor popular; d) são sistemas despolitizantes, ou seja, pretendem reduzir as questões sociais e políticas públicas a questões ‘técnicas’, a resolver mediante interações entre as cúpulas das grandes organizações acima mencionadas; e) correspondem a uma etapa de importantes transformações nos mecanismos de acumulação das suas sociedades, que por sua vez formam parte de um processo de ‘aprofundamento’ de um capitalismo periférico e dependente, mas dotado de uma extensa industrialização.” O’DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocrático-autoritários*. 1. ed. São Paulo: Vertice, 1987, p. 21.

como membros do *contrato social* (cidadãos), isto é, sujeitos de direitos, que no caso de descumprimento da ordem constitucional por parte do Estado (*in casu* a irrealização da reforma agrária) tem o direito à resistência. Assim, as instituições estatais veem nas atividades e mobilizações políticas das classes populares fonte de criminalidade.

Os indivíduos não podem invocar sentidos adversos acerca dos grandes lemas, crenças ideológicas e os princípios de organização social. O desconhecido é sempre domesticado, circunscrito ao registro do conhecido. O Estado aparece como legitimador da ordem (ainda quando a violenta descaradamente) – legitimidade atingida pelas práticas simbólicas de um projeto de socialização que despreza a questão do “outro”, a questão do ser.⁴⁴

Diante disso, podemos dizer que, no plano político-constitucional, temos um sofisticado texto jurídico-político, fruto de tensões políticas de uma determinada época e contexto (democratização do país), reflexo do constitucionalismo dirigente, compromissário e social, com a pretensão de atender as promessas da modernidade e, no plano institucional, uma cultura autoritária arraigada nos representantes do Estado, cuja tradição patrimonialista-conservadora garante a exclusão socioeconômica das classes populares.⁴⁵ Portanto, é preciso reconhecer as condições e as possibilidades para a construção e o exercício de um poder político democrático no âmbito do Estado brasileiro. Cabe referir, que essas questões surgiram a partir da análise do discurso utilizado (em nome da defesa do Estado de Direito e da ordem política e social) pelas instituições jurídicas, com a finalidade de legitimar as ações de criminalização e repressão dos movimentos sociais e da realidade sócio-econômica (desumana) dos integrantes do MST, que lutam pela democratização do direito constitucional à terra. Portanto, estão fundadas em dois pontos chaves; o lugar da política do/no direito e da democracia na/para a sociedade. Nesse sentido, adquire relevância o debate sobre:

44 WARAT, op. cit., p. 92.

45 Nesse sentido, Paulo Bonavides, afirma que: “a constante contestação da legitimidade do poder e da ordem social no Brasil é reflexo não da crise constitucional, mas da “crise constituinte” que diz respeito à inadequação do sistema político e da ordem constitucional ao atendimento das necessidades básicas da ordem social. A questão na periferia está ligada aos limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para se manifestar plenamente como formação da vontade soberana do povo. A soberania de um Estado Periférico é uma soberania bloqueada, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude”. BERCOVICI, 2008, op. cit., pp. 35-36.

A democracia como dimensão simbólica da política é sempre um “além” do social, a permanência de um sonho incerto, de um sonho que não pode ser burocratizado, nem pode ficar prisioneiro de uma versão de regras que escondam a ambigüidade de suas representações e efeitos. A democracia é um sonho em aberto. Ela pressupõe o direito fundamental do homem à criatividade, o direito de ter um imaginário sem policiamentos: a invenção democrática como imaginação que nos leva diante do novo.⁴⁶

Observamos, também, que o processo repressivo executado por meio do poder punitivo materializa o embate jurídico-político sobre que Estado Constitucional e que Democracia almejamos? O Estado de Direito liberal? Ou um Estado Democrático? A Democracia substancial? Ou a Democracia formal?⁴⁷ Nesse sentido, ao longo de nossas pesquisas, verificamos que há uma confluência de fatores econômicos, culturais, jurídicos e políticos, que possibilitaram a hegemonia da tradição liberal-positivista de Direito e de Estado, ao longo do *breve século XX*⁴⁸, e que castraram a possibilidade transformadora do regime democrático, pois:

A democracia concebida como sentido normativo de um consentimento em torno das decisões coletivas termina sendo reduzida a um sistema de legalidade onde o consentimento se converte na necessidade de obedecer disciplinadamente à lei. A democracia é, então entendida como consenso disciplinador de órgãos e cidadãos para um ordem simbólica, apresentada como racionalidade formalmente homogênea e exclusiva (...) fundada em uma racionalidade formal, única e uniforme. Deste modo, estereotipase uma idéia monologicamente totalitária de democracia.⁴⁹

Sendo assim, nosso objetivo limita-se à demonstração da legitimidade das lutas sociais camponesas perante a Constituição de 1988, haja vista o papel transfor-

46 WARAT, op. cit., p. 94.

47 Como nos recorda Marilena Chauí: “Desde a Revolução Francesa de 1789, essa democracia declara os direitos universais do homem e do cidadão, mas a sociedade está estruturada de tal maneira que tais direitos não podem existir concretamente para a maioria da população. A democracia formal não é concreta”. CHAUI, op. cit., p. 333

48 HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos*. O breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

49 WARAT, op. cit., p. 101.

mador da mobilização social, pois, nestas breves linhas, pretendemos apenas *profanar*⁵⁰, isto é, *restituir ao uso comum humano* algumas das estruturas e modelos forjados pela tradição jurídico-política hegemônica, que reduziu a democracia à formalidade da lei e da ordem instituída.⁵¹ Em busca disso, devemos (re)pensar os conceitos basilares da filosofia-política, do modelo de Estado Constitucional e do próprio constitucionalismo, assumindo a conexão estrita entre Estado e Constituição, bem como perceber a necessidade de aprofundar o debate sobre a relação entre Democracia e Política. Pois, assim como Marilena Chauí⁵², entendemos que a *democracia é a reinvenção contínua da política*, ou seja, se pretendemos construir uma cultura democrática devemos entender que as instituições estatais (no nosso caso, especialmente, as pertencentes ao Sistema de Justiça) precisam ser constantemente repensadas e readequadas às necessidades e conjunturas da sociedade que representam. Um Estado Democrático de Direito não pode ser um modelo definitivo e acabado, pois, assim, o adjetivo Democrático passaria a ser um mero conceito retórico. A democracia é um processo de construção diária, um eterno vir-a-ser.⁵³

Desta maneira, é imprescindível vincular o modelo democrático participativo adotado pelo constitucionalismo brasileiro de 1988 à idéia de transformação social como projeto de realização efetiva das dívidas modernas, em particular, aquelas relacionadas à garantia do acesso à terra por parte da população camponesa do nosso

50 Utilizamos esse termo a partir dos escritos: AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

51 “Partindo desta perspectiva, percebe-se que a questão dos direitos humanos e da democracia precisa ser pensada como um projeto global de libertação do homem em todos os níveis: social, político, psíquico, econômico, ético e estético. Em última análise, forçar o social a afirmar-se como imprescindível cenário de conflitos, das práticas de auto-autonomia e das reviravoltas das verdades instituídas”. WARAT, op. cit., p. 92.

52 Prefácio à tradução brasileira do livro de LEFORT, Claude. *A invenção democrática: Os limites da dominação totalitária*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

53 Sobre isso, Bolzan afirma que: “Afinal, democracia é, antes de tudo, um compromisso assumido com a liberdade. (...) a estabilidade jurídica, campo de estabelecimento de normas conviviais, não pode significar aprisionamento, o congelamento, de uma vez por todas de seu conteúdo. Não pode significar o fim da democracia. Alteração, mudança, renovação constante não significam caos. Ao contrário conduzem ao engajamento, à identificação, mas nunca à uniformização. Que seja eterno enquanto dure, dizia o poeta, sobre o amor. O amor deve ligar o homem à democracia as suas regras (normas) devem ter a estabilidade inerente a continuidade democrática, que se liga à elaboração de “hipóteses sobre o aproveitamento da desordem, entretanto na lógica da conflitualidade”, quando então “nascerá uma cultura de readaptação contínua nutrida de utopia”. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *A Subjetividade do Tempo*. Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul. RS: Edunisc, 1998.

país. Nesse aspecto, necessitamos fortalecer mecanismos de participação política, que intensifiquem o processo de superação da nossa tradição burocrático-autoritária por meio da construção de uma cidadania fundada na participação popular, ou seja, no reconhecimento do *outro*, da legitimidade do conflito, da *luta pelo direito*, de seu papel transformador.⁵⁴

Assim, mesmo não podendo ter conclusões absolutas sobre a problemática posta, temos percebido a necessidade de por em prática um constante repensar do instituído por meio de uma cultura jurídica mais democrática, pois “(...) a marca da democracia é a criação de novos direitos e o confronto com o instituído, a prática democrática não cessa de expor os poderes estabelecidos aos conflitos que os desestabilizam e transformam, numa recriação contínua da política.⁵⁵ Portanto, o sentido de político, ou melhor, da Política não deve ser reduzido à atividade relacionada ao poder legítimo da coação física de uma autoridade, como foi utilizado pelo pensamento político moderno hegemônico. Não é apenas no sentido político-estatal, pois a política pressupõe diálogo, não autoridade. Assim, pretende-se superar o conceito baseado na lógica amigo inimigo (Schmitt), cujo meio específico era a força, passando a utilizar o conceito de Política no sentido de participação e discussão sobre questões de interesse coletivo, construindo, assim, uma práxis jurídica capaz de responder às problemáticas decorrentes de uma sociedade plural e complexa.⁵⁶

54 “A ideia do Direito encerra uma antítese que nasce da ideia, da qual é completamente inseparável: a luta e a paz; a paz é o término do Direito, a luta é o meio para alcançá-lo. (...) Poder-se-ia objetar –continua – que a luta e a discórdia são precisamente aquilo que o Direito se propõe a evitar, visto que semelhante estado de coisas implicaria um transtorno, uma negação da ordem legal, e não uma condição necessária para a sua existência. A objeção poderia ser justa no caso de se tratar da injustiça contra o Direito. Mas aqui se falada luta pelo Direito contra a injustiça. Se nessa hipótese o Direito não luta, ou seja, não oferece uma heróica resistência contra aquela, acabará negando a si mesmo (...). A luta não é, assim, um elemento estranho ao Direito; pelo contrário, trata-se de uma parte integrante de sua natureza e uma condição de sua própria concepção”. VERDÚ, op. cit., p. 132.

55 Prefácio à tradução brasileira do livro de LEFORT, op. cit.

56 Nesse sentido, Friedrich Müller, nos alerta que é de fundamental importância o fortalecimento de uma *sociedade civil global*, ou seja, que se fortaleçam modelos alternativos de organização social: “Desde a fase final do século XX, a galáxia global de organizações não-governamentais pela democracia, pelos direitos humanos e por uma mundialização diferente tornou-se portadora de todos esses movimentos – do protesto, da ação simbólica, de propostas construtivas, de provocações bem-sucedidas ao Judiciário (para colocá-lo em movimento): enquanto consciência social mundial, fator de perturbação da rotina da opressão e exploração, da dominação mundial não-democrática, efetivamente não existente, gerador de alternativas inteligentes; enquanto globalização descentralizada “de baixo para cima”, sem exercício de dominação, eficaz por meio de

Nesse aspecto, há que reconhecer a importância e a legitimidade das lutas promovidas pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, uma vez que os suas novas formas de organização social (re)politizaram aqueles que são sujeitos da história, isto é, os trabalhadores camponeses, associando-se, lutando, resistindo, possibilitam novos espaços de socialização da política, ou seja, abrem campos para a criação da igualdade através das exigências e demandas dos sujeitos sociais.⁵⁷ Por isso, torna-se necessário romper com a tradição liberal-positivista, que restringe a política, a democracia e o direito à forma limitada do instituído. Temos que fortalecer ações e reflexões críticas sobre a realidade posta, pois:

O Direito é, antes de tudo, liberdade militante, a afirmar-se, evolutivamente, nos padrões conscientizados de justiça histórica, dentro da convivência social de indivíduos, grupos, classes, povos - e isto que dizer que o Direito é então substância, processo e modelo de liberdade conscientizada ou conscientização libertadora, na/para a práxis transformativa do mundo; e não ordem social (que procure encerrá-lo e detê-lo), nem norma (que bem ou mal o pretende veicular), nem princípio abstrato (que o desvincule das lutas sociais concretas).⁵⁸

Temos que ter claro que a Reforma Agrária é essencial para que o Brasil seja um país realmente democrático, ou seja, que as reivindicações dos Movimentos Sociais, seja em âmbito nacional (MST) ou pela consolidação de redes de apoio e solidariedade internacional (Via Campesina), isto é, constituindo uma *sociedade civil global* expressam a verdadeira transformação democrática. Assim, num ambiente marcado pela desigualdade e injustiça, o conflito e a resistência, isto é, as lutas promovidas pelos Movimentos Sociais, são a expressão do *contrapoder social*⁵⁹ que cotidianamente reinventará a Democracia, pois ao fortalecer um Sentimento Constitucional que é a expressão de uma cultura política assimilada e sentida pelas pessoas acerca dos

lobismo e pressão sobre a opinião pública; em resumo, no papel de uma *sociedade civil global* em vias de consolidação. MÜLLER, Friedrich. *A Limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Faya Silveira (Org.). *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 215.

57 CHAUÍ, op. cit.

58 LYRA FILHO, Roberto. *A nova filosofia jurídica*. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. (org.) *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 90.

59 CHAUÍ, op. cit. p. 335

principais alicerces jurídico-políticos de convivência⁶⁰, supera-se a baixa constitucionalidade das instituições do Sistema de Justiça e, por conseguinte, se passa a *estar* em Constituição e se deixa de apenar *ter* Constituição.⁶¹

Nessa perspectiva, verificamos que o processo de criminalização dos movimentos sociais, em especial, o caso analisado, afronta os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (Arts. 1º e 3º, da CF/88). A ideologia securitária que sustenta esse processo de criminalização reduz a política à coerção, o direito à lei, e a democracia ao consenso disciplinador, ou seja, funda-se numa racionalidade formal incompatível com o projeto político constitucional, uma vez que serviu de fundamento ideológico para boa parte das ditaduras implantadas no continente americano e, na atualidade, serve para assegurar os objetivos do latifúndio e do agronegócio.

6. REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2005;
- AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007;
- BATISTA, Vera M. O medo na cidade. In: PLASTINO, Carlos Alberto. *Transgressões*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, nº 142, abr./jun. 1999;
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008;
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *A Subjetividade do Tempo*. Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul. RS: Edunisc, 1998;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CITTADINO, Gisele. A irresistível Atração pelo Um' no Pensamento de Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Hume e Burke. In: LYRA FILHO, Roberto. "Desordem e processo: Um posfácio explicativo". In: LYRA, Deodoró Araujo (Org.). *Desordem e processo*: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- CHAUÍ, Marilena. A Sociedade Democrática. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. (Org.) *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002;

60 VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.16-17.

61 VERDÚ, op. cit., p.16-17

- FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos e globalização econômica*: notas para uma discussão, p. 10. Disponível em: <<www.leonildocorreia.adv.br/curso/socio14.htm>> Acesso em: 20 Set. 2010;
- FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana Angélica Paim. *Estratégias de Criminalização Social*. In: Direitos Humanos no Brasil 2008: Relatório da rede social de justiça e direitos humanos. São Paulo: Rede social de justiça e direitos humanos, 2008;
- FRAGOSO, Heleno C. *Sobre a Lei de Segurança Nacional*. Revista de Direito Penal, nº30. 1980. Apud: DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2006;
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003;
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004;
- HOBBSBAMW, Eric. *Era dos Extremos*. O breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995;
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007;
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática*: Os limites da dominação totalitária. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983;
- LYRA FILHO, Roberto. *A nova filosofia jurídica*. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. (org.) *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002;
- MOTHE, Daniel. *Verbete: Autogestão*. In: HESPANHA, Pedro; CATTANI, Antonio David; LAVILLE, Jean-Louis. GAIGER, Luiz Inácio (Org.). *Dicionário internacional da outra economia*. São Paulo: Edições Almedina, 2009;
- MÜLLER, Friedrich. *A Limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Faya Silveira (Org.). *Constituição e Democracia*. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006;
- O'DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocrático-autoritários*. 1. ed. São Paulo: Vertice, 1987;
- RAMALHO, Sérgio. *Uma polícia fatal*. Jornal O Globo, de 06/11/06, p. 10;
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma nova teoria da democracia*. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. (org.) *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002;
- STÉDILE, João P. O MST e a questão agrária. Estudos Avançados, vol. 11, nº 31, São Paulo, Set/Dec, 1997. Disponível em: <<www.scielo.br/scielo.php?pid=S01034014997000300005&scrypt=sci_arttext&tng=pt>> Acesso em: 20 Set. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;
- TEDESCO, J.C. CARINI, J.J. *Conflitos agrários no norte gaúcho 1960-1980*. Porto Alegre, EST edições, 2007. p. 142, apud FOSCHIERA, Elisabeth Maria. *A Fazenda Coqueiros e a luta pela terra na atualidade*. Disponível em: <<www.upf.br/ppgh/download/Elisabeth%20Maria%20>>

- Foschiera.prn.pdf>> Acesso em: 20 Set. 2010;
- VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III*. O Direito não estudado pela teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997;
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001;
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- Endereços Eletrônicos utilizados: <<http://www.diariodamanha.com/principal.php?id_menu=noticia&id_noticia=15592&segmento=GE>> Acesso em: 12 jun. 2009.

APÊNDICE

ASSEMBLÉIA DE CRÍTICA JURÍDICA NA AMÉRICA LATINA

Florianópolis , 18 de outubro de 2012.

Discussões, Propostas e Metodologia

1. PROPOSTAS:

- Preparar um documento que, ainda que não possua efeitos práticos e concretos, seja um registro do que nós conseguimos construir: *uma tomada de POSTURA*.
- Estabelecer que o documento seja uma resposta à tentativa atual de Reforma da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.
- Estabelecer uma Assembléia permanente através da internet, pensando esse momento como processo e não apenas um evento: *estabelecendo um Fórum de Comunicação*.

2. MÉTODO DE TRABALHO:

Responder às seguintes perguntas:

- Podemos estabelecer marcos comuns do que seja a Crítica Jurídica?
- Existe funcionalidade hoje para a Crítica Jurídica?
- Como o direito pode ter um sentido emancipador?
- Quais experiências indicam essa possibilidade de transformação?
- Quais os desafios para avançar na Crítica Jurídica?

3. DISCUSSÕES:

3.1. Necessidade de maior interação com os movimentos sociais. Como construir juntos a Crítica Jurídica?

- “O debate sobre a Crítica Jurídica é importante, mas para ser efetiva e ter repercussão social é necessário haver prática. Como transformar a

discussão em prática?”

- “Há necessidade de convidar os movimentos sociais para participar das discussões, dando-lhes mais validez. Há uma falta, por parte de nós operadores jurídicos, dessa vivência corporal com os movimentos, afim de desmecanizar nossas ações jurídicas”.
- “O movimento social ainda vê o operador jurídico como o “outro lado”. O operador jurídico precisa fazer a autocrítica, pois se radicaliza no discurso, mas não na prática. É necessário trabalhar sempre politizando o debate para além de apenas recorrer às instâncias jurídicas”.

3.2. Necessidade de trocar experiências, pois não se tem claro o que é Crítica Jurídica.

Experiências relatadas:

- IPDMS – Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais: iniciar uma forma de investigação que dialogue com os movimentos sociais, um canal aberto entre teoria e prática.
- AJUPS – Assessorias Jurídicas Universitárias Populares: a partir do direito achado na rua, trabalhar junto aos movimentos sociais (fazer com que o discurso seja prático).
- CORDELIRANDO: diálogo entre arte e direito a partir da metodologia Paulo Freire.
- PROJETO RONDON: trabalhar fora do universo exclusivamente jurídico, sensibilização do operador jurídico.
- ESTÁGIO DE VIVÊNCIA COM MOVIMENTO SOCIAIS: sensibilização do operador jurídico, a partir da metodologia Paulo Freire, transformando nosso local de fala e transformando, assim, nossa prática.

4. O QUE É CRÍTICA JURÍDICA E EXISTE UMA FUNCIONALIDADE PARA A CRÍTICA?

- “É necessário não apenas pensar o direito como mera forma de dominação, mas como ferramenta para emancipação quando se constrói e propõe um outro direito”.

- “A Crítica Jurídica corre o risco de se tornar um conceito com significado vazio, por seu uso indiscriminado, sendo necessário concretizar um mínimo de pontos em comum”.
- “A Crítica Jurídica faz parte de uma crítica maior à racionalidade ocidental. No momento em que se admite que o conhecimento universalizado não é o único válido, surge a necessidade de buscar conhecer outras lógicas. Neste sentido, a função da crítica hoje seria pensar outras lógicas para atuação.”
- “A função primordial da crítica é tomar conhecimento da paranóia do Direito que não dialoga com a realidade, ainda que incida sobre ela, servindo a determinado grupo sem dialogar com as diferenças. O direito que a gente tem está no mundo do dever ser, servindo para piorar a realidade.”
- “Estamos no momento de trazer de volta as outras formas de compreender o mundo para além do direito (sociologia, filosofia, economia, ciência política...). Por isso a importância de mudança no ensino jurídico, pois os operadores jurídicos agem de forma mecanizada. Falta um diálogo mais intenso entre universidade e realidade, pois a extensão e a pesquisa estão precarizadas”.
- “A Crítica Jurídica é um conjunto de pensamentos e ações político-jurídicas que visa à transformação do *status quo* social e cultural”.
- “A crítica jurídica não pode ser idealizada como teoria, mas deve ser uma ferramenta da prática que esteja adequada à realidade concreta”.
- “O Direito responde à realidade, às relações de força em que vivemos, realidade esta que é de dominação. O Direito, portanto, serve à dominação.”
- “Crítica é aquela atitude que discerne e enfrenta todas as relações de dominação, capazes de destruir o ser humano e a natureza. É necessário, para tanto, procurar um marco de compreensão da realidade para saber o que está obstaculizando os processos de humanização.”
- “É necessário superar a divisão entre pensamento e prática, entendendo a crítica como processo, analisando quais os efeitos do que se está produzindo de crítica.”
- “Precisamos estar comprometidos com a construção de expressões de direitos que possam nos defender contra a dominação; atitude que pres-

supõe não sacralização de nenhuma construção, sempre colocando em jogo os resultados.”

- “A Crítica Jurídica é a crítica à sociedade em que vivemos e que é a responsável por fazer o direito. É, portanto, sempre anticapitalista, mas nem sempre marxista. O objetivo comum é a construção de uma sociedade de homens livres.”

DOCUMENTO

Nós, reunidos na Assembleia de Crítica Jurídica da 3ª Jornada da VII Conferência Latino-Americana de Crítica Jurídica, na Universidade Federal de Santa Catarina, entendemos/acreditamos/desejamos/sonhamos que a Crítica Jurídica:

- Proponha a problematização de conceitos eurocêtricos, a começar pela denominação de nosso território – “América Latina”;
- Inclua como pauta permanente de reflexão/discussão o pensamento jurídico crítico feminista, a questão da migração, a problemática de gênero, a questão do racismo e a criminologia crítica produzidos em Nossa América;
- Busque meios de reverter a mercantilização do ensino jurídico, aprofundando a discussão sobre o próprio ensino do Direito, estimulando a pesquisa e extensão junto ao ensino, bem como a capacitação de uma docência crítica;
- Construir uma rede para realização de um fórum permanente de discussão;
- Abarque mais a questão indígena, sobretudo no Brasil;
- Esteja mais próxima e aprenda mais com os movimentos sociais;
- Que a Reforma da Comissão Interamericana de Direitos Humanos seja amplamente discutida e divulgada;
- De um paso más alla, que este acompañando los movimientos sociales;
- Que nuestras reflexiones sean compartidas con los movimientos sociales;
- Que inclua a questão na militarização de nossos territórios, a questão das reformas laborais;

- Que as reflexões sejam geradas por país e que se compartilhem as reflexões por país;
- Que seja plural, desde muitas perspectivas e de diversas perspectivas teóricas e filosóficas;
- Que fortaleça suas questões e teorias buscando interligar as temáticas e correntes teóricas, aprimorando-as;
- Que saia dos muros que a prendem e que compartilhemos nosso espaço acadêmicos;
- Que crie um espaço maior de difusão, aberto, com os movimentos sociais e com aqueles especialistas que trabalham junto aos movimentos;

Que além de convidar os movimentos sociais e suas lideranças, que esteja mais próximo e aprenda mais com os mestres e mestras populares (não existem mestres só na academia).

Crítica Jurídica na América Latina, coordinado
por Antonio Carlos Wolkmer y Oscar Correas,
terminó de editarse en formato PDF,
durante el mes de noviembre de 2013 en la
ciudad de Aguascalientes, México.

