

Direito e Justiça Social:

a construção jurídica dos
direitos de cidadania

PPGD

Organizado por:
Maria Claudia Crespo Brauner
Anderson Orestes Cavalcante Lobato

Maria Claudia Crespo Brauner
Anderson Orestes Cavalcante Lobato
Organizadores

**Direito e Justiça Social:
a construção jurídica dos direitos
de cidadania**



Rio Grande
2015

APRESENTAÇÃO

Maria Claudia Crespo Brauner
Anderson Orestes Cavalcante Lobato

O debate jurídico sobre a Justiça Social é necessariamente transdisciplinar. A problemática da Justiça está na base dos fundamentos do direito, dos institutos e das instituições jurídicas. Contemporaneamente a discussão jurídica é confrontada à realidade de uma prática jurídica que tanto pode assumir um perfil conservador, por exemplo, das conquistas de um passado revolucionário, como pode assumir um papel transformador, quando promove a construção de um direito permanentemente renovado.

A Justiça Social na contemporaneidade desperta no jurista uma reflexão sobre os seus fundamentos em confronto com situações e conflitos que solicitam uma inovadora regulação jurídica. É certo que para o jurista a regulação social pelo direito estaria mais próxima do debate sociológico do que de uma discussão estritamente jurídica. Ocorre que a dinâmica social encontra dificuldade em separar claramente os momentos de criação e de aplicação do direito.

A equipe do Curso de Mestrado em Direito e Justiça Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande assume o compromisso de aprofundar o debate científico sobre os limites da atuação do Direito na construção dos direitos de cidadania que não se satisfazem com as conquistas do seu passado iluminista. De fato, encontram no futuro um caminho aberto para a construção de categorias jurídicas capazes de responder aos questionamentos de uma sociedade que se recusa

a aceitar passivamente os efeitos perversos de uma regulação jurídica que se distancia da realidade.

O trabalho que apresentamos ao público traz os resultados parciais dos estudos dos grupos e projetos de pesquisa de parte da sua equipe docente. Identifica-se às duas linhas reflexivas de animam os trabalhos investigativos da equipe. A realização constitucional da solidariedade exige o enfrentamento de questões do momento de criação do direito. Assim, o trabalho da professora Maria Cláudia Crespo Brauner e do professor Anderson O. C. Lobato oferece uma reflexão sobre uma compreensão jurídica da biomedicina, notadamente ante a necessidade de aceitar o pluralismo cultural da realidade brasileira, mas igualmente um olhar transdisciplinar da bioética.

O trabalho do professor Alfredo Gugliano complementa a discussão, na medida em que identifica as possibilidades transformadoras da democracia participativa, para a qual uma reforma política se torna cada vez inevitável. Contudo, observa-se que se torna imprescindível o aprofundamento da discussão teórica sobre a esfera democrática, com o objetivo de afastar as tendências conservadoras que reproduzem nas propostas de reforma os erros do passado.

A professora Raquel Sparenberger nos convida justamente a lançar um olhar para o “novo” constitucionalismo latino-americano que procura superar as categorias jurídicas de um passado colonial. Do mesmo modo, o professor José Ricardo Costa procura afirmar a necessidade de reconstrução dos direitos sociais pela afirmação dos direitos previdenciários que continuam a perturbar as políticas conservadoras de uma economia de mercado que se afasta dos compromissos da justiça social.

Os professores Maria Cecília Leite e Renato Dias enfrentam a problemática da imagem da Justiça, com vistas a repensar e a reconstruir o ensino do Direito para que se possa formar profissionais capazes de agir socialmente para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A segunda parte do estudo dinamiza a linha de pesquisa

Contribuições para uma compreensão jurídica da biomedicina: perspectivas bioéticas e pluralismo jurídico e cultural

Maria Claudia Crespo Brauner^{*}
Anderson O. C. Lobato^{**}

Introdução

A formulação de um Direito da Biomedicina emergiu da preocupação em regulamentar as práticas que envolvem novas terapias médicas, de maneira a promover a humanização da medicina com a priorização do respeito aos pacientes. A necessidade de regulamentar novos procedimentos tem merecido a atenção dos juristas e constitui preocupação da sociedade ante as rápidas transformações na área da medicina.

Por um lado, a relação médico/paciente vem se transformando rapidamente, levando os sistemas jurídicos a se modificarem na perspectiva de assegurar os direitos dos pacientes, buscando maior confiança, respeito à autonomia e maior transparência dos atos e procedimentos médicos. Por outro lado, os conflitos de interesse e os riscos médicos têm

^{*} Doutora em Direito pela Universidade de Rennes 1, França; pós-doutorado na Universidade de Montreal, Canadá; professora e pesquisadora da Universidade Federal do Rio Grande – FURG; pesquisadora do CNPq.

^{**} Doutor em Direito Público pela Universidade de Toulouse 1, França; pós-doutorado pela Universidade de Paris 3, França; professor e pesquisador da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

merecido destaque na esfera jurídica e promovido a busca de responsabilização pelos erros, levando ao surgimento de seguros públicos e privados de responsabilidade civil contra erros médicos.

Igualmente, as pesquisas na área da saúde vêm ganhando atenção mundialmente e, em consequência, as normas que disciplinam a utilização das inovações nesse domínio vêm sendo formuladas e atualizadas regularmente. Os juristas percebem nessas novas terapias um grande desafio e o Direito se vê diante do imperativo de adaptar-se na perspectiva de continuar protegendo a vida e a dignidade humanas.

O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos, apresenta relação direta com o bem-estar de todos os membros da comunidade e evoca principalmente o acesso aos benefícios da ciência na área da medicina, o que representa um desafio constante para todas as sociedades.

1. A preocupação em proteger a vida e a dignidade humana

A partir de uma revalorização fundamental das teorias morais que trataram do problema do respeito à vida, certos elementos fundamentais passam a ser identificados como valores importantes a serem protegidos: primeiramente o próprio valor da vida humana; em segundo lugar, o caráter de dignidade atribuído à vida, e por último, uma ideia de que todos os outros seres merecem respeito, devendo ser evitados a dor e o sofrimento.

Ademais, observa-se que entre as diversas concepções e interpretações das regras morais que justificam o dever de respeitar a vida encontra-se o fundamento do consenso, ou melhor, o consentimento e a adesão das pessoas a esse princípio. Deseja-se buscar-se um equilíbrio por meio de um compromisso fundamental da humanidade: reconhecer e respeitar as diversidades de concepções morais e estimular a tolerância e a convivência das pessoas, a partir da compreensão

do pluralismo e da diferença.

Confrontamo-nos com essas questões quando nos deparamos com determinadas práticas que envolvem a moderna medicina, notadamente quando nos referimos às manipulações genéticas, às técnicas de reprodução assistida, às cirurgias de mudança de sexo ou ainda, à eutanásia e ortotanásia. Para as diferentes concepções de moralidades, teremos diferentes reações, de aceitação ou de repúdio a tais práticas.

As principais ideias e reflexões sobre as interfaces entre a Biomedicina e o Direito surgem desde a adoção de novas práticas terapêuticas, da identificação de seus riscos e benefícios, da necessidade de padronização dos procedimentos, passando-se ao momento de discussão e produção de normas jurídicas que propõem a construção de uma estrutura normativa que se enraíza na preocupação em orientar a atuação da ciência sobre o homem e sua integridade psicofísica. Há uma preocupação em estabelecer limites.

A relevância da presente discussão centra-se na ideia de que é necessário reconhecer a extensão dos poderes oferecidos pela moderna biologia e questionar: quais são as regras e responsabilidades que devemos impor para assegurar o respeito aos direitos humanos e a proteção dos direitos?

2. Refletindo sobre as repercussões das novas terapias

A preocupação está em estimular a reflexão de modo a trazer ao conhecimento público as implicações políticas, econômicas, religiosas e científicas decorrentes do saber científico, construindo-se a possibilidade de encontrar um caminho seguro e responsável e que sirva de substrato para a solução dos novos desafios da modernidade, no domínio do poder biotecnológico.

A partir da contribuição ao debate sobre temas complexos relativos à atuação da ciência sobre o corpo humano, pretende-se

promover a humanização da medicina, ressaltando a importância da relação intersubjetiva entre o paciente e os profissionais de saúde, reconhecendo e concretizando a dignidade da pessoa humana, no âmbito da prática médica. Essa é uma condição essencial que guia a emancipação gradual das pessoas, que, obtendo informações seguras, poderão reivindicar o acesso às novas terapias e fazer suas escolhas terapêuticas.

No contexto social brasileiro, as modernas técnicas terapêuticas não estão ao alcance da maioria das pessoas que delas poderiam se beneficiar, fato que revela a necessidade de maior investimento em pesquisa para tratar doenças ainda importantes e a busca de novas tecnologias e tratamentos mais eficientes, mas que costumam ter custo muito elevado.

De outro lado, há o risco de exploração dessas novas terapias que pode dar origem a uma situação grave e perigosa – o estabelecimento de um verdadeiro mercado de estruturas humanas, envolvendo órgãos e funções biológicas. Por isso há preocupação em elaborar uma legislação coerente e aplicável que serviria a evitar os abusos e os desvios nesse domínio, impulsionados pela miserabilidade e o pequeno valor atribuído à vida humana, em países que enfrentam desigualdades sociais imensas.

A separação entre o indivíduo e seu corpo possibilita a instrumentalização do mesmo e das funções biológicas. Constitui um grande desafio a criação e aplicação de instrumentos jurídicos destinados a garantir que o corpo humano seja respeitado e protegido e não se transforme em mercadoria, no intuito de construir-se um sistema jurídico direcionado a responder aos novos e polêmicos dilemas da modernidade.

O tema é de grande interesse por parte de cientistas e uma possibilidade de esperança para pessoas portadoras de patologias graves, às quais a medicina convencional não fornece resposta satisfatória. A medicina gênica permite analisar com grande facilidade os genes de um ser humano e

conhecer a probabilidade que ele apresenta de desenvolver patologias, ao mesmo tempo possibilita tratá-lo antes que apresente sintomas mais graves ou, até mesmo, evitar que a predisposição à doença se manifeste.

Por outro lado, essa capacidade de diagnosticar precocemente a doença e de predizer o futuro do indivíduo a partir de seus genes traz consequências sobre a vida da pessoa e de sua família. Por exemplo: a pessoa pode vir a ser discriminada quando pretender contratar um seguro de saúde ou quando se apresentar a uma seleção de emprego.

3. Caminhos para buscar a responsabilidade nas pesquisas e práticas biomédicas

Importante perceber as controvérsias entre o entusiasmo dos cientistas na busca de novas terapias e os grandes interesses financeiros que movem a indústria médica e farmacológica. Portanto, é necessário buscar instâncias de reflexão e decisão que assegurem uma avaliação externa de riscos e benefícios e a implantação de protocolos de pesquisa que possibilitem a fiscalização e controle da pesquisa em saúde no país.

No Brasil, tal avaliação está sendo realizada através do sistema instituído pelo Conselho Nacional de Saúde, por meio dos comitês de ética em pesquisa e de uma comissão nacional de ética em pesquisa, órgãos com função consultiva e deliberativa que têm contribuído para a formação de uma cultura de maior transparência e responsabilidade por parte dos pesquisadores.

Se o avanço da ciência não deve ser contido por simples tabus ou preconceitos, tendo em vista os grandes interesses sociais envolvidos, entretanto deve-se adotar um critério de prudência e de responsabilidade para a aceitação das novas intervenções sobre o ser humano que possam ter reflexos em sua descendência.

4. Os fundamentos jurídico-constitucionais do direito da biomedicina

Partindo do pressuposto de que o estado democrático de Direito brasileiro funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana, intui-se que toda discussão jurídica sobre a terapia genética, bem como a eventual elaboração de legislação específica sobre o tema, deve levar em consideração esse preceito, que é estendido a todo ser humano.

Por outro lado, a proteção do patrimônio genético da humanidade representa a garantia de que não ocorrerão alterações que possam vir a acarretar possibilidades de transferência a outras gerações das alterações realizadas nos genes, tendo em vista a impossibilidade de prever os riscos futuros dessas intervenções. A possibilidade de melhoria dos genes não justifica, neste momento, o risco ainda não calculável de que tais intervenções possam acarretar prejuízos à saúde das gerações futuras.

O Direito da biomedicina está diretamente vinculado à noção mais abrangente de proteção à biodiversidade e ao ambiente ecologicamente equilibrado, devendo dispor a humanidade de uma natureza íntegra e preservada das ingerências inconscientes do mundo científico, e isso inclui naturalmente a proteção do genoma humano.

As novas concepções de Constituição estão adaptadas às grandes transformações da sociedade, destacando-se os direitos reconhecidos como fundamentais, de cidadania, e os direitos humanos em constante evolução. Essa nova vocação dos direitos concernentes ao desenvolvimento da biomedicina surgiu em face do reconhecimento da vulnerabilidade do ser humano, o pluralismo do conhecimento e as reformulações científicas ocorridas nas últimas décadas, com ênfase na interdisciplinaridade e na complexidade.

A interpretação do texto constitucional como um sistema aberto de regras e princípios, com destaque à

preocupação com a dignidade humana enquanto referência normativa, permeia as discussões e as decisões nesse domínio. Como imperativos estão o respeito ao ser humano, enquanto indivíduo e membro da espécie humana, e a necessidade de assegurar que os progressos da biologia e da medicina sejam aplicados em benefício das gerações presentes e futuras, instaurando uma justiça intergeracional. Para isso deve-se reconhecer a necessidade de cooperação internacional para que a humanidade se beneficie dos avanços científicos de modo a atender as necessidades sanitárias dos povos.

A questão da saúde e da qualidade de vida dos cidadãos é percebida como um direito fundamental dos brasileiros, devendo o Estado destinar recursos científicos e educacionais para assegurar o acesso aos tratamentos de saúde, sejam eles preventivos ou profiláticos. Embora muitos esforços estejam sendo dispensados nessa perspectiva, os desafios são constantes e colocam em destaque a imperiosidade de revisão das políticas públicas de pesquisa em saúde, bem como de acesso a medicamentos e novas terapias.

A proteção do ser humano contra ameaças suscitadas pelo desenvolvimento científico e técnicas biomédicas tem justificado a elaboração de diversos instrumentos normativos visando padronizar os procedimentos e conferir maior transparência às pesquisas.

No caso brasileiro, o direito à saúde é reconhecido enquanto um direito fundamental dos cidadãos e está sustentado nos princípios da equidade, da integralidade e da universalidade, representando um desafio constante a sustentabilidade do sistema. A liberdade científica reconhecida aos cientistas deve ser orientada à construção de uma justiça sanitária.

Abundante produção normativa estatal e supraestatal concerne às interfaces entre Direito e biomedicina. Já se fala em uma Bioética Constitucional, em uma nova transdisciplina

denominada de Biodireito¹; o Direito da biotecnologia²; Direito da biomedicina³; ou ainda um Direito Internacional das ciências da vida.

Os novos conhecimentos científicos no domínio vasto da genética e da tecnologia médica instauraram na agenda mundial a discussão e avaliação dos instrumentos normativos de proteção e de respeito à vida. A utilização das novas biotecnologias sobre o ser humano e, igualmente, sobre a biodiversidade comporta repercussões de toda ordem que refletem de forma intensa na sociedade e colocam em jogo interesses políticos, sociais e de mercado. Por sua vez, o debate público relativo à elaboração de legislação regulando as modalidades de intervenção da ciência sobre a vida tornou-se imprescindível nas sociedades democráticas e pluralistas.

A era da biotecnologia se impôs de modo irreversível, trazendo grandes expectativas de conquistas científicas aplicáveis à cura de doenças e à melhoria da qualidade de vida humana. Se por um lado se percebem as promissoras possibilidades derivadas das novas descobertas, por outro lado emerge a preocupação quanto aos aspectos éticos ligados às pesquisas e às práticas científicas para o alcance das metas que guiam o desenvolvimento científico e tecnológico, propulsores do desenvolvimento econômico e social.

As questões éticas envolvendo intervenções na saúde humana, novas terapias e pesquisas genéticas passaram a fazer

¹ FREIRE de Sá, Maria de Fátima (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Ensaio de Biodireito; respeito à vida e aos imperativos da pesquisa científica*. Pelotas, RS: Delfos, 2008; PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Biodireito, a nova fronteira dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

² CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

³ FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte (Sous la Direction de). *Normativité et Biomédecine*. Paris : Economica, 2003.

parte da preocupação cotidiana dos indivíduos, que têm resultado em forte pressão para a elaboração de novas formulações jurídicas que desempenham o papel de ajustar o corpo normativo aos anseios da sociedade, que podem ser sintetizados no acesso a novas terapias e medicamentos.

Nessa linha de ideias, pode-se considerar que, se o poder sobre o conhecimento é capaz de ampliar o poder sobre a humanidade, deve-se atentar para que esse *biopoder* seja partilhado entre diversos países, por meio de pesquisas e formulação de novas terapias que não constituam monopólio dos países mais ricos. Não há como esconder que o desenvolvimento das pesquisas leva a promessa de desenvolvimento econômico e aumento do bem-estar da população, que se vê com maior liberdade de escolha para deliberar sobre sua vida. Tal constatação leva a aceitação social das inovações biotecnológicas que tendem a receber maior adesão, pois o progresso científico possibilita aumentar a eficácia e a segurança de novas biotecnologias.

A rapidez com que as técnicas se multiplicam demonstra a necessidade de tratar a questão conjugando diferentes perspectivas; destacando-se a preocupação em não tolher a liberdade da pesquisa e, por conseguinte, os avanços científicos e, ao mesmo tempo, assegurar o direito à saúde e à integridade física dos indivíduos, notadamente das pessoas que apresentam patologias graves, para as quais a medicina atual não responde satisfatoriamente.

Na era da informação o conhecimento não respeita os limites de ideologias e dos Estados e, se um país adotar uma posição restritiva com relação às pesquisas genéticas, os resultados atingidos seriam o de excluir os seus pesquisadores do contexto internacional e, de ter de arcar com a responsabilidade de, no futuro, privar milhões de pessoas da aplicação clínica das descobertas de novas terapias. (Neri. 2004)

O debate sobre a biomedicina e os limites jurídicos a serem exigidos nas pesquisas genéticas, deve ser tratado sob o

prisma dos princípios constitucionais que asseguram proteção ao ser humano, à biodiversidade, e que proíbem a comercialização de órgãos e funções do corpo humano, garantindo a proteção à vida e à liberdade de cada cidadão. O compromisso do Estado brasileiro para com a vida e a liberdade de cada um está assegurado pelo art. 5º do texto constitucional. O dispositivo garante o direito à igualdade; o direito à vida; o direito à liberdade; o direito à segurança, que envolve o direito à integridade física e moral.

Edgar Morin alerta que não é possível negar as potencialidades manipuladoras de que acusamos os Estados foram produzidas pelo desenvolvimento do próprio conhecimento científico, ou seja, o conhecimento científico que tem caráter tragicamente ambivalente: progressivo/regressivo. O conhecimento científico é certo, na medida em que se baseia em dados verificados e está apto a fornecer previsões concretas. Já o progresso das certezas científicas, entretanto, não caminharia na direção de uma grande certeza.

O autor afirma que a ciência se tornou muito perigosa para ser deixada só nas mãos dos cientistas e, também, para ser relegada às mãos dos estadistas e Estados, ela passou a ser um problema cívico, um problema dos cidadãos⁴.

É preciso compreender que o processo de inovações biotecnológicas é caracterizado por muitas especulações e envolvem muitos interesses o que vem a dificultar o acesso à informação segura da população. O desafio consiste em conceber uma visão comum e acessível das noções científicas que deveria ser incorporada no Direito para fundamentar regras bastante claras e objetivas.

Para tanto, as leis nacionais devem estar estruturadas sob a base das regras e princípios de âmbito internacional,

⁴ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 101/133.

estabelecidos através de convenções, abrindo-se um caminho na esfera dos Direitos Humanos para a criação de um Direito internacional da biomedicina, inspirado na proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido há a necessidade de conhecer e delimitar os poderes da biomedicina que conferem a possibilidade de transformação programada da vida planetária, a partir de uma atuação do Estado que imponha a transparência da ciência e a responsabilidade social de seus atores.

A preocupação com a saúde e a qualidade de vida do ser humano envolve a discussão ecológica e a preocupação com o meio ambiente tendo em vista que a proteção dos recursos ecológicos vincula-se diretamente à sobrevivência do ser humano e a concretização dos Direitos Humanos.

A Declaração sobre a Ciência e o Uso do Conhecimento Científico⁵, adotada na Conferência Mundial sobre Ciência para o século XXI, da UNESCO em 1999, destaca em seu preâmbulo que é necessário um vigoroso e embasado debate democrático sobre a produção e o uso do conhecimento científico, buscando-se o fortalecimento da confiança e do apoio à ciência por parte do público. O reforço do papel da ciência na busca de um mundo mais equitativo, mais próspero e mais sustentável que exigirá o compromisso de longo prazo por parte de todos os interessados, tanto públicos quanto privados, através de maiores investimentos, de uma revisão adequada de prioridades e do compartilhamento do conhecimento científico.

O desenvolvimento das ciências biológicas na área das pesquisas genéticas apresenta aos ordenamentos jurídicos um desafio gigantesco: reafirmar o caráter singular do respeito à dignidade humana como requisito para a sua igual consideração como pessoa, livre de qualquer forma de

⁵ UNESCO. A ciência para o século XXI: uma nova visão e uma base de ação. Brasília: UNESCO, ABIPTI. 2003. p. 27.

discriminação e opressão, reduzindo as desigualdades no acesso à saúde e às novas terapias.

Para atingir tal desiderato é preciso construir padrões éticos para a prática das pesquisas e garantir que o conhecimento gerado resulte em políticas e ações de saúde pública.

Além de maior transparência dos procedimentos científicos, o grande dilema parece ser o de romper a noção competitiva e individualista da ciência na distribuição de seus benefícios. Uma reflexão que permita levar em consideração as diferenças culturais e que se ajuste às realidades locais deverá permear as escolhas normativas em nosso país.

A possibilidade de construir uma política de compromisso que afasta as posições proibitivas e conservadoras e que levam às práticas clandestinas, mas contorna a posição liberal que relega ao interesse privado e às grandes empresas de biotecnologia, que são centradas no interesse econômico e na liberdade completa para atuar. Quebrar a política do *laissez-faire* e instaurar no país uma política comprometida com os interesses sociais, suscitada pelas possibilidades terapêuticas das novas biotecnologias.

O Brasil vive um momento importante no âmbito legislativo promovendo o debate sobre diversas questões de grande relevância para toda a sociedade. A profusão de projetos de lei destinados a regulamentar os diversos temas notadamente a proposta de uma lei para disciplinar a prática da reprodução humana assistida, uma lei dispendo sobre o acesso e utilização de dados genéticos, sobre o patrimônio genético, sobre a pesquisa em seres humanos, demonstram que há o interesse em legislar.

A necessidade será de observar os desdobramentos e as reflexões oriundas do meio jurídico sobre o avanço das pesquisas genéticas e a contribuição da bioética e, percorrendo as normativas nacionais e estrangeiras para perceber, as propostas consensuais e os temas controvertidos, quando do debate

acadêmico e por parte de órgãos nacionais e internacionais.

Trata-se de perceber a importância da preocupação com o tratamento da vida e da qualidade de vida, numa acepção ecológica, ou seja, comprometida em encontrar um equilíbrio entre a garantia da saúde e do bem estar do homem, e ainda, a necessidade de promover a preservação do patrimônio genético e da biodiversidade planetária.

O objetivo principal consiste em conhecer as formulações normativas sobre a Biomedicina, no que concerne as pesquisas na área da saúde humana e, especialmente vinculado às descobertas envolvendo a terapia gênica em seres humanos, novos procedimentos e diagnósticos. Será importante perceber as possibilidades de minimização dos riscos de saúde a partir de um enquadramento preciso e de diretrizes nacionais e internacionais acerca dos novos métodos terapêuticos e a possibilidade de curar doenças ou de evitar a sua manifestação de patologias genéticas ou hereditárias.

Importante aprofundar a análise das prioridades em pesquisa científica na área da saúde no país, haja vista o momento político brasileiro que levou ao investimento na área da Ciência e Tecnologia estimulando o desenvolvimento das pesquisas na área da genética.

Apresentar o debate sobre o tema nas instâncias de poder e de decisão política a partir da análise de leis e projetos de leis que visam regular a pesquisa genética humana no país. Perceber os interesses diversos envolvidos nas pesquisas envolvendo terapia genética bem como conhecer os riscos inerentes a toda inovação na área médica.

Demonstrar que a revolução científica - através da engenharia genética, pode modificar as características do gênero humano e trazer repercussões, ainda insondáveis, em nossas gerações futuras. A contribuição da Bioética está em tentar responder a muitas questões médicas, sociais, políticas, econômicas e jurídicas que envolvem a discussão sobre a noção de humanidade.

Perceber a participação da sociedade no debate e formulação de limites jurídicos, criando um enquadramento bem definido em matéria de práticas biomédicas, fundamentado no princípio da responsabilidade. Importante reconhecer que os cidadãos de hoje, devem promover a saúde e bem estar de todos e, ao mesmo tempo, defender os direitos daqueles que comporão as gerações futuras.

Nesse sentido, os resultados da presente proposta oferecerão subsídios teóricos e críticos, lastreados numa perspectiva internacional, com enfoque na realidade nacional sobre as pesquisas genéticas e novas terapias, confrontadas a necessidade de normatização de tais práticas no intuito de assegurar os direitos dos cidadãos. Igualmente, a possibilidade de aprofundar o debate restrito na mídia, a partir de uma perspectiva jurídica, com o enfoque transdisciplinar da Bioética, estimulará o debate científico que rompa a superficialidade das informações.

Cabe estimular a elaboração de estudos críticos e a publicação de artigos e livros que tratem da pesquisa genética, terapia gênica e das relações com o Direito.

Diversos autores, nacionais e estrangeiros, pertencentes as mais variadas áreas do conhecimento tem se dedicado ao estudo das repercussões da nova genética nas sociedades altamente industrializadas. A grande preocupação é a necessidade de elaboração de um juízo crítico com relação aos efeitos sobre o homem, a sua descendência e o meio ambiente, quando da adoção de novas biotecnologias.

Para garantir a proteção dos direitos fundamentais do homem e da mulher, o Direito deve intervir para reprimir abusos, como as experiências sobre o homem; para estabelecer regras de conduta a certas categorias profissionais, a partir dos códigos de ética médica; para garantir o direito dos indivíduos e a perenidade da espécie humana – patrimônio genético indisponível e a biodiversidade.

Diversos instrumentos internacionais foram editados,

notadamente: a Declaração Ibero-latino-americana sobre ética e genética elaborada em Manzanillo em 1996, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, a Declaração Universal de Bioética de 2005, ambas da UNESCO e ainda o Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina de 1996, destacam a necessidade em garantir-se o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas e aos direitos humanos reafirmados em documentos jurídicos internacionais.

Conclusão

As escolhas normativas não devem ter pretensão de serem definitivas e completas, devendo estimular o avanço da pesquisa e da inovação tecnológica e tentar conciliar com os princípios jurídicos referidos anteriormente.

O debate deve ser amplo, envolver os diversos setores e demonstrar a necessidade de consensos acerca de temas polêmicos, um equilíbrio de vontades baseado em uma solução de compromisso.

Enfim, a produção de uma ordem normativa que responda aos desafios de nosso tempo.

Non pas l'utopie, l'impossible. (Derrida)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUCHAMPS, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Ensaio de Biodireito; respeito à vida e aos imperativos da pesquisa científica*. Pelotas, RS: Delfos, 2008.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los*

limites de la vida humana. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste (Orgs.). *Limites: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do Genoma Humano*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000. 244p.

ENGELHARDT Jr., Tristram. *Fundamentos da bioética*. 2. ed. Edições Loyola, 1998.

FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte (Sous la Direction de). *Normativité et Biomédecine*. Paris : Economica, 2003.

FREIRE de Sá, Maria de Fátima (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOBERT, Michelle (org.). *Médecine, bioéthique et droit*. Paris: Economica, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *L'avenir de la nature humaine: vers un eugénisme libéral?* Tradução de Christian Bouchindhomme. Paris: Galimard. 2001.

KNOPPERS, Bartha Maria. *Le génome humain: patrimoine commun de l'Humanité? Les grandes conférences*. Montréal: Fides. 1999.

MATHIEU, Bertrand. *Génome humain et droits fondamentaux*. Paris: Economica, 2000. 147p.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

NERI, Demetrio. *Bioética em Laboratório; células-tronco, clonagem e saúde humana*. São Paulo> Ed. Loyola, 2004.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Biodireito, a nova fronteira dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Teoria política, democracia e participação¹

Alfredo Alejandro Gugliano*

*Cambia el modo de pensar,
Cambia todo em este mundo*
Julio Numhauser

Neste artigo trato da relação entre democracia e participação a partir de debates que vêm sendo desenvolvidos especialmente no campo da teoria política contemporânea. Com este objetivo o trabalho foi dividido em quatro seções nas quais discuto os problemas enfrentados pelo modelo hegemônico de democracia, uma concepção essencialmente instrumental da democracia centrada nos processos de escolha de representantes políticos responsáveis pela gestão política da sociedade, e as potencialidades de um novo projeto político identificado com a democracia participativa.

A radicalização da participação cidadã é um dos temas centrais da nova teoria crítica da democracia que, além de enfatizar aspectos vinculados ao sistema de eleição dos dirigentes, se dedica a analisar a qualidade do processo democrático e o fortalecimento do poder popular. Essa

¹ Este texto é uma versão atualizada e bastante modificada de artigo publicado na Revista *Civitas* em 2004 com o título: Democracia, participação e deliberação. O autor agradece ao editor a autorização para a republicação com alterações

* Professor do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pesquisador do CNPq. E-mail: alfredo.gugliano@hotmail.com

perspectiva bebe da fonte de diversos processos de mobilização da sociedade civil em nível internacional, organizados a partir do primeiro decênio do século XXI, experiências que reforçaram as críticas sobre a capacidade de expansão da simbiose entre capitalismo e democracia, assim como a respeito dos benefícios dessa articulação frente ao atual processo de deterioração social e ambiental do planeta².

Completado mais de um triênio da inauguração da terceira onda de democratização na América Latina diversos autores destacam os problemas da democratização na região e as dificuldades em consolidar não só uma cultura democrática, mas, governos estáveis em diversos países. (SOTTO; SCHMIDT, 2007).

Contudo esse não é um quadro consensual, até porque se trata de um período histórico que está longe de ser homogêneo. Se num primeiro momento, com a derrocada das ditaduras, os governos latino-americanos redemocratizados foram monopolizados por partidos políticos liberais comprometidos com as diferentes etapas da transição democrática, rapidamente a crise econômica da década de oitenta estimulou o surgimento de governos neoliberais,

Diferentemente de uma conjuntura centrada na iniciativa de o Estado construir um projeto nacional de desenvolvimento, projeto que pautou a redemocratização latino-americana que acompanhou o final da Segunda Guerra Mundial, a reconstrução dos regimes democráticos que foi levada a cabo pela maior parte das novas democracias nos anos 1990 teve como particularidade o fato de que as próprias estruturas estatais foram colocadas no banco dos réus sob a acusação de anacrônicas e ineficientes.

O ocaso da esfera de influência do Estado-nação foi no período um fenômeno discutível na medida em que inclusive

² A caracterização do capitalismo enquanto uma era de incertezas é especialmente desenvolvida em: (BECK, 1995; SENNET, 1999).

em momentos de radical privatização de bens estatais o mesmo manteve em pleno funcionamento uma estrutura de regulação socioeconômica em nível nacional. Contudo, o episódio da privatização de empresas, serviços públicos (educação, saúde, habitação, etc.) e inclusive de parcelas importantes do patrimônio natural, entre outros, deixou marcas indelévels na região.

No final da década de noventa do século XX o projeto neoliberal começou a dar indícios de retrocesso no continente e surgiram em diversos países novos governos de esquerda comprometidos com a recuperação social não apenas dos seus países, mas, da região. Mesmo com êxito no plano do combate a pobreza em muita dessas experiências os avanços em termos da democratização das relações políticas ainda foram limitados, considerando – com poucas exceções – o incipiente enraizamento de espaços de participação dos cidadãos na gestão pública em nível internacional.

Diante dessa situação não basta debater os limites do atual modelo hegemônico de democracia, é necessário avançar numa nova plataforma democrática na região. Especialmente num contexto como o atual é oportuno repensar o papel que a democracia cumpre na organização política da sociedade e sua perspectiva de ampliação em direção a questões que estão fora do enquadramento eleitoral, tema que desenvolvo nas páginas a seguir.

O renascimento da democracia na segunda metade do século XX

A história da democracia é breve. Não se sabe precisamente quando ela surge e seu legado conhecido mais longínquo se identifica com a trajetória de Atenas no século V a.C. Adormecida por grande parte da Idade Média, foi recuperada na Idade Moderna na condição de um modelo ideal de governo, imagem que se manteve praticamente intocada até

a Revolução Francesa e, principalmente, até o advento da Revolução Americana (TILLY, 2007; HELD, 2006; LIVESEY, 2001). Mesmo no século XIX a democracia era praticamente inexistente em termos da organização política da sociedade, prosperando enquanto regime político não antes da quarta década do século XX.

A moderna concepção hegemônica de democracia tem dívida com o aporte de Joseph Schumpeter (1963) que popularizou a caracterização de um modelo operacional baseado em método pelo qual os cidadãos periodicamente elegeriam dirigentes políticos com autonomia para governar, regulamentando a competição entre as elites.

Essa noção foi ampliada por autores que sublinharam a necessidade de amplas liberdades políticas como complemento a realização de eleições periódicas, garantindo direitos a liberdade de expressão, informação e organização com plenitude. Isso foi chamado de as regras que diferenciariam a democracia de outras formas de governo (BOBBIO, 1986; DAHL, 1989; SARTORI, 1994).

A problemática da democratização ganhou espaço principalmente a partir de 1945 quando se abriu disputa entre os blocos capitalista e comunista pelo espaço internacional, antagonismo muitas vezes apresentado como uma contraposição entre um mundo democrático livre contra uma ditadura comunista.

De fato o princípio fundador do sistema político soviético, também essencial na estratégia dos Partidos Comunistas em nível internacional, foi a noção de ditadura do proletariado, considerada por seus propulsores como um instrumento para esmagar a resistência de capitalistas e latifundiários; empoderar o proletariado e organizar a luta armada contra o imperialismo. Exemplo dessa visão encontra-se na Constituição da URSS de 1922, reformada em 1977, que fundamentou a criação de uma estrutura compacta com intuito de centralizar o governo e articular os poderes executivo e

legislativo (COHEN, 1985; OSTROW, 2013).

Na prática a ditadura de classe comunista acabou se estruturando enquanto uma tirania de partido político. Na condição de único partido político legalizado entre 1922-1990 o Partido Comunista da União Soviética monopolizou todas as indicações para os principais organismos políticos do Estado socialista, transformando-se num alvo fácil para as democracias ocidentais que denunciavam a ausência de plenas liberdades políticas na região.

Diante desse antagonismo a defesa da democracia levada adiante por diferentes autores teve duplo papel. Em primeiro lugar contrapor-se ao sistema político soviético identificado pela ausência de eleições competitivas e prevalência de um sistema de partido único capitaneado pelo Partido Comunista da União Soviética (PCUS). Em segundo lugar também afirmar o modelo político norte-americano como um parâmetro a partir do qual outras democracias poderiam subsistir.

Essa ideia prosperou principalmente num período no qual os Estados Unidos consolidavam seu poder internacional, calcado em firmes aportes financeiros para a reconstrução dos países destruídos na Segunda Guerra Mundial e a União Soviética (URSS) se via as voltas com a necessidade de desbaratar tentativas de rupturas do bloco comunista, como nos casos da Revolução Húngara de 1956 e a Primavera de Praga de 1968.

Ator central na reorganização do sistema econômico internacional, a partir dos Acordos de Bretton Wood (1944), os Estados Unidos tiveram influência direta na democratização de diferentes regiões do planeta entre as décadas de quarenta e sessenta. Em especial a estratégia norte-americana consistiu no estímulo a constituição de governos eleitos no continente latino-americano, mesmo que em contextos de direitos políticos restringidos e precariedade social.

A expansão norte-americana no período esteve calcada

no Plano Marshall e na Doutrina Truman. O Plano Marshall criado em 1947 visou a concessão de amplos empréstimos a países europeus dispostos a abrir sua economia para produtos norte-americanos. Já a Doutrina Truman, lançada nesse mesmo ano, representava o apoio aos países dispostos a permanecer no mundo livre que estariam sendo atacados por regimes totalitários³.

A contraposição entre democracia e totalitarismo socialista prosperou no contexto de guerra fria no qual os países estavam divididos entre o “mundo livre” e as “ditaduras da cortina de ferro”. Isso representou um forte ponto de apoio para discriminar divergências no interior das democracias ocidentais e minar qualquer tipo de tentativa de organização política da sociedade civil, assim como para afirmar formas restringidas de democracia ocultas sob o manto do realismo.

Em boa medida uma parcela dos teóricos políticos mais renomados daquela época aderiu ao projeto restritivo de democracia desse período e não poupou esforços para legitimar uma concepção de regime político democrático de acordo com os padrões vigentes. Giovanni Sartori (1994), por exemplo, criticou em vários dos seus trabalhos a existência de diversas caracterizações de democracia que contribuíssem para confundir a definição do conceito. Como alternativa sugeriu um sentido estritamente político da democracia que se sobrepõe a questões econômicas e sociais. Norberto Bobbio (1986) foi igualmente contundente ao ressaltar a necessidade de indicar algumas normas claras que possibilitassem uma moderada inclusão dos cidadãos no processo democrático, considerando que aos cidadãos caberia eleger os governos e aos governantes governar sem interferência direta dos eleitores.

Com o fim do bloco soviético novos horizontes se

³ Sobre o tema Hobsbawm (1995), na parte dois da *Era dos Extremos*, é contundente no seu relato sobre os aspectos que alimentaram a Guerra Fria e garantiram uma “hegemonia democrática” dos Estados Unidos.

abriram para o debate no campo da teoria democrática. Se nas mesmas entranhas do pensamento liberal o modelo representativo começava a sofrer críticas, desde o prisma de um pensamento crítico esses questionamentos prosperaram acentuado a necessidade de uma providencial adjetivação da experiência democrática, uma forma de descrever e reconhecer diversas experiências que estavam desabrochando com essa designação⁴.

Ao admitir a possibilidade da democracia expressar-se de diferentes maneiras os especialistas deram um passo importante na direção do reconhecimento da variedade de formatos que a democracia pode assumir e principalmente no referente à admissão do potencial de radicalidade que a proposta pode adquirir em termos da ampliação da participação política dos cidadãos.

A crise do modelo instrumental de democracia

Até os anos oitenta do século passado o argumento do realismo político foi um obstáculo aos avanços na concepção da democracia e seus espaços de debate e deliberação. O realismo não apenas afirmou o caráter intrinsecamente liberal (capitalista) da democracia política como igualmente disseminou o medo sobre as consequências de qualquer reorientação que modificasse a rotina de representação eleitoral.

O formalismo presente nas arguições dos defensores de uma *democracia desadjetivada* colocou o debate político num labirinto no qual a saída coincidia com o ingresso a um novo labirinto ainda mais tortuoso, como um caminho que teimosamente insiste em se bifurcar noutro. Ao identificar a

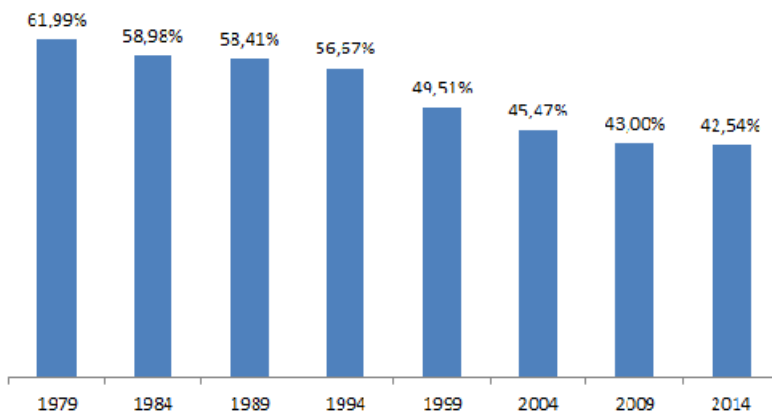
⁴ Collier e Levitsky (1997) sublinharam o emprego de aproximadamente cinquenta subtipos de democracia por parte dos especialistas no momento de analisar a trajetória desse regime político.

democracia somente como expressão de determinadas formas de organização política determinadas correntes da teoria política auxiliaram a ocultar o modo como a democracia efetivamente funciona, privilegiando sua aparência em contraposição a essência do sistema político.

A existência de uma estrutura política formalmente democrática nem sempre foi garantia de que todos os cidadãos viveriam debaixo do teto de uma democracia. A segregação de ordem cultural, religiosa ou sexual tem como consequência a formação de hierarquias políticas informais praticamente intransponíveis baseadas na constituição de cidadanias de segunda ordem, algumas vezes até mesmo de terceira ordem. A desigualdade de cunho tecnológico e educacional dificulta amplos segmentos da sociedade de manifestar sua vontade política e aceder à ampla informação. Pobreza e miséria extrema impedem o desenvolvimento de capacidades básicas que possibilitem usufruir plenamente do exercício de atividades políticas essenciais como a participação eleitoral.

Ademais, especialmente nos últimos trinta anos o que eram apenas indícios da insatisfação dos cidadãos com um modelo de representação político fechado no qual os cidadãos não passam de figurantes vai se concretizando por meio dos altos índices de abstenção eleitoral disseminados em nível internacional. Sobre o tema são ilustrativos os dados das eleições legislativas da União Europeia.

GRÁFICO 1 – Votantes nas eleições europeias



FONTE: TNS, 2014

O absenteísmo eleitoral que afeta praticamente todos os países nos quais o voto é facultativo demonstra o grande distanciamento entre os eleitores e os candidatos que compõem o espectro político-partidário e postulam cargos públicos, fato que se não gera uma crise de legitimidade da democracia pelo menos representa sua crise de identidade na medida em que os cidadãos não se reconhecem enquanto partícipes da esfera pública.

Como argumenta Renato Janine Ribeiro referindo-se a abstenção eleitoral na principal democracia ocidental:

Barreiras econômicas e sociais criadas a partir de situações que ampliam a desigualdade dificultam com que extensos segmentos de cidadãos exerçam seus direitos com plenitude⁵. Como aponta Amartya Sen (2000) quando

⁵ Por exemplo: “Nos Estados Unidos, onde o voto é facultativo, não só a abstenção nas eleições tem sido bastante grande, como ela tende a se perpetuar nos mesmos grupos sociais étnicos – basicamente os dos discriminados socialmente, em especial, os negros. Ora, segundo a discussão política que atualmente chega à própria mídia, esse fenômeno estaria *agravando* a desigualdade, na medida em que: 1) os negros votam

questiona uma concepção de desenvolvimento vinculada apenas a indicadores econômicos, a expectativa de vida de extensos segmentos da população de países considerados ricos nem sempre é mais elevada do que a de países do *Terceiro Mundo*, na medida em que os excluídos, mesmo vivendo em países ricos, não usufruem das mesmas condições de vida de segmentos socialmente privilegiados.

A caracterização instrumental da democracia enquanto um método de eleição de dirigentes políticos restringe ainda mais o raio de ação da participação política à figura do Estado visto enquanto um espaço de articulação entre burocratas, juristas e políticos no qual os mecanismos de dominação social são legitimados por meio da aceitação da validade legal das suas intervenções⁶.

Ao limitar a democracia à esfera do Estado a teoria política deixa de lado um conjunto de outros elementos que se relacionam diretamente com a formação da infraestrutura da sociedade, como seria o caso do mercado econômico. Isto é, exclui da democratização a um conjunto de organizações que determinam suas atividades a partir da produção, comercialização e transação de bens com valor monetário.

menos que os brancos, portanto 2) os eleitos procuram atender mais os interesses dos seus reais eleitores do que aos dos não-votantes; de modo que 3) a exclusão social dos negros aumenta e, com isso 4) mantém-se ou se acentua a abstenção eleitoral dos negros” (RIBEIRO, 2003, p. 170-171).

⁶ Como acentua Charles Tilly (1992) o Estado – inclusive o Estado democrático – é uma organização coercitiva que tem o poder de prevalecer sobre a maior parte das outras organizações no interior de um território com dimensões específicas. Com este fim, mais do que mecanismos de dominação implícitos, o que caracteriza o Estado é precisamente a sua capacidade de impor determinações sem perder legitimidade: “o Estado moderno sociologicamente só pode ser definido, em última instância, a partir de um instrumento específico que, da mesma forma do que todas as associações políticas, lhe é próprio, a saber: a coerção física. [...] Por certo, a coerção não é de modo algum o meio normal e único do Estado – [...] –, porém é seu meio específico”. (Weber, 1993, p. 1056)

Desse modo, mesmo no caso de organizações econômicas que têm a sua matriz ou administração central localizados em países democráticos, a busca de competitividade e a necessidade de expansão das ganâncias podem levar ao uso de métodos que representam um novo tipo de ditadura: a imposição do predomínio do lucro privado sobre os interesses de bem-estar de grandes contingentes da população (Forrester, 2001).

Ao retirar o mercado econômico do âmbito de alcance da gestão democrática se fortalecem as barreiras que separam o espaço público do privado, abrindo a possibilidade de desvios ético-morais relacionados com a atividade mercantil. E mesmo existindo compromisso de diversas empresas com o desenvolvimento social, ainda não é pequeno o descomprometimento de muitas organizações econômicas privadas com o impacto ambiental, humano e cultural dos processos produtivos, muito especialmente num contexto de globalização. Ainda mais considerando que:

[...] a sequência de crescentes lucros dos sistemas de produção central para a periferia, passando pelas transferências de indústrias e a especulação financeira, tem um último elo. O dos ‘negócios ilegais’, que abarcam um conjunto muito variado de atividades de distintos níveis de criminalidade como o narcotráfico e a lavagem de fundos, o tráfico de armas, as redes de prostituição, o tráfico de bebês, a “proteção”, a espionagem industrial, o contrabando, a venda fraudulenta de bens e serviços ao Estado, etc. (Beinstein, 2001, p. 140)

A diferenciação da democracia enquanto uma forma de governo trás vantagens quando do que se trata é da distinção frente a regimes autoritários, questão sobre a qual existe uma abundante literatura relacionada com o estudo dos processos de transição vividos entre os anos 70 e 90 do século passado na

América Latina e no Leste/Sul da Europa (Schmitter; Karl, 1994). Porém, esta mesma caracterização perde potência analítica quando é necessário avaliar o funcionamento e a eficiência das democracias.

Diante das fragilidades expostas no modelo hegemônico de democracia, também devido ao descontentamento dos cidadãos, vem crescendo nas últimas décadas o debate sobre a necessidade de alternativas políticas capazes de ao mesmo tempo resgatar o legado político das democracias ocidentais e ampliar o canône democrático para diferentes espaços sociais. Essa será a temática tratada a seguir.

Em busca de uma interação comunicativa perdida

A fluidez do modelo democrático ateniense ainda é um parâmetro que muitos teóricos veem como um horizonte que não se deveria esquecer. Mesmo existindo discordância sobre a recuperação de uma proposta política baseada num sistema de assembleias constante existe um considerável acordo sobre a necessidade de reconstruir espaços comunicativos nos quais os cidadãos possam expressar suas perspectivas sociais. Um dos mais reconhecidos aportes que vai nessa direção é a proposta democrático-comunicativa de Jurgen Habermas.

O ponto de partida para compreender a aproximação de Jürgen Habermas ao debate sobre a democracia são os seus questionamentos sobre a validade da construção da imagem filosófica de mundo e a sua proposta de fundação de uma filosofia crítica questionadora da própria forma de existência da filosofia enquanto ciência e a necessidade de superação da dicotomia entre teoria e práxis (Jay, 1974).

O mencionado autor busca recuperar o legado de uma tradição clássica das ciências sociais baseada na obra de Max Weber que, na transição entre o século XIX e as primeiras décadas do XX, modificaram o discurso crítico com relação ao capitalismo buscando incorporar as temáticas da ação social e

da construção racional da realidade. Desde este prisma Habermas amplia sua análise sobre as perspectivas das mudanças sociais através dos questionamentos ao caráter instrumental da modernização ocidental, fruto da Ilustração, e sua ênfase no desenvolvimento do mercado econômico como a única via para a modernidade.

Em sua tentativa de elaborar uma teoria alternativa capaz de superar o que chamou de legado não concretizado da Ilustração o autor estruturou uma original proposta de interpretação social baseada na centralidade que as estruturas comunicativas possuem para a superação das contradições da sociedade capitalista. Precisamente a defesa de um modelo de ação comunicativa marcará a centralidade da teoria social *habermasiana* ao redor dos problemas do diálogo e do consenso.

Por meio dessa ótica o ato da fala é elevado à condição de único instrumento pelo qual seria possível edificar consensos envolvendo a totalidade dos atores sociais. Como fruto deste processo, é construída uma racionalização comunicativa sustentada na ideia de descentração, conceito adaptado de Jean Piaget (1973) com a finalidade de explicar o papel dos processos comunicacionais em termos da legitimação de uma visão de mundo coletiva assentada na interação entre indivíduos e a sociedade em geral.

Buscando avaliar o significado desta nova concepção de ação social com base na construção de espaços discursivos o citado autor considera que:

El logro más importante de tal enfoque es la posibilidad de clarificar un concepto de racionalidad comunicativa que escape a las trampas del logocentrismo occidental. En lugar de seguir el camino trazado por Nietzsche de una crítica totalizadora y autorreferencial de la razón, bien sea a través de Heidegger hasta Derrida, o a través de Bataille hasta Foucault, y tirándolo todo por la borda, es mucho más

prometedor intentar lograr esta finalidad a través del análisis del potencial operativo de la racionalidad que se encuentra contenido en la práctica cotidiana de la comunicación (Habermas, 1988, p. 312).

Com base em parâmetros comunicacionais Jürgen Habermas propõe-se a discutir os principais problemas da teoria da democracia utilizando como ponto de partida a crítica à teoria normativa. De acordo com a referida teoria a estabilidade é a principal fonte de legitimidade democrática e a ordem social reside na concordância e reconhecimento dos resultados eleitorais e das ações do governo pelos cidadãos assim como na tolerância governamental diante de qualquer ação social que não represente uma ameaça violenta ao equilíbrio do Estado.

Partindo do princípio de que a autoridade governamental provém do poder das urnas a concepção normativa toma como pressuposto a existência de um livre consentimento dos cidadãos que aceitam validar as ações decorrentes da adoção de determinadas opções eleitorais representando a garantia do respeito às regras da delegação de poder outorgada aos setores ungidos pela eleição.

Criticando essa perspectiva o autor afirma que as teorias normativas da democracia são muito mais instrumentos de valorização ideológica da democracia liberal do que uma explicação plausível da adesão dos cidadãos à democracia e do funcionamento deste sistema. Assim sendo o elemento central do sistema democrático não estaria na adesão voluntária direta do cidadão à política, mas nos procedimentos adotados com o fim de garantir que este processo se efetive.

Caracterizando o processo de deliberação pública como o âmago do processo democrático, Jürgen Habermas sugere uma divisão entre uma perspectiva centrada em princípios liberais da democracia e outra nos princípios republicanos. Para compreender esta divisão é necessário sublinhar que:

Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras de formação de compromissos, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais. Ao passo que a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; essa pré-compreensão socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república (Habermas, 1997, p. 18).

Sinteticamente, enquanto o modelo liberal de democracia pode ser entendido como uma proposta centrada na capacidade do Estado para mediar conflitos e administrar a sociedade desde o ponto de vista das necessidades do mercado econômico, o modelo republicano de democracia representa possibilidade de construir um sistema político global centrado na capacidade de articulação da sociedade civil⁷.

Frente à suas discordâncias com ambos os modelos Jürgen Habermas insta à formulação de um modelo democrático alternativo incorporando diferentes elementos da teoria liberal e republicana e enfatizando o processo através do qual o sistema político constrói novas formas de consenso fundamentadas numa teoria democrática discursiva. Uma teoria que por um lado resgata dos teóricos liberais a estima pela soberania do Estado e normatização constitucional das relações

⁷ Bresser Pereira (2004) complementa esta diferenciação entre liberalismo e republicalismo enfatizando, entre outras questões, as divergências desses modelos em torno do problema dos direitos dos cidadãos e da definição de interesse público.

políticas e por outro lado recupera dos republicanos a valorização da formação da opinião e da vontade pública, assim como a ênfase na capacidade de autodeterminação dos cidadãos. Em especial o autor destaca a esfera pública como o espaço privilegiado a partir do qual seria possível estabelecer o diálogo entre projetos sociais distintos e gerar acordos visando legitimar a ação política.

De acordo com essas prerrogativas destaca que

[...] a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável (Habermas, 2002, p. 280-281).

Tentando uma apreciação crítica das observações expostas no modelo habermasiano é destacável o esforço que o autor realiza no sentido de construir um modelo de deliberação política eficiente que encurte distâncias entre o Estado e a sociedade civil. Além disso, é evidente o empenho do autor em tentar redimir os políticos profissionais e a atividade política em geral junto aos cidadãos, visando superar o desgaste evidente que as instituições públicas, os partidos políticos e as associações profissionais têm entre as maiorias politicamente desarticuladas da sociedade.

Entretanto, se em termos dos procedimentos o esquema

comunicativo de Jürgen Habermas possui indubitáveis méritos, parece que o autor não leva às últimas consequências os efeitos de um chamamento aos cidadãos a participarem de espaços públicos de discussão, na medida em que os canais comunicativos tendem a cumprir uma função de pressão simbólica envolvendo os mecanismos de decisão do Estado e a formação de uma opinião pública coletiva. Conseqüentemente, mesmo com todos os espaços de diálogo possíveis, o poder de deliberação pública não troca de mãos, corresponde exclusivamente ao poder do Estado.⁸

Precisamente a ausência de uma reflexão mais apurada acerca das consequências dos procedimentos comunicativos sobre a distribuição do poder na sociedade acaba interferindo no modelo político habermasiano e sua frágil caracterização da cidadania. Isso fica evidente na argumentação do citado autor a respeito dos espaços comunicativos sobre os processos de deliberação política:

A teoria do discurso coloca em jogo uma outra ideia: para ela processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei. *Racionalização* significa mais do que simples legitimação, porém menos do que a constituição do poder. O poder disponível administrativamente modifica a sua composição durante o tempo em que fica ligado a uma formação democrática da opinião e da vontade, a qual programa, de certa forma, o exercício do poder político. *Independente disso, somente o sistema político pode “agir”*. Ele constitui um sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente, ao passo que as

⁸ A esse respeito sugiro ver a argumentação de Leonardo Avritzer (2000) em torno da questão da deliberação em Jürgen Habermas, assim como a de Sérgio Costa (1995) sobre a formulação da esfera pública.

estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. *A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo* [grifos meus] (Habermas, 1997, p. 23).

O impasse gerado pelo modelo comunicativo proposto por Jürgen Habermas, nucleado na ausência de uma transição entre os procedimentos democrático-comunicativos e a efetiva gestão do Estado, podem ser solucionados desde a ótica das teorias democrático-participativas que se dedicam a prescrever projetos de cogestão pública envolvendo dirigentes governamentais, das organizações da sociedade civil e cidadãos.

A contribuição da democracia participativa

O surgimento de democracias participativas pode vir a representar um eficiente antídoto para alguns dos principais problemas das democracias convencionais na medida em que esse modelo insere processos políticos anteriormente restritos aos círculos governamental e parlamentar na vida cotidiana dos cidadãos.

A existência de diferentes níveis de reuniões que envolvem moradores das cidades e regiões, o estímulo aos debates sobre o espaço urbano, a participação nas determinações de obras públicas ou até mesmo a escolha, não de parlamentares, mas de vizinhos para fazerem parte de fóruns de gestão, representam não apenas uma mudança em termos da forma da democracia, como também uma verdadeira revolução no que diz respeito à constituição de capital social, entendido enquanto a formação de um conjunto de requisitos cívicos (cidadania, solidariedade, sentido público, coletivismo, etc.)

que permitem o fortalecimento da organização da sociedade.

Esta é uma das grandes diferenças entre o modelo convencional de democracia e o participativo, já que enquanto no primeiro caso a participação restringe-se às urnas, no segundo há permanência de vínculos de relação entre o Estado, os cidadãos e a sociedade civil, o que permite a formação de laços sociais mais amplos do que aqueles gerados, apenas, pelos processos eleitorais.

De um modo geral democracia participativa pode ser considerada como um subtipo de democracia no qual os governantes são eleitos pelo voto direto de todos os cidadãos legalmente constituídos para o exercício do voto, mas, a gestão governamental é compartilhada com os cidadãos por meio de um conjunto de mecanismos através dos quais efetivamente a população interfere nas diretrizes governamentais e sua tradução em termos de políticas públicas.

Entretanto, quando se fala em experiências de democracia participativa uma primeira questão que vem à tona é a legitimidade da afirmação de uma variável tão específica deste regime político, considerando que adjetivar a democracia pode incorrer no deslocamento da compreensão do conceito na direção daqueles elementos que são periféricos ao seu entendimento. Contudo, no caso das recentes experiências de participação dos cidadãos na gestão pública (orçamento participativo, descentralização comunal, conselhos de políticas públicas, mesas de concertação, etc.), a noção de participação associado ao conceito de democracia acaba sendo o elemento-chave que permite compreender: a) que tipo de democracia é essa; b) como ela se desenvolve e c) porque esse modelo se diferencia frente a outras experiências semelhantes.

Para sistematizar essas questões o ponto de partida é identificar alguns aspectos das concepções predominantes nos debates atuais sobre a questão democrática e que são referenciadas nas contribuições especialmente de Giovanni Sartori e Robert Dahl. Partindo da caracterização que estes

autores fazem da democracia, passo a analisar os pontos em comum e as diferenças que estas possuem com o modelo participativo.

Segundo Giovanni Sartori a democracia pode ser considerada exclusivamente enquanto um regime político caracterizado pela delegação de poder dos cidadãos para os governantes, isto é, pelo processo através do qual os cidadãos elegem aqueles que irão representá-los na elaboração e administração das políticas do Estado. Como sublinha o mencionado autor:

En principio la democracia – la democracia liberal – ha de definirse como un sistema político basado sobre el poder popular, en el sentido de que la titularidad del poder pertenece al *demos*, mientras que el ejercicio del poder es confiado a los representantes periódicamente elegidos por el pueblo. Por consiguiente, en términos de ejercicio el poder popular se resuelve en gran medida en el poder electoral. [...] La democracia es un sistema pluripartidista en el que la mayoría expresada por la elecciones gobierna en el respeto a los derechos de las minorías (Sartori, 1994, p. 42).

É interessante, na caracterização anterior, como o autor vê com naturalidade o fato de que mesmo o cidadão sendo o “titular do poder” o mesmo deve manter o seu usufruto restrito à escolha de representantes de partidos políticos nos processos eleitorais periódicos, cabendo aos representantes eleitos traduzir ou apresentar a sua versão da vontade popular.

No caso de Robert Dahl (1989), mesmo chegando a conclusões que também reforçam a delegação de poder, o autor se esforça por apresentar uma definição de democracia mais ampla do que a sugerida por Giovanni Sartori, centrando-se na satisfação de três aspectos: a possibilidade de o cidadão formular suas preferências; a garantia deste manifestar livremente estas preferências e seu direito a receber, por parte do governo, um tratamento equânime, independente das

preferências que escolheu. Esses aspectos se desdobrariam em seis variáveis que representariam as principais condições para que a democracia fosse estabelecida. Estas seriam: liberdade de associação, expressão e de voto; livre competição entre os líderes políticos em busca de apoios e votos; existência de uma diversidade de fontes de informação; eleições livres e imparciais; elegibilidade para a coisa pública; existência de instituições que respeitem e garantam o poder das urnas.

Robert Dahl avança naquilo que Giovanni Sartori havia deixado em suspenso a formulação de uma série de mecanismos que ofereçam condições para que os cidadãos exerçam com plenitude todos os seus direitos políticos, fazendo com que a eleição seja um momento no qual estes possam livremente candidatar-se a cargos públicos ou escolher os seus representantes para os mesmos. Para isso o autor emprega o conceito de poliarquia enquanto um modelo de democracia representativa centrada nos princípios do pluralismo e na existência de um sistema multipartidário competitivo.

Baseadas na seleção de critérios para legitimar uma democracia eleitoral as perspectivas citadas representam um ponto de partida importante para as reflexões atuais sobre as transformações no modelo democrático de gestão pública.

Enquadrando o modelo participativo nos esquemas propostos é perceptível que, sem grandes dificuldades este último atende ao conjunto dos requisitos considerados centrais para a caracterização de uma democracia e através dos quais os cidadãos possuem garantidos seus direitos de elaborar, manifestar e defender as suas convicções. Além disso, nas democracias participativas o Estado também se mantém regulado pelas normas constitucionais que prescrevem os direitos e deveres de todos os cidadãos, assim como existe uma subordinação às normas estabelecidas pela lei.

Contudo, a grande inovação dos modelos participativos quando confrontados com os elementos que caracterizam o modelo hegemônico de democracia está em que, enquanto no

âmbito representativo liberal o processo democrático fica restringido aos procedimentos e às normas do jogo democrático; na perspectiva participativa os procedimentos eleitorais são enriquecidos pela ênfase em três novas dimensões.

A primeira dimensão é a da participação, do envolvimento dos cidadãos com a coisa pública. Rompendo com uma concepção tradicional de administração pública a ideia de que os cidadãos devem ultrapassar a sua condição de eleitores para envolver-se no cotidiano da elaboração, execução e controle das políticas públicas revoluciona a concepção tradicional do Estado enquanto máquina burocrática e retoma a possibilidade de obtenção de legitimidade política através de novos canais de representação popular. A segunda é a da ênfase na deliberação pública, algo que interfere nas formas pelas quais o governo elabora e executa suas políticas, assim como nas características que o Estado deve assumir para adequar-se a este modelo de gestão. Finalmente, a terceira é a valorização dos aspectos qualitativos do processo democrático, incorporando à questão dos procedimentos uma nova ênfase centrada na transparência com a qual esses vêm sendo executados.

Esse debate é bastante recente e vem chamando a atenção de uma série de autores que, ao dedicar-se às análises sobre o desenvolvimento do regime político democrático pós-transições desde o autoritarismo, se deparam com a rápida perda de legitimidade de muitos governos eleitos e sua incapacidade, em vários casos, de implementar programas consistentes de defesa, por exemplo, dos direitos humanos e do desenvolvimento social.

Nesse sentido, a proposição de um modelo democrático participativo no qual os cidadãos deliberam e controlam as políticas públicas conjuntamente com o Estado, significa um aperfeiçoamento do modelo democrático discursivo proposto originalmente por Jürgen Habermas na medida em que os canais comunicativos, representados nos diferentes tipos de

fóruns de participação popular, desembocam num aprimoramento dos processos de deliberação públicos e, conseqüentemente, fortalecem os cimentos de novas bases para a legitimação das ações do Estado.

Para entender melhor esta questão, é possível listar alguns elementos que caracterizam a formação das democracias participativas:

- 1) Existência de uma pré-disposição dos governantes para compartilhar com a sociedade civil os espaços de poder que correspondem à esfera do Estado;
- 2) criação de espaços de comunicação que articulem representantes da esfera estatal e da sociedade civil com o fim de estabelecer um canal de mediação entre os diferentes atores sociais;
- 3) constituição de uma agenda pública de discussões envolvendo a cidadania enquanto um todo ou seus representantes eleitos;
- 4) encaminhamento de deliberações previamente negociadas entre Estado e sociedade civil pelas estruturas estatais ou por mecanismos de cogestão públicos.
- 5) reconhecimento de canais de controle social públicos e transparente

Apesar de existirem diferentes variações de democracias participativas, a expansão desse modelo representa uma das maiores transformações no regime político democrático desde a sua fundação, na medida em que não apenas coloca na ordem do dia a criação de mecanismos de inclusão política eleitoral, como também inova na geração de fórmulas administrativas que ampliam a participação dos cidadãos na gestão pública. O principal ganho com este modelo participativo é a aproximação da democracia da vida cotidiana e sua inserção em novos espaços de convivências entre os cidadãos (o bairro, a escola, o clube, as moradias, etc.) que potencializam a discussão sobre a democratização das relações

sociais e da vida cotidiana.

O surgimento de novas perspectivas de análise da democracia, como enfatiza Guillermo O'Donnell (1999), frequentemente é impulsionado pelas próprias condições de existência desse sistema. Assim sendo cabe sublinhar que o debate proposto é incentivado por uma conjuntura na qual as democracias ocidentais estão sofrendo as consequências do avanço da globalização e sua interferência na governabilidade dos Estados nacionais, assim como o impacto gerado pelo distanciamento entre os cidadãos e os seus governantes: total indiferença em termos eleitorais, desinteresse pela política estatal, pelos partidos políticos, e, principalmente, pela ação dos políticos profissionais (Putnan, Pharr e Dalton, 2000; Torcal, 2001).

Porém, ao mesmo tempo em que se consolida o descrédito com a política tradicional se expandem novas de intervenção política por meio do uso da internet e se estabelecem inovadoras plataformas de mobilização política capazes de levar milhares de cidadãs às ruas. As políticas alternativas no campo da democracia participativa fluem pelos mesmos canais e utilizam tecnologias semelhantes às empregadas pelo mercado internacional de capitais através de infovias mundiais. Em poucos segundos qualquer cidadão que possua um computador conectado à internet e conhecimentos básicos de informática tem acesso a informações privilegiadas sobre os mais diferentes assuntos políticos, como também condições de participar dos mais diversos tipos de articulação através de verdadeiras redes de ações sociais. E a internet tem sido o canal privilegiado de conexão de todas as grandes manifestações antiglobalização que ocorreram nos últimos anos e representa um ágil instrumento de articulação social.

O desgaste do modelo hegemônico de democracia se dá ao mesmo tempo em que ocorre uma novíssima *ressurreição da sociedade civil*. Essa expressão, utilizada originalmente nas análises de Guillermo O'Donnell e Philippe Schmitter (1988)

para descrever a mobilização da sociedade em prol da democracia, foi amplamente empregada para descrever o processo, vivido entre a segunda metade dos anos setenta e a década de oitenta do século XX, a partir do qual a sociedade civil de países governados por ditaduras no sul da Europa e América Latina saiu às ruas para exigir a mudança de regime.

Hoje estaríamos vivendo uma nova fase deste processo, especialmente nos países ocidentais democráticos, na qual a mobilização cidadã não visa uma ruptura com o regime, mas almeja fundamentalmente a defesa do espaço público, a modernização e expansão dos serviços sociais e a moralização da atividade política. Em suma: a democratização da democracia.

Considerações finais

Neste artigo foram expostos vários argumentos visando destacar os problemas do atual modelo hegemônico de democracia e as bases a partir das quais está se expandindo um novo modelo democrático identificado como democracia participativa, uma proposta que ainda se encontra em formação. Com isso o objetivo foi colaborar para a expansão de uma vertente de estudos sobre a questão democrática que além de enfatizar aspectos vinculados ao sistema de eleição de lideranças também analisa a qualidade do processo democrático e a participação cidadã.

Como já foi extensamente apontado a globalização alimenta um momento histórico no qual predomina a polarização:

A globalização não é portanto um processo singular, mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de maneira contraditória ou antagônica. A maioria das pessoas pensa que a globalização está simplesmente ‘retirando’ poder ou influência de comunidades locais e nações para transferi-lo

para a arena global. E realmente esta é uma de suas consequências. Contudo, ela tem também o efeito oposto. A globalização não somente puxa para cima, mas também empurra para baixo, criando novas pressões por autonomia local (Giddens, 2000, p. 23).

E com a globalização surgiram espaços que propiciaram novas formas de organização política identificadas com o surgimento de governos de esquerda em nível nacional, regional e local que apresentaram plataformas políticas comprometidas com a reversão dos efeitos nocivos do projeto neoliberal e a recuperação social dos segmentos mais empobrecidos da região.

Este precisamente é um contexto especial no qual o debate democrático se reveste de um novo conteúdo e é preciso repensar o que a democracia representa, assim como quais são as suas potencialidades, objetivo que inspira o debate em questão.

A democracia participativa não é um projeto uniforme. Algumas experiências são executadas pelas mãos do Estado através de gestões administrativas vinculadas, principalmente, a movimentos com origens diversas que visam uma renovação da esquerda. Outras são frutos exclusivamente da iniciativa da sociedade civil e das transformações geradas pelos movimentos sociais de novo tipo que articulam vontade política com capacitação técnica. Ambas as vias possuem como elo o fato de colocarem o cidadão no centro do processo político de gestão pública, abrindo um espaço considerável para a ampliação das pautas da democracia envolvendo desde novas formas de produção econômica até mudanças no campo das relações interpessoais e da intimidade.

A proposição de um cidadão politicamente ativo envolvido com a gestão política da sociedade, um dos eixos centrais dos projetos democrático-participativos, tem implicações que ultrapassam a esfera das relações institucionais na medida em que fortalece o tecido de

articulação social e coloca em pauta questões que interferem com o modo de vida da coletividade. Uma pequena transformação de comportamento se vista do ponto de vista individual, mas, uma verdadeira revolução se analisada desde o prisma da breve jornada da democracia nos países ocidentais.

REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, São Paulo, n. 50, 2000.
- BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage, 1992.
- _____. *Ecological politics in an age of risk*. Cambridge: Polity Press, 1995
- BEINSTEIN, Jorge. *Capitalismo senil*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1995.
- _____. *¿Que é socialismo?* Barcelona: Plaza & Janés, 1986.
- _____. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. O surgimento do Estado Republicano. *Lua Nova*, São Paulo, n. 62, 2004.
- BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, hegemony, universality*. Londres: Verso, 2000.
- COHEN, Sthepan. *Rethinking the soviet experience*. Nova York: Oxford University Press, 1985.
- COLLIER, David; LEVITSKY, Steve. Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research. *World Politics*, v. 49, n. 3, p. 430-451, 1997.
- COSTA, Sérgio. A democracia e a dinâmica da esfera pública. *Lua Nova*, São Paulo, n. 36, 1995.
- DAHL, Robert. *La poliarquía*. Barcelona: Paidós, 1989.
- ERIKSON, Eric. *Identidade, juventude e crise*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- FORRESTER, Vivianne. *Uma estranha ditadura*. São Paulo: Unesp, 2001.
- GARRETÓN, Manuel Antonio. Democratización y nuevas relaciones Estado- sociedad en América Latina. In: GARRETÓN, Manuel Antonio; GUGLIANO, Alfredo Alejandro (Orgs.). *La democracia en las Américas*. Pelotas: Educat, 2003.
- GASPARD, Michel. Revenus et niveau de vie en Europe centrale et orientale et en ex-URSS. *Le Courrier des Pays de l'Est*. Paris, n. 383, oct. 1993.

- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- . *A transformação da intimidade*. São Paulo: Unesp, 1992.
- GUGLIANO, Alfredo Alejandro. A crise política como solução? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, São Paulo, n. 3, jan.-jun. 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.
- . *Direito e Democracia*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.
- . Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 36, 1995.
- . Cuestiones y contracuestiones. In: BERNSTEIN, Richard (Org.). *Habermas y la modernidad*. Madrid: Cátedra, 1988.
- HELD, David. *Models of democracy*. Stanford: Stanford University Press, 2006.
- ; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- HESPAÑA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.
- HUNTINGTON, Samuel. *La tercera ola*. Barcelona: Paidós, 1994.
- IANNI, Octávio. A sociologia e as questões sociais na perspectiva do século XXI. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos; GUGLIANO, Alfredo Alejandro (Orgs.). *A sociologia para o século XXI*. Pelotas: SBS/Educat, 1999.
- JAY, Martin. *La imaginación dialéctica: una historia de la Escuela de Frankfurt*. Madrid: Taurus, 1974.
- LATINOBARÓMETRO. *Informe de Prensa 2003*. Santiago de Chile: Latinobarómetro, 2003.
- LIVESEY, James. *Making democracy in the French Revolution*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, Karl. *Contribuição para a crítica da economia política*. Lisboa: Estampa, 1977.
- O'DONNELL, Guillermo. Teoria democrática e política comparada. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 577-654, 1999.
- . SCHMITTER, Philippe. *Transiciones desde un gobierno autoritário*. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas. Barcelona: Paidós, 1988.
- OSTROW, Joel. Ed. *Politics in Russia: a reader*. London: Sage, 2013.
- PIAGET, Jean. *Escritos sociológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- PINTOR, Rafael; GRATSCHEW, Maria. *Voter turnout since 1945*. Estocolmo: International IDEA, 2001.

- PUTNAN, Robert; PHARR, Susan; DALTON, Russell. What's Troubling the Trilateral Democracies? In: PUTNAN, Robert; PHARR, Susan (Ed.) *Disaffected democracies*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- RIBEIRO, Renato Janine. Sobre o voto obrigatório. In: BENEVIDES, Maria Victória et al. (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Instituto da Cidadania, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In:———. (Org.). *Democratizar a democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994. 2 v.
- SCHMITTER, Philippe; KARL, Terry L. The conceptual travels of transitologist and consolidogist: how far to the East should they attempt to go? *Slavic Review*, n. 63, p.173-185, 1994.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova York: Harper & Brothers, 1963.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SENNET, Richard. *A corrosão do caráter*. São Paulo: Record, 1999.
- SOTTO, Angel; SCHMIDT, Paula. Ed. *Las fráguas democracias en América Latina*. Santiago: El Mercurio-Aguilar, 2007.
- TILLY, Charles. *Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- . *Coerción, capital y los Estados europeos*. Madri: Alianza, 1992.
- TORCAL, M. La desafección en las nuevas democracias del sur de Europa y Lati-noamérica. *Instituciones y Desarrollo*, p. 8-9, may 2001.
- WEBER, Max. *Estado y sociedad*. México: FCE, 1993.

Um olhar para a decolonialidade e para o “novo” constitucionalismo latino-americano

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger*
Eloise Peter Damázio**

Introdução

A ideia de constitucionalismo como preservação de certas regras jurídicas fundamentais que seriam limitadoras do poder estatal e garantiriam as liberdades individuais aparece no contexto das revoluções liberais burguesas, isto é na passagem do século XVIII para o século XIX. Surgem, nesse cenário, as primeiras constituições modernas (Estados Unidos em 1787 e na França em 1791), materializadas em documentos escritos e aprovadas mediante um procedimento formal e solene.

Trata-se de um momento no qual se solidifica um novo modelo de estado, o estado-nação, que emerge como contraponto ao estado absolutista.

Mesmo sendo um fenômeno histórico, político e localizado geograficamente, o constitucionalismo ocidental se estabeleceu ao longo do tempo sob o manto da universalidade epistêmica.

A universalidade epistêmica diz respeito à pretensão de cientistas e filósofos iluministas, neste caso específico os teóricos constitucionalistas, de se situarem como sujeitos detentores de uma racionalidade universal e assim qualificados

* Doutora em Direito pela UFPR – Universidade Federal do Paraná.

** Doutora em Direito pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina.

a dizer verdades sobre todos os povos do planeta. Ou seja, acreditam que estão acima das relações históricas e políticas, deste modo podem produzir discursos constitucionais verdadeiros que representariam o melhor para toda a humanidade.

Entretanto, com este trabalho pretende-se pensar o constitucionalismo de uma forma diferente. Com o objetivo de ir além desta perspectiva “deslocalizada” do conhecimento, refletir-se-á sobre o discurso constitucional não como um saber oriundo de sujeitos universais que produziriam verdades universais, mas como um discurso que se fortalece a partir de um determinado tempo e lugar.

Neste contexto opta-se por trabalhar a partir da analítica da modernidade/colonialidade. Esta analítica nos permite verificar como a ideia de constitucionalismo se constrói por meio de uma lógica colonialista, exploradora e genocida que, no entanto, justifica-se pelos projetos da modernidade construídos a partir de categorias “universais” como Constituição e Estado. Trata-se de ideias localizadas que são impostas como sendo o melhor para todos, decorre que qualquer tipo de exploração e invasão é explicado como um caminho necessário que levaria a realização plena da humanidade. O constitucionalismo, neste contexto, assume historicamente um caráter moderno/colonial que resulta na subalternização de todo e qualquer saber não enquadrado no modelo pretensamente universal de Constituição.

Uma possível ruptura com esta perspectiva moderno/colonial e subalternizadora do constitucionalismo pode ser observada com o chamado “novo constitucionalismo latino-americano”. Este constitucionalismo surge a partir de sujeitos e saberes tradicionalmente subalternizados pela universalidade epistêmica, apresenta diferentes elementos epistemológicos, políticos e jurídicos que o situam em um patamar diferenciado do constitucionalismo tradicional. Buscar-se-á refletir sobre tais elementos, analisando como estes

podem contribuir para uma descolonialidade do constitucionalismo, procurando enfatizar algumas práticas locais de solução de problemas pelo viés comunitário/local.

1. A analítica da modernidade/colonialidade e a universalidade epistêmica

Muitos pensadores provenientes de diversas áreas refletem sobre a colonização como um grande evento prolongado e de muitas rupturas e não como uma etapa histórica já superada.¹ A colonização não diz respeito apenas a administração colonial direta sobre determinadas áreas do mundo, mas refere-se a uma lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do conhecimento. Nesse sentido fala-se em colonialidade e não apenas de colonialismo.

A palavra colonialidade é empregada para chamar atenção sobre o lado obscuro da modernidade, neste sentido fala-se em modernidade/colonialidade. A retórica da modernidade e suas ideias pretensamente universais (cristianismo, modernidade, estado, democracia, mercado etc.) permitiu a perpetuação da lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização do saberes dos povos colonizados etc.) (MIGNOLO, 2008, p. 293).

¹ Tais teorizações são conhecidas como estudos pós-coloniais e descoloniais, estes últimos no âmbito da América Latina. Muitos dos estudos sobre a descolonialidade se deram no interior do grupo de investigação latino-americano “modernidade/colonialidade/descolonialidade”. Este grupo, como projeto coletivo começou a se estabelecer nos anos de 1990, entretanto seu amadurecimento se deu a partir de vários encontros a partir do ano 2000. Em “*Mundos y conocimientos de otro modo*”, Escobar (2003) faz uma apresentação geral do grupo que no momento era chamado de “modernidade/colonialidade” sem a categoria descolonialidade, que foi inserido apenas a partir de maio de 2003. A história do surgimento e desenvolvimento deste grupo podemos também encontrar em: CASTRO-GÓMEZ; GROSFOGUEL, 2007.

A colonialidade se sustentou e continua a se sustentar, portanto, a partir da construção do imaginário epistêmico da universalidade. Em nome de uma pretensa racionalidade universal foi necessário o tráfico de escravos, a exploração dos indígenas e a expropriação de suas terras. Ou seja, a retórica positiva da modernidade justifica a lógica destrutiva da colonialidade.

Modernidade passou a ser – em relação com o mundo não europeu – sinônimo de salvação e novidade. Do Renascimento até o Iluminismo, a modernidade teve como ponta de lança a teologia cristã, assim como o humanismo secular renascentista (ainda vinculado com a teologia). A retórica de salvação por meio da conversão ao cristianismo se traduziu em uma retórica de salvação por meio da missão civilizadora a partir do século XVII quando a Inglaterra e França substituíram a Espanha na liderança da expansão imperial/colonial ocidental. A retórica da novidade se complementou com a ideia de progresso. Salvação, novidade e progresso tomaram um novo rumo – e adotaram um novo vocabulário – depois da Segunda Guerra Mundial, quando os Estados Unidos substituíram a liderança da Inglaterra e França, deram apoio à luta pela descolonização na África e Ásia e iniciaram um projeto econômico global sob o nome de “desenvolvimento e modernização”. Hoje conhecemos bem quais são as consequências da salvação por meio do desenvolvimento. A nova versão desta retórica, “globalização e livre comércio”, é a que se está em voga atualmente. (MIGNOLO, 2009, p. 43).

Só aparece a modernidade e nas sombras são ocultadas as “coisas más”, as quais se supõem que serão corrigidas com o “avanço da modernidade” e da democracia (exemplo, a política dos Estados Unidos no Iraque) quando se alcance o estágio no qual a justiça e a igualdade se apliquem a todos. Escravidão, exploração, a apropriação da terra, são tratados como exceções e enganos, mas não como a lógica consistente da colonialidade

e sua inevitabilidade para o avanço da modernidade.

Se por um lado a colonialidade é a cara invisível de modernidade é também, por outro lado, a energia que gera a descolonialidade.

A descolonialidade, entretanto, é um processo epistemológico que consiste principalmente em expor a lógica da colonialidade que se estabelece epistemicamente a partir da universalidade epistêmica. Ou seja, se não modificarmos as formas de pensar e fazer não se muda a lógica colonial que permeia a economia, a política ou o direito.

A epistemologia ocidental que permitiu o desenvolvimento da modernidade/colonialidade se sustentou a partir do imaginário da existência de verdades universais e fez isso principalmente ao anular a relação do sujeito com o processo de conhecimento. Castro-Gómez (2005, p. 18) fala no imaginário “ponto zero do conhecimento”.

O ponto zero é o imaginário segundo o qual um observador do mundo social pode-se colocar em uma plataforma neutra de observação, a partir dela pode observar tudo e ao mesmo tempo não pode ser observado de nenhum ponto. Os habitantes do ponto zero, sejam cientistas ou filósofos, estão convencidos de que podem adquirir um ponto de vista sobre o qual não é possível adotar nenhum ponto de vista.

O “ponto zero” é um ponto de vista que se esconde e se oculta, ao fazer isso se coloca como diferente de qualquer outro ponto de vista. Como Deus, o observador observa o mundo de uma plataforma inobservada. Esta visão através do “olhar de deus” esconde sempre a sua perspectiva local e concreta sob um universalismo abstrato.

É uma perspectiva de conhecimento onde o sujeito epistêmico não tem sexualidade, gênero, etnicidade, raça, classe, espiritualidade, língua, nem localização epistêmica, tampouco está envolto em relações de poder. Produz a verdade a partir de um monólogo interior consigo mesmo, sem relação

com o que está fora de si. Quer dizer, é uma perspectiva de conhecimento surda, sem rosto. O sujeito sem rosto flutua pelos céus sem ser determinado por nada nem por ninguém. (GROSFUGUEL, 2007, p. 64).

Os discursos construídos a partir deste imaginário ponto zero do conhecimento mascaram tanto a quem fala, como o lugar de onde fala e a época (tempo) que é falado, além disso, ocultam todas as relações de poder que perpassam a construção discursiva. Deste modo, as verdades que se estabelecem como universais ocultam o fato de ser válidos a partir de uma “perspectiva dada” ou um “*locus* de enunciação”, da experiência geohistórica e biográfica do sujeito do conhecimento. (MIGNOLO, 2007b, p. 41).

Muitos discursos ocidentais (científicos, jurídicos, políticos) são considerados como “universais” e, assim, são impostos para todo planeta, diferentes dos saberes “outros” (indígenas, orientais e africanos) que são tratados como saberes menores, locais, incompletos, míticos, ou seja, inferiores.

As outras formas de ser, de organização da sociedade e de conhecimento, são transformadas “não só em diferentes, mas em carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas. São colocadas num momento anterior do desenvolvimento histórico da humanidade.” Ou seja, “aniquilação ou civilização imposta definem, destarte, os únicos destinos possíveis para os outros”. (LANDER, 2005, p. 34).

No processo de desenvolvimento da “consciência moderna de tempo”, as sociedades “atrasadas” são aquelas que não correspondem as práticas de vida europeias e ocidentais. Assim a invenção primeiro do “bárbaro” e depois do “primitivo” foram os primeiros passos para sua tradução contemporânea como “subdesenvolvidos” e “emergentes”. São situados no “antes” embora coexistam no “agora”. Deste modo, o “outro” aparece como “objeto” fora do Ocidente e da Europa e assim, fora da modernidade. (MIGNOLO, 2010, p. 63-64).

Quijano (2005, p. 254) assinala que com as ideias

mitificadas de progresso e de um estado de natureza na trajetória humana todos os não-europeus puderam ser considerados, de um lado, como pró-europeus e ao mesmo tempo dispostos, em certa sequência histórica e contínua, do primitivo ao civilizado, do irracional ao racional, do tradicional ao moderno, do mágico-mítico ao científico. Em outras palavras, do não-europeu/pré-europeu a algo que com o tempo se europeizará ou modernizará.

Ou seja, o tempo é concebido como uma linha, esta concepção é um elemento fundamental de um projeto civilizatório que sempre avança. Entretanto este tempo é único é controlado pelo Ocidente. Ele é o presente a partir do qual se analisa todas as outras culturas do mundo.

O mito eurocêntrico da modernidade encontra sustentação em um sujeito que é capaz de chegar a uma verdade universal. Isso só é possível porque esse *ego cogito* cartesiano² se constitui justamente ao encobrir-se enquanto sujeito concreto, mascarando sua localização nas relações de poder mundial. (GROSFOGUEL, 2007, p. 63).

Tal arrogância está na base dos projetos de muitos discursos, inclusive os jurídicos, onde a tradição do pensamento jurídico moderno/colonial é representada como superior (paira acima) e é avançada temporalmente em relação a qualquer outra.

No âmbito do direito, esta lógica para Rubio (2010, p. 25), reduz, separa e abstrai o mundo jurídico em distintos planos.

² O *ego cogito* (eu penso) cartesiano tornou-se o fundamento das ciências modernas ocidentais. “Mas, logo em seguida, adverti que, enquanto eu queria assim pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade: *eu penso, logo existo*, era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos céticos não seriam capazes de abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da Filosofia que procurava.” (DESCARTES, 1973, p. 54). *Grifo nosso*.

Primeiro, reduz o direito ao direito estatal, desta maneira ignora outras expressões jurídicas não estatais, isto é, oculta o pluralismo jurídico. Acredita, portanto, que o direito só é norma ou instituição, como consequência, absolutiza-se a lei do Estado e se burocratiza sua estrutura. Além disso, o saber jurídico fica reduzido a pura lógica-analítica e normativa, de maneira que são ignoradas as suas conexões políticas e éticas.

Segundo, separa o âmbito do público e do privado, com as consequências negativas que no âmbito das garantias possuem os direitos humanos sob o predomínio da combinação entre as racionalidades instrumental e mercantil, por um lado, e a patriarcal ou machista, por outro. Separa também o jurídico do político, isto é, separa o direito das relações de poder.

Terceiro, abstrai o mundo jurídico do contexto sociocultural no qual se encontra e que o condiciona. Substitui-se o humano corporal, com necessidades e produtores de realidades, para seres sem atributos, fora da contingência e subordinados a suas próprias produções sócio-históricas, como são o mercado, o estado, o capital e o próprio direito. Abstrai a tais níveis que os juristas acreditam que nossas próprias ideias, categorias, conceitos e teorias são as que geram os fatos. Isto é, pairam acima da realidade, como se estivessem no imaginário ponto zero do conhecimento.

Como uma espécie de “endeusamento platônico” as ideias são confundidas com a realidade. Acredita-se que estas ideias surgem a partir de um *sujeito* não situado, e assim são universais, ou seja, válidas em qualquer lugar do planeta.

Pensar descolonialmente, significa problematizar como estas ideias pretensamente universais e deslocalizadas são produzidas a partir de sujeitos localizados e demonstrar como as relações de poder que condicionam suas construções discursivas. Trata-se de proporcionar uma reflexão sobre o controle epistêmico que possibilitou e continua possibilitando a existência de um sistema de conhecimento que atua reforçando a superioridade de determinados povos e conhecimentos em

detrimento de outros.

No âmbito do direito e do constitucionalismo, como vamos considerar a seguir, significa ir além da ideia de que existiria uma única, verdadeira e universal forma de estado e de constituição, que necessariamente deve ser herdeira do modelo liberal burguês.

2. O iluminismo e suas verdades político-jurídicas universais

A burguesia³ no final do século XVIII era a classe

³ Segundo Trindade (2002, p. 24-25): “‘Burgueses’, inicialmente, era a denominação genérica dos habitantes dos ‘burgos’, pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo dessas rotas, às vezes fortificadas para proteger as caravanas contra os inúmeros bandos de salteadores que proliferavam nas estradas naquele tempo. De modo esperável, à medida em que iam crescendo passaram a aglomerar toda sorte de pessoas ‘livres’ [...] Com o tempo, aos poucos, uma parte desses cidadãos conseguiu acumular algum capital nas práticas do comércio, da usura (apesar da condenação da Igreja aos empréstimos com juros) e da exploração de força de trabalho alheia (ainda em pequena escala), empreitando a produção de artefatos de uso corrente, artigos de luxo para consumo da nobreza ou equipamentos para as guerras intermitentes, vindo a constituir uma pequena elite economicamente independente que, por não se ocupar de trabalhos braçais e ostentar um padrão de vida superior, discernia-se da massa dos habitantes dos burgos e das cidades maiores. Nos séculos XV e XVI, esta classe burguesa *stricto sensu* já era muito ativa e influente na maioria das cidades da Europa ocidental. Empréstava dinheiro a reis, a mercadores, a senhores feudais em dificuldades, fornecia assessores competentes para a administração do Estado monárquico, e estava envolvida em todos os negócios florescentes da época, como bancos, construção naval, abertura de manufaturas e exploração dos “novos mundos” incorporados pelas grandes descobertas marítimas. Nos séculos XVII a XVIII, a burguesia já estava bastante diversificada em vários extratos, desde os mestres artesãos que expandiram suas oficinas contratando muitos empregados e montando manufaturas, até grandes (para a época) industriais e banqueiros, e constituía o que podia ser chamado de

responsável pelo desenvolvimento do comércio interno e externo, porém via-se refreada pelo poder absoluto do rei e da organização social em modelo estamental no seu desejo de ampliar suas relações comerciais. Sendo impedida de participar efetivamente da vida política, a burguesia passou a reivindicar uma sociedade fundamentalmente livre. Desta maneira, passou a defender as ideias que colocavam a lei, a figura do povo e a liberdade acima dos interesses dos reis, da nobreza e da Igreja. (ALMEIDA, 2006, p. 49).

A ideia da primazia das leis – defendida por Montesquieu – em substituição ao direito absoluto e divino do rei e a ideia da liberdade para investir e produzir, visando o enriquecimento não apenas individual, mas da nação – defendida no final do século XVIII por Adam Smith – em detrimento do ideal do mercantilismo monopolista, além da defesa da liberdade de credo, do afastamento da Igreja em relação ao Estado – como colocavam os anti-clericalistas do Iluminismo francês – e da liberdade dos homens e autodeterminação dos povos, seriam os fundamentos do ideário liberal que levaria a burguesia europeia a contestar e a derrubar o *Ancien Régime* que, até então, a impedia de ampliar as possibilidades políticas e econômicas oferecidas pela ordem capitalista. (ALMEIDA, 2006, p. 49).

O empenho em estender os seus domínios para todo o globo, além do caráter comercial, revestiu-se da ideologia iluminista que foi útil aos propósitos coloniais da burguesia em ascensão.

O iluminismo surgiu no século XVIII, fundamentado no ideal das “luzes”, caracterizava-se principalmente pela crença na racionalidade humana e esta era considerada como universal. Como o homem (branco, europeu, ocidental) teria a

uma ‘classe média’ — no sentido de setores intermediários entre a aristocracia e a grande massa do povo.”

faculdade da racionalidade, logo ele poderia conceber racionalmente verdades universais. Exaltava-se o papel da ciência, entendida enquanto metalinguagem universal, capaz de expressar rigor e objetividade.

O século XVIII, o século das “luzes”, estava profundamente imbuído na “convicção no progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza”. O iluminismo derivou sua força primordialmente do evidente progresso da produção, do comércio e da racionalidade econômica e científica. (HOBSBAWM, 1996, p. 28).

O pensador iluminista acreditava na evolução e no progresso. No discurso sobre a história da humanidade os povos colonizados pela Europa apareceram no nível mais baixo da escala de desenvolvimento, enquanto que a economia de mercado, a nova ciência e as instituições político-jurídicas modernas são apresentadas como último estágio da evolução social, cognitiva e moral da humanidade (CASTRO-GÓMES, 2005, p. 42).

Conforme Hobsbawm (1996, p. 41), o pensamento “esclarecido” era dominado por um individualismo secular, racionalista e progressista. Tratava-se de libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam, isto é, do tradicionalismo ignorante da Idade Média, da superstição das igrejas (distintas da religião “racional” ou “natural”) e também da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante.

A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus slogans. No devido tempo se tornaram os slogans da Revolução Francesa. O reinado da liberdade individual não poderia deixar de ter as consequências mais benéficas. Os mais extraordinários resultados podiam ser esperados – podiam de fato já ser

observados como provenientes – de um exercício irrestrito do talento individual num mundo de razão. (HOBSBAWM, 1996, p. 41).

Com o iluminismo, segundo Toulmini (1990, p. 67), aparece a partir de um ponto de vista científico, a pretensão de elaborar um tipo de conhecimento que tenha o homem e a sociedade como objetos de estudo submetidos a exatidão das leis físicas. Já, de um ponto de vista político, a pretensão é criar uma sociedade ordenada a partir do estado.

O estado aparece então como uma criação racional do homem e entregue ao soberano mediante um contrato. A sociedade era formada, desse modo, pela união de homens livres, unidos função de uma livre escolha.

Antes de se dar este pacto, os pensadores iluministas explicavam que os homens viviam em um estado de natureza. Compartilhava-se a ideia de que em um passado, mais ou menos remoto, todos os povos do mundo tinham conhecido uma vida social que por sua geral simplicidade e pela ausência de certas instituições específicas (tais como a propriedade privada da terra, o governo centralizado, as diferenças de classes e as religiões governadas por sacerdotes) contrastava sensivelmente com a ordem social da moderna Europa. Esta primeira fase da evolução era chamada de “estado de natureza”. (HARRIS, 1979, p. 33).

Embora as caracterizações concretas do “estado de natureza” (Hobbes, Locke e Rousseau) divergissem consideravelmente, a explicação sobre o modo como os homens saíram do estado de natureza e chegaram às instituições e aos costumes que existiam na Europa era semelhante. Em geral se aceitava que o grande motor da história e a primeira causa das diferenças de usos e costumes eram as variações na efetividade do raciocínio. Acreditava-se que o homem civilizado tinha saído do estado de natureza literalmente pelo poder de seu pensamento, inventando

constantemente instituições, costumes e técnicas de subsistência cada vez mais inteligentes, mais racionais. (HARRIS, 1979, p. 33).

O alicerce a partir do qual se constrói o estado moderno burguês e iluminista é a ideia de nação. Conforme Magalhães (2008, p. 47), a tarefa de construção do estado moderno dependia da construção de uma identidade nacional. Tratava-se da “imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do estado.”⁴

Segundo Santos (2007, p. 31), o conceito liberal de nação faz referência a coincidência entre nação e estado. A nação seria o conjunto de indivíduos que pertencem aos mesmo espaço geopolítico do estado. Deste modo os estados modernos chamam-se estado-nação, uma nação correspondendo a um estado.

Neste cenário, o constitucionalismo moderno representaria um ato livre dos povos, aos quais se impõe uma regra a partir de um contrato social para viver em paz no interior e um estado-nação. (SANTOS, 2007, p. 33).

Trata-se, porém de uma simplificação brutal da vida, pois as pessoas tem famílias, cultura, falam determinada língua, possuem identidades, vivem em aldeias ou na cidade e repentinamente convertem-se em indivíduos que formam uma nação. Em meio a diversas culturas uma se impõe como hegemônica, como a mais avançada, que é a cultura representada pelo estado-nação. (SANTOS, 2007, p. 34).

Segundo Santos (2007, p. 33) esta simplificação realizada a partir do estado-nação e do constitucionalismo moderno é uma forma de luta da burguesia contra os usos e costumes do Sacro Império Romano, contra as identidades

⁴ A construção do estado-nação algo abstrato consolidou-se primeiro na Europa com Portugal, Espanha, França e Inglaterra em, a partir do momento que aumenta o poder do Rei em relação aos senhores feudais e Igreja.

feudais, pois esta ideia de usos e costumes impedia o desenvolvimento da burguesia ascendente, que esta por trás do constitucionalismo moderno.

Precisa-se criar uma regularidade institucional, que passa pelo governo representativo, pelo primado do direito, da separação de poderes, da liberdade individual. (SANTOS, 2007, p. 34).

A formação do estado moderno e do constitucionalismo que com ele nasce está relacionada, portanto, com a uniformização dos modos de vida e assim com a intolerância religiosa, cultural e também com a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites. (MAGALHÃES, 2008, p. 47),

O estado-nação surge como um fenômeno artificial imposto pela violência e baseado na repressão das tradições locais prévias. A identidade é concebida não como a resolução das diferenças sociais e históricas, mas como um produto de uma unidade primordial. (RESTREPO, 2009, p. 310).

Conforme Restrepo (2009, p. 310) o estado-nação consolida a imagem particular e hegemônica da sociedade moderna, a imagem da vitória da burguesia que adquire assim um caráter universal.

O estado-nação é construído como uma verdade político-jurídica universal. Um modelo universal de cultura que é ocidental e que estabelece um exterior e interior da verdade política e jurídica. Obriga a ocultação da diferença e a submissão da humanidade aos significados e conceitos rígidos impostos a partir de um *locus de enunciação* local que se pretende universal.

Por meio da redução da multiplicidade a força do “um”, a nação converte-se em veículo colonial. A soberania nacional permite reduzir as diferenças de um mundo múltiplo. Isto implica que o mesmo modelo de humanidade está estabelecido no interior das dimensões do estado-nação. É um modelo para o mundo colonizado, pois ali deve residir o verdadeiro valor da humanidade cultural, social, econômica e política.

3. O constitucionalismo moderno/colonial

O ideário constitucionalista liberal burguês surge a partir do momento que se consolida o estado-nação. Este ideário é pautado na ideologia iluminista e, assim, na invenção de verdades político-jurídicas pretensamente universais, resultado da crença na racionalidade do homem (homem, neste sentido, é branco e ocidental) capaz de chegar à verdade não só em relação natureza, mas também com relação à sociedade.

Conforme Bonavides (2004, p. 37), o termo constituição ingressou na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra. No entanto, encobria ela, em profundidades invisíveis, desde o início, a ideia de sua legitimidade, que eram os valores do pensamento liberal iluminista.

Para o pensamento iluminista, liberal e burguês, a verdadeira, legítima constituição era a jurídica, as demais formas de constituição deveriam ser combatidas. A verdadeira constituição deveria observar a liberdade individual e o estabelecimento de limites para os poderes do Estado. Se não tivesse essas características liberais logo não se poderia falar em constituição. O art. 16 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” da Revolução Francesa dizia “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”. (BONAVIDES, 2004, p. 38-39).

Evidentemente, a burguesia não prolatou tais valores como seus. Ao contrário, conferiu-lhes um caráter universal. Apresentou a separação de poderes e os direitos individuais como imposições oriundas da própria razão humana e, por conseguinte, pertinentes ao gênero humano como um todo. Deste modo, os pensadores liberais lograram êxito em conferir um caráter abstrato e genérico aos princípios e direitos que constituíam precipuamente o interesse da classe que representavam. (BONAVIDES, 2004, p. 37).

Segundo Médici (2010, p. 100), a ideia de constituição no constitucionalismo liberal, baseava-se na crença da possibilidade de uma racionalidade normativa das instituições. O individualismo supõe por um lado os direitos inerentes aos seres humanos e ao mesmo tempo propõe que estes são os átomos que movem a física social e que ao perseguir seus interesses geram ordem e bens públicos. A arquitetura institucional da divisão dos poderes do “sistema de freios e contrapesos” expressa a crença racionalista na analogia entre física e mecânica da época e a estruturação da ordem e do sistema social possível e desejável.

O estudo da constituição era entendido, portanto, como algo neutro, apolítico, ahistórico. Tratava-se de um direito constitucional que aspirava dar ao estado-nação as bases permanentes de sua organização segundo as correntes do pensamento jurídico iluminista, tomado então como definitivo, absoluto, eterno, imutável.

O constitucionalismo foi utilizado pelos liberais burgueses para formalização de seus valores ideológicos, políticos, doutrinários e filosóficos, ou seja, para a defesa dos seus interesses concretos. Entretanto, vestiu-se de uma aura de universalidade, como todo conhecimento europeu pretensamente se autodesignava.

Sem dúvida, abaixo da filosofia do século XVIII, o interesse da burguesia revela-se facilmente, pois ela deveria tirar as maiores vantagens do novo regime. Mas ela acreditava sinceramente trabalhar pelo bem da humanidade. E mais: estava persuadida de preparar a chegada de uma nova era da justiça e do direito. (LEFEBVRE, 1989, p. 71)

Por conseguinte, universalizaram-se os valores da burguesia reinante com a cristalização da exigência de que as constituições contemplassem o princípio da separação dos poderes e estabelecessem os direitos individuais.

O discurso constitucional liberal burguês foi importado para a América Latina, que apenas seguiu os mesmos parâmetros de divisão das funções do estado, de nacionalidade, por exemplo. Este modelo de constituição significou no melhor dos casos igualdade jurídica formal e com isso invisibilizou as desigualdades fáticas de classe, etnia, gênero e culturas. O monismo jurídico e cultural das constituições liberais ignorou a pluralidade e as diferenças. (MÉDICI, 2010, p. 101).

A influência do discurso da civilização (tomando como base a sociedade europeia) contra a barbárie, processo que levaria ao progresso social, implicou narrativas que se encontram no constitucionalismo liberal do século XIX. (MÉDICI, 2010, p. 101).

Ou seja, por trás dos discursos dos benefícios da civilização, e neste caso do constitucionalismo, ocultou-se o genocídio das comunidades originárias e no melhor dos casos sua subordinação aos modelos e instituições universalistas europeias, justificadas como necessárias para o que se chamou como progresso e desenvolvimento da humanidade.

Observa-se, assim, o caráter moderno/colonial do constitucionalismo, este se constrói a partir de uma retórica moderna de civilização e progresso, porém encobre a lógica colonial de sujeição e exploração.

Mesmo diante das mudanças do constitucionalismo surgidas a partir do século XX,⁵ em geral se deixou de lado as críticas relativas às relações coloniais e a universalidade epistêmica. Neste cenário, não se questionou o monismo, o estado-nação, o sujeito de conhecimento do constitucionalismo, tampouco foi debatida sua fundamentação contratualista

⁵ O constitucionalismo do Estado de direito e da sociedade liberal passou a partir do século XX, a abrir espaço para o constitucionalismo político e social. Mantém-se o núcleo liberal de direitos individuais e ampliasse os direitos sociais relativos ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência, e os direitos econômicos. Marcos desta modificação foram a Constituição do México de 1917 e da Alemanha de 1919.

baseada na racionalidade dos seres humanos a partir do modelo racional ocidental.

A imagem simbólica que o direito e o constitucionalismo contemporâneo continuam a propor é a de uma pirâmide jurídica, no topo e de forma hierárquica localiza-se a constituição. Este simbolismo é amplamente difundido e utilizado como recurso pedagógico no ensino do direito para explicar as características do sistema jurídico, entendido este como um sistema hierárquico, logicamente coerente e fechado, assim como a função da constituição como fundamento de validade das normas inferiores. (MÉDICI, 2010, p. 96).

A constituição estabeleceria, deste modo, a si mesma e seria válida conforme sua própria sistematicidade, fora da realidade. A validade da normatividade jurídica não estaria assentada na legitimidade das pessoas, do povo, mas em sua particularidade autônoma e apolítica. (RESTREPO, 2009, p. 109).

Da mesma forma que o sujeito do conhecimento estaria separado da realidade histórica e política, suas ideias e instituições também. Este modelo (a constituição como algo que paira acima da realidade) reflete os ideários racionalistas e a universalidade epistêmica, porém não é mais que uma abstração fictícia que oculta a modernidade/colonialidade. O “universal” é definido pelo homem branco e ocidental em um processo colonial de inferiorização dos demais povos e saberes.

4. O novo constitucionalismo latino-americano e a descolonialidade/decolonialidade

A descolonialidade no âmbito do constitucionalismo implica problematizar a construção epistemológica que permitiu que a constituição nos moldes liberais burgueses se estabelecesse como válida universalmente, subalternizando qualquer outra forma de organização social. Trata-se, sobretudo, de uma busca por ressignificar a ideia de constituição mesmo sendo consciente que esta foi, em suas

raízes liberais burguesas, uma retórica moderna para encobrir a lógica colonial.

De acordo com a analítica da modernidade/colonialidade a constituição como um universal não é nada mais que um discurso, particular, localizado que se impõe a partir de um imaginário ponto zero do conhecimento que tem com função primordial subalternizar a diferença. A constituição não seria a origem do poder ou a base que estabelece o direito, mas sim o resultado de um momento histórico e de determinadas relações de poder.

Neste cenário problematizador da lógica colonial podemos destacar alguns elementos do “novo constitucionalismo latino-americano” que visivelmente abrem as portas para uma descolonialidade constitucional.

Destacamos principalmente os processos constituintes na Bolívia (2006-2009) e no Equador (2007-2008) que surgem a partir dos processos de mobilização social e da instalação de novos governos apoiados nas maiorias populares, com grande participação das comunidades originárias e camponesas. Busca-se principalmente adequar a constituição jurídica formal as complexidade destas culturas e sociedades. (MÉDICI, 2010, p. 98).

De acordo com Rubio (2010b, p. 24), este novo constitucionalismo incorpora em suas cartas magnas os direitos de caráter coletivo relacionados com os povos indígenas e/ou grupos afrodescendentes, como, por exemplo, o direito a terra, a autodeterminação e autonomia, direitos culturais, educação, idioma, usos e costumes, por exemplo. Trata-se de direitos sistematicamente negados ao longo de uma trágica história de resistência, exploração, genocídio e barbárie. Além disso, são incorporados os direitos ambientais que protegem a biodiversidade e o meio-ambiente, conforme estes são entendidos pelas culturas milenárias. Neste sentido, a Constituição equatoriana considera a natureza como sujeito de direitos e como tal deve ser tratada e cuidada.

A constituição da mesma forma que a ideia de estado não é considerada como uma verdade universal que paira acima das relações humanas. A constituição provém do povo (povo não como algo fixo e inerte). Neste sentido o estudo do direito constitucional não é algo fechado, limitado, mas complexo.

Segundo Médici (2010, p. 121), mais que estar no topo de uma pirâmide, a constituição é horizontal, constitui o centro de sentidos no qual se sobrepõe os saberes e práticas de uma pluralidade de culturas. As soluções que propõe para reconhecer e coordenar tais direitos plurais impregnam cada uma das práticas constitucionais.

Este constitucionalismo latino-americano se distingue do constitucionalismo moderno/colonial por vários elementos potencialmente descoloniais. Destacamos aqui cinco deles.

Primeiro, surge a partir de lugares tradicionalmente subalternizados, ou seja, considerados inferiores a partir da lógica colonial do conhecimento. Lugares de não-pensamento (lugares de mitos, de religiões não-ocidentais, de folclore, sem educação formal, de subdesenvolvimento) que hoje estão despertando do processo de colonialidade e demonstrando a existência de diferentes formas de compreender o mundo. Ou seja, estas novas constituições não visam apenas favorecer e incluir as diferentes culturas, mas surgem a partir destas próprias culturas historicamente consideradas como incapazes de produzir conhecimento.

Segundo, o discurso constitucional não é algo considerado como privilégio dos constitucionalistas formados em universidades, mas das pessoas, dos povos, da mobilização indígena, por exemplo. Fratura-se, deste modo, com o discurso constitucional que historicamente disfarça sua lógica colonial pelo discurso moderno da neutralidade, objetividade e cientificidade. Questiona-se, portanto, a exigência colonial epistêmica de que os saberes para se constituírem como verdadeiros e válidos, devem partir de um imaginário ponto

zero do conhecimento, seja este o estado, a academia ou outros.

Terceiro, o novo constitucionalismo latino-americano não pretende ser algo construído separado do tempo e do espaço, das relações políticas e históricas. Pelo contrário, reflete principalmente das diversas culturas andinas e não aspira ser um modelo único para todos os povos do planeta. Os objetivos modernos de encontrar fórmulas para definir e “salvar” a humanidade como um todo é substituído pela pluriversalidade epistêmica, diferentes sujeitos de conhecimento, diferentes locais de enunciações, diferentes propostas que surgem muitas vezes a partir da ressignificação de uso contra hegemônico de conceitos universalistas moderno/coloniais como estado, democracia, direitos humanos, entre outros.

Quarto, diferente do constitucionalismo tradicional que tem como núcleo o estado-nação e a uniformidade de todas as culturas a partir de uma cultura pretensamente mais avançada, o novo constitucionalismo latino-americano pretende refundar o estado por meio da construção de estados plurinacionais. O estado plurinacional, segundo Garcés (2009, p. 176) é um “estado de consorciação onde as coletividades políticas opinam, expressam seu acordo e tomam decisões sobre as questões centrais do estado.” A ideia de que o estado tem soberania única e absoluta sobre seu território é desfeita e, deste modo, possibilita-se o exercício do autogoverno (para dentro) e do co-governo (em relação ao estado central e com as outras entidades territoriais). (GARCÉS, 2009, p. 176).

Quinto, o novo constitucionalismo latino-americano incorpora diversas epistemologias tradicionalmente silenciadas e marginalizadas pela modernidade/colonialidade. Para estas outras formas de conhecer os projetos modernos de civilização, progresso e desenvolvimento não fazem muito sentido, busca-se ao contrário a vida em harmonia, o *sumak kawsay* (quechua) e o *suma qamaña* (aymara).

Sumak kawsay e *suma qamaña* são expressões estão

presentes tanto na Constituição do Equador como na Constituição da Bolívia⁶. O princípio fundamental do *sumak kawsay* e *suma qamaña* diferente da lógica capitalista (marcada pela ideologia da depredação, consumo e competição), resulta numa visão holista e relaciona de interação entre sociedade e natureza como marco necessário para a harmonia da *pacha*.⁷

O *suma qamaña*, segundo explica o intelectual aymara, Simón Yampara (2010), é um modo de existência que está em harmonia e equilíbrio com todos outros elementos da *pacha*, uma vida em comunidade e harmonia com todos os outros seres. Procura-se o consenso entre as oposições complementares, um ponto de inter-relação entre duas forças ou energias no sentido de estabelecer o ponto de encontro ou centro (*taypi*) entre dois elementos, forças, poderes, ou posições complementares.

O novo constitucionalismo latino-americano, desta forma, representa uma perspectiva descolonial, que vai além do constitucionalismo tradicional, mostrando que é possível fraturar os modelos universalistas da

⁶ A Constituição Equatoriana de 2008 diz que “*se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantiza la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay*”. A Constituição Boliviana de 2009 recolhe uma pluralidade de termos linguísticos do país e diz que “*el estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)*”.

⁷ Para Fernández-Osco (2009, p.13), em todos os âmbitos da vida andina, aymara e quechua, fala-se da *pacha*, que em termos muito simples trata-se do tempo e espaço no qual todos acham-se inseridos. Aymarará é o nome do povo cuja língua também se chama aymarará, sua maior concentração fica na Bolívia, no Peru, no norte do Chile e na Argentina. A denominação quechua refere-se aos povos que falam o quéchua, os quais vivem principalmente na região andina (Equador, Peru e Bolívia). O idioma é falado hoje por cerca de 10 milhões de pessoas, sendo o idioma “nativo” mais falado na América do Sul.

modernidade/colonialidade. Surge a partir dos sujeitos tradicionalmente subalternizados, problematiza o imaginário do ponto zero do conhecimento e assim a universalidade epistêmica, pauta-se na ideia de estado plurinacional e assim questiona o âmago da subalternização de culturas. Principalmente, abre espaço para diferentes epistemologias silenciadas, demonstrando a existência de distintas formas de organização social, econômica, política e jurídica baseadas em diferentes formas de se compreender o mundo.

Entretanto, tais elementos descoloniais presentes neste novo constitucionalismo latino-americano não significam uma mudança imediata e total do imaginário moderno/colonial para um modelo de estado e constituição descolonial. Evidenciam, sobretudo, rupturas cruciais que podem propiciar o início de um processo descolonizador, localizado e pluriversal que provavelmente se estenderá ao longo deste século para todos os âmbitos do pensamento político e jurídico.

Considerações finais

Com este trabalho buscamos inicialmente demonstrar como o atual constitucionalismo, de origem iluminista, liberal e burguesa, possui uma face moderna (com as promessas de progresso e civilização) que oculta um sistema de colonialidade (com opressão, exploração, genocídios).

A lógica colonial foi construída, principalmente a partir de um aparato de conhecimento que permite o estabelecimento da ideia de universalidade epistêmica, ou seja, parte do pressuposto que existiriam sujeitos capazes de chegar a verdades universais, válidas para toda a humanidade. Tais sujeitos historicamente podem ser localizados como os que se autoproclamam “brancos” e “ocidentais”, eles possuíram uma capacidade racional avançada e superior em relação às demais culturas. Esta relação de conhecimento imposta globalmente permitiu a construção da modernidade/colonialidade.

Neste cenário, o constitucionalismo não representou apenas inculcar a constituição nos moldes liberais, mas se buscou inculcar colonialmente todo um aparato epistêmico localizado como se fosse universal e assim válido para todos os povos do planeta. Deste modo pode-se falar em um constitucionalismo moderno/colonial.

Portanto, para se realizar um processo de ruptura da lógica colonial é imprescindível que se questione a universalidade epistêmica.

Para o pensamento descolonial não há verdade absoluta, universal, uma “verdade sem parêntesis”⁸, mas todas as verdades devem estar entre parêntesis, ou seja são válidas em determinado contexto, determinado mundo explanativo. Desta maneira abre-se a perspectiva de se construir mundos abertos e plurais, mais dialógicos e compreensivos, sem a pretensão de que exista alguém que habite o lugar supremo capaz de determinar o que é verdadeiro e universal. Isto é pluriuniversalidade e não universalidade epistêmica.

No âmbito do constitucionalismo podemos verificar elementos deste processo descolonial no chamado “novo constitucionalismo latino-americano”. Sobretudo verifica-se

⁸ Utilizo aqui a pertinente distinção entre “verdade sem parêntesis” e “verdade entre parêntesis” de Humberto Maturana. Maturana também desenvolve a ideia de “variadas objetividades” e de “multiverso” em vez de “universo” (isto é, a ideia hegemônica de universalidade passa a ser no pensamento de Maturana, um componente a mais de um mundo multi-versal). Maturana fala de objetividade entre parêntesis e sem parêntesis. O observador que habita a objetividade-entre-parênteses, dá-se conta que habita em um multi-verso. Isto é, que habita em variados e diferentes (igualmente legítimos) mundos explanativos. Cada desacordo explicativo é um convite para uma responsável reflexão de coexistência (conflitiva e dialógica) e não em uma irresponsável negação da outra explicação. Já o observador que habita a objetividade-sem-parênteses acredita que todos aqueles que não estão de acordo com o que ele sente ou pensa, não tem razão de ser ou está errado. Isto é, coloca-se em uma posição de juiz supremo e acusa às opiniões diferentes. (MATURANA, 1997)

um questionamento dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colonial e uma ressignificação deste a partir de sujeitos e saberes tradicionalmente subalternizados.

Trata-se de um processo descolonial do constitucionalismo que pode representar uma mudança de época com diferentes forças atuantes a partir de diferentes formas de pensamento que não almejam se estabelecer como universais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ivete Batista da Silva, Liberalismo e neoliberalismo: fases da construção da sociedade e da economia capitalista atual no ocidente e no oriente. **Olhares & Trilhas**, Uberlândia, Ano VII, n. 7, p. 47-56, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero**. Ciencia, Raza e Ilustración en la Nueva Granada (1750-1816). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

_____; GROSFUGUEL, Ramón. Prólogo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. *In*: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre-Iesco-Pensar, 2007, p. 9-23.

FERNÁNDEZ-OSCO, Marcelo. **El Ayllu y la reconstitución del pensamiento aymara**, 2009, 247 f. Tese (Doctor of Philosophy in the Department of Romance Studies) Graduate School of Duke University, Durham, 2009.

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. *In*: VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos indígenas**. Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009, p. 167-192.

GROSFUGUEL, Ramón. Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno decolonial desde Aimé Césaire hasta los zapatistas. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón (eds.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre-Iesco-Pensar, 2007.

HARRIS, Marvin. **El desarrollo de la teoría antropológica**. Madri: Siglo Veintiuno Editores, 1979.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções – 1789/1848**. 9. ed., São Paulo, Paz e Terra, 1996.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: _____. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas Latino-Americanas. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 21-53.

LEFEBVRE, Georges **1789 – O Surgimento da Revolução Francesa**. São Paulo, Paz e Terra, 1989, p. 71.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Identidades e identificações: da possibilidade de construção de uma ética universal. In: **Veredas do Direito**, v. 5, n. 9/10, jan./dez. 2008.

MATURANA, Humberto. **La objetividad, un argumento para obligar**. Santiago de Chile: Dolmen, 1997.

MÉDICI, Alejandro. Teoría constitucional y giro decolonial, **Otros Logos**. Revista de estudios críticos. CEAPEDI. Año 1, n. 1, p. 94-124, 2010.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção decolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

_____. **Desobediencia epistémica**. Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad, y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

_____. **La colonialidad: la cara oculta de la modernidad**. Catalog of museum exhibit: Modernologies. Museo de Arte Moderno de Barcelona, dez. 2009. Disponível em: <http://www.macba.es/PDFs/walter_mignolo_modernologies_cas.pdf> Acesso em: 1 set. 2010.

_____. **La idea de América Latina**. La herida colonial y la opción decolonial. Barcelona: Gedisa, 2007b.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber:**

eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-Americanas. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 227-277.

RESTREPO, Ricardo Sanín. La democracia em tu cara, **Revista Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, v. 10, n. 1, jan./abr. 2009.

RUBIO, David Sánchez. Confrontar la simplificación del mundo jurídico. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre. Ano 5, n. 28, p. 25, 2010.

_____. Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos, **Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas**, San Luis Potosí, n. 1, p. 9-31, jul./dez. 2010b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La reinención del Estado y el Estado plurinacional. **Revista OSAL** (CLACSO), Buenos Aires, ano VIII, n. 22, 2007.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.

TOULMIN, Stephen. **Cosmopolis**. The Hidden Agenda of Modernity. Chicago: Chicago University Press, 1990.

YAMPARA, Simon. O bem-viver como perspectiva ecobiótica e cosmogônica. **IHU on line**, Revista do Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, ano 10, n. 340, p. 19-22, 23 ago. 2010.

Neoconservadorismo e direitos previdenciários: a (des)constituição dos direitos sociais previdenciários nas duas últimas décadas

José Ricardo Caetano Costa*

I – À guisa de introdução

Pretendemos, neste trabalho, analisar o pensamento neoconservador, ou neoliberal, como pretendem alguns, buscando demonstrar as raízes e pretensões deste movimento hoje ainda hegemônico entre nós.

Para tanto, analisaremos brevemente o pensamento de três expoentes deste movimento: Von Mises, Milton Friedman e F. Hayek.

Neste sentido, pretendemos demonstrar esse movimento afetou os direitos sociais, especialmente de feição previdenciária, a partir da década de 1990, do século que findou.

Se é verdade que a Constituição Federal de 1988, fruto de uma efervescência político-cultural após os longos vinte anos de ditadura militar, caminhou na construção de um Estado Democrático de Direito, com indiscutível avanço no campo dos direitos sociais, também é verdade que, tão logo promulgada, houve um contra-movimento buscando o desfazimento destes direitos.

Esse processo, ainda em curso, buscou, através de

* Professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande, FURG.

sucessivas Emendas Constitucionais e por meio de inúmeras leis infraconstitucionais, arrefecer os direitos não somente postos no Texto Constitucional mas assegurados a partir de um processo histórico determinado.

É neste sentido que buscamos investigar a desconstituição dos direitos sociais previdenciários e suas consequências para os trabalhadores participantes do RGPS, bem como para os servidores públicos em geral, diante dos ditames expostos pela EC nº 20/03.

Por se tratar de um processo ainda em curso, cuja hegemonia ainda é autoritariamente imperante, as conclusões a que chegaremos podem não se efetivar. O objetivo, porém, é outro: oferecer elementos para uma reflexão que subsidie o debate em torno das políticas sociais, especialmente as de feição previdenciária, diante da certeza de que não há nenhum movimento que perdure para sempre.

II – Neoconservadorismo e direitos sociais

Ao longo destas últimas duas décadas vimos nos dedicando ao estudo do neoliberalismo e seus legados aos direitos sociais previdenciários no Brasil. Publicamos um primeiro estudo em 2001, fruto de nossa dissertação de mestrado em desenvolvimento social, e outro estudo, mais detalhado, fruto de tese de doutoramento em Serviço Social na PURS.¹

Resgatando este legado, apontamos a origem deste movimento a partir da reunião ocorrida em 1947, na estação de *Mont Pèlerin*, na Suíça. Nesta reunião, que contou com pequena participação dos simpatizantes da novel concepção que se apresentava, estavam presentes aqueles que seriam seus

¹ Cujas publicações resultaram nas seguintes obras: **Previdência e Neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001 e **Os Direitos sociais no Cenário Neoliberal**. Curitiba, Juruá, 2010.

expoentes maiores: Hayek, Friedman e Von Mises.

Este movimento, que passou a ser hegemônico a partir de 1970 (HOBSBAWM, 1995), chegando vinte anos mais tarde nos países denominados “terceiro mundistas”, ou “em desenvolvimento”, preconizou, como maior bandeira, o encolhimento do Estado no que respeita à sua participação nas políticas sociais. Ele representa, em resumo rápido, “uma *reação* contra as novas concepções e propostas que abriram caminho para o planejamento econômico, o Keynesianismo e as políticas de bem-estar social, e, por outro lado, a afirmação explícita do *retorno* às idéias e ideais que nortearam a grande expansão industrial do século XIX.” (FERRARO, 1997, p. 41)

Fazendo uma breve incursão no neoconservadorismo², especialmente na figura de seus três maiores precursores: Ludwig Von Mises, Milton Friedman e Friedrich August Von Hayek³, veremos o quanto eles abominam a idéia de o Estado intervir nas políticas sociais de seguridade e assistência, eis que o mercado⁴, em uma economia totalmente livre, regularia todas

² Expressão aqui utilizada como sinônimo de neoliberalismo, eis que entendemos ser mais apropriada aquela nomenclatura do que a esta, tradicionalmente utilizada. Isso porque não se trata de um pós-liberalismo, seja porque, em sua raiz, encontramos seu embate com os liberais da época, seja porque ele traz em seu bojo um retorno ao passado, preconizando, quase que profeticamente, um retorno ao liberalismo do *laissez-faire*. Não tem, em última análise, nada de novo, não fazendo jus ao prefixo que lhe fora atribuído.

³ Convém lembrar que Von Mises foi o principal expoente da “Escola Austríaca de Economia”, enquanto Friedman e Hayek foram agraciados com o Prêmio Nobel de Economia.

⁴ Conferir, neste sentido, a construção de Pierre Rosanvallon, onde este autor busca as raízes históricas do liberalismo econômico e a história da idéia de mercado, afirmando que “a consequência essencial de tal concepção reside no fato de que traduz uma recusa global do político. Não é mais a política, o direito e o conflito que devem governar a sociedade, mas sim o mercado.” (ROSANVALLON, Pierre. **O Liberalismo Econômico: história da idéia de mercado**. 2002, p. 10).

as questões pendentes.⁵

A concepção de mundo trazida pelos neoconservadores, por sua vez, é bem distinta daquela defendida pelos liberais. Segundo seu entendimento, o colapso do Estado do Bem-Estar Social deve-se ao excesso de intervenção do Estado, bancando políticas públicas com dispêndio significativo do erário público⁶. Profetizam que o capitalismo não está em crise, sendo esta a falta de capitalismo, e não seu excesso.

O principal articulador desse movimento, hoje não só hegemônico como autoritariamente imposto, enquanto

⁵ O mercado passa a ser o novo deus, para quem devem ser direcionadas as preces. E não se pode confundi-lo com a mão-invisível de Smith, eis que este economista aceitava a intervenção do Estado para corrigir abusos ou para a manutenção das “instituições públicas e dos serviços públicos necessários para a defesa da sociedade e para a administração da justiça” (SMITH, 1989, p. 333). Esta idéia de mercado livre, portanto, está intrinsecamente conectada com a idéia de neoliberalismo, de modo que “escuchamos a importantes filósofos del derecho, explicar que la democracia es parienta del mercado libre, como si las leyes del mercado fueram ‘democráticas’” (CORREAS, 1996, p. 8).

⁶ Neste sentido é que Hirschman afirma que a principal tese esposada pelos neoliberais consiste na máxima que “o Welfare State põe as liberdades individuais e o governo democrático em perigo” (1992, p. 94), de modo que, para Hayek, por exemplo, a interferência do Estado no “mercado” seria fulminante para a destruição da democracia. Segundo aponta Noam Chomsky, “o termo neoliberalismo sugere um sistema de princípios que, ao mesmo tempo que é novo, baseia-se em ideias liberais clássicas: Adão Smith é o seu reverenciado santo padroeiro. Esse sistema doutrinário é também conhecido como Consenso de Washington, expressão que sugere algo a respeito da ordem global. (...) Essas doutrinas não são novas, e seus pressupostos básicos estão muito distantes daqueles que animaram a tradição liberal desde o Iluminismo.” (CHOMSKY, 2002, p. 21). Como percebe o prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, dificilmente os países que adotam a postura neoliberal questionam “o uso de recursos públicos para finalidades nas quais os benefícios sociais não são nada claros, como, por exemplo, os vultosos gastos com o poderia bélico em inúmeros países pobres nos dias de hoje” (SEN, 2000, p. 172).

pensamento único, foi Ludwig Von Mises (1881-1973),⁷ que se opusera-se ferrenhamente ao Estado do Bem-Estar Social, como denominou, culpando-o da Crise de 29, devido ao fato deste Estado intervir na economia e atender as demandas sociais. Segundo ele, os Sindicatos são os responsáveis pelo desemprego e pela alta dos salários, devendo haver liberdade para os empresários e capitalistas contratarem, sendo que o mercado, mais uma vez, regulará a economia de forma quase que natural.

Ao contrário de Marchall, este autor acredita que as desigualdades não só são naturais como devem ser incentivadas, sendo a pobreza uma opção e não uma condição social. Ou seja, “quem puder e quiser trabalhar não será um miserável”.⁸ Mas como ficaria o problema dos inválidos e dos não-adaptados, para utilizarmos uma expressão em voga? Von Mises tem a resposta:

“O problema dos incapacitados é um problema específico da civilização humana e da sociedade. Animais mais aleijados morrem logo; de fome ou nas garras dos adversários de sua espécie. O homem selvagem não se apiedava dos inválidos; muitas tribos praticavam o extermínio, aos quais os nazistas recorreram no nosso tempo. A própria existência de um número relativamente maior de inválidos é, por mais paradoxal que pareça, um traço característico da civilização e do bem-estar material.”⁹

⁷ Este autor, que costumeiramente passa despercebido, é um dos principais expoentes do neoconservadorismo, merecendo ser melhor estudado. Suas principais obras foram: *Ação Humana: um tratado de economia*; *A Mentalidade Anticapitalista*, *Uma Crítica ao Intervencionismo* e *As Seis Lições*. Von Mises influenciou, sobremaneira, o pensamento de Friedman e Hayek.

⁸ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: um tratado de economia**. 1995, p. 841.

⁹ Idem, *Ibidem*, **loc. cit.**

Por mais estereotipada que seja, esta análise de Von Mises merece uma crítica reflexão. Ela engendra algumas das idéias hoje apregoadas pelos defensores do livre mercado e do Estado Mínimo¹⁰, particularmente no que respeita à questão da livre concorrência e adaptabilidade, ou seja, somente os mais aptos sobrevivem¹¹, cabendo aos demais, inelutavelmente, o mesmo destino: o fracasso, a derrota, o desânimo de não ter vencido.¹² Para ele, o Estado não deve, em hipótese alguma, patrocinar nenhuma política social, eis que a caridade torna os pobres dependentes e sem nenhuma vontade de trabalharem. Segundo o economista austríaco

¹⁰ Muito embora, contraditória e paradoxalmente, este Estado Mínimo tenha que se maximizar, eis que somente um Estado forte poderá implantar estas políticas, ou, como quer GIDDENS, “um Estado mínimo tem de ser um Estado forte, a fim de fazer cumprir as leis das quais depende a competição, proteger contra os inimigos externos e fomentar sentimentos de nacionalismo que sejam integradores” (GIDDENS, 1996, p. 47).

¹¹ Como percebe Alceu Ferraro (1999) esta teoria da sobrevivência dos mais aptos, em aplicando-se esta análise aos fatos sociais, não é de Darwin, mas sim de Herbert Spencer. “Como o que vingou”, explica o autor, “foi o termo darwinismo social e não spenciarismo social, parece haver uma tendência a inverter a relação entre Darwin e Spencer neste particular” (FERRARO, 1999, p. 23).

¹² Percebe-se, em nossos dias quando o desemprego estrutural deixa milhares de trabalhadores sem a mínima possibilidade de recolocarem-se no mercado de trabalho, este sentimento de culpa alojar-se enquanto explicativo de uma dada realidade conjuntural. Em outras palavras, o capitalismo, em seu estágio neocolonialista, retira de si qualquer responsabilidade pela falta de postos de trabalhos – inclusive pela extinção de inúmeros deles, face à mecanização e informatização do processo produtivo – incrustando este sentimento de culpa nos “fracassados”. Estes, por sua vez, passam a reciclarem-se cada vez mais, sendo criados, para tanto, inúmeros programas de qualidade total e programas similares. Se não conseguirem emprego, é por sua única responsabilidade. O que não dizem, como observa Robert Castel (1998), é que o desemprego passa a atingir, de forma avassaladora, aqueles trabalhadores até então bem remunerados, que exerciam postos intermediários de trabalho, tendo em vista o processo de informatização que suprime suas atividades.

“quanto mais o capitalismo progride e a riqueza aumenta, mais suficientes se tornam os recursos empregados na caridade. Por um lado, as pessoas estão mais dispostas a fazer doações, à medida que seu próprio bem-estar aumenta. Por outro lado, o número de necessitados diminui concomitantemente”. (Idem, p. 842/843).

Parece que a tese de Von Mises não foi verificada na trajetória histórica do capitalismo, tendo em vista que este não conseguiu resolver suas contradições internas, à exemplo da miserabilidade, da pobreza e da exploração de parcela significativa de seus cidadãos.

Milton Friedman¹³, por seu turno, apregoou o chamado “capitalismo competitivo”, onde teríamos a “organização da maior parte da atividade econômica por meio da empresa privada operando num mercado livre.”¹⁴ Condenou, com veemência, o sistema público de seguros sociais, caracterizando estes como assistencialista e responsável pelo aumento do déficit público. Segundo Friedman, “cada pessoa deveria ser solicitada a pagar sua própria anuidade; deveria ser permitido aos indivíduos comprar uma anuidade de firmas privadas”¹⁵. Isto porque o imprevidente, segundo o monetarista da Escola de Chicago, não é somente um problema social para si, mas também para a sociedade que arca, em última análise, com essas quotas do seguro. Logo, “obrigá-lo a comprar uma

¹³ Deste autor, destacaram-se duas importantes obras: *Capitalismo e Liberdade e Liberdade de Escolher: o novo liberalismo econômico*, sendo esta última escrita juntamente com sua esposa, Rose Friedman. Sabe-se que Milton Friedman assessorou de perto o ditador Augusto Pinochet, implantando no Chile da década de 80 a primeira experiência neoconservadora de que se tem notícia. O Chile, diga-se de passagem, seguiu à risca os ensinamentos de Friedman, vindo o Estado a desfazer-se de suas empresas estatais, privatizando seu sistema previdenciário etc. Os resultados desta política todos nós já conhecemos.

¹⁴ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. 1988, p. 13.

¹⁵ FRIEDMAN, Milton. *Ibidem*, p. 164.

anuidade fica justificado não pelo seu próprio bem, mas pelo bem de todos nós”.¹⁶

A mensagem de Friedman não nos é estranha, sendo este o argumento utilizado pelo governo brasileiro quando da Reforma da Previdência, chegando, inclusive, a forçar Emenda Constitucional neste sentido¹⁷, privatizando, de forma indireta, o sistema previdenciário oficial.¹⁸ A concepção esposada por Friedman é forçosamente individualista, não existindo nenhum elo de solidariedade entre os cidadãos. Pode-se constatar esta assertiva quando este economista analisa a questão previdenciária nos EUA¹⁹, cujas passagens colhemos a seguir:

“A desativação progressiva da Previdência Social eliminaria seu atual efeito de desencorajar a criação de empregos e, assim, significaria maior renda nacional corrente. Elevaria a poupança pessoal e conduziria a taxa mais alta de formação de capital e a um crescimento mais rápido da renda. Estimularia o desenvolvimento e expansão de planos de pensões privados e reforçaria a segurança de numerosos trabalhadores. (...) O que nove em dez trabalhadores estão fazendo é pagar contribuições para financiar pagamentos a pessoas que não trabalham. O trabalhador individual não está

¹⁶ FRIEDMAN, Milton. *Ibidem*, p. 168.

¹⁷ Emenda Constitucional nº 13, de 21 de agosto de 1996. Segundo esta EC, que alterou o artigo 192 da Constituição Federal de 1988, ficou autorizado o funcionamento de estabelecimentos de seguro, resseguro, bem como de previdência e capitalização, podendo estes atuarem em nosso mercado financeiro, capitalizando as contribuições dos segurados.

¹⁸ Assim o fez porque deixou de efetivar, na prática, a Previdência Social Complementar Oficial, obrigando, quem desejar aposentar-se acima do teto dos dez salários-de-contribuição, pouco menos que dez salários mínimos, a pagar o complemento via seguradora privada. Ao que tudo indica, os neoconservadores brasileiros aprenderam bem a lição de Milton Friedman.

¹⁹ O plano privatista esboçado por Friedman preconiza que a “máquina administrativa da Previdência Social fosse imediatamente desmontada”, para utilizar suas próprias palavras, parece estar sendo seguido à risca pelos iniciados neoconservadores brasileiros.

‘obtendo’ proteção para si mesmo e sua família no sentido em que uma pessoa que contribui para um sistema de seguro privado”.²⁰

Percebe-se, pela leitura das citações acima colacionadas, que Friedman instiga o descontentamento dos cidadãos/segurados para com o sistema público, ressaltando seus pontos negativos, instigando o conjunto da sociedade a uma concepção extremamente ideológica: a de que o público não funciona, ao contrário do sistema privado, eficaz e seguro.²¹

Nota-se, ainda, que este economista faz uma confusão intencional entre seguro e seguridade social. Isto porque, como é sabido e notório, a seguridade abrange o seguro propriamente dito, ou seja, os benefícios fruto das contribuições dos segurados, a saúde e a assistência social. Esta última, que prescinde do elemento “contribuição”, não pode ser abarcada dentro da primeira, muito embora as três formam o que se denomina seguridade social. Por isso, quando Friedman aduz que alguns trabalhadores contribuem, enquanto outros não trabalham e gozam dos mesmos benefícios, induz o leitor menos apercebido a um grasso erro, quiçá, a nosso ver, intencional e ideológico.²²

²⁰ FRIEDMAN, Milton & Rose. **Liberdade de Escolher – o novo liberalismo econômico**. 1980, p. 130.

²¹ A falência das Cajas no Chile e Paraguai, somente para citar dois países latino-americanos que adotaram o modelo previdenciário privatista, à base da capitalização individual, dão conta da insegurança que os trabalhadores-poupadores possuem. No caso específico do Chile, o governo assegura, em caso de falência ou insolvência das administradoras destes fundos, um salário mínimo legal para cada participante, frustrando a expectativa daqueles que contribuíram, arduamente, sobre uma faixa salarial maior.

²² Prova desta mensagem ideológica é notória quando Friedman prega a privatização do sistema previdenciário como forma de aumentar a poupança individual, resolvendo o problema do desemprego, eis que esta poupança

Para completar a tríade dos pensadores neoconservadores que nos fornecem um arcabouço teórico das principais idéias defendidas por este movimento, enfocaremos, sucintamente, o pensamento de Friedrich Augusto Von Hayek. Este economista, também recebedor do Prêmio Nobel de Economia, escreveu um “panfleto político de ocasião”, como ele próprio o denominou, cujo nome é altamente sugestivo: “O Caminho da Servidão”.

Neste panfleto, Hayek preconiza o retorno ao liberalismo clássico, uma vez que o socialismo, o coletivismo e o Welfare State são considerados como experiências utópicas. Por isso o título do seu panfleto político, eis que a humanidade, com estas experiências de sociedade, estava trilhando o caminho da servidão, devendo, a partir de então, buscar outros caminhos, representados pelo livre mercado (auto-regulador), Estado não-intervencionista etc.

III – Afetação dos direitos previdenciários no reinado neoliberal

Pretendemos, neste item, fazer uma breve relação entre os principais benefícios prestacionais previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), com o processo neoliberalizante e desintegrador destes direitos. Por isso que buscaremos, dentro do RGPS, exemplos que nos auxiliem a entender a conexão, já enunciada, existente entre direitos sociais previdenciários e as matizes políticas-ideológicas vigentes em cada período histórico.

Desse modo, assim como deixamos de analisar os benefícios relativos aos Regimes Próprios de Previdência Social (RGPP), em virtude do enfoque que queremos evidenciar, elencamos alguns marcos legislativos para

privada estimulária a economia e a expansão dos planos de pensões privados (Idem, ibidem, p. 130).

delimitar este estudo: começamos este marco com a Lei Orgânica da Previdência Social, de 1960, passamos para a Consolidação das Leis da Previdência Social em 1984, para, depois, analisarmos as décadas de 90, do século passado, até os nossos dias.

Reconhecemos da limitação destes referenciais, pois é inquestionável que a vida dos direitos previdenciários começa bem antes da unificação dos benefícios e das contribuições pela LOPS de 1960. Aliás, antes da Lei Eloy Chaves já tínhamos legislações que protegiam algumas categorias profissionais no Brasil²³. De outro modo, tanto nas CAP's como nos IAP's teremos uma diversidade de benefícios e auxílios, tendo em vista a autonomia de cada Instituto. Julgamos, para os fins colimados neste estudo, que o marco referencial trazido pela LOPS de 1960, após treze anos de discussão legislativa, seria suficiente para dar o enfoque inicial. De outro modo, desprezamos intencionalmente a CLPS de 1976 não a julgar por sua relevância, mas sim porque a CLPS de 1984 já foi fruto do vasto período de autoritarismo militar/estatal. Fixamos, por fim, a década de 90 como paradigmática, uma vez imperante o modelo neoliberal hegemônico, imposto pelo FMI e Banco Mundial, com reflexos significativos nos direitos sociais previdenciários.²⁴

²³ Para maiores detalhes ver BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade Social e Trabalho**. 2006, p. 11/12.

²⁴ “Esta política neoliberal, especialmente nos dois governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), adotou todas as medidas propostas pelo chamado Consenso de Washington, isto é, um programa macroeconômico de estabilização e reforma das economias dos países periféricos, chancelado pelos principais organismos financeiros internacionais. Esse programa neoliberal, entre suas primeiras medidas, propõe uma reestruturação radical dos sistemas previdenciários, que devem deixar de ser públicos – ou seja, obrigação do Estado – para se tornarem mais um campo de atuação do mercado, sobretudo por intermédio dos chamados fundos de pensão.” (Cf. TEIXEIRA, Andréia de Paula. In: REZENDE, Ilma e CAVALCANTI,

Em um primeiro e genérico olhar, parece que podemos afirmar que a maioria dos benefícios, bem como dos auxílios, instituídos pela Lei Orgânica da Previdência Social, de 1960, foram mantidos pela CLPS de 1984. Tendência esta que confirma a tese de Elaine Behring²⁵ de que o regime militar concedeu ou manteve vários dos direitos sociais como uma forma de amenizar o autoritarismo que perpassava a sociedade brasileira.

A partir de 1990, já sob a influência das políticas neoliberais, os direitos previdenciários passam a serem vistos somente no aspecto fiscal, o que vale dizer, em outras palavras, que seus titulares ou são “marajás” (nas palavras de Fernando Collor de Melo) ou “vagabundos” (no vernáculo de outro Fernando, o Cardoso) ou como “privilegiados”, na versão dada pelo operário Luis Inácio Lula da Silva.

Foi, com efeito, no final da década de 90 que tivemos a primeira denominada “Reforma da Previdência Social”, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98. Embora saibamos das conseqüências trazidas por esta EC, entendemos que as alterações no sistema previdenciário ocorreram sete anos antes, com a promulgação da Lei de Benefício da Previdência Social (Lei n. 8.213/91).

Esta lei alterou, dentre outros benefícios, drasticamente o benefício da aposentadoria por idade, notadamente no que respeita ao prazo carencial deste benefício. Isso porque, em seu artigo 142, foi estabelecido um aumento gradual no prazo carencial deste benefício, que era de cinco anos até 1992, aumentando seis meses por ano a partir de 1993, culminando em 15 anos, a partir de 2011.

A alteração desta sistemática, via lei ordinária,

Ludmila Fontenele. **Serviço Social e Políticas Sociais**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006, p. 56.)

²⁵ BEHRING, Elaine Rossetti. **Política Social no Capitalismo Tardio**. 2. ed. São Paulo : Cortez, 2002.

atingindo um dos principais benefícios de prestação continuada de nosso sistema, não seria tão nociva não fosse a falta de divulgação e informação que não acompanhou a referida mudança: os segurados e seguradas, acostumados como lapso carencial dos sessenta meses passaram a se deparar, sem nenhuma possibilidade de planejamento prévio, com um aumento gradativo deste prazo de forma absolutamente abrupta.

De outro modo, foi com a publicação da EC n. 20/98 que ocorreram as maiores alterações nos benefícios previdenciários. A começar pela própria Aposentadoria por Idade, quando o INSS tentou, sem êxito, dar uma nova interpretação nos requisitos de concessão da aposentadoria por idade, de modo que ficasse condicionada, além do requisito etário dos 65 anos (homem) e 60 anos (mulher), os 35 e 30 anos, para homens e mulheres, respectivamente, como condição concomitante a este importante benefício de prestação continuada²⁶.

Na aposentadoria ordinária por tempo de serviço, portanto, é que a EC n. 20/98 foi mais incisiva, sepultando este benefício de nosso sistema previdenciário. Este, passou a ter uma sobrevida somente nas regras de transição.

Agregado a esta mudança, que altera o paradigma do tempo de serviço para o tempo de contribuição²⁷, a Lei n. 9876/99, introduziu com o denominado Fator Previdenciário um misto de sistema privado de cálculo atuarial com previdência pública. Segundo este critério, passam a ser

²⁶ Embora a redação da EC n. 20/98 desse margem à dúvida, pois separou em ponto e vírgulas os requisitos da idade e o tempo de contribuição dos segurados, esta interpretação restou válida somente para os segurados que pretendem se aposentar por tempo de serviço/contribuição utilizando-se das regras de transição da EC n. 20/98, ou seja, com um mínimo de 53 anos para o homem e de 48 anos para a mulher.

²⁷ Cf. nosso trabalho **A Reforma da Previdência Social e Outros Estudos**. Pelotas : EDUCAT, 1999.

considerados os 80% dos maiores salários-de-contribuição dos segurados a contar de julho de 1994 até a data do requerimento da aposentadoria. O critério, quiçá louvado somente no sentido de aumentar o Período Básico de Cálculo (PBC), evitando, destarte, mazelas nos últimos anos de contribuições dos segurados, passa a ser questionado desde a data em que passam a valer as contribuições dentro do PBC, ou seja, julho de 1994. Cabe lembrar que o Plano Real, que estabilizou a moeda, contando a inflação, mas, por outro lado, manteve os salários sem nenhum aumento real, data de março de 1994. O que vale dizer, em outras palavras, que é justamente a partir daquele anos que a grande massa dos trabalhadores, notadamente os partícipes de grandes conglomerados sindicais, passaram a ter os seus salários defasados e com um reajuste anual pífio.

De outro modo, além desse aspecto, como veremos no decorrer deste trabalho, insta frisar que serão justamente os segurados e seguradas mais pobres que sofreram diretamente as diretrizes desta medida. Afirmamos isso porque são eles quem ingressam no mercado de trabalho ainda jovens ou adolescentes. Sem falarmos no fato, constatado em diversas pesquisas, de milhares de crianças que engrossam as fileiras do mercado informal, sem CTPS assinada e os direitos trabalhistas reconhecidos.

No que respeita à aposentadoria especial, por ser uma espécie de aposentadoria por tempo de serviço com um lapso de tempo reduzido, em virtude do exercício de labores nocivos, passou constar, a partir de 1990, do rol de benefícios de prestação continuada considerados privilégios. Com efeito, se não foi conseguido o término deste benefício, as regras introduzidas via legislação ordinária e os entraves burocráticos da via administrativa, quando dos pedidos de consideração do tempo especial, tornaram este benefício uma espécie rara.

Com efeito, em se tratando de direitos sociais previdenciários torna-se imperativo a análise além da legislação que rege os benefícios, se queiramos fazer uma

abordagem crítico-dialética, como a que nos propomos. Veja-se, nesse sentido, os exemplos trazidos pelo Auxílio-doença e o da Aposentadoria por Invalidez. Analisando-os no decorrer dos últimos vinte e cinco anos, não vislumbramos nenhuma alteração significativa nestes dois importantes benefícios de prestação continuada. Desde a LOPS de 1960 até os nossos dias, o Auxílio-doença dá cobertura aos segurados do sistema quando da incapacidade temporária para o exercício de seus labores perdurar por mais de quinze dias (eis que até o décimo quinto dia o encargo é do empregador). No caso da Aposentadoria por Invalidez, exige-se a incapacidade permanente e total para o exercício de qualquer labor, sendo geralmente precedido do auxílio-doença. O que abrandou, a favor dos segurados, é o lapso de carência, especialmente para benefícios de origem acidentária ou similar.

Nunca, por outro lado, estes benefícios foram tão requeridos, de um lado, e tão complexa a sua concessão, de outro lado. As exigências impostas pelo INSS, por meio de Portarias e de Instruções Normativas, são de tanta diversidade e mutabilidade que a concessão destes benefícios se tornam emblemáticos: notadamente por problemas no sistema pericial, a começar pela absoluta falta de profissionais para realizarem esse mister, culminando com a carência de especialistas em áreas específicas, tais como a psiquiatria e a oftalmologia, somente para citarmos dois exemplos mais comuns.

Esse desconforto, causado pelos meandros trazidos quando dos requerimentos dos segurados, chegou ao ponto de se tratar a questão como caso de polícia, com propostas de instalação de portas magnéticas nas entradas das agências, as mesmas utilizadas nos Bancos, para detectar a presença de armas junto aos segurados, além da regularização do porte de arma dos peritos médicos. Embora estas propostas ainda não estejam implantadas, são propostas reais e em andamento, demonstrando, sem dúvidas, de que forma são tratadas estas questões nos dias atuais.

Percebe-se, por outro lado, que estes problemas no encaminhamento do auxílio-doença, especialmente, irão agravar-se se não houver um tratamento do problema enquanto política pública. A mudança na triagem e concessão (ou indeferimento) dos mesmos deverá passar não somente por uma alteração estrutural no sistema pericial, mas pela mentalidade dos próprios servidores que labutam com as políticas previdenciárias.

Constata-se que, a partir da década de 90, do século passado, existem orientações veladas, mas eficientes, emitidas pelos executivos da área previdenciária, ordenando cortes significativos nos benefícios por incapacidade temporária. Isso implica, *a priori*, numa política nefasta desde a apreciação dos pedidos na via administrativa, frustrando, de início, qualquer possibilidade de os segurados obterem uma resposta satisfatória de seus pedidos²⁸.

Em relação aos auxílios e pecúlios, a análise da legislação é bastante elucidadora, para os fins propostos neste trabalho. Todos os pecúlios e grande parcela dos auxílios constantes em nosso sistema previdenciário foram fulminados na década de 90, alguns via legislação ordinária, outros inclusive por decretos, cuja validade jurídica tornou-se duvidosa mas o tempo sedimentou como válido).

A começar pelo Auxílio-acidente, um benefício de prestação continuada pouco conhecido, por absoluta falta de divulgação por parte da Previdência Social, não encontramos

²⁸ Acreditamos que os Assistentes Sociais são parte importante na construção de uma nova perspectiva, mais humanizada. Vimos nos debruçando, nos últimos anos, sobre a mudança de paradigma na perícia médica, tanto judicial como administrativa, introduzida pelo que denomina-se de PERÍCIA BIOPSISSOCIAL. Esta, a partir dos aportes trazidos pela CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE FUNCIONALIDADE, INCAPACIDADE E SAÚDE (CIF), de 2001 e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, homologado pela ONU, em 13.12.06.

nenhuma regulamentação deste benefício de prestação continuada na LOPS de 1960. Aliás, este benefício, que cabe ao segurado quando da consolidação das lesões sofridas em virtude de acidente do trabalho, surgiu no Capítulo III da CLPS de 1984. Este capítulo diz respeito as Prestações, assegurando duas espécies de auxílios concedidos aos segurados após a alta do benefício do auxílio-doença acidentário: em um percentual de 40%, no caso da impossibilidade do retorno aos labores primevos ou de 20%, em caso de perda anatômica ou da redução da capacidade laboral cujo esforço se torne maior, embora não incapacite o trabalhador para a mesma função.

Se, por um lado, a Lei n. 9.032/91 aponta um percentual único de 50% do salário de benefício do auxílio-doença acidentário que cessou, ou do salário-dia do acidente, conforme for mais benéfico ao segurado, com a EC n. 20/98²⁹ este benefício passou a constar no rol dos benefícios de possível gestão pelo setor privado, tais como bancos e instituições similares.

De outro modo, os auxílios natalidade e funeral, ambos inscritos na LOPS de 1960, foram extintos em 1995, através de Decreto-Lei. Sem adentrarmos no mérito da via eleita para tal extinção, insta observarmos que os atingidos pelas extinções dos dois auxílios foram justamente os segurados mais pobres, que utilizavam os referidos, seja quando do nascimento de sua prole (no caso do auxílio-natalidade), seja quando do óbito do segurado (no caso do auxílio-funeral, quando a pessoa que pagou os encargos do funeral poderia reaver o valor

²⁹ Esta nova disposição, trazida pela EC n. 20/98, deu nova redação ao artigo 201, parágrafo 10, da CF/88, possibilitando que lei ordinária regulamente o atendimento deste benefício por parte do setor privado, financiado pelas empresas que deverão ter um plano de cobertura mínima para o empregado. O custo deste financiamento, como sabemos, será repassado para os consumidores e para os próprios trabalhadores, como historicamente vem sendo feito no Brasil (conf., nesse sentido, MALLOY, 1986).

dispendido, até o limite de dois salários mínimos).

No caso dos Pecúlios, suas extinções ocorreram no ano de 1994 e em 1995. Os Pecúlios representavam o pagamento de uma parcela única, paga aos segurados que se incapacitassem para o trabalho antes de terem completado o lapso carencial, aos segurados que fossem aposentados por idade ou por tempo de serviço, dentro do RGPS, que voltassem a exercer atividade remunerada e a contribuir, novamente, para o sistema ou na hipótese de invalidez ou morte do segurado decorrente de sinistro laboral. Os dois primeiros Pecúlios foram extintos pela Lei n. 9.129 de 21.11.95 e o último pela Lei n. 8.870, de 15.4.94.

A análise, por sua vez, do benefício do Auxílio-reclusão demonstra que, a partir da década de 90, o acesso aos benefícios de prestação continuada se tornam, por vezes, inacessíveis por grande parte dos segurados e dependentes que buscam reconhecidos os seus direitos.

Constando desde a LOPS de 1960, o Auxílio-reclusão tem por escopo a proteção da família do preso, e não dele propriamente dito. Não é por acaso que lhes são aplicadas as mesmas regras da Pensão por Morte. A EC n. 20/98, por seu turno, em seu artigo 13, alterou significativamente o critério da renda para a concessão deste benefício. Segundo este dispositivo, “até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)...”. A questão que esta nova redação passou a suscitar foi a seguinte: a renda bruta mensal instituída pelo artigo em comento é de quem? O que vale dizer, amiúde, é relativa ao segurado, que se encontra preso ou é a renda de seus dependentes que deve ser considerada? A Autarquia Previdenciária – INSS – passou a entender que a renda bruta era a do segurado que fora preso. Este entendimento torna praticamente inacessível a concessão do Auxílio-reclusão aos

seus familiares, que pioram drasticamente o seu padrão de vida em virtude da prisão do segurado. Por outro lado, a jurisprudência de primeiro e de segundo graus vem entendendo, majoritariamente, entendendo que a renda a que se refere o artigo supra é a do dependente, independentemente do quantum o segurado que fora preso contribuía para o sistema³⁰.

A análise do Abono de Permanência em Serviço, na perspectiva apontada, torna-se singular. Criado desde a LOPS de 1960 como uma forma de manter os segurados que já tinham completado o tempo para gozarem suas aposentadorias por tempo de serviço em atividade, foi concedido um percentual de 25% do salário-de-benefício justamente para que não utilizassem o benefício a que já faziam jus. O limite de idade, de 55 anos para ambos os sexos caíra na CLPS de 1984, sendo introduzida duas modalidades de abono, uma de 20% no caso das aposentadorias por tempo de serviço proporcionais e aos 25% no caso das integrais.

Na Lei de Benefícios da Previdência Social, publicada em 25/07/91, continuou vigorando em percentual único, de 25%, valendo somente para os segurados que completassem o tempo de serviço para a fruição das aposentadorias integrais (35 anos e 30 anos de labor para homens e mulheres, respectivamente).

A Lei n. 8.870, de 15.04.94, por sua vez, revogou totalmente o Abono de Permanência em Serviço, frustrando toda a lógica nascida com a LOPS de 1960, qual seja, a de manter em atividade todos aqueles segurados que assim desejassem. Parece, por outro lado, que esse desiderato é

³⁰ Veja-se, por exemplo, julgado lavrado pelo TRF da 4. Região, cuja síntese rápida reside na ideia de que é a renda dos dependentes do segurado recluso, e não a sua própria renda, que deve nortear o critério econômico previsto legalmente. Isso porque a finalidade do auxílio-reclusão é justamente é o atendimento dos familiares do preso. (TRF 4. Região, 6. Turma. Ag. Instrumento n. 2001.04.01.009317-9/RS, Rel. Des. Federal Eduardo Thompson Flores Lenz, sessão de 27.11.01).

interessante também ao sistema previdenciário como um todo, pois estará postergando o ingresso de novos benefícios mediante a concessão dos abonos.

A idéia norteadora do abono é bastante interessante, sendo uma espécie de premiação aos segurados que, mesmo tendo satisfeito as condições objetivas para consumir o ato da aposentação, preferem continuar laborando e, com isso, contribuindo para o sistema.

Esta medida, de premiação ao invés de punição³¹, como geralmente vem sendo tratado os direitos sociais previdenciários, tem sido adotada hodiernamente por inúmeros países, a exemplo da Suécia. Neste, os segurados passam a incorporar em seus benefícios futuros um percentual a cada ano de contribuição, a contar do tempo necessário em que os requisitos são preenchidos.

O equívoco da retirada do auxílio do Abono, que interessava as duas partes da relação (segurados e sistema previdenciário), foi, em parte, restabelecido com o retorno do Abono de Permanência em Serviço para os servidores públicos, constante na Emenda Constitucional n. 47/05. O retorno do Abono é parcial, porque serve somente para retirar do servidor o ônus do pagamento da contribuição dos inativos (imposta pela EC n. 41/03), não servindo, destarte, como incentivo ao referido servidor. Além disso, não é aplicado aos segurados do RGPS, pois estes, por ora, ainda não foram taxados com este novo imposto.

³¹ Nas últimas décadas a ideia que norteia o sistema previdenciário é de penalização e punição: se o segurado se aposenta precocemente, em termos de idade, embora tenha preenchido os requisitos legais, ele perde no valor de seu benefício; se ele se aposenta depois, não ganha absolutamente nenhum acréscimo no referido.

IV – Fundos de previdência complementar dos servidores públicos: nova investida neoliberal

Como vimos até este tópico, o sistema previdenciário afeto ao regime geral de previdência social (RGPS) foi significativamente transformado a partir da promulgação Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Passado cinco anos, serão os servidores públicos, em todos os níveis, os afetados pelas medidas neoliberais, em virtude da promulgação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

Esta EC nº 41/03, dá nova redação ao artigo 40, da Constituição Federal de 1988, abrindo a possibilidade da privatização do sistema previdenciário de todos os servidores, por meio da instituição de entidades fechadas de Previdência Complementar que passará a gerir as arrecadações vertidas para esse novo sistema.

A Lei nº 12.618, de 2012, instituiu o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos, criando três entidades de Previdência Complementar: a) **Funpresp-Exe** – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo, para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo; b) **Funpresp-Leg** – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo, para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União e para os membros deste Tribunal; e c) **Funpresp-Jud** – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário, para os servidores públicos titulares de cargo efetivo e para os membros do Poder Judiciário.

Todos os servidores públicos, portanto, que ingressarem no serviço público após o dia 04 de fevereiro de 2003 não receberão mais seus proventos de inatividade de forma paritária, em se considerando os valores pagos aos servidores em atividade.

A partir desta data, é adotado o teto máximo utilizado para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), atualmente no valor de R\$ 4.159,00. Os servidores terão uma alíquota de 11% até esse valor, tendo que aderir, se quiserem ter qualquer perspectiva de aumento de proventos futuramente, aos novos Fundos de Previdência Complementar, leia-se, privados, instituídos pela Lei nº 12.618/12.

Não há dúvida alguma quanto ao caráter privatista destes fundos, controlados pelo Conselho Monetário Nacional e administrados, no mais das vezes, por conhecidas instituições financeiras privadas, atuantes no mercado de capitais.

Os servidores, por sua vez, poderão “escolher” uma contribuição entre os percentuais de 7,5%, 8% ou no máximo de 8,5%, sendo que os Entes Públicos, denominados patrocinadores, darão em contrapartida igual parcela. O curioso é que se o servidor quiser aumentar mais estes patamares contributivos, os Entes Públicos não aportaram absolutamente nenhum valor a mais. O limite, para estes, é de 8,5%.

A história brasileira e latino-americana sobre os fundos privados de pensões e suas entidades administradoras não é nada alentador. Isso sem cogitarmos nas oscilações dos mercados financeiros nos países periféricos, agravados pelas crises do capital e dos reflexos advindos diante da globalização do mundo atual.³² Interessante observarmos que em nenhum momento a Lei 12.618/12 compromete os Entes Públicos patrocinadores a assumir o pagamento dos valores aportados,

³² Na América Latina sobejam exemplos, a começar pelo então destacado “modelo chileno” que veio a falir justamente quando passaria a devolver as contribuições aportadas em forma de benefícios aos seus participantes, assim como a falência de inúmeras instituições gestoras de fundos previdenciários na Argentina, obrigando, em 2008, o governo desse país a renacionalizar novamente os fundos de pensões e aposentadorias. No Brasil, a falência de vários montepios e bancos particulares, que gestionavam também aportes contributivos dos trabalhadores, conduzem a uma desconfiança no sistema de previdência privada.

diante de eventual falência ou desestabilização do sistema. A herança das perdas recai, mais uma vez, sobre os servidores-contribuintes.

O fato de a adesão a estas Entidades de Previdência Complementar estarem sendo pífios, vez que contestados devido às frágeis bases com que se sustentam, demonstram um processo interessante de resistência por parte dos servidores públicos em geral. As investidas por parte de vários Entes Públicos, às vezes maldosas (vinculando a perda de direitos em caso de não adesão aos planos), por vezes assediosas (pelo teor das mensagens insistentes postadas), são provas de que a efetivação do sistema de previdência complementar, privatista e individualista, poderá não ser alcançada. Prova, sem dúvida, a grande resistência ao modelo neoliberal e neoconservador assumido pelos últimos governos em nosso País.

Como forma de incentivo aos novos planos, o Governo Federal aportou, inicialmente, uma grande soma de valores para o funcionamento dos referidos: 50 milhões de reais ao FUNPRESP-EXE, mais 20 milhões de reais aos outros dois, o FUNPRESP-JUD e o FUNPRESP-LEG. Nem isso, porém, garantirá a efetivação destes planos, mormente quando dependem essencialmente do crédito (moral e financeiro) dos servidores que a eles aderirem.

V – À guisa de conclusão

Vislumbramos, especialmente nas duas últimas décadas, uma verdadeira desconstitucionalização dos direitos sociais previdenciários consagrados na Carta Magna de 1988. A questão posta como desafio, a nosso ver, não é somente como resgatar os “direitos perdidos”, mas, além disso, manter os direitos ainda permanentes. Resulta, daí, a necessidade da instiruição de uma agenda nacional de lutas mínima, para esse fim.

Analisando, de forma crítica, estes vinte e cinco anos que se passaram da CF/88 até o ano de 2013, veremos que o

neoliberalismo venceu em suas intenções nada veladas: manteve o teto máximo dos benefícios previdenciários em padrões modestos (dez salários de contribuição), obrigando compulsivamente a busca dos sistemas privados de previdência social para um complemento da renda previdenciária; desconstitucionalizou o reajuste dos benefícios previdenciários, que buscava a preservação do valor real destes benefícios; quebrou o paradigma do tempo de serviço, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, instituindo o tempo de contribuição, considerando, a partir de então, a contribuição efetivamente recolhida; fulminou com os Conselhos da Previdência Social, CNPS (Conselho Nacional de Previdência), CEPS (Conselho Estadual de Previdência e CMPS (Conselho Municipal de Previdência Social)³³; a imposição de um critério restritivo para acesso ao Auxílio-Reclusão, afetando notadamente os familiares do preso; a transferência do ônus da prova do trabalho nocivo, justamente aos segurados/trabalhadores, sempre a parte mais fraca na relação de emprego e com o seguro social; a alteração velada, vez que não divulgada publicamente ao conjunto dos segurados da Previdência Social, do aumento gradativo da carência prevista no art. 142, da Lei nº 8.213/91³⁴; extinção dos pecúlios, dos auxílios-funerais e natalidade, bem como do abono de permanência em serviço, todos extintos em 1994 e 1995,

³³ Estes dois últimos revogados pela Medida Provisória nº 1999, tornada efetiva a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 32/01, cujo objetivo foi somente perpetuar as Medidas Provisórias até então editadas. Para um adensamento desta questão, ver o Apêndice II, de nossa obra **A Previdência Social ao Alcance dos Assistentes Sociais**, Jundiaí, SP : PACO Editorial, 2011.

³⁴ O que pode parecer, à primeira vista, somente um detalhe insignificante, mas atinge justamente um vasto universo de segurados que dependem da Aposentadoria por Idade como única fonte de renda, maciçamente no valor do salário mínimo nacional. Estes, homens e mulheres, tiveram aumentado seis meses por ano, a partir de 1993, sem que houvesse qualquer provisão econômica para arcar com essa mudança vital em suas vidas.

atingindo, mais uma vez, as parcelas empobrecidas do sistema previdenciário, especialmente em relação aos auxílios e pecúlios, entre outros direitos notadamente afetados pelas políticas neoliberais vigentes a partir de 1990. Estas, tornadas hegemônicas a partir da ascensão do fugaz governo Collor de Melo, passaram a nortear os ajustes no sistema previdenciário, em particular, e da seguridade, em geral, na ótica do ajuste meramente fiscal.

De todo o exposto parece cristalino que o Fator Previdenciário é a maior expressão das políticas neoconservadoras, de todas as alterações havidas no sistema previdenciário no período analisando.

Esta fórmula, um pouco mágica e outro pouco inexplicável racionalmente, introduziu uma complexa fórmula, a partir de dezembro de 1999, que reduziu o valor inicial do principal benefício buscado pelos trabalhadores dentro do sistema: aposentadorias por tempo de contribuição.

O principal objetivo desta fórmula, segundo o Governo Federal na época, foi o de evitar a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição a uma população considerada “jovem”. Após treze anos de sua instituição, sequer esse objetivo foi alcançado, conforme o próprio governo atual reconhece, acarretando, em contrapartida, um empobrecimento visível de milhares de segurados.³⁵

Em relação aos servidores públicos a investida neoliberal igualmente se fez presente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 41/03. Os Fundos de Previdência Complementar nos três níveis da Administração Pública (Executivo, Legislativo e Judiciário), como vimos, busca

³⁵ Para um adensamento desta questão, ver o artigo “Fator Previdenciário: entre o Fetiche e a Realidade”, escrito em parceria com o colega Marco Aurélio Serau Jr., publicado no livro coletivo organizado por este segundo autor, denominado **Comentários à Jurisprudência Previdenciária do STF**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

alentar ao mercado de capitais, por um lado, e livrar os Entes Públicos de quaisquer responsabilidades para com o serviço público e os servidores, por outro. Chamamos à atenção, portanto, para as consequências a médio e longo prazo desse processo privatista: perda da qualidade e eficiência dos serviços públicos; desinteresse dos cidadãos às diversas carreiras públicas, diante da frustração de uma aposentadoria digna e a própria perda de servidores para a iniciativa privada, que remunera e valoriza melhor o trabalho destes servidores.

Por ironia, ou desgraça, começa a ocorrer uma situação pitoresca, que agravaram as questões acima apontadas: a iniciativa privada pode, sem nenhum investimento, arrematar das fileiras do serviço público os servidores altamente qualificados e preparados, após um processo de qualificação arcado com o erário público. Como se disse alhures, passa a haver uma desvalorização do trabalho do servidor público diante da falta de perspectiva futura, justamente quando da inatividade. Consequentemente, não há como se manter a qualidade do próprio serviço público, diante desta perspectiva sombria que se apresenta.

Por isso é que entendemos ser urgente a organização de uma agenda mínima para a defesa dos direitos sociais ainda remanescentes do Texto Constitucional, bem como na busca da instituição de novos direitos.

Lembremos, como consolo, mas também estímulo nesta árdua tarefa, que o neoliberalismo era insignificante até os anos 1960, sendo igualmente inexpressiva a quantidade de pensadores que se fizeram presentes na reunião ocorrida na estação de *Mont Pèlerin*, em 1947, na Suíça. O que vale dizer que um pensamento não permanece hegemônico eternamente. O grande desafio, portanto, não é somente a suplantação deste movimento, mas o que iremos contruir sob seus escombros. E em se tratando de política de proteção social isso não é pouco.

VI – BIBLIOGRAFIA REFERIDA

- BEHRING, Elaine Rossetti. *Política Social no Capitalismo Tardio*. 2. ed. São Paulo : Cortez, 2002.
- BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade Social e Trabalho: paradoxos na construção das políticas de Previdência e Assistência Social no Brasil*. Brasília : Letras Livres: Editora UnB, 2006.
- BOSCHETTI, Ivanete. “A ‘Reforma’ da Previdência e a Seguridade Social Brasileira”. In: MORHY, Lauro (org.). *Reforma da Previdência em Questão*. Brasília:Unb, 2033, p. 27-47.
- CASTEL, Robert. *As Metamorfoses da Questão Social – uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.
- CORREAS, Oscar. “El Liberalismo em e Imaginario Jurídico”. In: *Direito e Neoliberalismo.: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba : EDIBEJ, 1996.
- COSTA, José Ricardo Caetano. *A Previdência Social no Ideário Neoliberal*. Curitiba : Jurua, 2010.
- COSTA, José Ricardo Caetano. *A Reforma da Previdência Social e Outros Estudos*. Pelotas: EDUCAT, 1999.
- COSTA, José Ricardo Caetano. Da Renda Mensal Vitalícia ao Amparo Assistencial. In: *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, p. 279-283, nº 209, abr. /98.
- COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e Neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- CHOMSSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas: neoliberalismo e ordem global*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasisl, 202.
- FERRARO, Alceu R. *Exclusão, Trabalho e Poder em Marx*, Pelotas, 1999. (mimeo.).
- FERRARO, Alceu R. O Movimento Neoliberal: gênese, natureza e trajetória. *Sociedade em Debate*, Pelotas, V. 3, N. 4, p. 33-58, dez. /97.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de Escolher - o novo liberalismo econômico*. Rio de Janeiro: Record, 1980.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- GIDDENS, Anthony. *Para Além da Esquerda e da Direita. O futuro da política radical*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

GIDDENS, Anthony. *Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

HAYEK, F. A. *O Caminho da Servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1990.

HIRSCHMAN, Alberto O. *A Retórica da Intransigência. Perservidade, Futilidade, Ameaça*. São Paulo : Companhia das Letras, 1992.

MALLOY, James M. *Política de Previdência Social no Brasil*. Rio de Janeiro : Edições Graal, 1986.

MISES, Ludwig von. *A Mentalidade Anticapitalista*. Rio de Janeiro : José Olympio/Instituto Liberal, 1987.

MISES, Ludwig von. *Ação Humana: um tratado de economia*. 2. ed. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1995.

MISES, Ludwig von. *As Seis Lições*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

MISES, Ludwig von. *Uma Crítica ao Intervencionismo*. Rio de Janeiro : Nórdica; Instituto Liberal, 1995.

NETTO, José Paulo. *Crise do Socialismo e Ofensiva Neoliberal*. São Paulo : Cortez, 1993.

ROSANVALLON, Pierre. *O Liberalismo Econômico : historia da idéia de mercado*. Bauru, SP : EDUSC, 2002

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Org). *Comentários à Jurisprudência Previdenciária do STF*. Curitiba : Juruá Editora, 2012

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TEIXEIRA, Andréia de Paula. “Política de Previdência Social”. In: REZENDE, Ilma e CAVALCANTI, Ludmila Fontenele (Orgs.). *Serviço Social e Políticas Sociais*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006, p. 46-66.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio, Curso de Processo Judicial Previdenciário. 3. ed. Atual. e amp. Rio de Janeiro : Método, 2010.

A justiça que se tem e a justiça que se quer: educação jurídica e análise de imagens

Maria Cecilia Lorea Leite*
Renato Duro Dias**

Introdução

A contemporaneidade tem se traduzido numa intrincada rede de informação, na qual os sujeitos necessitam cotidianamente compreender e manejar imagens e textos. Neste *espaçotempo*, gradativamente, ganha corpo e voz a semiótica, inclusive para analisar os textos curriculares e o cotidiano escolar a partir das imagens (ALVES, 2003). Entender as políticas educacionais e curriculares no ensino do direito pelo olhar imagético é a tarefa que se impõe.

Considerando o campo dos estudos curriculares, este artigo tem como objetivo analisar as políticas educacionais e curriculares do Ensino Superior, em especial no âmbito do currículo e da educação jurídica, tendo como base imagens da justiça produzidas por estudantes do Curso de Direito. Pretende-se, ainda, construir conhecimentos acerca da produção de imagens, entrelaçando a Universidade a este campo; desenvolver propostas que problematizem os textos e discursos escritos em interface com o campo imagético e possibilitar reflexão sobre os

* É Professor Associado da Universidade Federal de Pelotas.

** Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG e no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social.

métodos qualitativos de análise de imagens nas ciências humanas e sociais, com ênfase na área da educação.

Recentes estudos (BALL; MAINARDES, 2011; LOPES; MACEDO, 2011; GARCIA; MOREIRA, 2012) no campo do currículo tem oportunizado reflexões percucientes sobre as políticas educacionais e curriculares. Observa-se, ademais, a publicação de artigos e o desenvolvimento de pesquisas que apontam para a necessidade de se intensificar contribuições teóricas sobre as políticas curriculares na contemporaneidade. Estas produções, embora venham subsidiando o avanço qualitativo do campo de análise das políticas educacionais, nem sempre têm dado conta de problematizar os textos e os discursos escritos, engendrados nos vários instrumentos e contextos pertinentes. Por outro lado, parece que estas discussões sobre políticas curriculares são raras em outro campo produtor e emanador de poder discursivo: o campo imagético.

Considerando o que argumenta W. J. T. Mitchell sobre uma “virada imagética”, é fundamental reflexionar sobre o papel central que a imagem desempenha na crítica social contemporânea, seja como uso da linguagem estética e discursiva, ou como reflexão para o texto e a produção das/nas políticas educacionais e curriculares.

O presente artigo, fundamentado em estudos qualitativos sobre análise de imagens, será desenvolvido com ênfase, principalmente, nos estudos de Bohnsack (2007 e 2010); Weller e Bassalo (2011); Aumont (2013); Dubois (2010) e Joly (2003 e 2005).

Ressalta-se que a pesquisa com imagens, embora recente, tem produzido importantes contribuições para o campo das ciências humanas e sociais, dentre as quais a educação. Alves e Oliveira (2004) asseveram a potência das imagens para percepção do cotidiano escolar. Nesta perspectiva, entende-se que a análise de imagens fílmicas, fotográficas e pictóricas pode contribuir positivamente para o desvelamento de questões

atinentes às políticas educacionais e curriculares.

É importante registrar que a proposta deste estudo inspira-se em experiências desenvolvidas em outros estudos sobre imagens, como, por exemplo, imagens da justiça em séries televisivas, bem como na literatura e no cinema (VILLEZ, 2010; AMBROISE-RENDU; SÉCAIL; VILLEZ; SÉCAIL, 2010; GARAPON; SALAS, 2008), imagens do crime na televisão (SÉCAIL, 2010); imagens docentes (LEITE; HYPOLITO; LOGUÉRCIO, 2010) e imagens do cotidiano escolar (ALVES; OLIVEIRA, 2004).

Por outro lado, outras investigações têm discutido o entrelaçamento entre os campos da educação, do ensino jurídico e das imagens. Notadamente, com base em Bohnsack (2007; 2010), será realizada análise de uma imagem da justiça produzida por um acadêmico da 6ª série (ano) de um Curso de Direito, a qual se denominará de *Imagem Espelho*. Insta frisar que o uso de uma (01) imagem da justiça é um recorte dado para este artigo, já que a pesquisa correspondente envolveu a totalidade de estudantes das séries iniciais/ingressantes (1ª série), manhã e noite, e finais/concluintes (6ª série), em ambos os turnos, de uma faculdade de Direito do Rio Grande do Sul e cujo total de imagens da justiça coletadas ultrapassa o número de cento e vinte (120).

Importante explicitar, ainda que sucintamente, que a coleta se fez em sala de aula. Para tanto, contou-se com o apoio de um docente do curso, o qual disponibilizou entre quarenta e cinquenta minutos de uma aula para a atividade, respectivamente para a 1ª e 6ª séries. Na oportunidade, os alunos receberam uma correspondência de apresentação da pesquisa, que foi lida por um pesquisador colaborador, responsável pela coleta de dados na instituição, e um Termo de Consentimento livre e esclarecido para assinatura. Após, os alunos que decidiram participar foram convidados a desenhar ou descrever imagens da justiça em folhas de papel ofício que foram distribuídas. Para tanto, canetas coloridas e giz de cor

foram colocados à disposição dos estudantes. Além disso, lhes foi informado que poderiam utilizar suas canetas esferográficas azul, preta ou vermelha. Foi solicitado, ainda, que os estudantes respondessem a duas questões: que significados este desenho ou esta descrição tem para você? Que palavras você teria para expressar seu desenho ou sua descrição? Estas questões foram propostas com o intuito de contribuir com o trabalho de análise das imagens. Os alunos não foram identificados, sendo preservadas suas identidades.

A análise das imagens foi realizada de acordo com o método documentário de interpretação, com base, principalmente, em contribuições teóricas de Ralf Bohnsack (2007; 2010). Além dos referenciais apontados, foram utilizados, ainda, aportes teóricos sobre arte e hibridização de Canclini (2003), bem como, teorização foucaultiana (FOUCAULT, 2000), em especial os estudos desenvolvidos ao redor da pintura *Las Meninas* de Diego Velázquez, pintor barroco espanhol do século XVII.

Em suma, o presente artigo problematiza estas questões ao investigar imagens da justiça elaboradas por acadêmicos de um Curso de Direito, buscando compreender suas visões de mundo, o currículo e a educação jurídica.

Políticas públicas para o Ensino Superior

Souza (2006) problematiza algumas questões relevantes nos debates sobre políticas públicas. Ao contextualizar e historicizar com precisão a evolução do conceito de políticas públicas, principalmente como objeto de investigação científica, Souza revela o quão próximo a temática está das questões econômico-sociais, bem como das políticas de contingenciamento de gastos feitas pelos governos. Segundo Souza (2006, p. 21) o processo evolutivo não linear destas políticas tem origem, como disciplina acadêmica, nos EUA, embora na Europa a discussão entre políticas públicas e Estado

já se fazia presente.

As políticas públicas começam a ser delineadas “como um ramo da ciência política para entender como e porque os governos optam por determinadas ações” (SOUZA, 2006, p. 22), assim pode-se dizer que as políticas públicas surgem como resposta à Guerra Fria, nos EUA em 1948.

Entendendo as políticas públicas como “campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)” Souza (2006) alerta para “o papel dos governos”, ao discutir o espaço que lhes cabe na definição e na implementação de políticas públicas, acentuando a autonomia dos Estados, mas alertando para forte influência que estes recebem dos chamados grupos de interesses (campo da economia). Trata-se de uma análise detida nos instrumentos de políticas públicas, visto por um prisma para além das questões macro. Parece ser este um dos aportes teóricos relevantes para o campo das políticas públicas, articular os contextos de produção e de práxis educativa.

Ao referir-se ao Ciclo de Políticas de Stephen J. Ball, Mainardes (2006, p. 47) afirma que:

Essa abordagem se constitui num referencial analítico útil e [...] permite uma análise crítica e contextualizada de programas e políticas educacionais desde sua formulação até a sua implementação no contexto da prática, bem como os seus resultados/efeitos.

Já Shiroma et al. (2005, p. 07) considera que estes textos devem ser lidos em relação ao tempo e particular contexto em que foram produzidos e também devem ser confrontados ao mesmo período e local.

Souza (2006, p. 36-37) elucida, ainda, quais os principais elementos (síntese das definições e modelos) que,

em seu entendimento, acabam sendo a marca das políticas públicas:

- A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz.
- A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.
- A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras.
- A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados.
- A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo.
- A política pública envolve processos subseqüentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.

De fato, estas políticas *são* e *estão* sempre sendo reinventadas, pois como bem lembra Mainardes (2006, p. 53), com base em estudos acerca do Ciclo das Políticas:

De acordo com Ball e Bowe (1992), o contexto da prática é onde a política está sujeita à interpretação e recriação e onde a política produz efeitos e conseqüências que podem representar mudanças e transformações significativas na política original.

Para Ball (2004), a conclusão é que assistimos a uma espécie de colapso das fronteiras entre esferas morais, ao passo que tornamos a educação um objeto, uma mercadoria.

Segundo o documento da OCDE (1995, p. 29), “em geral, o propósito [deste estado] é instituir um novo quadro de incentivos, eliminar constrangimentos desnecessários e provocar uma transformação radical na cultura e no

desempenho”. Desta forma, o estado promove também um novo quadro ético e um modo geral de regulação, uma regulação auto-regulada muito mais “autônoma”, que, no entanto, permite e legitima a disseminação da forma da mercadoria, pois exige que nos mercantilizemos e façamos o mesmo com nossas produções acadêmicas. (BALL, 2001).

A mercantilização da educação no nível do ensino superior é alarmante e, via de regra, ela opera no âmbito de: projetos político pedagógicos de cunho eficientista, enxugamento de grades curriculares, bem como, da lógica de disciplinas de caráter eminentemente técnico-profissionalizantes. Assim, o espaço da educação humana, reflexiva e crítica, se transforma num lócus de alijamento e de alienação.

Outras reflexões aprofundam o nível de análise para pensar as políticas públicas e curriculares a partir do olhar sobre todos os contextos (BALL; MAINARDES, 2011). Neste aspecto merece atenção a produção reflexiva sobre os ciclos de políticas de Ball (1994) que proporciona fundamentos para compreender as disputas dentro de agências e entre os mais variados atores no campo curricular.

Assim sendo, as políticas públicas curriculares encontram-se engendradas dentro de um espaço macro que trata genericamente das políticas públicas e que, portanto, necessitam ser aprofundadas. Contudo, considera-se fundamental que se investiguem articulações com o micro, mediante o estudo de processos de recontextualização (BERNSTEIN, 1996) das políticas públicas curriculares no e para o Ensino Superior, o que tem sido realizado por investigadores do campo do currículo e das políticas curriculares.

Currículo e políticas curriculares: Educação Jurídica

Os estudos sobre currículo e políticas curriculares têm ocupado espaço central nos debates atuais acerca das políticas públicas educacionais (LOPES: MACEDO, 2011). Nesse plano, as reflexões produzem interlocução sobre como o Estado atua ativamente nas demandas, e mais, como estas agências estatais operam sob a égide de controles simbólicos e econômicos (BERNSTEIN, 1996). O campo da educação jurídica não foge a esta trama.

Em seu marco inicial, a criação dos cursos jurídicos no Brasil, em 1827, atendia às necessidades da época: formar profissionais (bacharéis) de direito para atuarem junto a órgãos e cargos públicos e políticos. Principalmente voltados à administração pública, os advogados e juristas tinham como tarefa ocupar o espaço destinado à elite brasileira, e conduzir a nação intelectualmente frágil a produzir um conjunto de normas que legitimasse e sustentasse uma futura estrutura republicana.

Com a nomeada Reforma Francisco de Campos, em 1931, as faculdades de Direito rumaram à profissionalização. Começaram a surgir disciplinas de cunho técnico e os currículos apareciam como um emaranhado de disciplinas que variavam de conteúdo, mas que identificavam centros de interesse tais como: direito civil, direito criminal, comercial e processual.

Em 1955, a partir de San Tiago Dantas, registra-se no Brasil o início das reflexões sobre o ensino do Direito, que anos após acabaram por culminar na Resolução n. 03, do Conselho Federal de Educação, de 1972, criando um currículo mínimo a ser estabelecido pelas poucas faculdades existentes à época.

Outro importante marco foi a Portaria nº 1.884, de 1996. Em seu processo de construção e tramitação, houve a ampliação dos debates, já que naquele período inúmeros cursos

começavam a surgir, o que implicava em uma necessidade de criar critérios mais explícitos para a carga horária, disciplinas, eixos obrigatórios, instituição de estágio supervisionado. Dentre as questões centrais focalizadas, estava a preocupação com a efetiva formação e qualidade dos bacharelados.

Contudo, é com a Resolução CNE/CES N ° 09 de setembro de 2004 que os Cursos de Direito passam a ter um novo arranjo curricular. Com a instituição das Diretrizes Curriculares Nacionais, dentre outras medidas, passou a ser exigido o trabalho de conclusão de curso como componente curricular obrigatório, a ênfase nas disciplinas ditas propedêuticas (humanistas) e o reforço na necessidade de atentar para os modos de integração entre teoria e prática e a interdisciplinaridade.

Em que pese estas distensões, a proliferação de instituições privadas de baixa qualidade, no campo da educação jurídica, conforme evidencia o Quadro 1, tem aumentado substancialmente o número de matrículas, tornando alguns cursos precários e sem qualidade mínima para o funcionamento.

QUADRO 1 – Alunos Matriculados em Cursos Superiores no Brasil e em Cursos de Direito

Ano	Cursos Superiores Total de matrículas	%	Cursos de Direito Total de Matrículas	%
2009	5.115.896	100	651.600	12,7

Alunos Matriculados em Cursos Superiores no Brasil e em Cursos de Direito

FONTE: INEP, 2011.

Sobre o tema, o ex-presidente da OAB, Ophir Cavalcante, considerou “um verdadeiro estelionato educacional a proliferação desordenada e irresponsável de faculdades de direito em todas as regiões do país, autorizadas a funcionar pelo Ministério da Educação” (CARNEIRO, 2011).

A par desses números, recentes investigações (SANTOS; MORAIS, 2007; NALINI; CARLINI, 2010) no campo da educação jurídica tem constatado estas mesmas políticas mercantis para os cursos de Direito.

Problematizando o currículo dos cursos de Direito, os mencionados estudos têm procurado entender como se articulam e se recontextualizam (BERNSTEIN, 1996) as diretrizes curriculares nacionais nos documentos curriculares e nas práticas pedagógicas docentes. Estas pesquisas refletem a potência constituída na articulação entre os campos do direito e da educação, expressa na construção de significativas contribuições como é o caso da pedagogia jurídica.

Para além destes achados de pesquisa, observam-se algumas interfaces que buscam aprofundar estas intrincadas redes entre educação e direito, a partir do uso de imagens como método de análise. Tais iniciativas, embora recentes, têm possibilitado, num plano teórico-metodológico, repensar a educação jurídica pelo olhar atento das imagens.

Imagens da justiça: sobre arte e significações

Em seu artigo *Noticias recientes sobre la hibridación*, Canclini (2003) argumenta que o termo “hibridização” e suas reflexões sobre ele demonstram como, de uma maneira recente, esta terminologia tem mudado as concepções sobre os conceitos de identidade, diferença, multiculturalidade, desigualdade, sobretudo a arte e a cultura.

O autor assevera que a Antropologia e a Sociologia, em especial nos anos 1990, têm se detido a compreender estes processos de hibridização, mas que este fato não se trata de

algo novo, pois, de acordo com Canclini, poderia afirmar-se que: “La hibridación es tan antigua como los intercambios entre sociedades, y de hecho Plinio El Viejo menciona la palabra al referirse a los migrantes que llegaban a Roma en su época.” (2003, p. 01)

Canclini destaca o aspecto processual da hibridização como: “procesos socioculturales en los que estructuras o prácticas discretas, que existían en forma separada, se combinan para generar nuevas estructuras, objetos y prácticas.” (2003, p. 02). Para o autor, a hibridização seria uma combinação de práticas a fim de criar outras tantas diversas. Assim, Canclini se pergunta: como essas práticas se constroem como se fundem para criar estas novas estruturas e práticas?

A veces esto ocurre de modo no planeado, o es resultado imprevisto de procesos migratorios, turísticos o de intercambio económico o comunicacional. Pero a menudo la hibridación surge de la creatividad individual y colectiva. No sólo en las artes, sino en la vida cotidiana y en el desarrollo tecnológico. Se busca reconvertir un patrimonio (una fábrica, una capacitación profesional, un conjunto de saberes y técnicas) para reinsertarlo en nuevas condiciones de producción y mercado. (CANCLINI, 2003, p. 03)

Ao afirmar que a hibridização pode transformar um “estado” de segregação num de interculturalidade, o autor nos indica que “Las políticas de hibridación pueden servir para trabajar democráticamente con las diferencias, para que la historia no se reduzca a guerras entre culturas”. (CANCLINI, 2003, p. 05).

La primera condición para distinguir las oportunidades y los límites de la hibridación es no hacer del arte un recurso para el realismo mágico de la comprensión universal. Se trata, más bien, de colocarlo en el campo inestable, conflictivo, de la traducción y la traición. Al preguntarnos qué es posible o

no hibridar estamos repensando lo que nos une y nos distancia de esta desgarrada e hipercomunicada vida. Las búsquedas artísticas son claves en esta tarea si logran a la vez ser lenguaje y ser vértigo. (CANCLINI, 2003, p. 09)

Canclini (2003) admite a arte como um receptáculo para entender o mundo. Um mundo em que as fronteiras podem se esbater, já que não existem mais sujeitos puros, mas híbridos. Ele compartilha, a partir da arte, uma compreensão, uma visão de mundo. O mundo de quem cria, de quem a imita ou simplesmente a observa. Um mundo híbrido e complexo.

Assim, a imagem se constitui em uma representação de mundo, potente e de múltiplos significados, a imagem nos indica, demarca, estabelece relações, contesta, contamina, limpa e dá acesso a dois campos sempre mutantes: o visível e o invisível.

Em *Las Meninas*, pintura de Diego Velásquez, pintor espanhol barroco, estas relações nos atravessam sobremaneira. Quando o pintor retrata a Infanta Margarita dentro de seus aposentos rodeada de cortesãos, anões, e a si próprio, parece representar uma época, uma vida na corte espanhola, mas que, com sua técnica, nos remete a significar estas representações. Em todo o espaço da tela a riqueza de detalhes enaltece a cena, mas além da singular presença do pintor que se retrata no quadro, aparece como uma rede intrincada de personagens e significações a mágica figura de um *espelho*. É, sem dúvidas, ele o motor deste cenário. Ele brilha, ele transborda, ele reclama protagonismo.

Na pintura holandesa, era tradição que os espelhos desempenhassem um papel de reduplicação: repetiam o que era dado uma primeira vez no quadro, mas no interior de um espaço irreal, modificado, estreitado, recurvo. Ali se via a mesma coisa que na primeira instância do quadro, porém decomposta e recomposta segundo uma outra lei. Aqui o espelho nada diz do que já foi dito. (FOUCAULT, 2000, p. 9).

Este *espelho*, além de bem retratado pela arte de Velázquez, duplica, dobra (Foucault, 2000) uma imagem que nos indica o invisível na cena retratada. É a imagem que parece ser dos Reis de Espanha, Felipe IV e Mariana. O espelho na parede do fundo da tela, por de trás do pintor, produz uma das magistrais tarefas da arte e da imagem: tornar visível, o invisível. Com esta representação de *espelho*, parece nos elucidar Velázquez a quem todos desta cena (quase que teatral) buscam o olhar, não para o pintor, mas para alguém que lhes foge o próprio espaço da pintura. Assim, a moldura imaginária se interrompe para produzir o efeito que se espera. O invisível transparece.

Mas essa invisibilidade que ele supera não é a do oculto: não contorna o obstáculo, não desvia a perspectiva, endereça-se ao que é invisível ao mesmo tempo pela estrutura do quadro e por sua existência como pintura. O que nele se reflete é o que todas as personagens da tela estão fixando, o olhar reto diante delas; é, pois, o que se poderia ver, se a tela se prolongasse para a frente, indo mais para baixo, até envolver as personagens que servem de modelos ao pintor. (FOUCAULT, 2000, p. 10)

Imagem Espelho: contribuições para a educação jurídica

Tal qual a retratação velasquiana, a imagem da justiça elaborada através de um desenho por um acadêmico concluinte de um curso de Direito joga com a representação de um espelho, no qual figura a imagem de uma deusa Themis¹. Esta imagem que denominaremos *Imagem Espelho* (Figura 1) dialoga com a ideia de duplo de Foucault (2000), mas ao mesmo tempo brinca com uma figuração imagética de justiça que dialoga o real e o imaginário, numa compreensão do visível, invisível. Poderíamos dizer que foi inspirada na obra? Importante que se diga que a *Imagem Espelho* foi produzida por um acadêmico matriculado na 6ª série (ano) do turno da

¹ Deusa da Justiça, na mitologia grega.

manhã de uma Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul.



FIGURA 1 – *Imagem Espelho*

FONTE: Acadêmico da 6ª série, Curso de Direito.

A *Imagem Espelho*, elaborada com caneta esferográfica azul, está simetricamente orientada na folha A4 e se compõe em todo espaço desta. Em primeiro plano, à esquerda, e diante do que parece representar um espelho, vemos o que pode nos indicar ser uma representação da Deusa Themis, em uma versão mais próxima de ente humano, já que a mesma não utiliza venda sob os olhos, está a sorrir e com olhar bem atento e aberto. A Deusa leva consigo, sob sua mão direita, uma balança (outra figura representativa de justiça) em grande desequilíbrio. Sob os pratos em desalinho, se encontra, no da direita, a representação de um homem de terno e gravata, cujo ‘olhar’ aguçado confronta a Deusa. No prato, à esquerda, se produz imageticamente um grupo de pessoas, seis (06) ao total, mais uma árvore e dois pássaros no entorno do grupo. As pessoas não possuem vestes, tampouco expressão facial, mas

ao que indica, há a representação de duas (02) mulheres, uma delas de maior estatura, e quatro (04) homens, o que possibilita visualizar uma representação familiar chefiada por uma mãe.

Na mesma *Imagem Espelho*, surge, em frente à imagem acima descrita, um espelho emoldurado cujo reflexo é a reprodução da Deusa Themis, porém vendada e com os lábios cerrados. Junto aos seus longos cabelos, a partir do braço esquerdo em hiperextensão, aparece na mão esquerda uma balança perfeitamente equilibrada, com pratos em relativo ajuste de tamanho e forma. A imagem, embora em segundo plano, é forte de traços e está em ligeira posição superior a imagem descrita anteriormente. Ela se localiza mais à direita da folha, o que deixa a deusa Themis em uma posição central do desenho.

Questão não menos importante é o fato de que o autor da *Imagem Espelho* não apresentou palavras que pudessem representar sua produção e tampouco respondeu às perguntas sugeridas. Embora tenha sido esclarecido sobre a metodologia, por vezes alguns acadêmicos desconsideram o texto escrito em sua elaboração imagética. Pensamos que estes fatos em nada prejudicam a análise, antes pelo contrário, possibilitam a interpretação exclusiva pelo plano iconológico.

Como mencionado, a metodologia parte do método documentário de Bohnsack (2007) que se utiliza da interpretação iconológica. Segundo suas palavras:

Interpretação iconológica tem por objetivo a constituição de uma via de acesso ao espaço de experiência dos produtores dessas imagens, cuja compreensão do *habitus* individual e coletivo dos produtores constitui-se como um elemento central. (2007, p. 293)

A interpretação da *Imagem Espelho* foi feita em um estágio que se denominou iconográfico, vale dizer, primeiramente no pré-iconográfico situou-se a análise da estrutura formal da imagem em três dimensões da composição

formal da imagem: a estrutura planimétrica, a coreografia cênica e a projeção perspectivista (BOHNSACK, 2007).

Na projeção perspectivista identificou-se o corpo e o espaço do/no objeto. Para a coreografia cênica, dedicou-se a análise da cena social na qual a *Imagem Espelho* estava inserida. E na composição planimétrica, preocupou-se em detalhar os planos imagéticos.

Enquanto tendemos – no nível do senso comum – a retirar da imagem cada um de seus elementos constitutivos, a reconstrução da composição formal, sobretudo da estrutura planimétrica, nos leva a interpretar os elementos não mais de forma isolada, mas enquanto conjunto e em cor-relação aos demais elementos da composição. (BOHNSACK, 2007, p. 300)

A partir deste método, denominado de Documentário, podemos apontar alguns aspectos da imagem. Ao que nos sugere, a *Imagem Espelho* procura fazer uma crítica à figura da justiça, representada pela Deusa em frente a um espelho. A crítica consiste, inicialmente, em jogar para fora do espelho o que não é visível (o dito invisível). A justiça pela visão de mundo do acadêmico que, ao representar a Themis de boca e olhos bem abertos e uma balança em desequilíbrio, contemporiza uma forte problematização quanto aos princípios fundamentais a serem desempenhados pela justiça: a imparcialidade e a igualdade.

Pela *Imagem Espelho* vê-se, por um lado, uma justiça que “enxerga” e que “fala” podendo ser como uma justiça que tem ‘lado’, que, portanto, é parcial. Uma balança em desalinho, donde se ‘pende’ para o lado de um indivíduo bem vestido (engravatado) ao revés de um grupo de pessoas, pássaros e meio ambiente, que pode nos sugerir uma justiça desigual, uma justiça que apela aos interesses individuais e econômicos, uma justiça não equânime. Esta parece ser a imagem da justiça ‘real’, a justiça ‘verdadeira’, mas que aparece como invisível na *Imagem Espelho*.

Por outro lado, ao dirigir o olhar sobre o espelho, vemos

uma imagem da justiça igualitária e imparcial, em constante equilíbrio. Esta é a justiça ‘abstrata’. A justiça que é “cega” e que não “defende” interesses individuais. Uma visão de justiça que se traduz em equidade. Esta parece ser a imagem da justiça “ideal” como princípio e práxis.

Neste jogo de imagens, a *Imagem Espelho* articula duas visões, duas possibilidades de justiça, a que se contempla perante um espelho (mas que não se ‘enxerga’ imagetivamente) e a que é o reflexo, a dobra. O artefato *espelho* possibilita manejar com duas proposições de justiça, por vezes antagônicas, que são amplamente discutidas ao largo do desenvolvimento curricular em um curso de Direito: *a justiça que se tem e a justiça que se quer*.

Este produto reflexivo, viabilizado pela *Imagem Espelho*, possibilita entender as engendradas redes especializadas de conhecimento curricular, já que ao manejar estas duas proposições de justiça, o acadêmico articula os campos humanista, profissional e prático, entrelaçando, especialmente, Filosofia e Ética jurídica com Direitos Fundamentais e Processuais.

Considerações finais

A análise da imagem da justiça em apreço sugere que o estudante é interpelado por duas proposições de justiça, por vezes antagônicas, que são discutidas no percurso curricular que compõe o curso de Direito: *a justiça que se tem e a justiça que se quer*.

Entende-se que esta imagem enseja relevantes questões para o currículo do curso, no que concerne, entre outras, ao diálogo de seus conhecimentos com o complexo contexto político, cultural, econômico, social e educacional brasileiro e à concepção de justiça enfatizada.

A possibilidade de enredamento de significações suscita questões importantes, como a interdisciplinaridade e a

integração curricular, bem como a leitura crítica e reflexiva de mundo, compatíveis com as Diretrizes Curriculares nacionais para os Cursos de Direito e previstas, também, no Projeto Político Pedagógico ao qual o acadêmico está vinculado.

Embora a política curricular consubstanciada nas mencionadas Diretrizes avance na perspectiva integradora e interdisciplinar, grande parte dos mais de 1250 (mil duzentos e cinquenta) cursos de Direito existentes no Brasil ainda não oferecem propostas que entrelacem teoria e prática, fazendo com que seus projetos pedagógicos e suas grades curriculares apresentem, preponderantemente, um modelo de currículo fragmentado por disciplinas, caracterizando um currículo de coleção (BERNSTEIN, 1996).

Uma reduzida proposta de atividades interdisciplinares, sem levar em consideração temas emergentes, tais como: direitos humanos, gênero, sexualidade, multiculturalidade e pluralismo jurídico, podem caracterizar uma formação jurídica fixa, conservadora e tecnicista.

No momento que inúmeras faculdades de Direito são autorizadas a funcionar, sem levar em conta um padrão mínimo de qualidade e de organização curricular, questiona-se a preparação profissional, humanista e prática para que este bacharel possa ser uma agente de transformação social.

Algumas reflexões já têm sido produzidas por estudos do currículo e das políticas curriculares no campo da educação jurídica, com ênfase, principalmente, na análise de documentos e textos curriculares, ou nas práticas docentes. Contudo, estas investigações não problematizam o currículo a partir da visão dos estudantes, o que, tendo em conta este estudo realizado, enfatiza-se como fundamental para compreender a complexa rede de significados aí existentes.

Estas e outras significações abrem espaço para destacar as potencialidades de estudos no campo imagético, podendo estes constituírem-se potente método e dispositivo de análise das estruturas curriculares e educacionais.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Nilda; OLIVEIRA, Inês Barbosa de. *Imagens de escola: espaçostempos de diferença do cotidiano*. Educ. Soc., Campinas, vol. 25, n. 86, p. 17-36, abril 2004.
- AMBROISE-RENDU, Anne-Claude; SÉCAIL, Claire; VILLEZ, Barbara. Présentation. Les temps de médias. *Revue d'histoire*, n. 15, automne, 2010, p. 6-12.
- AUMONT, Jacques. *A imagem*. 9. ed. Campinas, S. P.: Papirus, 2004.
- BALL Stephen J.; MAINARDES, Jefferson (Orgs.). *Políticas educacionais - questões e dilemas*. São Paulo: Cortez, 2011.
- BALL, Stephen J. *Education reform; a critical and post-structural approach*. Great Britain: Open University, 1994.
- _____. Diretrizes políticas globais e relações políticas locais em educação. *Currículo sem Fronteiras*, v.1, n.2, pp.99-116, Jul/Dez 2001.
- BERNSTEIN, Basil. *A estruturação do discurso pedagógico: classe, códigos e controle*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- BOHNSACK, Ralf. A interpretação de imagens e o método documentário. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 9, nº 18, p. 286-311, jun./dez. 2007.
- _____. A interpretação de imagens segundo o método documentário. In: WELLER, Wivian; PFAFF, Nicolle (Orgs.). *Metodologia da pesquisa qualitativa em educação: teoria e prática*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- CANCLINI, Néstor Garcia. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. 4. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.
- DUBOIS, Philippe. *O ato fotográfico e outros ensaios*. 13. ed. São Paulo: Papirus Editora, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. (Dir.) *Imaginer la loi: le droit dans la littérature*. Paris: Michalon, 2008.
- GARCIA, Regina Leite; MOREIRA, Antônio Flávio Barbosa (Orgs.). *Currículo na contemporaneidade – incertezas e desafios*. São Paulo: Cortez, 2012.
- CARNEIRO, Luiz Orlando. Número de faculdades de direito chega a mais de mil. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 17/06/2011. Disponível em

<<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/06/17/numero-de-faculdades-de-direito-chega-a-mais-de-mil/>>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

JOLY, Martine. *Introdução à análise da imagem*. Campinas, SP: Papirus, 2003.

_____. *A imagem e os signos*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2005.

LEITE, M. C. L.; HYPOLITO, Álvaro M.; LOGUÉRCIO, Rochele de Q. *Imagens, docência e identidade*. *Cadernos de Educação*, 2010.

LOPES, Alice C.; MACEDO, Elizabeth. *Teorias de currículo*. São Paulo: Cortez, 2011.

PORTUGAL, Daniel B.; ROCHA, Rose de Melo. *Como Caçar (e ser caçado por) imagens: entrevista com W. J. T. Mitchell*. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação | E-compós, Brasília, v. 12, n. 1, jan./abr. 2009.

MAINARDES, Jefferson. Abordagem do Ciclo de Políticas: uma contribuição para a análise de políticas educacionais. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 27, n. 94, p. 47-69, jan./abr. 2006.

NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica (Coords.). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SANTOS, André Leonardo C.; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÉCAIL, Claire. *Le crime à l'écran: le fait divers criminel à la télévision française (1950-2010)*. Paris: Nouveau Monde, 2010.

SHIROMA, Eneida Otto; CAMPOS, Roselane F.; GARCIA, Rosalba M. C. Decifrar textos para compreender a política: subsídios teórico-metodológicos para análise de documentos. *Perspectiva*, Florianópolis, v. 23, n. 02, p. 427-446, jul./dez. 2005. Disponível em <<http://www.ced.ufsc.br/nucleos/nup/perspectiva.html>> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45.

VILLEZ, Bárbara. *Television and the legal system*. New York: Routledge, 2010.

WELLER, Wivian; BASSALO, Lucelia de M. B.. *Imagens: documentos de visões de mundo*. *Sociologias*, vol.13, nº. 28. Porto Alegre, Sept./Dec. 2011.

Justiça Social e seletividade penal: ensaio de desconstrução da narrativa de justificação do poder punitivo

Salah H. Khaled Jr.*

Introdução

O direito penal promove rotineiramente a injustiça social.

A frase pode soar impactante, mas efetivamente reconhece a catastrófica realidade das práticas punitivas contemporâneas, que operam com acentuado nível de seletividade, contrariando de forma flagrante o mito moderno do direito penal igualitário.

Na concretude das coisas, o sistema acaba operando em torno de uma seletividade brutal quando deslocado da generalização da criminalização primária para a secundária: o programa legislativo “igualitário” é facilmente transformado em prática de perseguição ao inimigo, o que certamente diz algo

* Professor adjunto de Direito penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor Permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Licenciado em História (FAPA). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq). Autor de *A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial*, editora Atlas, 2013.

sobre suas suas condições de possibilidade.¹ Como observou Zaffaroni, o exercício de poder de todos os sistemas penais é conducente à reprodução de violência, seletividade, corrupção institucionalizada, concentração de poder, verticalização social e destruição das relações horizontais ou comunitárias: não são características conjunturais, mas estruturais.² O sistema acaba sempre tendo como alvos preferenciais os protagonistas das obras toscas da criminalidade, que causam menos problemas por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva.³

Temos que perceber urgentemente que isso é constitutivo e que a esperança consiste na redução da intensidade dos danos que o sistema inevitavelmente provocará aos que ele preferencialmente persegue, por se enquadrarem nos estereótipos criminais.⁴ É preciso abandonar a ilusão de que o saber jurídico-penal deve ser elaborado como se tudo ocorresse naturalmente da forma programada pela criminalização primária, pois dessa forma foi construída uma elaboração discursiva precária a serviço da seletividade, quando ela devia estar voltada

¹ Segundo Zaffaroni, “A criminalização primária é um programa tão imenso que *nunca e em nenhum país se pretendeu levá-la a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável* [...] por conseguinte, considera-se *natural* que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 44.

² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 15.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro ,ro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 46.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 47.

para a contenção de seus níveis.⁵ Logo, é equivocado falar em “crise”, considerada como contradição entre o discurso jurídico-penal dominante e a realidade operacional do sistema penal, pois é absolutamente utópico pensar que a realidade possa se aproximar da programação estabelecida por ele. Como indica Zaffaroni, “crise” é o momento em que a falsidade do discurso se torna tão evidente que ele desaba, desconcertando o penalismo.⁶ Sob este aspecto, temos que compreender a “crise” como um momento de oportunidade para que o discurso jurídico-penal seja finalmente confrontado com a realidade, desvelando sua particular aptidão para a perseguição de pessoas em situação de vulnerabilidade.⁷ Como admitir a continuidade de um aparato que de tal forma contraria os preceitos mais básicos da justiça social?

Não é aceitável que o discurso jurídico-penal esteja estruturado em torno de falsos dados sociais e que os penalistas permaneçam rechaçando as críticas ao direito penal como sociológicas, preservando o fetiche normativo.⁸ O direito penal precisa urgentemente dialogar com o mundo, abandonando crenças infundadas e comprometendo-se com a única missão que pode cumprir com eficácia empiricamente verificável: a contenção da torrente do poder punitivo.⁹ Para isso é preciso

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 65.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 16.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 49.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 67.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 96.

antes de tudo perceber que o direito penal (discurso dos juristas) não se confunde com a legislação penal (ato do poder político) e, logo, que o direito penal não se confunde com o poder punitivo.¹⁰ O direito penal deve funcionar como saber jurídico destinado a conter o estado de polícia e impulsionar o estado constitucional de direito, promovendo a realização constitucional da solidariedade e combatendo a seletividade, em todas as suas dimensões. Para que isso ocorra, temos que rechaçar as leituras que legitimam a injustiça social, a ambição de verdade e o castigo, repensando a estrutura de pensamento de acordo com um ideal de contenção do poder punitivo.

1. O direito penal e a seletividade social: a ilusão da promessa de segurança

É preciso deixar de lado o apego romântico ao projeto civilizatório moderno e reconhecer que a promessa de realização do ideal de segurança absoluta não pode ser mais do que mera ilusão. Em outras palavras, o elemento violência é constitutivo da própria vida em sociedade: não é um resto bárbaro do passado que será necessariamente extinto pela civilização.¹¹ Portanto, embora a violência possa assumir várias formas, não é possível concebê-la concretamente como aberração a ser erradicada por completo, mesmo que isso possa ser desejável: são padrões de comportamento que não estão à margem da cultura, mas que a compõem, como um de seus elementos nucleares.¹² Pode ser dito inclusive que o

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 38.

¹¹ GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chitto e GAUER, Ruth M. Chittó (orgs). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 13.

¹² GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chitto e GAUER, Ruth M. Chittó (orgs). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 14.

reconhecimento do caráter constitutivo desses fenômenos é um passo importante para a desconstrução dos sistemas discursivos de enfrentamento da violência que acenam com a possibilidade de superá-la e que, em nome dessa promessa, apenas produzem ainda mais violência: ela simplesmente está para além de qualquer possibilidade de controle embasada em utópicas promessas de segurança.

Temos que perceber que o espaço potestativo de discricionariedade que existe entre a previsão legal e a realidade concreta permite a prática de inúmeros abusos, muitas vezes festejados e comemorados por uma população que aplaude a barbárie, sem perceber o que realmente está em jogo. Vivemos em um contexto em que o tratamento penal da miséria é cada vez mais aceito como remédio para as mazelas do corpo social, fazendo do sistema penal um mecanismo de gestão da pobreza e de avanço totalitário da indústria de controle do delito. Com isso são possíveis dois efeitos perversos: calabouços brutalmente desumanos são aplaudidos pela população, que simultaneamente se sujeita à ampliação de meios de controle antidemocráticos, acreditando que com isso terá mais segurança. Qualquer medida de intensificação da repressão é comemorada, pois a percepção generalizada é de que o sistema é conivente com a criminalidade.

Sem dúvida, trata-se de um cenário que favorece imensamente a prosperidade da indústria do controle do delito. Como qualquer indústria, a indústria de controle do delito visa permanente expansão, com uma grande vantagem, já que fornece armas para o que é percebido como guerra permanente contra o crime, o que lhe garante contínuo apoio popular na luta contra os inimigos do corpo social.¹³ Com isso o direito penal é cada vez mais banalizado, transformando-se em um remédio supostamente apto a curar todos os males, enquanto o

¹³ CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Del Puerto, 1993. p. 21.

Estado se esquivava dos investimentos sociais necessários. Trata-se de um absurdo, pois como refere Lopes Jr, “não se edifica uma ordem social apenas com base na repressão”.¹⁴

Desse modo, um sistema penal autofágico – que alimenta a si mesmo através da exclusão reiterada de parcela significativa da sociedade – prospera irrestritamente, legitimado pela guerra santa exercida em nome da segurança.¹⁵ A ilusão alimentada pela crença cega no penalismo acaba provocando o contínuo endurecimento e hipertrofia da legislação penal, com a atribuição de missões que extrapolam qualquer possibilidade de concretização, mas que contribuem para o encarceramento massivo, aplaudido pelos empresários morais da mídia e pelos marionetes das agências de reprodução ideológica.¹⁶ O controle penal se expande em espiral, instalando uma lógica de monitoramento constante da vivência humana, sem que as pessoas percebam que estão sendo seduzidas pelo que Zaffaroni chamou de

¹⁴ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 29.

¹⁵ Lopes Jr sintetiza a questão: “Primeiro vem a exclusão (econômica, social, etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um ciclo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não-excluídos (mas não menos delinquentes)”. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 16.

¹⁶ Tais empresários não são recentes e já fazem parte da cultura brasileira pelo menos desde a década de 80. Como observou Nilo Batista, “No Brasil, não temos a pena de morte na legislação, mas ela é aplicada largamente, tolerada e estimulada por discursos que ou desqualificam o acusado (“ele é bandido”), liberando-o à sanha dos esquadrões da morte a soldo de grupos sociais bem caracterizados, ou exercem diretamente a apologia do extermínio (bandido bom é o morto)”. BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 103.

criminologia midiática. Tudo isso demonstra que os temores de Christie eram mais do que justificados: a proximidade com o totalitarismo é maior do que se supõe.¹⁷ Trata-se de uma dinâmica repressiva inteiramente equivocada em suas premissas básicas, pois não é com autoritarismo que se alcançará a tão desejada segurança: pelo contrário, são maximizados os níveis de insegurança, particularmente para quem está em situação de vulnerabilidade.¹⁸ Como Zaffaroni destaca, existe um discurso que vende “segurança” como uma abstração enganosa:

Administrativamente, existe uma *área de segurança* em todo governo, porque é necessário, de algum modo, atribuir nomes às polícias e seus assemelhados. A criminologia midiática se apropria dessa denominação e constrói uma *realidade de segurança* bastante difusa, mas dela deduz imediatamente – e os juristas engolem – um direito à segurança. Com essa invenção bastante indefinida, chega-se ao núcleo do discurso autoritário, que é incutir uma falsa opção entre *liberdade e segurança*, em um plano de máxima abstração.¹⁹

¹⁷ Segundo Zaffaroni, “O que a criminologia midiática oculta cuidadosamente do público é o efeito potencializador do controle e redutor do espaço de liberdade social. A necessidade de nos proteger *deles* justifica todos os controles estatais, primitivos e sofisticados, para prover *segurança*. Em outras palavras: o *nós* pede ao Estado que vigie mais a *eles*, mas também o próprio *nós*, pois necessitamos ser monitorados para sermos protegidos”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 317.

¹⁸ Lopes Jr afirma que “como consequência desse cenário de risco total, buscamos no Direito Penal a segurança perdida. Queremos segurança em relação a algo que sempre existiu e sempre existirá: violência e insegurança”. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 54.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 463. Grifos do autor.

É justamente essa falsa opção que legitima discursivamente a ampliação do controle, como se o interesse de liberdade não fosse de todos nós e como se realmente existisse um direito à segurança para além da falácia discursiva.²⁰

A expansão da lógica do controle é mundial. Não é um fenômeno brasileiro, ainda que aqui tenha características bastante peculiares. Sua disseminação fez inclusive com que a violência se tornasse um produto, que é avidamente consumido por uma população sedada por um discurso que produz sujeição simbólica: faz com que próprio público que é alvo preferencial da guerra pela segurança aplauda o contínuo endurecimento do sistema penal, pedindo e apoiando a implantação de medidas como a pena de morte e a redução da maioria penal.²¹ É nesse sentido que a exclusão não é apenas uma palavra, mas uma verdadeira categoria inteiramente diversa de exploração, por exemplo. Para os excluídos sequer se prevê exploração, mas gestão da pobreza: é contra eles que o sistema penal preferencialmente atua. O explorado ainda está integrado, ainda que sob o signo da

²⁰ Zaffaroni denuncia que “a armadilha da abstração consiste em pretender a existência de um *direito à segurança* volátil. Isso não é mais do que um recurso retórico de *clonagem de direitos e realidades*. Nenhuma vítima tem um *direito*, suposto e abstrato, à *segurança* afetado, mas um direito, real e concreto, à vida, à integridade física, à liberdade sexual, à propriedade, etc.. Se alguém duvida disso, bastaria perguntar a qualquer vítima de violência o que é que lhe afetou. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelares. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 463.

²¹ Nilo Batista descreveu no início da década de 90 um cenário que permanece atual: “Sempre que ocorre uma onda de violência, ou um crime particularmente cruel, aparecem políticos oportunistas pregando a pena de morte. [...] algumas pessoas de boa-fé acabam acreditando que a pena de morte pode ajudá-las, que a pena de morte pode diminuir os assaltos, os estupros, os homicídios, etc.” BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 18.

dominação, ao sistema capitalista. O excluído está fora e por isso deve ser isolado e neutralizado. Dessa forma, o problema social deve ser “resolvido” com aparato policial. Não chega a ser uma novidade neste país, pois desde a República Velha já vem sendo dito que “a questão social é um caso de polícia”.²²

Nesse sentido, até mesmo a pretensão aqui esboçada de contenção da violência institucional deve operar inevitavelmente a partir da perspectiva de redução de danos, reconhecendo que historicamente a intervenção jurídico-penal muitas vezes se mostrou mais apta a maximizar danos do que a contê-los. Afinal, o que representam em termos de custo social os mandamentos e proibições penais? Temos um sistema que para muitos é voltado para o combate ao crime, mas que continuamente amplia a esfera do que é classificado como crime, fazendo com que cada vez mais aspectos da vida humana sejam criminalizados em nome da irrealizável promessa civilizatória. As metas estabelecidas pelo pensamento jurídico-penal sedimentado potencializam violências incomensuráveis e paradoxalmente reduzem o próprio poder jurídico, ou seja, das agências judiciais.²³ Com isso a imagem bélica do sistema penal é continuamente fortalecida, o que legitima o poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, debilitando os vínculos sociais horizontais e reforçando os verticais.²⁴ Em outras palavras, a hipertrofia da legislação penal e a seletividade de sua realização parcial conformam uma lógica perversa, que opera de forma diametralmente oposta ao projeto

²² Frase proferida por Washington Luís, último presidente da República Velha.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 71.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 59.

constitucional de solidariedade social. Precisamos nos insurgir contra a continuada reafirmação dessa barbárie.

Como já observado, a “crise” do discurso jurídico-penal não é contemporânea, mas sim, genética: decorre de impasses constitutivos que não foram superados e que comprometem a sua função de garantia contra o poder punitivo, designando ao direito penal funções que ele jamais teria como cumprir. Tristemente, muitos sequer percebem tais impasses e apenas reproduzem espasmodicamente as mesmas velhas categorias que se prestam tão facilmente a fins espúrios. Será preciso, se necessário for, metaforicamente rasgar suas pálpebras para que enxerguem com o que compactuam.²⁵

Parece difícil escapar de uma constatação: o discurso jurídico-penal ainda navega nos mares de uma sapiência sedada e que anestesia, pois está repleto de ardis discursivos altamente sedutores que justificam o injustificável, legitimam o ilegítimável e adoçam com ornamentos falaciosos as violências que consubstanciam. Tudo isso passa na maioria das vezes despercebido pelo engenho de produção de máquinas acéfalas que é – ou acaba sendo – a (de)formação jurídica, lugar de reprodução de um conjunto de perguntas-respostas nos quais os penalistas em geral creem – e a palavra certa é crença – piamente. Assim, diante da afirmação – aqui enfaticamente sustentada e levada ao seu extremo – de que o sentido do direito penal deve consistir acima de tudo no estabelecimento de um dique de contenção da torrente do poder punitivo,

²⁵ Como afirma Zaffaroni, “pretender conservar um poder exercido mediante um discurso falso, quando se sabe que este legitima – e sustenta – um poder diverso exercido por outros, que custa vidas humanas, que degrada um grande número de pessoas (tanto aquelas que o sofrem quanto as que o exercem) e que se trata de uma constante ameaça aos âmbitos sociais de auto-realização, é, a todas as luzes, eticamente reprovável”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 75.

muitos deles demonstrariam enorme perplexidade e até mesmo revolta.²⁶ Afinal, não é o direito penal o ramo do ordenamento jurídico que define as condutas lesivas aos bens jurídicos – ações ou omissões – e estabelece as sanções correspondentes, penas ou medidas de segurança? A especificidade do direito penal não está no que a nomenclatura lhe designa, a aptidão para aplicar penas, sendo isto o que o diferencia dos demais ramos do direito? Não é o direito penal o meio de controle social formal que visa a tutela de bens jurídicos, estipulando sanções às lesões mais graves aos bens mais importantes?

Poucos ousariam insurgir-se contra esses truísmos tantas vezes afirmados, a ponto de tornarem-se dogmas inatacáveis. Quem ousar fazer isso será seguramente taxado de irracional, como se a racionalidade – a única racionalidade aceitável ou possível – fosse aquela que apenas nada conforme a corrente. Ora, essas perguntas-respostas não são inofensivas. Demarcam um sentido, um lugar de atuação e os postulados de um saber. São encontradas em praticamente todos os tratados, cursos e manuais de direito penal e reproduzidas em coro uníssono, monossilábico e magisterial pelos seus narradores. É através delas que os futuros bacharéis dão os seus primeiros passos e adentram o universo dos infinitos problemas – ainda que não percebidos como tais – que orbitam em torno do sistema penal. É assim que (re)nasce e prospera discursivamente uma concepção de direito penal como remédio para todos os males. Afinal, se o direito penal não só protege como protege de forma mais qualificada, o resultado desse raciocínio é a expansão irrefreável da legislação penal, o que em última análise levaria à pena de morte para todos os delitos, já que quanto maior a ameaça abstrata e a sanção concreta, maior a referida proteção. Em última análise, estamos falando

²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 156-157.

do potencial extermínio da espécie humana, já que todos somos criminosos, como a criminologia há muito desvelou.

Todas essas construções discursivas sedimentadas – apesar dos méritos parciais de algumas delas – produzem muito pouco além da legitimação do ilegítimo por definição. O que esperar afinal do direito penal? Direito a quê? Para a razão dominante, isso é mais do que evidente: direito a impor penas, cuja titularidade pertence ao Estado, que tem o monopólio exclusivo do direito de punir. Velhas fórmulas, surradas e desgastadas – não que algum dia tenham tido qualquer validade para além das violências que pseudo-legitimam – mas que permanecem sendo continuamente e pedagogicamente proferidas. Quando a terminologia é discutida nos cursos, manuais e tratados, a discussão limita-se a dizer que o outro termo utilizado – a falsa alternativa denominada direito criminal – encontra menor difusão e que o termo direito penal é mais correto, apesar de certa imprecisão, devido à incorporação tardia das medidas de segurança.²⁷ O problema está diante dos penalistas, que optam por deliberadamente ignorá-lo. Com isso continua prosperando uma espécie de obsessão punitivista pela realização positiva do direito penal, como se ele somente ganhasse vida com a aplicação de sanções. **Enfim, o direito penal encontra seu sentido último como dique de contenção ao poder punitivo; se este não é o único sentido possível, é o único sentido aceitável em um Estado Democrático de Direito, comprometido com a realização constitucional da solidariedade.** Como reflete Zaffaroni

O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um *dique* que contenha o estado de polícia, impedindo

²⁷ Para Zaffaroni, as medidas não passam de uma classe particular de penas, com menores limites e garantias que outras, ou pelo menos uma clara expressão do poder punitivo. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 39.

que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o *dique* por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, *filtrando* apenas a torrente menos irracional e reduzindo a sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção.²⁸

Rui Cunha Martins refletiu sobre a brilhante metáfora de Zaffaroni e concluiu que o dique, como limite que é, não funciona sozinho: ele é um mecanismo suscetível de agenciamento, indicando que a metáfora do dique é, em rigor, a metáfora do homem por detrás do dique, que o pode mover num sentido ou noutro, manifestando o lugar autoral que é seu. Segundo Cunha Martins, “o ‘dique’ é metáfora jurídica, sim; transforma-se, enquanto ‘homem do dique’ em metáfora política. Eis o que *limite* faz ao direito: diz-lhe a politicidade que carrega”.²⁹

Evidentemente, Cunha Martins refere-se aqui ao juiz e ao seu papel. Diferentemente do direito civil, o direito penal não se realiza senão através do processo. O processo deve ser um limite ao poder; se não fosse esse o seu sentido, sequer precisaria existir. O processo é o caminho necessário – o único possível – para a imposição da pena. Trata-se de um ritual de redução de complexidade que condiciona a manifestação do poder punitivo a um conjunto de requisitos impostos pelas regras do jogo do devido processo legal, salvo para aqueles que

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 156-157.

²⁹ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

continuam a louvar a ambição de verdade inquisitorial. Infelizmente, não são poucos que o fazem.

2. Processo penal do cidadão e processo penal do inimigo: a ambição de verdade em questão

A Constituição brasileira completou vinte e cinco anos em 2013. Para um país com pouca tradição democrática como o Brasil, trata-se de uma data marcante, pois estamos historicamente acostumados a testemunhar a ruptura autoritária da ordem política. No entanto, não temos muito a comemorar: seu déficit de efetividade é claramente visível, particularmente no que se refere ao âmbito das práticas punitivas. Os atores do sistema penal permanecem propensos a violar direitos fundamentais e flexibilizar garantias, deformando na prática a estrutura regradada do devido processo legal e consagrando cada vez mais o decisionismo.

No que diz respeito ao universo jurídico-penal, a Constituição representa uma abertura democrática em sede processual, consagrando um sistema acusatório.³⁰ No entanto,

³⁰ Como observa Lopes Jr, “inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da ‘lei’, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”. Segundo Lopes Jr, para além disso, a Constituição possui uma série de regras que desenham um modelo acusatório, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º LVII) e exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art.93, IX). LOPES JR, Aury.

continua irrealizada sua promessa acusatória, uma vez que nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer.³¹ Em nome dessa insaciável busca pela “verdade”, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo sentido consiste na obtenção da condenação a qualquer custo. O fetiche pela legislação infraconstitucional ainda seduz a imaginação persecutória de muitos magistrados: nosso Código de Processo Penal (de 1941) é tido como livro sagrado, continuamente apto a potencializar práticas visivelmente inquisitórias e antidemocráticas. Nada parece impedir a continuidade de sua aplicação e muito menos que diante da perspectiva de um novo código, os juízes se manifestem temerosos com a possibilidade de retirada de poderes que lhes permitam buscar a verdade real.³² Ainda temos que avançar e muito, pois permanecemos presos a um núcleo de pensamento autoritário que é preciso urgentemente superar para fortalecer a democracia e realizar o projeto constitucional de solidariedade social. Como observa Maier, a correlação entre o sistema político imperante e o conteúdo do direito processual penal é mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, incluindo o direito penal material.³³ Segundo Badaró, a questão é muito mais política do que técnico-processual, pois a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo que o Estado instituiu e das relações deste Estado com seus cidadãos.³⁴ Para

Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 182-183.

³¹ Ver KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

³² CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito:** the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 37.

³³ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. Buenos Aires:Editores del Puerto, 2006. p. 260.

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: RT, 2003. p. 106.

o autor, “a relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”.³⁵ Como assinala Goldschmidt, os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode ser dito que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição.³⁶ Portanto, temos aqui um impasse aparentemente insuperável: Constituição com projeto acusatório e realidade de consagração e celebração inquisitória, ainda que para muitos nosso sistema processual penal seja percebido como misto. Em outras palavras, um confronto aberto entre Estado de polícia em busca de expansão e Estado Constitucional de Direito em busca de afirmação.

No entanto, a exigência de solidariedade impõe que o funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – a dignidade da pessoa humana – em oposição à lógica persecutória que no passado organizou sistemas voltados para a implacável persecução dos indesejáveis, tidos como inimigos. A questão fulcral é que a epistemologia inquisitória foi concebida para homogeneizar o corpo social, matando a diferença, enquanto o nosso cenário democrático-constitucional impõe acima de tudo, o respeito e solidariedade ao plural.³⁷ Trata-se de uma lógica inteiramente

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 106.

³⁶ GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 778.

³⁷ Ao discutir a privilegiada relação entre direito e democracia, Prado sustenta que não é uma relação “[...] com uma democracia qualquer, fulcrada na declaração formal de respeito aos direitos fundamentais e numa vinculação passiva entre governados e governantes e sim na real democracia participativa, integradora e solidária, com inegável repercussão no plano do processo penal, de sorte que a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade

distinta da sensibilidade inquisidora que estruturou os sistemas de perseguição ao inimigo, como o delineado por Eymerich no *Manual dos Inquisidores*:

[...] é preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (*ut alii terreantur*). Ora, o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo.³⁸

A epistemologia inquisitória conforma um campo de saber voltado para o extermínio do inimigo: foi sistematizada no *Directorium Inquisitorum*, de Nicolau Eymerich – escrito em 1376 – e também no *Malleus Maleficarum*, publicado em 1487. Trata-se de um saber que, como Carvalho afirma, “não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(ra)m inspiração”.³⁹ O autor destaca que o modelo é trans-histórico, e tem “[...]alta funcionalidade para manutenção/legitimação de máquinas judiciárias autoritárias fundadas no signo do defensivismo”.⁴⁰ É nesse sentido que Cordero esclarece que floresce com a Inquisição uma retórica apologética cujos argumentos ressoam, como tais, em lugares e momentos distintos.⁴¹ Para Coutinho,

conviver”. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 40.

³⁸ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 122.

³⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 6.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 12.

⁴¹ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000. p. 19.

trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido.⁴²

De fato, o discurso de Eymerich estrutura uma lógica de orientação punitivista do sistema penal que pode ser constatada em vários momentos históricos, garantindo a hegemonia da ambição de verdade processual. Tomemos como exemplo a argumentação do Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do invívduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.⁴³

O paralelo que pode ser traçado entre as duas concepções não chega a ser surpreendente, uma vez que são lógicas orientadas para o extermínio dos que são tidos como inimigos pelos poderes estabelecidos. Entre Inquisição e Estado Novo, a correlação é mais do que perceptível. O que assusta é perceber o

⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

⁴³ BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 349.

quanto a finalidade de intimidação do corpo social ainda permeia o imaginário jurídico, em pleno contexto democrático de solidariedade que a Constituição impõe ao nosso sistema processual. A epistemologia inquisitória ainda prepondera, em nome de uma insaciável ambição de verdade que não expressa outra coisa que um desejo irrefreável de atingir a condenação, desprezando por completo o conceito de que forma é garantia, como exige o devido processo legal. O sistema inquisitório tem desprezo pela forma, ou seja, pelo meio; o que interessa é somente a patológica satisfação de sua inesgotável ambição de verdade: o processo é reduzido a uma sondagem introspectiva, na qual as formas constituem um dado secundário ou simplesmente sem importância, pois o que interessa é o resultado, seja como for obtido.⁴⁴

A questão é que a estrutura inquisitória não almeja propriamente a verdade, mas sim a condenação, que é obtida mediante a produção de uma verdade inteiramente fantasmagórica. Para Ferrajoli, o que caracteriza essa epistemologia é o decisionismo processual: o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena.⁴⁵ Portanto, como observa Carvalho, “se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que *a regra do poder penal é o inquisitorialismo*, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas”.⁴⁶ Não é por acaso que Alcalá-Zamora y Castillo refere a figura de um juiz-acusador: sua primeira e mais conhecida expressão é encontrada no processo penal inquisitório, no qual o juiz desempenha o papel de acusador. O autor reflete que a repulsa ao sistema

⁴⁴ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000. p. 264.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoría do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 36.

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 78. Grifos do autor.

inquisitório puro não decorre unicamente de certas características – como o segredo e as torturas – mas também da perigosa concentração de funções em uma única mão, mais grave ainda que as atividades conjuntas de instrução e acusação nas mãos do Ministério Público. Infelizmente, essa figura não pertence ao passado: ainda que com traços distintos dos medievais, não é nada difícil deparar-se com espécies de juiz-acusador nos tempos modernos.⁴⁷ Trata-se do julgador que desloca-se de seu local de passividade e efetivamente desenvolve atividades que são de iniciativa das partes. Nos códigos processuais hispânicos podem ser encontrados tais dispositivos dentro de textos de tendência acusatória, como por exemplo, no código espanhol, em que está prevista a “faculdade excepcional” de buscar uma mais acertada qualificação do delito, ou de solicitar “um maior esclarecimento sobre a questão debatida”.⁴⁸ Dispositivos que, diga-se de passagem, são muito semelhantes aos do Código de Processo Penal brasileiro e que são argumentativamente justificados através do recurso ao *deus ex-machina* que é o princípio da verdade real. Para Lopes Jr, tais dispositivos, como é o caso do art. 156, incisos I e II do CPP,

[...] externam a adoção do princípio inquisitivo, que **funda um sistema inquisitório**, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.⁴⁹

⁴⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general y historia del proceso**: Tomo I. México: UNAM, 1992. pp. 249-250.

⁴⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general y historia del proceso**: Tomo I. México: UNAM, 1992. pp. 266-267.

⁴⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73. Grifos do autor.

Não é nada surpreendente que um código inspirado na lógica persecutória do fascismo italiano e elaborado em um período autoritário da história brasileira seja fundamentalmente antidemocrático, como pode ser constatado pelas palavras de Francisco Campos na exposição de motivos:

O juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para as indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.⁵⁰

O anseio persecutório delineado pela lógica inquisitória proposta pelo sistema também pode ser percebido pela prerrogativa dada ao juiz para que nos crimes de ação pública possa “[...] proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.⁵¹ A desconformidade dessa estrutura de pensamento com a arquitetura normativa de contenção do poder punitivo delineada pela esfera constitucional é tão clara que sequer parece merecer maior exploração. Como observa Lopes Jr, “[...] todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rejeitados”.⁵² Portanto, diante da tentação do ativismo

⁵⁰ BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 352-353.

⁵¹ BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 355.

⁵² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183. Como observa Lopes Jr, é o caso de dispositivos fundamentalmente inconstitucionais do

judicial, o que se deseja é um modelo acusatório democrático, condizente com o limite constitucional e que como tal, mostre-se apropriado para uma perspectiva de redução de potenciais danos.⁵³ É inaceitável que o processo conforme um mecanismo de chancela da seletividade do sistema penal. Segundo Prado,

Deve-se, pois à concepção ideológica de um processo penal democrático, a assertiva comum de que sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despidendo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca de relação linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório.⁵⁴

No entanto, apesar de suas inegáveis virtudes, a questão é que tal modelo ainda está por ser concretizado na realidade concreta, o que infelizmente maximiza os danos decorrentes de condenações equivocadas. Afinal, a existência de um poder punitivo que se exprime através da jurisdição levará

CPP, como os arts. 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385, etc., que violam as regras do sistema acusatório constitucional. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 184.

⁵³ Em suma, o horizonte deve ser incisivamente contrário ao sentido concebido por Francisco Campos na exposição de motivos do CPP de 1941. Em suas palavras, “no seu texto não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”. BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 33.

inevitavelmente, à ocorrência de tais danos, uma vez que o processo sempre será um ritual de redução da complexidade que não tem a aptidão de reproduzir de forma perfeita e inequívoca o que, de fato, ocorreu. Essa insuperável deficiência é potencializada pela busca da verdade, pois ironicamente a ambição de verdade acaba matando o contraditório e construindo um conhecimento monológico, potencialmente desastroso. Precisamos acordar para essa realidade urgentemente. Como observa Prado, infelizmente

[...] a estruturação democrática do processo penal não se impõe simplesmente de cima para baixo, ainda que parta da Constituição, pelo menos não sem que se vençam fortes adversários culturais, credores inabaláveis na verdade real, absoluta, conquistável através de um procedimento penal de defesa social, como o inquisitório [...]⁵⁵

Eis nosso grande desafio: romper com a hegemonia da ambição de verdade. Os conceitos de cidadão e inimigo são absolutamente incompatíveis e exigem esse rompimento, para a realização constitucional da solidariedade. Não apenas porque a questão tenha relevância acadêmica, mas pelo fato de que a conformidade com esse critério efetivamente conduz a perspectivas muito distintas para os direitos fundamentais do acusado e para o desenrolar da atividade cognitiva. Para Goldschmidt, a finalidade do procedimento penal é a averiguação da verdade – de forma receptiva – e a verificação da justiça.⁵⁶ Mas segundo ele, existem dois caminhos distintos

⁵⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 37.

⁵⁶ O que indica que até mesmo Goldschmidt precisa ser superado neste aspecto, pois apesar de toda riqueza de sua concepção processual, ele ainda confere à verdade um lugar canônico, tornando o processo passível de sucumbir à patologia da ambição de verdade. Ver KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

para atingir este fim: o inquisitório e o acusatório. Na configuração acusatória, o juiz encarregado da jurisdição penal se limita às solicitações interpostas e ao material produzido pelas partes. Dessa forma o processo penal torna-se uma disputa entre partes, que considera que o melhor meio para averiguar a verdade e verificar a justiça é deixar a invocação do juiz e o recolhimento do material processual a quem persegue interesses opostos e sustenta opiniões divergentes, dispensando o juiz dessa tarefa e garantindo assim sua imparcialidade; trata-se de um sistema respeitoso da dignidade do acusado enquanto cidadão.⁵⁷ Goldschmidt considera inquisitório com forma acusatória o processo que permite que o juiz atue independentemente para averiguar e investigar os fatos.⁵⁸ Para Ferrajoli, é inadmissível que ao juiz sejam atribuídas funções postulantes, como a iniciativa probatória e o desenvolvimento da investigação com o auxílio da acusação; isso caracteriza o sistema misto e não o acusatório.⁵⁹ Segundo Giacomolli, “o princípio acusatório faz parte das garantias básicas do processo penal e implica, essencialmente, segundo Pico y Junoy, a existência de uma contenda processual entre duas partes

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 780.

⁵⁸ GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 780.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 488. O problema é que embora Ferrajoli não admita essa leitura, acaba mostrando-se incapaz de superar a arquitetura fundante do modelo de verdade correspondente, não potencializando a ruptura com o discurso hegemônico, que acaba sendo preservado sob a forma relativa ou aproximativa. O próprio autor emprega em alguns momentos o termo busca da verdade. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. pp. 50-51 e KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

contrapostas – acusador e acusado –, a ser resolvida por um terceiro imparcial, com uma clara distinção das funções processuais fundamentais”.⁶⁰ O autor destaca que em um sistema acusatório, “a iniciativa probatória pertence às partes e o juiz, enquanto tal, é um terceiro imparcial, motivo por que não é sua função a proposição de meios de prova, nem de forma subsidiária [...]”.⁶¹ Para Bachmaier-Winter, um processo em que a mesma pessoa assume a investigação do fato delitivo, coleta as provas e as valora para emitir a sentença viola claramente o princípio da imparcialidade.⁶² Segundo Prado, “[...] se na estrutura inquisitória o juiz ‘acusa’, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz do centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua

⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219

⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 224. De acordo com Giacomolli “Ao afirmar-se a pretensão acusatória em juízo, exercita-se a ação penal, originando um típico processo de partes. Ao terceiro imparcial se veda o exercício da ação penal e a prática de atos processuais próprios da parte acusadora. O sujeito que acusa não pode julgar e ao sujeito que julga não se permite que acuse direta ou indiretamente (proposição de meios de prova), sob pena de transformar o juiz em inquisidor, com a supressão da essência de terceiro imparcial, garantidor do *status libertatis*”. GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 227.

⁶² BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.) **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, p. 22.

atuação”.⁶³ Como aponta o autor, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.⁶⁴ Como observa Ferrajoli, ao sistema acusatório convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente do que sábio, enquanto o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa”.⁶⁵ Lopes Jr destaca que

É elementar que atribuir poderes investigatórios ao juiz é violar de morte a garantia da imparcialidade sobre a qual se estrutura o processo penal e o sistema acusatório, e ainda, não existe qualquer possibilidade “de bom uso” de tais poderes, pois eles somente serão invocados pelos inquisidores de plantão, de quem da bondade sempre há que se duvidar.⁶⁶

Por isso Lopes Jr sustenta que “[...] pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo”.⁶⁷ A imparcialidade não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório, comprometida no

⁶³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 106.

⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 461.

⁶⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 508.

⁶⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 70.

decisionismo inquisitório.⁶⁸ De fato, não são poucos os autores que consideram que os poderes instrutórios do juiz devem ser complementares; no entanto, não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não seja potencialmente danosa para o acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de solidariedade social, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*.

Portanto, consideramos que a quebra da gestão da prova pelas partes configura flagrante deformação da imparcialidade exigível ao juiz em uma estrutura que deve estar submetida ao projeto constitucional de solidariedade, conformando uma atuação inquisitória do magistrado, que é por excelência antidemocrática e dada a acentuar a seletividade do sistema penal. Dessa forma, Lopes Jr constata que continua a sustentar-se “[...] um verdadeiro processo penal do inimigo, que nega o réu como sujeito processual e, por conseguinte, todos os seus direitos e garantias fundamentais”.⁶⁹

Em última análise, é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência – e um processo de inspiração inquisitória, fundado na lógica de persecução ao inimigo. Em um processo o juiz ingressa predisposto a absolver, ciente de que a posição que lhe cabe é receptiva e que é a acusação que deve

⁶⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

⁶⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 506-507.

derrubar a presunção de inocência; em outro processo, o juiz entra movido por insaciável ambição de verdade e pratica ato de parte, o que só pode expressar um irrefreável desejo de condenação, negação completa de ideia de solidariedade. **Afinal, qual o processo que queremos?**

3. Minimizar a dor ou justificar a pena como meio de reintegração social?

Qualquer discussão de rejeição da seletividade do sistema penal e da ambição inquisitorial deve também passar pela renúncia aos vetores legitimantes da pena. Nesse sentido, justificar a pena através da prevenção especial positiva soa como piada de mau gosto, considerando que nosso sistema penitenciário flerta abertamente com o holocausto e comemora uma catástrofe contínua, acumulando ruína sobre ruína a cada dia que passa. Mas inevitavelmente ela deve ao menos ser mencionada – ainda que dela só restem escombros – já que está especialmente vinculada ao horizonte normativo brasileiro, uma vez que a Lei de Execução Penal estabelece de forma clara um ideal ressocializador, no que não se difere de outros países.⁷⁰ A lei espanhola prevê reeducação e reinserção social, a italiana a reintegração social e a lei alemã refere a capacitação do recluso para uma vida sem delitos.⁷¹

⁷⁰ Como refere Carvalho, a LEP de 1984, “[...] inspirada no programa político-criminal do movimento de nova defesa social, tematiza o projeto punitivo moldando-o a partir da noção de *ressocialização* (prevenção especial positiva)”. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 259.

⁷¹ MUNÓZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 179. Como observou Baratta, “El derecho penal contemporáneo se autodefine como derecho penal del tratamiento. La legislación más reciente atribuye al tratamiento la finalidad de reeducar y reincorporar al delincuente a la sociedad”. BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 357. Importante referir que Baratta escreveu em outro

O que diferencia o Brasil de outros países é a ausência de referência a qualquer teoria de legitimação da pena no texto constitucional, que apenas sinaliza com mecanismos de contenção de danos, sem designar qualquer propósito justificante à execução da pena privativa de liberdade, o que representa um grande avanço em relação à LEP. Não se poderia esperar menos de um texto constitucional comprometido com a justiça social. Para Carvalho, a ausência de qualquer discurso legitimante na Constituição impõe critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas, negando castigos cruéis e procurando delimitar o “como punir?”. Com isso a discussão é (ou deve ser) deslocada para os meios, deixando de lado a fixação obsessiva com os fins e reconhecendo que o poder punitivo por excelência extravasa os limites da legalidade.⁷²

Claro que ausência de justificação para a pena na Constituição não impede que o penalismo comprometido com a reprodução ideológica da barbárie continue a professar sua fé nos vetores legitimantes, o que não deixa de ser plenamente condizente com nossa cultura de jurídica de fetiche pela legislação infraconstitucional e rejeição do projeto de solidariedade social. Mas apesar de celebrada por grande parte dos penalistas clássicos e contemporâneos como algo essencial à própria existência da pena, a prevenção especial positiva encontra-se em profunda crise na realidade carcerária contemporânea, seja no contexto brasileiro ou internacional.⁷³

contexto. De lá para cá algumas coisas mudaram significativamente. O correccionalismo se encontra em franca decadência a partir dos anos oitenta, ainda que habite o imaginário de inúmeras teorias justificadoras da pena e permaneça sedimentado nas legislações penais.

⁷² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 260.

⁷³ Como observou Bitencourt, “A grande ocorrência de suicídios nas prisões é um bom indicador sobre os graves prejuízos psíquicos que a prisão ocasiona, e autoriza a dúvida fundada sobre a possibilidade de obtenção de algum

O processo de decadência do correccionalismo deve ser apreciado de forma cuidadosa, uma vez que seu apogeu perdurou durante boa parte do século XX nos Estados Unidos e na Europa, apesar dos seus pressupostos terem sido colocados em questão desde pelo menos a década de 40.⁷⁴ A decadência do correccionalismo mudou as regras do jogo: passou a predominar uma lógica de completo abandono, cujo teor catastrófico é nitidamente visível quando transposto para o contexto marginal da América Latina, já que aqui sequer tivemos algo como o *welfare state*. Os estadunidenses foram os precursores desse deslocamento de sentido, que logo começou a se estender também pela Europa. Como observa Wacquant, referindo-se ao contexto europeu, a criminalização da miséria e o enclausuramento dos marginalizados tomou o lugar da política social.⁷⁵

Wacquant denuncia que a guerra contra as drogas serviu

resultado positivo em termos de efeito ressocializador, especialmente quando se trata de prisão tradicional, cuja característica principal é a segregação total”. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. pp. 197-198.

⁷⁴ Como observa Carvalho, “As formas de compreensão e de orientação das ações realizadas no sistema penal fomentadas pela gramática do welfarismo penal correccionalista passam, a partir da década de 40, a receber incisivos questionamentos, desde o discurso jurídico-penal que revela a incapacidade de serem preservados direitos na instituição carcerária às perspectivas criminológicas críticas, de viés filosófico e sociológico, que questionam os fundamentos e as reais funções exercidas pelas prisões [...] em perspectiva acadêmica, a densificação da crítica aos fundamentos teóricos que sustentam o correccionalismo corporificado nas instituições totais (cárcees e manicômios) potencializa a criação de projetos alternativos de redução dos danos ocasionados pelas agências do controle social burocratizado.” CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre, Editora PUCRS, 2010. pp. 147-148.

⁷⁵ WACQUANT, Loïc. A tentação penal na Europa. In: Discursos sediciosos n.11/02. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 9.

como pretexto para a perseguição de componentes da população considerados menos úteis e potencialmente mais perigosos, como desempregados, sem-teto, vadios e outros marginais. Para ele, a “[...] superpopulação das prisões tem grande peso no funcionamento dos serviços correcionais e tende a rebaixar a prisão a sua função bruta de ‘depósito’ de indesejáveis”.⁷⁶ Parece óbvio que essa “função bruta” é a função por excelência da prisão hoje em dia no Brasil, que está voltada para a maximização dos níveis de dor intencional. Talvez não possamos sequer falar em retribuição: a inocuidade é o procedimento rotineiro do Brasil, que faz da realidade americana e europeia um conto de fadas em comparação.⁷⁷

Claro que no nosso caso nunca sequer houve o apogeu da ideologia correcional que David Garland chamou de previdenciarismo (ou *welfarismo*) penal, que por sua vez guarda relação com o Estado Social que também não experimentamos. Mas se na Europa já se verifica um processo de endurecimento das políticas penais, cada vez mais voltadas para a defesa social em detrimento da reinserção, o que dizer do Brasil? Estamos experimentando a maximização de níveis de dor que já eram insuportáveis, mesmo para nossa realidade marginal, de modo que o paralelo entre o movimento que a cultura do controle americana experimentou a partir da década

⁷⁶ WACQUANT, Loïc. A tentação penal na Europa. In: **Discursos sediciosos** n.11/02. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 10.

⁷⁷ Carvalho aponta que “Inegável, pois, que, se nos países centrais a reinvenção da prisão adquire funções instrumentais na nova lógica do capitalismo contemporâneo pós-*Welfare State*, o seu revigoramento adquirirá potência em grau superlativo nos países periféricos. Na margem, como é notório, as conquistas do Estado Social foram mero simulacro e, no que tange especificamente à dimensão do penal, os modelos correcionalistas foram implementados apenas formalmente”. CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre, Editora PUCRS, 2010. pp. 149-150.

de 80 e o que vivenciamos no Brasil atualmente é assustador, pois os efeitos aqui são muito mais profundos.⁷⁸

Por mais autistas que possam ser os delírios justificacionistas, não é possível crer que alguém em sua consciência ainda ouse dizer que entre o ideal normativo que vincula o sistema penitenciário ao cumprimento de metas de reinserção e a realidade concreta experimentada pelos detentos não existe um abismo incomensurável.⁷⁹ Para Pavarini, “após dois séculos de investigação, todas as pesquisas dizem que não temos provas de que a prisão efetivamente seja capaz de reabilitar. Isso acontece em todos os lugares do mundo”.⁸⁰

Diante disso, o tão sonhado êxito na ressocialização soa como mero artifício ardiloso de justificação, ou na melhor das hipóteses, como promessa utópica irrealizável. As histórias de “sucesso” daqueles que emergem do sistema penitenciário são histórias de sobrevivência. Não são demonstrações da capacidade da pena para fazer o bem. A prisão não ressocializa. Ela dessocializa. Ela não integra, mas segrega. Se ela ensina algo, são estratégias de sujeição e sobrevivência na própria

⁷⁸ Garland refere que os novos arranjos do controle do crime envolvem alguns custos sociais: “a intensificação das divisões sociais e raciais; o reforço dos processos criminogênicos; a alienação de muitos grupos sociais; o descrédito da autoridade legal; a redução da tolerância civil; a tendência ao autoritarismo – estes são os resultados suscetíveis de serem produzidos pela confiança em mecanismos penais e na manutenção da ordem”. GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 429.

⁷⁹ Como percebeu Baratta, “La cárcel es contraria a todo moderno ideal educativo, porque éste se apoya sobre la individualidad, sobre el respeto del individuo, alimentado por el respeto que el educador tiene de ella”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 368.

⁸⁰ PAVARINI, Massimo. Punir mais só piora crime e agrava insegurança (entrevista). Folha de São Paulo, São Paulo, 31/08/2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm> Acesso em 02/02/2014.

prisão.⁸¹ O que é a prisão efetivamente faz é neutralizar seletivamente quem comete crimes como se inimigo fosse, mesmo que isso coloque em questão o Estado Democrático de Direito, o que é comprovado pelos últimos séculos de atividade do poder punitivo.⁸² Não seria exagero dizer que a prevenção especial positiva está rapidamente se tornando prevenção especial negativa na prática, pelo menos contexto brasileiro: está voltada cada vez mais para a simples inocuidade dos detentos, no que se aproxima muito da lógica de segregação e incapacitação dos inimigos, típica da Alemanha Nazista. Nada poderia estar mais distante do ideal de solidariedade do que o tratamento dispensado a nossa população carcerária.

A suposta vocação da prisão para transformar o anormal em normal, ou seja, para normalizar é rotineiramente

⁸¹ Para Baratta, “Las relaciones sociales y de poder de la subcultura carcelaria tienen una serie de características que las distinguen de la sociedad externa, y que dependen de la particular función del universo carcelario, pero que en su estructura más elemental no son más que la ampliación en forma menos mistificada y más "pura", de las características típicas de la sociedad capitalista. Son relaciones sociales basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal, en el interior de las cuales los individuos socialmente más débiles son llevados a desempeñar funciones de sumisión y explotación” BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004. pp. 370-371. Como indica Bitencourt, “O recluso adapta-se às formas de vida, uso e costumes impostos pelos próprios internos no estabelecimento penitenciário, porque não tem outra alternativa. Adota, por exemplo, uma nova forma de linguagem, desenvolve hábitos novos no comer, vestir, aceita papel de líder ou papel secundário nos grupos de internos, faz novas amizades etc. Essa aprendizagem de uma nova vida é mais ou menos rápida, dependendo do tempo em que estará sujeito à prisão, do tipo de atividade que nela realiza, sua personalidade, suas relações com o mundo exterior etc.”. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 187.

⁸² PAVARINI, Massimo. Punir mais só piora crime e agrava insegurança (entrevista). Folha de São Paulo, São Paulo, 31/08/2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm> Acesso em 02/02/2014.

desmentida, sem que sequer seja necessário aprofundar a discussão em torno do que, afinal, é esse ser “normal” que seria tão desejável para o bem estar social. Afinal, o que é – ou poderia ser – ressocializar? Ou mesmo socializar? De que forma o tempo do condenado deve ser utilizado para atingir um padrão de vida aceitável, curando o indivíduo que padece dessa enfermidade que é a propensão ao crime? Será uma concepção ético-religiosa de expiação apta a concretizar o mito burguês da reeducação e reinserção social do condenado, como provocou Baratta?⁸³ Como refere Carvalho, é inegável a (i)legitimidade das técnicas de individualização da pena moldadas a partir da ideia de ressocialização, assim como a inversão ideológica que ocorre com a contrainstrumentalização dos direitos dos condenados.⁸⁴

Como evitar a reincidência se o “tratamento” prescrito visa a pura e simples neutralização? Como impedir que a prisão dessocialize e estigmatize, o que ela inevitavelmente faz, mesmo nos programas mais renomados e cercados de garantias, quem dirá no nosso, que trata o apenado como inimigo?⁸⁵ Como educar para a liberdade em condição de não

⁸³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004. pp. 372-373.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 259.

⁸⁵ Como aponta Bitencourt, “Será possível evitar a produção de danos físicos, e de certos danos psíquicos, com prisões que contem com uma adequada planta física, com melhores condições de higiene e com tratamento mais condizente com a dignidade do recluso. No entanto, sempre se produzirão algumas lesões invisíveis, visto que quando se interrompe o ciclo normal de desenvolvimento de uma pessoa se provoca dano irreparável. O isolamento da pessoa, excluindo-a da vida social normal – mesmo que seja internada em uma “jaula de ouro” –, é um dos efeitos mais grave da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível. É impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento”. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da**

liberdade? São perguntas que as ideologias (re) não conseguem responder, ou que não respondem de forma minimamente satisfatória, ainda mais considerando o quanto o direito penal opera de forma seletiva. Como observou Baratta, o direito penal é o direito desigual por excelência.⁸⁶ Mas curiosamente, é manejado e vendido como se igualitário fosse. Enfim, são inúmeros os argumentos que demonstram o quanto a prisão é incapaz de promover quaisquer efeitos benéficos para os apenados.⁸⁷ Isso é tão óbvio que nem sequer mereceria qualquer discussão, se não fosse pelo justificacionismo de plantão.

Considerando as condições do sistema penitenciário brasileiro, essas críticas adquirem um significado ainda maior. **Precisamos romper com a ilusão do correccionalismo projetado pela LEP e reconduzir o problema da pena ao universo constitucional, abrindo mão dos horizontes justificacionistas conducentes à celebração da barbárie nas práticas punitivas. Somente assim podemos pensar em uma estrutura de redução de danos que reconheça a condição de cidadão do condenado, por exigência constitucional do princípio da humanidade e da decorrente vedação de penas degradantes da dignidade da pessoa humana.**

pena de prisão: Causas e Alternativas. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 160.

⁸⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal.** Buenos Aires: B de F, 2004. p. 362.

⁸⁷ Para Bitencourt, “Todos os transtornos psicológicos, também chamados reações carcerárias, ocasionados pela prisão são inevitáveis. Se a prisão produz tais perturbações, é paradoxal falar em reabilitação do delinquente em um meio tão traumático como o cárcere. Essa limitação é um das causas que evidenciam a falência da prisão tradicional”. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da pena de prisão:** Causas e Alternativas. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 199.

4. A necessária rejeição aos discursos justificantes da pena

Por exigência da realização constitucional da solidariedade, é inadmissível que o intelectual engajado e enojado com as práticas punitivas no Brasil tenha a ousadia de aderir a qualquer teoria da pena. Como demonstrou Zaffaroni, as teorias da pena servem a um propósito político de justificação do poder punitivo, estranho ao âmbito de um direito penal comprometido com o avanço do Estado Constitucional de Direito. Portanto, como não interessa aos penalistas – ao menos aos que estão comprometidos com a contenção do poder punitivo – legitimar a pena, resta a conclusão de que todas as leituras legitimantes do discurso penológico devem ser rechaçadas.⁸⁸ Todas as teorias que respondem positivamente ao “por que punir?” conformam construções narrativas que – mesmo indiretamente – produzem continuamente catástrofes, visto que suas funções latentes garantem o espaço necessário para a prosperidade irrestrita do poder punitivo e afirmação do totalitarismo: promovem o Estado de Polícia e fragilizam o Estado Constitucional de Direito. Quem não enxerga isso só pode estar sofrendo de cegueira normativa, que obstaculiza a percepção dos cadáveres produzidos pelo direito penal.⁸⁹

Diante dessas conclusões, fica claro que qualquer

⁸⁸ Como percebeu Carvalho, o “[...] discurso jurídico, em particular jurídico-penal, em razão de sua tradição metafísica, acaba neutralizando as formas de enfrentamento da situação, pois, invariavelmente, remete a discussão de problemas reais ao plano dos fundamentos da punição, dos critérios de definição das penas, do grau de lesão da conduta ao bem jurídico entre outros temas extremamente caros aos teóricos da pena e do delito”. CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre, Editora PUCRS, 2010. p. 162.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

discurso verdadeiramente crítico ao arbítrio do poder punitivo no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade deve rechaçar todos os vetores das teorias legitimantes da pena.⁹⁰ Não é através de um lamento pela não realização ou realização parcial de uma dada teoria a que se professa aderência que avançaremos. É urgente o rompimento com o sonambulismo dogmático que nega a agonia experimentada pelos recolhidos aos calabouços medievais que chamamos de presídios. Temos que lutar pela minimização da dor, aceitando que inevitavelmente a pena produzirá sofrimento, algo do qual podemos ter certeza, diferentemente dos devaneios que ocuparam a mente dos penalistas nos últimos séculos. Temos que romper com a síndrome do que Zaffaroni referiu como revelação do penalista: será que o teórico penal recebe a visita de alguma entidade misteriosa ou nos sonhos esta o faz chegar a uma revelação acerca do fim, sentido, objeto ou essência do poder punitivo?⁹¹

Não é possível que enquanto a realidade desmente de forma escandalosa todas as funções atribuídas a pena – ignoradas pelo texto constitucional –, os penalistas permaneçam fazendo desse tópico objeto de fetiche, continuando a indagar qual a resposta mais apropriada à singela pergunta “por que punir?”, quando o que interessa é limitar os níveis de dor intencional que são impostos aos que

⁹⁰ O penalista comprometido com a contenção do poder punitivo deve ter como horizonte de ação o combate sem trégua contra toda e qualquer teoria justificante da pena. Essa rejeição deve abarcar necessariamente todas as respostas positivas ao “por que punir?”, o que inclui todas as variantes clássicas e contemporâneas da questão e, logo, vale também para as construções discursivas de autores contemporâneos como Ferrajoli, Faria Costa, Roxin, Hassemer e Jakobs, que não ultrapassam os limites narrativos do justificacionismo.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 403.

são tragados pelo sistema penal.⁹²

Os níveis de sofrimento atingiram patamares tão elevados que o que estamos vivendo talvez mereça o nome de técnica industrial de extermínio, diante da flagrante disparidade entre pena prevista e castigo vivido. O que impera é a lógica da guerra, mostrando que Tobias Barreto já havia percebido há mais de um século atrás o sentido do castigo. O autor enfatizou que o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político.⁹³ Para ele, quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra: a pena – considerada em si mesma – nada tem a ver com a ideia de direito e isso fica provado pelo fato de que ela é muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, ou seja, do que há de mais alheio à vida jurídica.⁹⁴

São argumentos inteiramente condizentes com os que

⁹² Como observou Christie, “Despues de la muerte, el encarcelamiento es el ejercicio de poder mas severo que el Estado tiene a su disposicion. Todos nosotros tenemos la libertad limitada de alguna manera: forzados a trabajar para subsistir, obligados a subordinamos a nuestros superiores, encerrados en clases sociales o aulas, prisioneros del nucleo familiar . Pero a excepcion de la pena de muerte y la tortura fisica -medidas de uso limitado en la mayoria de lós paises de los que trata este libro-, nada es tan extremo en cuanto a restricciones, degradacion y despliegue de poder como la carcel”. CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Del Puerto, 1993. p. 33.

⁹³ BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 143.

⁹⁴ BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 144. Obviamente não podemos deixar de referir que o processo penal ainda está repleto de categorias religiosas. A epistemologia dominante continua sendo a delineada por Eymerich no manual dos inquisidores. Sobre o tema, ver KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

desenvolvemos até aqui, mas que sem dúvida soam estranhos para quem concebe o direito penal como algo essencialmente normativo. É comum que os penalistas tratem do problema político do pensamento jurídico-penal a partir de uma perspectiva de legitimação, atuando no âmbito de agências de reprodução ideológica do discurso sedimentado. Trata-se de uma estrutura de pensamento putrefata e que deve ser posta abaixo sem misericórdia, o que pode ser feito sem grande dificuldade a partir de uma conexão com a teoria agnóstica da pena, proposta por Zaffaroni. Ele define a pena como um exercício de poder. Confessa desconhecer sua função e, logo, abdica de qualquer resposta justificacionista ao “por que punir?”. Com isso Zaffaroni procura legitimar e ampliar o poder jurídico, visando a contenção do poder punitivo e reconduzindo a questão da pena ao âmbito político.⁹⁵ Segundo Carvalho, “entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito. Pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada de dor”.⁹⁶

Com a teoria agnóstica da pena temos subsídios para enterrar os malabarismos narrativos do justificacionismo e especialmente um em particular: o mito da ressocialização. Afinal, será possível cogitar em alguma medida a vocação para *ressocializar* através da pena privativa de liberdade, quando ela é na verdade um exercício de poder voltado para a dor e capacitado para o extermínio? Para Carvalho, “abandonar quaisquer teorias justificacionistas, sobretudo os modelos ressocializadores, é efeito primeiro da adoção da perspectiva

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 108-112.

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 267.

agnóstica de redução dos danos penais”.⁹⁷

Portanto, a realidade desmente de forma flagrante o delírio alimentado pelo penalismo: a justificção da pena e do suposto direito de punir através de um conjunto de artimanhas discursivas cujo verdadeiro sentido consiste na legitimação do ilegítimável por definição. Precisamos enterrar esses espantelhos discursivos urgentemente para impedir que o direito penal continue sendo um instrumento a serviço da catástrofe.⁹⁸

Desse modo, a teoria agnóstica da pena pode contribuir decisivamente para a redução de danos, assumindo que a perspectiva de minimização da dor provocada pelas práticas punitivas deve ser o norteador dos discursos jurídicos. Zaffaroni refere que

se o saber jurídico-penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero *factum*, assumiria diante dele a nobre função de projetar normativamente sua contenção para preservar o estado de direito e prevenir os massacres, e recuperaria a dignidade que, em boa medida, perdeu ao longo da história, ao justificar os mais horrorosos crimes de Estado.⁹⁹

⁹⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269.

⁹⁸ Como explica Carvalho, “Ao assumir a pena como realidade (fenômeno) da política, a minimização dos poderes arbitrários exsurge como reação igualmente política. O projeto de redução dos danos decorrentes da punitividade atinge todas as fases de sua individualização, no esforço de redefinir critérios de sua cominação, aplicação e execução, a partir da observância dos postulados constitucionais de proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso”. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 404.

5. Considerações finais

A realização constitucional da solidariedade é sem dúvida o caminho a seguir. Nada exterminou tantos bens jurídicos nos últimos séculos como o poder punitivo. Todos os avanços da dignidade da pessoa humana foram historicamente conquistados em luta contra ele ou a sua revelia. Não podemos continuar a crer na bondade do poder punitivo: isso está mais do que claro para aqueles que estão comprometidos com uma proposta de minimização da dor e redução de danos, que é afinal, o que podemos atingir em um horizonte pragmático de atuação. Muitos podem sonhar com a extinção do direito penal, do processo penal e da pena, mas convenhamos que embora isso possa ser desejável, dificilmente será possível em nosso tempo. Seria inclusive temerário se isso acontecesse agora, pois é bem provável que algo ainda pior tomaria o lugar do sistema penal. O que podemos fazer é abalar as estruturas do pensamento e ver o que remanesce, o que se sustenta, o que pode contribuir para fazer com que a realidade concreta deixe de ser o lugar do insuportável, ou ao menos, fazer com que esse insuportável deixe de ser percebido como suportável, o que é imprescindível para que qualquer mudança ocorra. É nesse sentido que esse texto reconhece a policidade de seu lugar de produção e assume um compromisso irrestrito de promoção do Estado Constitucional de direito e contenção do Estado de polícia, condição necessária para a realização constitucional da solidariedade.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general y historia del proceso**: Tomo I. México: UNAM, 1992

BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.) **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre, Editora PUCRS, 2010.

CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal: Tomo I**. Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chitto e GAUER, Ruth M. Chittó (orgs). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2008.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

MUNÕZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAVARINI, Massimo. Punir mais só piora crime e agrava insegurança (entrevista). Folha de São Paulo, São Paulo, 31/08/2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm> Acesso em 02/02/2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WACQUANT, Loïc. A tentação penal na Europa. In: Discursos sediciosos n.11/02. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Crime continuado no Direito Penal brasileiro

Maria de Fátima Prado Gautério*

Introdução

O denominado “crime continuado” está previsto dentro das modalidades de concurso de crimes, encontrando-se tipificado no art. 71 do CP logo após o concurso material e o concurso formal, respectivamente artigos 69 e 70 do CPB. Poderia estar situado perfeitamente entre a teoria do crime e a teoria da pena, uma vez que apresenta pontos de ligação com ambas. Todavia o legislador entendeu por situá-lo na parte relativa as consequências do delito, considerando-se a importância decisiva do reconhecimento do mesmo na fixação da pena.

A dogmática penal brasileira adotou a teoria da Ficção Jurídica com relação ao crime continuado reconhecendo que a unidade existente no mesmo é fruto de uma criação legal com vistas a imposição de uma pena, quando, em verdade, ocorreram vários delitos¹.

* Professora da Universidade Federal do Rio Grande, FURG.

¹ Além da Teoria da Ficção Jurídica, adotada pelo Direito Penal Brasileiro, existem as Teorias da unidade real, da unidade jurídica ou mista. Para a teoria da Unidade real, os diversos comportamentos lesivos do autor constituem efetivamente um só crime, considerando-se que presente está uma unidade de intenção que, segundo essa teoria, traduz a unidade de lesão. Já a Teoria da Unidade Jurídica ou Mista o crime continuado não é uma unidade real como tampouco é mera ficção legal, mas constitui-se me figura própria destinada a fins determinados e constituindo uma realidade jurídica.

Art. 71, caput do CPB

“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

São muitos os motivos que justificam a adoção desse instituto. Inicialmente recorreremos a sua origem, que deu-se em função de um sentimento piedoso, destinado a amenização das penas impostas².

Como observa MAYRINK DA COSTA, A., citado por Fayet Júnior, 2012, “não existiria uma realidade que pudesse ser qualificada de crime continuado, mas uma realidade delitiva plural, perante a qual o direito atua como se existisse um *crime único*”. No mesmo sentido encontramos Maria T. Castiñeira, Francisco Muñoz Conde Mercedes García Arán, José Antonio Choclán Montalvo, o qual reconhece ser essa teoria dominante da Itália.

Com efeito, em relação a natureza jurídica do crime continuado, encontramos como posição mais favorável a da ficção Jurídica. Há, no entanto, de se reconhecer que no mundo natural ocorrem vários delitos independentes; mas, em preenchendo certos requisitos (que podem ser chamados de

² A formulação do crime continuado se deve aos glosadores (1100 a 1250), bem como aos pós-glosadores (1250 a 1450). Suas bases fora lançadas no século XIV, com o propósito de impedir que os autores do terceiro Furto não fossem condenados a morte. Conforme ensina Zagrebelski, *Reato continuado*, e^a Ed. Milano, 1976, p. 8: o “o Statuto di Valsassina de 1343”, estabeleceu a pena de morte para o terceiro furto, citação de Bitencourt, C, R, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral 1, 2008. NORONHA, M. todavia ensina que foi o Código Toscano que mais precisamente delimitou os contornos da figura, tornando-se modelo das legislações que a seguiram;

requisitos de continuidade), esses delitos receberão o tratamento de um crime único.

Nem todos os Códigos definem o crime continuado. Por exemplo o Código Penal Argentino e o Alemão, embora os juristas alemães muito dele se tenham ocupado.

Porém, o mesmo não passa em muitos outros países, nos quais encontramos em seu estatuto penal o conceito de continuidade delitiva. Nesse sentido o Código Penal Uruguaio prevê o instituto do crime continuado no art.58, o Código Penal Peruano no art. 49, o Código Penal Português o prevê no art. 30, nº 2, O Código Penal Espanhol no seu art.74. Na Alemanha não existe lei a respeito do crime continuado, mas amplos trabalhos da doutrina e da jurisprudência. A legislação austríaca reconhece o crime continuado no § 28do CP.

Faremos uma breve abordagem sobre os requisitos que compõem o crime continuado e depois focaremos nossa atenção na configuração crime continuado-crime habitual, enfatizando a posição da jurisprudência sobre o assunto.

Entendemos que os maiores problemas relativos ao crime continuado dizem respeito a conexão temporal e geográfica. Por isso, passaremos a analisar tais aspectos.

Conexão Temporal

Nelson Hungria afirma a necessidade do requisito temporal para a configuração do requisito temporal, “ uma certa continuidade no tempo”, ou seja, uma determinada “ periodicidade”, que importa um certo ritmo” entre as ações sucessivas³. Não existem informações precisas, mas polêmica quanto a esse tema, tanto em relação a jurisprudência quanto a doutrina.⁴ Esse dado não é considerado, muitas vezes relevante

³ NELSON Hungria, citado por NUCCI, G.,” Manual de Direito Penal”, pág. 519, 2011.

⁴ Na jurisprudência pode ler-se: “Tendo em vista que a figura do crime

pela jurisprudência, existindo quem admita a existência da continuidade delitiva, desde que estejam presentes outras circunstâncias que justifiquem sua configuração. Nesse sentido temos (RT, 404/113, 465/330; JTACrSP, Lex, 44/31, 50/400).

Já em sentido oposto temos (RT, 388/306; RJTJRSP, Lex, 50/372, 55/314, 57/387, 62/346; JTACrSP, Lex, 9/62, 29/65, 43/154, 63/163, 68/56).

Também a doutrina apresenta antiga discussão sobre tão prolixo assunto. Francesco Carrara (p.451-2, § 535) entendeu pela descontinuidade quando entre vários crimes passou-se intervalos suficientes que caracterizam a unidade de ação. Por outro lado, Vincenzo Manzini (1949, p.428) refuta a tese de Carrara afirmando que se a continuidade deve deduzir-se da descontinuidade, não é outra coisa que um jogo de palavras, a propósito para produzir confusão em lugar de clareza.

NEY MOURA TELES, citado por Fayet Jr, 2012, resume a dificuldade conceitual, quando destaca que:

“Os crimes que serão considerados continuação do primeiro, devem ter ocorrido dentro de algum tempo depois.

continuado não traduz um conceito de lógica científica, porém um puro critério de política criminal (evita-se uma inadequada e injusta cumulação de penas contra o agente), possível reconhecê-lo, ainda que o tempo entre os fatos delituosos tenha sido superior a um mês. Como vem destacando a jurisprudência, a condição de tempo e lugar não é essencial à existência de continuidade, desde que outras circunstâncias e, sobretudo, a identidade ou semelhança do processo executivo dos vários crimes revele a conexão que existe entre eles existe na linha de continuidade. Contudo, o número de dias que ultrapassarem os trinta dias não pode ser excessivo. Hipótese que acontece aqui, um intervalo de mais de três meses entre um crime e outro. Não há continuidade delitiva.” (TJRS, Ag. 70040936346, 7ª CC, Rel. Dês. Sylvio Batista Neto, j. 10.2.11). Ainda: “Embora não se devam apreciar as condições de tempo e lugar com excessivo rigor, não há alegar não serem tais fatores essenciais à configuração do delito continuado. Adota-se como critério para apreciação da continuidade ou da homogeneidade objetiva dos atos praticados, desaconselhando-se, contudo, unificação de penas quando enseje aviltamento prejudicial à defesa social.” (TACrimSP, Rel. Gonçalves Sobrinho, JUTACRIM, 18/31). Citado por FAYET JR, N., 2012.

Como mensurar essa quantidade de tempo, com base em tais critérios? Este é um problema de difícil solução”. E a seguir, continua: “não se pode realizar análise meramente aritmética, mas entre os crimes deve mediar tempo que indique a persistência de certo liame psíquico que sugira uma seqüência entre os dois fatos”.

No sentido de garantir uma precisão os tribunais superiores estabelecem que não há que se reconhecer a continuidade delitiva no caso de passarem mais de trinta dias entre as condutas⁵. Contudo, esse critério é adotado de forma bastante elástica pela jurisprudência⁶.

Por exemplo Agravo Nº 70059015107, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 30/04/2014.

*Número: 70059015107: Tribunal de Justiça do RS
Seção: CRIME Tipo de Processo: Agravo Órgão Julgador:
Oitava Câmara Criminal. Decisão: Acórdão Relator: Isabel
de Borba Lucas Comarca de Origem: Comarca de Santa
Rosa .Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. CRIME
CONTINUADO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. NÃO
RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO
OBJETIVO. Não preenchidos todos os requisitos previstos
no artigo 71 do Código Penal, não há como se reconhecer a
continuidade delitiva para a unificação de penas. A ausência
de qualquer deles desautoriza o seu reconhecimento. Na
espécie, os crimes que o agravante pretende o
reconhecimento da benesse foram cometidos e consumados
em intervalo de tempo superior a trinta dias,
descaracterizando a continuidade delitiva. Precedentes.
AGRAVO DESPROVIDO*

⁵ STJ, HC 184545/RS, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Maia Filho, j.3.311); STJ, AgRg, no REsp. 1048096/RS, 5ª T., Relª. Minª. Laurita Vaz, j. 23.22.2010.

⁶ TFR2, AP. crim. 2007.51.01.806906-3, 1ª TE., Rel. Juiz Fed. Aluísio Mendes, j. 22.4.09

3. Conexão geográfica

Requisito geográfico também conhecido como unidade de lugar.

Assim como acontece no critério de tempo, se apresenta de forma imprecisa e variável no CPB, abrindo margem para diversas interpretações acerca do assunto.

Devido a ausência de critérios objetivos previstos na lei penal, coube a jurisprudência desenvolver tal tarefa. Há quem entenda como desnecessário para a configuração do crime continuado, entendendo tratar-se de um problema de direito processual, estranho ao assunto em epígrafe⁷.

Tem-se entendido como semelhantes lugares delitos praticados em cidades diversas tanto da mesma região metropolitana⁸ ou em cidades próximas, como entre comarcas vizinhas⁹. Quanto a cidades diversas, uma vez que pertençam a mesma região sociogeográfica e de fácil acesso¹⁰, também tem-se reconhecido como lugares semelhantes.

É necessário reconhecer que a jurisprudência é bastante ampla e contraditória nesse sentido, existindo uma verdadeira confusão de conceitos e interpretações. Torna-se impossível, portanto, apontar a existência de uma corrente majoritária.

Conforme se observa da leitura do art. 71 do CPB, ainda são necessárias semelhanças entre a maneira de execução e outras similares. Por isso nos referimos as conexões modal e ocasional.

Chama-se conexão modal a forma padrão que deve existir realização das diversas condutas e conexão ocasional espécie de conexão não prevista em lei, mas preocupação tanto

⁷ CASTIÑEIRA, Maria T., p. 171, citado por Fayet Jr. N., 2012

⁸ STF, Rec. Ext. Crim. 90.884-6/SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, citado por Fayet Jr., pág. 2012

⁹ TACRIM SP-Rcr.: 36.675- Rel. Juiz Ricardo Couto- 3ª c.j. 25.11.71-Um-RT 437/393

¹⁰ MIRABETE, J. F; FABRINI Renato N., 2011 a. p. 307.

da doutrina como da jurisprudência, pois encontramos no *caput* do art. 71 a expressão “outras condições semelhantes”.

Crime continuado e unidade de desígnio

Além dos requisitos objetivos previstos no art. 71, *caput* do CPB, é importante destacar também a unidade de desígnio, ou seja, que os vários crimes sejam resultado de um prévio plano elaborado pelo autor.

Estabelece o Supremo Tribunal Federal:

“Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subsequentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. É ausente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro¹¹”.

Em sentido contrário e minoritário é o entendimento de Roberto Lyra, Néelson Hungria e José Frederico Marques, para quem bastam os critérios objetivos, independente da intenção do agente.

Crimes da mesma espécie

O que seriam crimes da mesma espécie. Mais uma vez

¹¹ Rhc 93.144/SP, REL^a. Min. Menezes Direito, 1^a Turma, j.18.03.2008

nos deparamos com uma divergência doutrinária e jurisprudencial.

O primeiro entendimento, firmemente consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, é de que crimes da mesma espécie são aqueles tipificados no mesmo dispositivo legal, consumados ou tentados, em sua forma simples, privilegiada ou qualificada. Além disso, devem possuir a mesma estrutura jurídica, tutelando os mesmos bens jurídicos. Sendo assim, Roubo e Latrocínio, ambos previstos no art. 157 do CPB são considerados crimes do mesmo gênero, mas não crimes da mesma espécie.

Na doutrina seguem o mesmo entendimento Damásio E. de Jesus e Néelson Hungria.

Em posicionamento diverso encontramos entendimento inclusive no mesmo Superior Tribunal de Justiça e entre a doutrina a posição de Manoel Pedro Pimentel, Basileu Garcia e Heleno Cláudio Cardoso, os quais entendem que são crimes da mesma espécie aqueles que atentam contra o mesmo bem jurídico, independente de estarem previstos ou não no mesmo tipo penal. Por exemplo, poderíamos citar o Furto mediante fraude e o Estelionato. Ambos são previstos como crimes contra o patrimônio.

Seguindo a primeira posição, chegamos a uma classificação de crime continuado, o qual pode ser simples ou comum ou qualificado.

Caracteriza-se o delito de crime continuado simples ou comum aquele em que as penas dos crimes particulares são idênticas. Exemplificando: quatro furtos simples. Será aplicada a pena de um só dos crimes, aumentada de 1/6 a 2/3.

No chamado crime continuado qualificado, as penas dos delitos são diferentes. Exemplificando: um furto simples consumado e um furto simples tentado. Será aplicada a pena do crime mais grave, aumentada de 1/6 a 2/3.

Nas duas situações, o critério para o aumento de pena entre 1/6 e 2/3 consiste exclusivamente no número de crimes.

Há ainda que falar no crime continuado específico previsto no parágrafo único do art. 71 do CPB, previsto exclusivamente para os crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Aplica-se a pena de qualquer dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, ou a mais grave, aumentada até o triplo.

*“Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”.*¹²

Como a lei não prevê o percentual mínimo da pena a ser aplicada, limitando-se ao máximo (até o triplo), deve-se resolver a questão com base no caput do art; 71 do CPB, sendo utilizado o mínimo de 1/6. Tal conclusão deve-se ao fato de que em caso contrário poderia ocorrer confusão com o concurso material, infringindo a vontade da lei e a finalidade do instituto. Nesse sentido já encontramos doutrina e jurisprudência inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Pelo mesmo motivo e fundamentos a pena do crime continuado não pode ser superior a do concurso material, situação que chamamos de concurso material benéfico.

¹² Art. 70, parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. Obs. O art. 69 refere-se a regra do Concurso Material, segundo o qual as penas são somadas. Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta anos).

Unidade de Sujeito passivo

Antes da Reforma da Parte Geral do Código Penal a jurisprudência majoritária não reconhecia crime continuado no caso de vários crimes cometidos com violência a pessoa¹³.

No Brasil, no entanto, há de considerar-se que a matéria referente a conduta, define ação de acordo com a teoria finalista¹⁴. Em outras palavras, a ação traduz-se em um comportamento humano que visa uma finalidade. Portanto, é essa finalidade que será levada em consideração a fim de entender se determinado comportamento será considerado ação ou um ato que compõe a ação.

Em ocorrendo muitas ações ocorrerá concurso material de crimes e não crime continuado, e menos ainda concurso formal.

Segundo a teoria finalista da ação, no caso, por exemplo, de um Roubo em uma loja, aquele que pratica o Roubo dos compradores, dos funcionários está disposto a praticar várias ações, várias condutas, mas de forma continuada.

Antigamente, antes da Reforma da Parte Geral do Código Penal, a solução encontrada pela jurisprudência a fim de evitar uma pena exagerada, era reconhecer o fato como um caso de Concurso Formal Perfeito. Dizia-se que a intenção era praticar um Roubo, e não roubar A ou B.

Agora, porém, o parágrafo único do art. 71 permite o reconhecimento de continuidade delitiva, ainda que com pena mais grave, mas sempre respeitando o disposto no art. 70 do CPB, como já vimos.

¹³ Súmula 605 do STF: “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”.

¹⁴ Segundo a Teoria finalista a ação consiste em uma conduta humana consciente e voluntária dirigida a uma finalidade. É a teoria sustentada por Welzel. Entende que o homem conhecendo os diversos processos causais que pode provocar, dirige sua conduta com vistas a algum objetivo.

No entanto, há jurisprudência que ainda adota o tratamento de Concurso Formal Perfeito para a hipótese acima narrada.

PENA – Agravamento- Roubo qualificado- Exasperação da pena pelo concurso formal de infrações- Admissibilidade- Réu que mediante uma só ação e um único propósito subtraiu bens de duas pessoas – Aplicabilidade do art. 70, caput, primeira parte, do Código Penal. Reconhecimento, ademais, da qualificadora do emprego de arma, Art. 157, § 2º, inciso I do Código Penal – Elevação da pena fixada de início. Recurso provido. Em Apelação Criminal n. 186. 362 – 3 São Paulo – 5º Câmara Criminal – Relator Cardoso Perpétuo-14.09.95-V.U.

No mesmo sentido, veja-se:

CONCURSO FORMAL- Caracterização Roubo- Agente que, com uso de arma de fogo, rende duas pessoas e subtrai seus pertences – Ocorrência de pluralidade de eventos e de resultados, embora seja uma única ação – Inteligência do art. 70, caput do CP (STJ – RT 792/598).

Possibilidade de impetração de Habeas Corpus

Ocorre muitas vezes de a defesa impetrar Ordem de Habeas Corpus visando o reconhecimento do crime continuado, negado em instâncias inferiores. A jurisprudência, no entanto, vem reconhecendo a impossibilidade sempre que houver necessidade de reanálise dos fatos e das provas, como é mister. Nesse sentido, citamos as seguintes jurisprudências:

***Ementa:** HABEAS CORPUS. PENAL. Furtos em cidades diferentes. Reconhecimento da ocorrência de concurso material por decisão do Superior Tribunal de Justiça. Alegação da ocorrência de **crime continuado**.*

Impossibilidade do revolvimento do acervo fático-probatório em habeas corpus. Precedentes. Criminoso habitual. Impossibilidade de aplicação das regras do crime continuado. 1. necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório para a análise da alegação de que teria ocorrido crime continuado, o que não pode ser feito na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 2. Não se aplicam as regras do crime continuado ao criminoso habitual. Ordem denegada. (em 20/5/2010).

II – Crime continuado e crime habitual

Crime habitual e crime continuado são institutos distintos, pois enquanto aquele implica na repetição de uma mesma conduta reprovável, mas com ações que individualmente não caracterizam um delito, nesse, cada ação isoladamente constitui um crime perfeito e acabado, mas que por uma razão de política criminal são reunidas por um vínculo de dependência, tornando-as parte de um único delito. Trata-se de uma situação fictícia assim considerada pelo legislador. Tenha-se em conta que o nexu temporal e local exigidos para a caracterização da continuidade delitiva constitui-se em um grave problema, cuja solução é difícil de apurar, devendo ser analisado em cada caso, considerando-se as circunstâncias pessoais do condenado.

Reitera-se ainda, que a figura do crime continuado foi criada com o fim de evitar uma pena injusta para o infrator, principalmente na origem do instituto, o delinquente habitual não merece tal benefício, uma vez que faz da prática delituosa seu meio de vida.

HC 113413/SP, rel. Ricardo Lewnadowski, 16.10.2012 (HC-113413) – Quanto ao reconhecimento de continuidade delitiva entre todos os delitos de roubo, consumados e tentado, apontou-se que o acórdão do

STJ estaria consonante com o posicionamento firmado nesta Corte, no sentido de não bastar similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares), mas, ainda, precisaria haver, entre estas, ligação a mostrar, de plano, que os crimes subseqüentes seriam a continuação do primeiro. Além do mais, a reiteração delitiva (indicadora de delinquência habitual ou profissional, por si só descaracterizaria crime continuado. No ponto, esclareceu-se que o paciente fora reconhecido como criminoso habitual, uma vez que faria disto seu modus vivendi. Acresceu-se ser assente na doutrina e na jurisprudência que prática do crime como profissão, incidiria na hipótese de habitualidade, ou reiteração delitiva, que não se confundiria com a da continuidade delitiva. Em seguida, afirmou-se que, para se chegar à conclusão diversa, necessitar-se-ia revolver fatos e provas, impossível nesta via eleita.

No mesmo sentido, por exemplo, STJ – AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL AgRg nos EREsp 701799 MT 2010/0026215-8 (STJ) – Não se aplicam as regras do crime continuado ao criminoso habitual. STM-AP 1 AM (STM) – Não se aplicam as regras do crime continuado ao criminoso habitual. Unânime. HC107.636/ RS; HC 73.219/SP; HC69.896; HC74.066/SP, HC 94.970..

Mais um exemplo:

(Agravo Nº 70058888397, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 30/04/2014).Número: 70058888397 Tribunal de Justiça do RS Seção: CRIME.Tipo de Processo: AgravoÓrgão Julgador: Oitava Câmara Criminal. Decisão: Acórdão.Relator: Isabel de Borba Lucas Comarca de

Origem: Comarca de Santo Ângelo. Ementa: AGRADO EM EXECUÇÃO. CRIME CONTINUADO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. NÃO RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. HABITUALIDADE DELITIVA. Não preenchidos todos os requisitos previstos no artigo 71 do Código Penal, não há como se reconhecer a continuidade delitiva para a unificação de penas do agravante. A ausência de qualquer deles desautoriza o seu reconhecimento. Na espécie, os crimes pelos quais o agravante pretende o reconhecimento da continuidade delitiva, são referentes aos processos n.ºs 001/2.09.0020450-9 e 001/2.09.0031618-8, cometidos e consumados mediante diferentes formas de execução. De outra parte, entre os delitos não restou preenchido o requisito subjetivo, o liame entre as condutas, refletindo somente a habitualidade do agravante em seu agir criminoso, transformado em sua atividade profissional. Assim, não é possível a unificação das penas, devendo ser mantida a decisão atacada. AGRADO DESPROVIDO.

Nas citações referidas, fica comprovado que, por uma questão de coerência que quem pratica habitualmente delitos não pode ser beneficiado com o instituto do crime continuado, pois caso contrário estaria sendo ferido o fundamento da continuidade delitiva.

Crime continuado, justiça social e justiça particular

Se entendemos por justiça social a justiça legal, temos que considerar que a lei tem como finalidade educar o homem para que viva em sociedade.

Aristóteles atribuía a justiça legal valor absoluto, de forma que quem viola a lei deva ser considerado um homem injusto, enquanto que o homem que observa a lei deve ser considerado justo.

Porém, devemos considerar uma gradação nessa

expressão – em certo sentido- uma vez que as ações previstas pela lei são justas legalmente falando. Não são justas *simpliciter*, mas levando em consideração uma disposição da lei positiva (*secundum quid*)¹⁵.

A lei varia conforme a constituição adotada, o que lhe atribui certa relatividade. Já ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 3 1129b reconhecia o caráter relativo da justiça legal, uma vez que admite grande número de variações na avaliação do interesse geral.

Aquele que descumpre a lei, incorre nas penas por ela atribuídas, pois cometeu uma injustiça.

Surgirá aqui, porém, a necessidade de um outro tipo de justiça, a justiça corretiva ou judicial, visando a reparação do dano causado.

Transportando para a realidade do instituto do crime continuado, temos que compete ao julgador analisar todas as circunstâncias que integram o art. 71 do CP, para que, no caso concreto possa efetivamente fazer justiça, tanto em relação ao autor do delito como para com a sociedade que sofre o dano.

O juiz deverá ser justo tanto em relação ao criminoso, que infringiu a lei, como para a sociedade, que foi vítima do dano. Enquanto ao criminoso se o mesmo faz jus ao instituto do crime continuado, evitando uma punição excessiva para os atos praticados. Em relação a sociedade, não a deixando desprotegida pelo dano sofrido ou mesmo favorecendo a criminalidade, se tratar um criminoso eventual com um criminoso habitual.

Na aplicação da pena o juiz irá utilizar-se da chamada justiça corretiva, que toma em consideração, via de regra, não a qualidade das pessoas em geral, uma vez que o dano sofrido pela vítima será o mesmo, independente de que o pratique.

Para resolver os problemas que lhe são levados e

¹⁵ Conforme AZEVEDO, P. F. “Justiça distributiva e aplicação do Direito”, Fabris, Porto Alegre, 1983.

considerando-se o caráter geral da lei, o juiz deverá agir com equidade (epieikeia).

Em Ética a Nicômaco, ARISTÓTELES ensina que:

“Efetivamente, a razão por que tudo não é definido pela lei, encontra-se na existência de casos cuja especificidade aquela (lei) não pode prever, de forma que uma decisão singular é indispensável. Com efeito, a norma do indeterminado é também indeterminada, à semelhança da régua de chumbo utilizada nas construções de Lesbos: assim como esta é flexível, acompanhando os contornos da pedra, a decisão singular adapta-se aos fatos” Ética a Nicômaco, V, 14-5, 1137 a-b. (87)

Conclusão

Como nos referimos no início deste artigo, o Código Penal Brasileiro adotou a Teoria da Ficção Jurídica, tratando o crime continuado como um crime único. Para tanto são considerados muitos elementos que fazem com que os diversos atos sejam considerados uma só conduta, caracterizando, portanto, um só crime, conforme a Teoria Finalista da ação.

Para que seja reconhecida a continuidade delitiva deve ocorrer uma conexão de ordem temporal, geográfica e modal.

O art. 71 do CPB é omissivo em relação a quantidade de tempo e espaço, o que gerou grande dificuldade para a caracterização do instituto. Coube a doutrina e especialmente a jurisprudência delimitar os critérios para a consideração dos mesmos. Embora não consigamos encontrar unanimidade, nos deparamos muitas vezes com decisões majoritárias que servem de norte para o reconhecimento ou não do crime continuado.

Ainda cabe lembrar que a finalidade do crime continuado é evitar uma punição exagerada para infratores que ocasionalmente venham a cometer delitos cujas penas, se somadas, cairiam em uma exacerbação. Tanto é que a origem

do instituo em apreço remonta a época dos glosadores, quando uma pessoa condenada por três furtos, por exemplo, seria passível de pena de morte. Tentando evitar essa injustiça, surge a criação da figura da continuidade delitiva. Todavia, não se deve ampliar de tal forma que venha a favorecer um criminoso habitual, que faz da prática de delitos seu modo de sobrevivência.

Também cabe salientar o entendimento que alguns ainda tem tratando como concurso formal, o que deveria ser entendido como crime continuado.

Independente das controvérsias existentes, reconhecemos como válida a figura do crime continuado que busca dessa forma cumprir os critérios de justiça. Alertamos, todavia, para que nunca seja confundida a figura prevista no art. 71 do CPB com o chamado crime habitual, pois evitaríamos uma injustiça praticando outra, não menos grave.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto A.R. de. *O que é a justiça: uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Omega, 1982.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, (Ed. Bilingue e trad. de M. Araújo e J. Marías; introd. e notas de J. Marías) Madrid, I.E.P, 1970.

_____. *Política* (Ed. Bilingue e trad. de J. María y M. Araújo, introd. e notas por J. Marías), Madrid, I.E.P, 1951.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do Direito*. Fabris, POA, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CÂMARA, Luiz Antônio. *Concurso formal e material*. Curitiba: Juruá, 1999.

CASTILHO, Ricardo, *Justiça Social e Distributiva*, Saraiva, São Paulo, 2009.

FAYET JUNIOR, N. *Do Crime Continuado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

FRAGOSO Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Doctrina aristotélica de la justicia*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ORTEGA Y GASSET, J. *Que é filosofia?* Rio de Janeiro, Livro Ibero – Americano, 1961.

O princípio do tratamento tributário ambientalmente diferenciado como um instrumento de efetivação da Justiça Social – uma interação entre o princípio da isonomia tributária e o sistema de princípios ambientais-econômicos do Estado de bem-estar ambiental brasileiro

Carlos André Birnfeld*
Liane Francisca Huning**

O presente opúsculo parte de duas premissas teóricas cujo desenvolvimento ultrapassa o estreito limite destas poucas linhas: a primeira é a de que o atual contexto civilizatório está a configurar o paradigma da *cidadania ecológica*¹, e com ele o de um *Estado de bem-estar ambiental* no lugar do já *clássico Estado de bem-estar social*. A segunda premissa é a de que as *bases jurídicas* para a conformação normativa desse paradigma encontram-se efetivamente presentes no conjunto de princípios ambientais constitucionais que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Em breve síntese, no que tange ao paradigma da *cidadania ecológica* e do *Estado de bem-estar ambiental* constata-se que o modelo de civilização centrado na

* Professor universitário (FURG), consultor, advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UFSC.

** Professora universitária (FURG), consultora, advogada, Mestre em Direito pela UFSC e Doutora pela PUC-RS.

¹ Neste sentido, ver: BIRNFELD, Carlos André. *Cidadania ecológica*. Pelotas: Delfos, 2006.

acumulação de recursos monetários, que embalou um inigualável conjunto de transformações no modo de vida nos séculos XIX e XX transpôs o portal do século XXI apresentando plenos sinais de definhamento e com inúmeras chagas expostas. A mais grave delas envolve o fato de que a humanidade percebe-se efetivamente ameaçada pelos limites do próprio planeta. Mais que isto: reconhece a si mesma como algoz principal desse infortúnio justamente a partir das transformações ambientais que protagonizou na busca desenfreada e inconsequente pela acumulação de recursos monetários. Assim, o paradigma da *cidadania ecológica* sinaliza a necessidade de limites a esse processo autofágico e, mais que isto, opera uma verdadeira transmutação no conceito de *segurança* coletiva.

Observe-se que o conceito de *segurança*, que na cidadania civil tinha como significado a *segurança dos negócios*, na perspectiva de garantir livre curso à economia, às trocas, à apropriação e transformação da natureza e que na cidadania *social* tinha como significado a reserva de *recursos monetários* para socorrer nos infortúnios individuais, por meio do Estado, dos *seguros sociais*, ou mesmo, na esfera privada, dos *seguros monetários* impropriamente denominados como *seguros de vida*, *seguros-saúde* ou *seguros de acidentes* efetivamente garante mais nada num claro contexto de sociedade de risco ambiental. Em ambos os casos, e mais especialmente no segundo, a *segurança* da sociedade seria sempre um problema de *adequação dos seres humanos ao modo de produção e às leis da economia e, fundamentalmente*, algo que sempre poderia ser *resolvido, de uma forma ou de outra* com a abundância de *recursos monetários* ou com seu bom gerenciamento, pelo Estado ou pelas leis do mercado.

A cidadania ecológica nasce justamente a partir da constatação de que abundância de *recursos monetários* não resolve de fato os problemas de *segurança* dos cidadãos, como também de que justamente a busca cega por *recursos*

monetários torna a vida *insegura* numa perspectiva jamais concebida: a que envolve os riscos da própria existência da humanidade. Neste sentido, a partir da *cidadania ecológica* se percebe a emergência de um novo *paradigma*: o da *seguridade ambiental*, efetivamente distinto da perspectiva da *segurança econômica* que pautou os modelos da cidadania civil e social. Em essência, a busca pela *seguridade ambiental*, em muito transcende as perspectivas economicistas que balizaram o século XX, as quais revelam-se absolutamente *limitadas* para as tarefas que ele reclama. Neste sentido a eficientíssima e precisa crítica da epistemologia da própria Ciência Econômica, feita por Renato Caporali Cordeiro, dileto orientando de Ignacy Sachs²: Cordeiro bem demonstra que a *Economia*, cingindo-se ao gerenciamento de *valores*, dos bens *quantificáveis*, cuja medida se ancora na necessidade de *escassez* e que se traduz em *dinheiro*, revela-se inadequada e insuficiente para medir bens que para o seu aproveitamento pleno necessitam justamente serem concebidos numa perspectiva de manutenção de *abundância*. Dizendo de forma mais singela: a Ciência Econômica dominante só *sabe* medir *bens escassos* e a única forma de medir *bens que não devem ser escassos* é atribuir a eles a *escassêz* que não podem ter, para poder atribuir-lhe *preço*³. Nesta perspectiva, justo por conta desta debilidade *ontológica* da Ciência Econômica há que se ter claro que a *centralidade* nas suas limitadas leis envolve uma limitada opção para o efetivo enfrentamento das questões ambientais, não bastasse a singularidade de que foi justamente a crença cega nestas leis que em muito contribuiu para a devastação ambiental. O que pode ser *bom* no *micro-cosmo* da *economia*

² CORDEIRO, Renato Caporali. Da Riqueza das Nações à Ciência das Riquezas. São Paulo: Loyola, 1995.

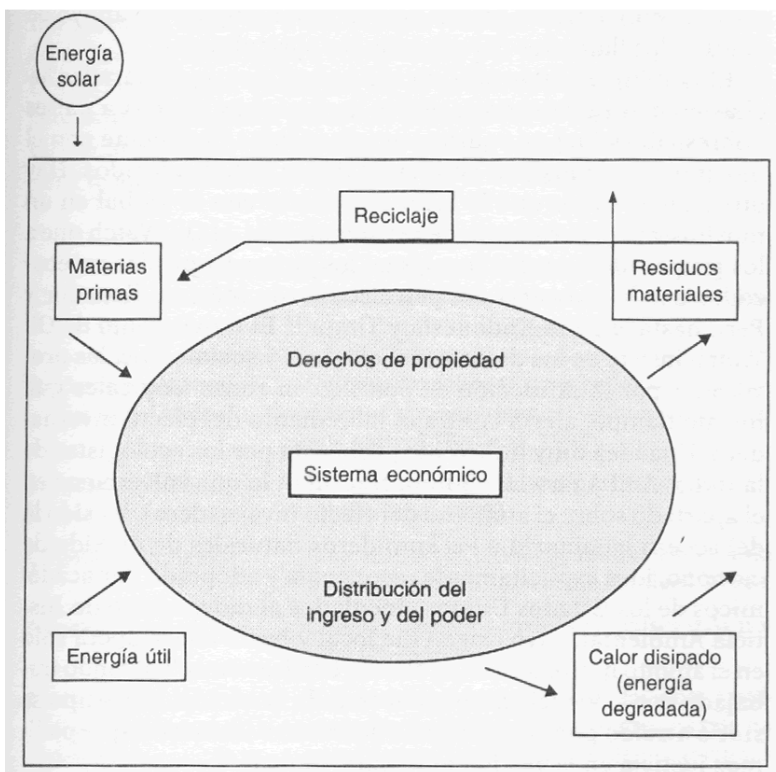
³ Não deixa de ser sintomático que, entre nós, a lei 9433/97, em seu Art. 1 faça questão de explicitar que a água seja um “recurso natural limitado, dotado de *valor econômico*”.

pode ser – e comumente é – um desastre no *macro-cosmo ambiental*. Nos termos de PORTANOVA, "os grandes mitos em torno do neoliberalismo podem vir se esfacelar pela sua insustentabilidade se a sociedade for vista em termos planetários."⁴

Neste sentido, a perspectiva de *seguridade ambiental*, ínsita à *Cidadania Ecológica* e ao *Estado de bem-estar ambiental* rompe justamente com esta centralidade, com o economicismo, para afirmar que a Ciência Econômica, no que tange às questões ambientais, apresenta apenas uma possibilidade limitada, proporcional à sua pequena amplitude, se comparada com o imenso universo que abriga o fluxo planetário de conversão de matéria em energia e de energia em matéria que o Direito Ambiental procura proteger. Neste sentido, oportuno trazer a precisa ilustração de Juan Martinez Alier⁵, onde se pode observar precisamente estes limites:

⁴ PORTANOVA, Rogério. "Qual o papel do Estado no século XXI? Rumo ao estado de bem-estar ambiental" in LEITE, José Rubens Morato (org.). **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000, p. 241.

⁵ ALIER, Joan Martínez. **Economía ecológica y política ambiental**. 2. Ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 441.



De una forma ou de outra, a necessidade de *seguridade ambiental* traduz um legítimo *divisor* de águas entre o *Estado de bem-estar social* e o *Estado de bem-estar ambiental*.

Neste sentido, a pauta que a *cidadania ecológica* traz para o *Estado de bem-estar ambiental* envolve *novas regras para o jogo*, transcendendo aos limites da *Ciência Econômica* e seus *jogos* fundados na *escassez*. Destarte a partir do pressuposto da *sustentabilidade* das riquezas *naturais* garantidoras do *bem-estar ambiental*, e de regras que protegem bens e serviços *essenciais* cujo *usufruto* é *indispensável* à vida humana⁶ é que podem se operar os *jogos econômicos*.

⁶ CORDEIRO, Renato Caporali. **Da Riqueza das Nações à Ciência das**

Neste sentido, a idéia de *bem-estar ambiental*, assim como a de *segurança ambiental*, não nega as potencialidades da *Ciência Econômica* para alocar recursos escassos. Embora implique em efeitos significativos de reordenação da *economia*, a garantia da segurança ambiental, em muitos momentos, servir-se-á dela nas situações em que os mecanismos da economia revelarem-se capazes de manter ou aumentar a *riqueza ambiental*, tal como pode ocorrer, no foco deste opúsculo, com as políticas tributárias em geral, que traduzem regras de inevitável interferência na economia

Ressalta-se, todavia, o *Estado de bem-estar ambiental* que resulta destas premissas não poderá fazer – e neste sentido distinguir-se-á essencialmente do *Estado de bem-estar social* – é exatamente dar a *economia* a *centralidade*, e menos ainda reinstaurar, a partir desta *centralidade econômica* – a obsessão pelo *desenvolvimento econômico*. O objetivo central do *Estado de bem-estar ambiental* envolve, em outra dimensão, a *centralidade* na *segurança ambiental* – na garantia das *riquezas essenciais*. Estabelecida esta pauta básica, *acima das regras da economia*, resta espaço para que os próprios sistemas econômicos, nos termos dos regramentos específicos que o Estado lhes destine, pautem suas ações.

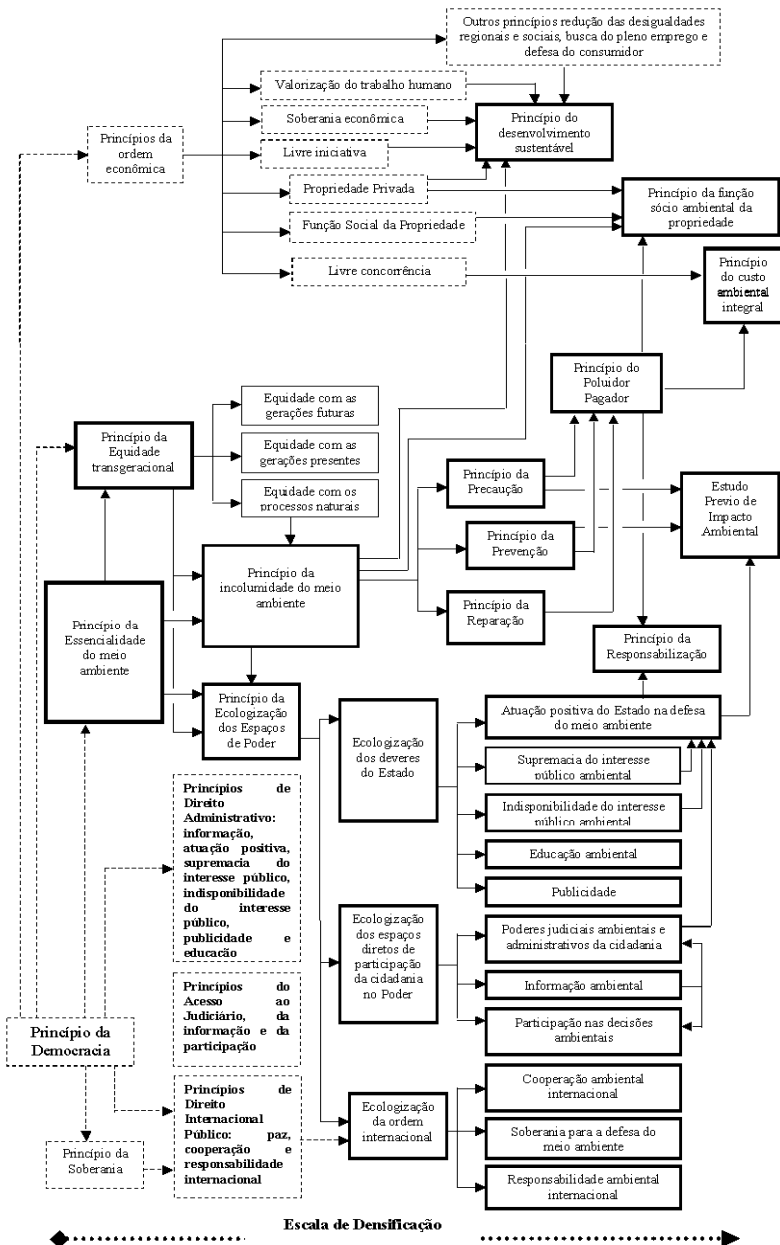
Neste sentido, o *Estado de bem-estar ambiental* configura-se como paradigma de *segurança não econômica* em resposta à sociedade de *risco*, em *seguridade ambiental* fundamentalmente porque a *segurança baseada na economia*, e em sua lógica de converter indiscriminadamente *riqueza em valor* revelou-se, em todos os sentidos, insuficiente.

Novamente na empreitada de uma brevíssima síntese, não resta dúvida que o aparato normativo constitucional, pelas suas regras e mais especialmente pelos seus princípios ambientais efetivamente adotou as *bases jurídicas necessárias* para a conformação normativa de um Estado de bem-estar

ambiental em nossa ordem constitucional. Destarte, é possível identificar quatro balizas mestras da opção civilizatória insculpida na Constituição Federal que conformam de um contexto de seguridade ambiental preconizador de um Estado de bem-estar ambiental, a saber:

- a) *a essencialidade do meio ambiente* para a sadia qualidade de vida, explícita no Artigo 225, caput;
- b) *a equidade entre as presentes e futuras gerações* na preservação do meio ambiente, explícita no Artigo 225, caput, in fine;
- c) *a incolumidade do meio ambiente*, que decorre do dever do Estado e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo, também explícita no Art. 225, caput, em leitura sistemática reafirmada pelo Art. 170, VI, que consagra a defesa do meio ambiente como princípio norteador da ordem econômica;
- d) *a ecologização dos espaços de poder*, que decorre das inúmeras competências e prerrogativas públicas e privadas para proteger o meio ambiente como se observa nos Artigos 5º, LXXIII, 23, 24, e 129.

Estes ditames configuram-se, pelos poderosos campos em que operam e pela sua abrangência, como verdadeiros *princípios estruturantes* do Direito Ambiental brasileiro. Neste sentido convém trazer à baila o quadro completo dos princípios ambientais constitucionais visualizados na respectiva estrutura de densificação apurada na obra supra citada:



Observe-se que, tal como se percebe acima, além dos princípios estruturantes supra citados descortina-se do horizonte constitucional pátrio um poderoso arsenal de outros princípios ambientais, tais como prevenção, precaução, reparação, poluidor-pagador e responsabilização.

Observe-se, outrossim, que na confluência com os princípios que orientam a ordem econômica outros princípios podem ser destacados, tais como o do desenvolvimento sustentável (defesa do meio ambiente no desenvolvimento econômico) ou da função sócio-ambiental da propriedade. Há que se ter claro, nesta perspectiva que em dinâmica interação todos os princípios e diretrizes da *ordem constitucional ambiental* são plenamente recepcionadas pela *ordem constitucional econômica*. Nos termos de Derani:

Uma vez que o desenvolvimento econômico previsto pela norma constitucional deve incluir o uso sustentável dos recursos naturais (corolário do princípio da defesa do meio ambiente, art. 170, VI; bem como dedutível da norma expressa no art. 225, IV), é impossível propugnar-se por uma política unicamente monetarista sem se colidir com os princípios constitucionais, em especial os que regem a ordem econômica e os que dispõem sobre a defesa do meio ambiente. Como perfeitamente assevera o professor Grau, inexiste proteção constitucional à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente. Desenvolvimento econômico no Estado brasileiro, subentende um aquecimento da atividade econômica dentro de uma política de uso sustentável dos recursos naturais objetivando um aumento da qualidade de vida que não se reduz a um aumento do poder de consumo. (grifos nossos)⁷

⁷ DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 239-240.

Para a autora, hoje ilustre professora da UFSC, “a integração dos componentes ecológicos na ordem econômica de mercado apresenta uma maneira de afastar o tratamento de oposição que se pretende muitas vezes dar entre ecologia e economia”⁸. Em outras palavras: não há oposição entre *ordem econômica* e *ordem ambiental* porque a *ordem econômica* propõe-se a absorver e incorporar os valores da *ordem ambiental*. Não há um desenvolvimento econômico e outro desenvolvimento ecológico em conflito na ordem normativa, eis que a Constituição consagra justamente um tipo de desenvolvimento econômico, que deve tomar em conta os valores ambientais, notadamente os que são veiculados pelos seus princípios.

Encerrando esta etapa em que se procurou contemplar um brevíssimo e quase taquigráfico resgate do *Estado de bem-estar brasileiro*, assim como dos princípios que orientam, convém chamar a atenção justamente para duas singularidades importantes:

Primeiramente, para a percepção de que o sistema tributário nacional, cuja temática é objeto deste opúsculo, opera em rigorosa interação com o sistema econômico, de sorte que pode-se afirmar, sem sombra de dúvida que não existe qualquer alteração que se possa conceber no sistema tributário que não tenha como corolário a impactação do sistema econômico, seja pelo incremento de receitas públicas tributárias (e conseqüente incremento de despesas para os agentes econômicos privados), quando se cria ou aumenta um tributo, seja pelo maior capitalização dos agentes econômicos privados quando ocorre qualquer tipo de desoneração tributária. Nessa perspectiva, qualquer tributo é, por natureza, impactante da economia e direcionador das escolhas dos agentes econômicos, ainda que, na sua criação não se faça presente essa intenção. Quando,

⁸ DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 241.

todavia, essa intenção, por outro lado, se faz presente na criação do tributo é que se dá curso ao fenômeno da extrafiscalidade⁹.

A outra singularidade que merece destaque, em outro horizonte, envolve a percepção de que há princípios que nascem na confluência de distintos subsistemas constitucionais e que podem servir para a efetivação da Justiça Social, tal como se viu em relação ao princípio da função sócio-ambiental da propriedade (na confluência entre direito ambiental e o direito econômico) e tal como se pretende demonstrar, aqui, em relação ao princípio do tratamento tributário ambientalmente diferenciado, que se vislumbra, na interação do sistema tributário com o ambiental, como subprincípio do *princípio da isonomia tributária*, do qual, justo por isto, passaremos a nos ocupar doravante.

O princípio da isonomia ou igualdade tributária nada mais é do que um subprincípio do próprio princípio da igualdade, princípio estruturante de todo nosso sistema jurídico. Nos termos de Bernardo Ribeiro de Moraes “diante do direito tributário, o princípio da igualdade jurídica passa a

⁹ No fundo, embora se esteja diante de institutos de natureza distinta, a *fiscalidade* a resgatar uma pretendida *neutralidade* do ato de tributar e a *extrafiscalidade* a *desnaturar* a ação de *repartir os encargos na tribo*, configurando-se como deliberada atuação Estatal intervencionista, no fundo, ambas as formas de atuação são inequivocamente indutoras do processo econômico e inevitavelmente interventoras na economia. Algumas vezes, diga-se de passagem, fica inclusive difícil dizer se a atuação do Estado, tida como *extrafiscal* não acaba sendo meramente *fiscal*, tal como ocorreu, v.g recentemente, com as alterações do IOF que, sob a perspectiva de conter a inflação pretendiam desestimular o consumo. Inflação esta, todavia, que se desenhava justamente por conta de um déficit público que acabaria sendo combatido pelo incremento desses montantes tributados na receita do Estado. Nesta perspectiva: conteve-se a inflação porque o IOF desestimulou as compras (função extrafiscal) ou porque, com a população *comprando IOF junto com as mercadorias*, a União arrecadou mais (função fiscal) e reequilibrou suas contas?

denominar-se princípio da igualdade jurídica tributária.”¹⁰

Nesta perspectiva, o princípio da isonomia é, tal como o princípio da igualdade, ao mesmo tempo, um princípio de igualação (dos iguais, dos que encontram-se em situação tributária equivalente) e de desigualação (dos desiguais, dos que se encontram em situação tributária distinta), na perspectiva de que esta *desigualação*, tratando diferentemente os desiguais, contribua para igualá-los, reequilibrando o que fora desigual e se efetivando a justiça social Nos termos de Luciano Amaro:

Além de saber qual a desigualdade que faculta, é imperioso perquirir a desigualdade que *obriga* a discriminação, pois o tratamento diferenciado de situações que apresentem certo grau de dessemelhança, sobre decorrer do próprio enunciado do princípio da isonomia, pode ser exigido por outros postulados constitucionais, como se dá, no campo dos tributos, à vista do princípio da capacidade contributiva com o qual se entrelaça o enunciado constitucional da igualdade. Deve ser diferenciado (com isenções ou com incidência tributária menos gravosa) o tratamento de situações que não revelem capacidade contributiva ou que mereçam um tratamento fiscal ajustado à sua menor expressão econômica. Hão de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual *capacidade contributiva* e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir.

A questão da isonomia, em síntese, não se resolve apenas com a afirmação de que, dada a norma legal, como comando abstrato e hipotético, todas as situações concretas correspondentes à hipótese legal devem ser submetidas à lei, e as situações excepcionadas pela lei devem ser excluídas. Há de examinar-se se o legislador discriminou onde isso lhe

¹⁰ MORAES Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*/Bernardo Ribeiro de Moraes. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987 p. 411/412

era *vedado* ou se deixou de *dessemelhar* onde lhe era obrigatório fazê-lo. Em ambas as hipóteses, a isonomia terá sido ferida, além de, possivelmente, ter-se agredido a capacidade contributiva.¹¹

Cumpra-se notar que o próprio sistema tributário, ao mesmo tempo em que consagra a *igualação dos iguais* por meio do princípio do respeito à capacidade contributiva do contribuinte já apresenta mecanismos explícitos de *desigualação* dos contribuintes, notadamente os institutos da seletividade e da progressividade dos tributos. No que tange ao instituto da seletividade, Conti é explícito neste sentido:

O artigo 153, §3º, I, determina que o IPI seja seletivo, função da essencialidade dos bens e serviços sobre os quais incide. Esta técnica de tributação consiste em se graduar as alíquotas de forma diferente segundo a essencialidade dos produtos, de modo que o imposto seja proporcionalmente mais elevado quanto mais supérfluo for o produto tributado, e os produtos indispensáveis tenham pouca tributação. A seletividade em função da essencialidade é uma forma pela qual se aplica o princípio da capacidade contributiva aos impostos indiretos, porque é possível admitir-se que, na generalidade dos casos, os produtos essenciais são indispensáveis aos indivíduos com baixa capacidade contributiva, e os produtos supérfluos são adquiridos por aqueles com maior capacidade contributiva.¹²

Nesta perspectiva, a seletividade, que também é autorizada pela Constituição Federal para o ICMS, com força no § 2.º, inciso III do Art. 155, configura-se como verdadeira oportunidade de *desigualação* dos contribuintes no universo dos *impostos indiretos*. Tem como mote a idéia de

¹¹ Amaro, Luciano. Direito Tributário Brasileiro 13. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135/136.

¹² Conti, José Maurício. Sistema Constitucional Tributário interpretado pelos Tribunais. São Paulo: editora Oliveira Mendes, 1998

essencialidade do bem, de sorte que quanto mais supérfluo o bem ou serviço, maior deve ser sua tributação, tratando de forma privilegiada os consumidores daqueles produtos indispensáveis, essenciais à sua manutenção, que hão de adquirir seus produtos com menor carga tributária.

De outra banda, a progressividade configura-se como instrumento de *desigualação* no universo dos *impostos diretos*, mais precisamente do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (§ 2.º, inciso I do Art. 153); do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (§ 4.º, inciso I do Art. 153) e o do (§ 1.º, inciso I do Art. 156 e § 4.º, inciso II do Art. 182).

Note-se, na perspectiva da *desigualação*, que a progressividade pode traduzir tanto uma típica política fiscal redistributiva (onde a alíquota varia para cima em função do maior valor do objeto tributado – portanto fazendo *pagar mais* as criaturas com maior renda ou propriedades mais valiosas), como se vê no § 2.º, inciso I do Art. 153 (IR) e no § 1.º, inciso I do Art. 156 (IPTU), como pode operar em plano totalmente diverso, fazendo variar a alíquota em função de determinadas realidades que o Poder Público tem interesse em estimular, como se vê no § 4.º, inciso I do Art. 153 (ITR para estimular propriedades produtivas) e § 4.º, inciso II do Art. 182 (IPTU para estimular adequação ao Plano Diretor)

Ressalte-se, todavia, que os mecanismos de *desigualação* efetivamente não se esgotam nos institutos da progressividade e da seletividade. Se nos reportarmos ao Art. 146, III, alínea “d”, bem como o respectivo Parágrafo Único vislumbrar-se-á um mecanismo expresso de tratamento tributário diferenciado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte, em plena sintonia com o inciso IX do Art. 170, da ordem econômica, que elege como princípio constitucional o *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*.

Outrossim, o Art. 146-A permite à Lei complementar estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, também em sintonia com o inciso IV do Art. 170, da ordem econômica, que inclui entre os princípios que regem a ordem econômica a *livre concorrência*;

Nesta perspectiva, justamente pela insistência da ordem constitucional nesses ditames é que se pode vislumbrar legitimamente o princípio tributário do *tratamento mais favorecido à empresa brasileira de pequeno porte* e, mais ainda, um *princípio de tratamento mais favorecido para garantia da livre concorrência*. Não se pretenda com isso, evidentemente obter, *tout court*, isenção ou qualquer forma de desoneração não prevista em lei para tais situações. É preciso ter claro que os princípios, no plano hermenêutico, como se viu alhures¹³, operam três possíveis funções: uma função diretiva, de orientação do legislador; uma hermenêutica, de esclarecimento do sentido da norma e uma normativa, de suprimento das lacunas normativas. Esta última função, como bem explicita o CTN é incabível no universo tributário. Todavia, tanto a função diretiva quando a hermenêutica são de fato enriquecidas sob a luz desses princípios.

No mesmo compasso, por derradeiro, é que se pretende descortinar a existência de mais um princípio orientador do sistema tributário, na confluência do com o sistema ambiental constitucional, qual seja o *princípio do tratamento tributário ambientalmente diferenciado* o qual pode servir também para se efetivar a Justiça Social.

Note-se que, à exemplo dos princípios ambientais em geral (e dos próprios princípios tributários), não se trata de *princípio explícito* no sistema tributário, tal como ocorre com o *princípio da concorrência*, da *defesa do meio ambiente*(ou *desenvolvimento sustentável*) ou da *livre iniciativa* para a ordem econômica.

¹³ Birnfeld, Carlos André. *Arquitetura Normativa da Ordem Constitucional*. Pelotas, Delfos, 2008

Na verdade, trata-se de norma insculpida no próprio sistema econômico, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, **conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (grifos nossos)

Tal como se apresenta a redação, a questão que se deve ter em conta inicialmente é se, na ordem econômica este ditame se configura como princípio ou como regra. Note-se que o *caput* é explícito ao anunciar que os incisos enunciarão princípios. O inciso VI, todavia, que em sua redação original cingia-se a mencionar a expressão *defesa do meio ambiente* (e que até então consagrava o princípio da defesa do meio ambiente na ordem econômica ou, como temos nos referido, o princípio do *desenvolvimento sustentável*), por força da Emenda Constitucional 42/2003 teve sua redação acrescida da expressão *inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*.

Note-se que a redação, tal como se apresenta na norma, com certeza não trouxe *regra*, eis que se trata de um inciso destinado a *princípios*, situação que é reforçada pela adoção do termo *inclusive*, que significa que a situação a posteriori inclui-se na antecedente, sem, todavia cingi-la a este significado – embora incorporando, *in totum*, o significado da palavra antecedente. Dizendo de outra forma: o *tratamento diferenciado* é uma forma de *defesa do meio ambiente*, sem prejuízo de outras formas que não sejam *tratamento diferenciado*. Nesta perspectiva, se *defesa do meio ambiente* é

princípio e não *regra*, por decorrência natural, *tratamento diferenciado* só poderá ser *princípio através do qual poderá se efetivar a justiça social*. Ou, mais precisamente, um *subprincípio* do *princípio da defesa do meio ambiente*: uma meta mais específica, mais densa, que realiza a meta mais ampla numa de tantas suas possibilidades (exatamente nos mesmos moldes em que o princípio da igualdade tributária se configura como subprincípio do princípio da igualdade). Tal como leciona CANOTILHO, os

“princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que <<densificam>> os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma <<união perfeita>> alude LARENZ).”¹⁴

Não bastasse essa perspectiva há que se ressaltar a peculiaridade de que os princípios (deontológicos) sempre carregam consigo a determinação da aplicação de um valor abstrato (axiológico), vocacionando-se para procurar concretizá-lo¹⁵ da melhor maneira possível, típicas *exigências de otimização* que permitem o balanceamento de valores e interesses¹⁶ Ora, quando a Constituição refere-se a *inclusive* mediante *tratamento diferenciado* está a obrigar (ou desobrigar) o tratamento diferenciado ou o está a enunciar como uma meta, um valor a ser atingido da melhor maneira possível? Não há como, pela forma pela qual está redigido ou supra referido inciso VI, defluir a prescrição de qualquer comando normativo *applicable in all-or-nothing fashion* – o

¹⁴ CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra – Portugal, Almedina 1998, p. 181.

¹⁵ FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p. 43-44.

¹⁶ CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra – Portugal, Almedina 1998, p. 166.

que há é um valor – um princípio: mais precisamente um subprincípio do princípio do *desenvolvimento sustentável* o qual pode servir para a efetivação da justiça social – um subprincípio a mais na ordem econômica da Constituição.

Resolvido esse enquadramento, enfrenta-se a derradeira questão: se é verdadeiro que existe um princípio, na ordem ambiental-econômica, que visa consolidar a meta de *tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*, que podemos denominar *princípio do tratamento econômico ambientalmente diferenciado*, essa meta (princípio) seria extensível ao sistema tributário, conformando, na confluência dos três sistemas (econômico, ambiental e tributário), um *princípio do tratamento tributário ambientalmente diferenciado* – que seria, desta feita, um subprincípio ancorado, de um lado, na ordem ambiental-econômica, no próprio *princípio do tratamento econômico ambientalmente diferenciado* e, de outro, no sistema tributário, no próprio *princípio da isonomia tributária*?

A resposta não pode deixar de ser positiva, ainda mais quando se tem em mente a lição de Canotilho supra mencionada: princípios ganham concretização em subprincípios que lhe são afeitos (sem prejuízo da sua concretização, evidentemente, também pelas regras). Note-se, neste caso, que a meta imposta para a ordem econômica de *tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*, tem seu maior espectro de efetividade justamente pelo sistema tributário: que outro sistema, incidente sobre o sistema produtivo pode efetivamente *diferenciar*, tratar diferentemente, produtos e serviços pelo *impacto ambiental*? Quiçá uma ou outra norma relacionada à ocupação do solo, ao direito urbanístico ou administrativo, mas qual sistema insere-se cotidianamente na economia, em todos os sistemas produtivos senão o tributário? Qual sistema permite, mais que a

proibição/autorização de condutas, a *diferenciação de tratamento* para o sistema produtivo de bens e serviços?

Não resta dúvida, nesta perspectiva, que é imanente ao *princípio do tratamento econômico ambientalmente diferenciado*, inclusive para sua implementação eficaz, a existência do *princípio do tratamento tributário ambientalmente diferenciado*, princípio que há de ser 90% responsável pela implantação e eficácia do primeiro. Não pode ser o singelo fato de que a norma se encontra alguns artigos mais adiante na Constituição que se imagine que não valha (nesta perspectiva, o próprio IPTU progressivo para conformação ao Plano Diretor não seria norma tributária por estar ainda mais distante no texto constitucional).

Não bastasse tudo isto, todos os princípios que conformam a poderosa ordem ambiental constitucional, aliados à imperatividade do princípio da isonomia tributária, que resta conclamada à desigualar tributariamente àqueles cuja impactação ambiental acirrem os riscos ambientais, tal como desigualam os mais aquinhoados e os que não dão produção à terra, imperativos para o crescimento da própria nação não permitem que se aponte outro caminho senão o de afirmar que a ordem constitucional ambiental-econômica-tributária possui, dentre seus princípios implícitos, o princípio *tratamento tributário ambientalmente diferenciado* – o qual poderá ser instrumento de efetivação da Justiça Social e nesta perspectiva, se coloca doravante a desafiar, tanto a doutrina como ao legislador, para o delineamento de sua concretude por meio das necessárias regras, resguardada, desde já, a perspectiva de que tal ausência em nada infirma sua imperatividade, tal como se percebe na sempre memorável lição de Rui Barbosa: "Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa(..)"¹⁷

¹⁷ Rui Barbosa. Comentários à Constituição Federal Brasileira, tomo II, São

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIER, Joan Martínez. Economía ecológica y política ambiental. 2. Ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro 13. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007,

BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira, tomo II, São Paulo, 1933

BIRNFELD, Carlos André. Arquitetura Normativa da Ordem Constitucional. Pelotas, Delfos, 2008

BIRNFELD, Carlos André. Cidadania Ecológica. Pelotas:Delfos, 2006

CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra - Portugal, Almedina 1998

CONTI, José Maurício. Sistema Constitucional Tributário interpretado pelos Tribunais. São Paulo: editora Oliveira Mendes, 1998

CORDEIRO, Renato Caporali. Da Riqueza das Nações à Ciência das Riquezas. São Paulo: Loyola, 1995,

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997

FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de Direitos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris,1996,

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Compêndio de Direito Tributário/Bernardo Ribeiro de Moraes. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

PORTANOVA, Rogério. “Qual o papel do Estado no século XXI? Rumo ao estado de bem-estar ambiental” in LEITE, José Rubens Morato (org.). Inovações em Direito Ambiental. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000.

Paulo, 1933, p. 489.

Uma reflexão problematizadora da propriedade intelectual da biodiversidade e da busca de justiça ambiental dentro das recentes transformações constitucionais sul-americanas da Bolívia e do Equador como paradigmas representativos de uma embrionária utopia ecocivilizatória ecossocialista

Francisco Quintanilha Vêras Neto*

Introdução

A compreensão da concepção de biodiversidade para a interpretação do fenômeno da erosão exponencial da vida em escala planetária, com especial ênfase na Bolívia e no Equador. O artigo propugna avaliar aspectos da propriedade intelectual expondo esta questão de forma crítica, e como a mesma atinge a questão da rica biodiversidade em nossa região.

A questão da biodiversidade vista sob o viés crítico pelo postulado da justiça ambiental envolvendo reivindicações jurídicas dos movimentos ecológicos e das populações tradicionais atingidas pela biopirataria; e pela degradação da biodiversidade ecossistêmica e da sociobiodiversidade que são situações potencializadas pela ruptura ecocêntrica proporcionada

* Professor Associado II da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande e dos Programas de Mestrado em Direito e de Pós-Graduação em Educação Ambiental da Furg; Líder do Grupo de Pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande – FURG/CNPq *Grupo em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade* (GTJUS)

pelos textos constitucionais da Bolívia e do Equador.

Desta forma, o constitucionalismo do Equador e da Bolívia possibilitam a redefinição do sistema posto de direito de propriedade intelectual, e dá ensejo a novas formas de proteção da biodiversidade com base nas novas premissas paradigmáticas de uma racionalidade ambiental como elementos embrionários de concretização da possível utopia de uma Ecocivilização altermundializadora futura, apesar dos obstáculos ainda postos da ruptura do modo de produção capitalista.

1. Preliminarmente uma definição da biodiversidade e o problema do biocolonialismo

Este termo polissêmico, conhecido como Biodiversidade surge da preocupação de naturalistas na metade dos anos 80, preocupados com o ritmo da degradação ambiental e da extinção massiva de espécies (Lévêque, 1999).

A sua popularização surge quando são assinadas Convenções sobre a Diversidade Biológica, na época da Conferência do Rio de Janeiro, em 1992. De acordo com o texto da Convenção citado na obra de Lévêque:

Segundo a Convenção, a biodiversidade pode ser definida como a variabilidade dos organismos vivos de qualquer origem, compreendendo, entre outros, os ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais eles fazem parte. Isso compreende a diversidade no seio das espécies, bem como aquela dos ecossistemas. Mais simplesmente, a biodiversidade está constituída pelo conjunto dos seres vivos, pelo seu material genético e pelos complexos ecológicos dos quais eles fazem parte. (Lévêque, 1999)

A sua importância é justificada por fatores econômicos, que dizem respeito ao ouro genético, o seu potencial

biotecnológico, Além disto, é a fonte da produção de alimentos cultivados pela humanidade, de boa parte dos fármacos, suscita atividades de turismo relacionadas à observação de espécies e ao paisagismo. (Lévêque, 1999)

Além disto, por razões muito mais importante que as expostas acima, a mesma está ligada aos ciclos do oxigênio e gás carbônico, a regulação do ciclo hidrológico, absorve e decompõem poluentes e purifica as águas, regula os equilíbrios físicos e químicos. E envolve os limites éticos de não eliminar outras formas de vida, o princípio da igualdade entre as gerações e mesmo a compreensão científica dos princípios da evolução biológica (Lévêque, 1999)

Assim, a biodiversidade resume aspectos econômicos, ecológicos, científicos e éticos fundamentais para o futuro da humanidade e sua compreensão exige uma visão transversal e capaz de situá-la no plano nacional-popular que define a ação do Estado Nacional situando este fenômeno em uma das regiões planetárias mais ricas em biodiversidade, a América Latina, que envolve principalmente países megadiversos como o Brasil e outras nações latino-americanas.

A biodiversidade envolve um horizonte de evolução biológica, bioquímica, por seleção natural, com mecanismos de cooperação, predação, co-evolução, especialização pontuada.

A extinção é a regra natural deste processo longo de bilhões de anos e a intervenção antrópica atual calcada no capitalismo globalizado assume contornos ameaçadores não encontrados de forma similar, em qualquer outra cultura ou sociedade humana progressa.

A vida surge como propriedade emergente derivada desta rede de complexidade, com a interação entre elementos abióticos e bióticos, que formaram a atmosfera, os oceanos, os ciclos hídricos, as próprias formas geológicas sofrem a interação dos microorganismos dentro da conexão de ecossistemas em que o micro e os macro organismos interagem de forma dinâmica com a crosta terrestre, com os líquidos

oceânicos e outras formações aquíferas, com o solo conectado com a fauna e a flora, que foram derivados da formação de propriedades emergentes do caos reduzindo a entropia e a dissipação da energia conforme as leis da termodinâmica e criando o fenômeno homeostático da vida surgido historicamente da co-evolução destes vários fatores em equilíbrios sistêmicos dinâmicos variados entre os organismos e os ecossistemas.

Estes processos de longa duração, também é constituído por rupturas determinadas por contingências geológicas e cósmicas, como vulcanismo, tectonismo, acidentes como colisão de meteoros, aquecimento global, eras do gelo movidos por mudanças do próprio eixo terrestre com períodos de mega-extinções sem causas antrópicas.

Porém, no presente cenário, esta responsabilidade societal humana, está implicada nas extinções do “antropoceno” e provavelmente nos processos de mudança climática em curso com sérios risco a biodiversidade e a própria espécie humana:

“O IV Relatório Científico do IPCC (2007) apresenta evidências de mudanças de clima que podem afetar significativamente o planeta, com maior rigor nos países menos desenvolvidos situados na região tropical. Os resultados apontam para o aumento médio global das temperaturas entre 1,8° C e 4,0° C até 2100. As principais conclusões desse relatório sugerem, com confiança acima de 90%, que o aquecimento global dos últimos cinquenta anos é causado por atividades humanas.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 233)

No Brasil os efeitos destas mudanças podem ter efeitos significativos como a savanização e a ampliação da Seca no Nordeste do país:

“Já existem alguns estudos sobre os efeitos das mudanças climáticas no Brasil, mas o nível de incertezas ainda é

significativo. O Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) elaborou um estudo sobre panoramas futuros de clima no Brasil baseados nos cenários do IPCC. De acordo com as projeções desse estudo, as áreas consideradas mais vulneráveis são notadamente a Amazônia, com a chamada savanização, e o Nordeste.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 233)

O aumento da temperatura do planeta pode ter repercussões nefastas sobre atividades como a agricultura, à disseminação de doenças ocasionando severos prejuízos sociais e econômicos no país:

“O aumento da temperatura global- que poderá registrar até 4° C a mais no fim deste século- provocará impactos para o Brasil e todas as nações do mundo. Contudo, as populações mais pobres serão as mais afetadas, pois a intensificação dos eventos climáticos extremos dos processos de desertificação e de perdas de áreas agricultáveis fatalmente levará à escassez de alimentos e de oferta de água potável, à disseminação de doenças e a prejuízos na infraestrutura econômica e social do país.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 234)

Mais especificamente da parte da espécie humana que tem mais poder econômico e pode planificar o futuro do planeta como parte dos seus próprios interesses individuais patrimoniais e ideológicos condenando a outra parte da humanidade, ao risco ambiental, como refugiados ambientais e vítimas das guerras pelos elementos naturais cada vez mais escassos retirando a segurança alimentar e epidemiológica principalmente dos mais pobres.

E sujeitando a biodiversidade planetária ao processo irreversível de mega-degradação planetária intensivamente impulsionada pelo modelo societal hegemônico moldado pela injustiça ambiental efetivada pela acumulação desenfreada do capital.

Para ilustrar tal quadro complementamos nossa análise

com dados do desequilíbrio e desigualdade intrínseca; a este modo de produção planetário; que ilustra a acumulação de riqueza relacionada com a pegada ecológica de bilionários que concentram recursos financeiros e poder político em escala abissal com a globalização neoliberal:

Com a brutal acumulação de riquezas, em 2006 a classe dominante mundial concentrava em 946 pessoas um patrimônio de aproximadamente US\$ 3,5 trilhões (três trilhões e meio de dólares), o que equivale ao rendimento de 50% da população mundial. Mais da metade destes (quinhentos e vinte e três pessoas) encontravam-se nos EUA, Alemanha e Rússia. O Brasil apresentava vinte representantes dentre as maiores fortunas, com riqueza líquida de US\$ 46,2 bilhões (quarenta e seis bilhões e duzentos milhões de dólares), o que equivale à riqueza de oitenta milhões de dólares), o que equivale à riqueza de oitenta milhões de brasileiros mais empobrecidos. (LOUREIRO, 2012, p. 21)

A teia de complexidade que forma a vida (CAPRA, 1996), suas mutações, e suas interações complexas envolvendo elementos vivos e não vivos foi desencadeada por processos, que vem desde o Big Bang, até a formação de átomos em caldeiras estelares, e hoje toda esta maravilha evolutiva é ameaçada por uma racionalidade instrumental voltada para o lucro e para a ampliação da riqueza via concentração da propriedade privada, para robustecer esta visão destes ciclos alongados cita-se Suguio:

Quando se pensa na teoria de Gaia juntamente com a decifração do ADN, pode-se compreender que o nosso planeta e a vida terrestre constituem um único sistema... O ser humano é composto de células. O ADN, a matéria fundamental da vida é formado por moléculas. As moléculas, por sua vez, são compostas por átomos, que podem ser

desintegrados em partículas elementares. Além disso, as partículas elementares são compostas de partículas mais finas, que originalmente produziram a Grande Explosão do início do universo. Consequentemente, ao encarar o corpo humano em seus mínimos detalhes, chega-se a matéria que originou o universo. (SUGUIO, 2003, p. 103)

Estes processos de mudança que ameaçam a vida no planeta podem propiciar o início de uma consciência coletiva e individual mais biocêntrica; sem os vícios da Ecologia Profunda que deve ser hibridizada com a Ecologia Social para não invisibilizar as lutas dos movimentos sociais e do ser social latino-americano marcado pela opressão e exploração desde o período colonial.

Estes novos movimentos sociais coletivos e históricos dão origem a formas autogestionárias de controle social e a novos instrumentos jurídicos constitucionais; capazes de dar efetividade a proteção ambiental, com uma definição não privatista dos serviços ambientais; e dotar as sociedades tradicionais secularmente espoliadas de uma compensação ainda que mitigadora pela expropriação dos seus saberes ambientais como aqueles derivados das práticas etnobotânicas dos povos originários das Américas, vítimas de genocídios históricos com milhões de vítimas pela miséria, doença, fome, espada, cruz, lei, divisão do trabalho capitalista trazida pelos invasores eurocêntricos, desde o escravagismo mercantilista até as formas de exploração assalariadas e informais precarizadoras do mundo do trabalho contemporâneo mundial e latino-americano, marcadas pelo “quinto-sol capitalista” (MOREIRA, 2011).

Estes povos nativos americanos, talvez sejam herdeiros de sociedades paleolíticas que esgotaram os recursos da megafauna mamífera levando-a sua extinção, e aprenderam a co-evoluir com os biomas remanescentes criando um diálogo prolífico espiritual e prático com a natureza no sentido da

busca do equilíbrio e harmonia (WRIGHT, 2004); que não devem ser romantizados pelo Mito da Natureza intocada ou do bom selvagem, mais que podem trazer para a ciência ocidental, uma contribuição que remova o mecanicismo positivista, que transforma a natureza em objeto ou recurso natural desalmado e mercantilizado, que pode ser fragmentado pela suposta objetividade e neutralidade do método científico com sua absorção pela ciência aplicada dirigida ao mundo da troca, sem pensar no feedback da ação humana, com a imprevisibilidade e incerteza da alteração de ecossistemas no curto prazo pelo antropismo industrial controlado pelas classes dominantes e pela urbanização caótica conexas ocasionadoras de pegadas ecológicas que esgotam a capacidade de carga dos ecossistemas globais. Esta expansão das sociedades humanas em ritmo frenético, entrópico e caótico conduzidas por elites globais e pelas instituições multilaterais por ela comandadas torna o colapso plausível em um futuro não tão distante com escassez de água, alimentos e com o fim da fantástica rede de biodiversidade que nos envolve.

Esta lógica científica trouxe avanços, mas também muitos problemas pela racionalidade instrumental que conduz a uma dinâmica tecnológica entrópica, de riscos incalculáveis para o futuro da biodiversidade planetária, e também de uma de suas espécies, a humana; se não regulada pelo controle social estatal e acima de tudo pelo controle social deste pela população/comunidade; e não por grupos de interesse privilegiados, que a teoria social marxista chamava de classes dominantes, e que hoje independente de rótulos ideológicos, podemos designar como parte do espectro societal composto, pelas transnacionais, fóruns multilaterais, sistema financeiro, agroindústria e empresas monopólicas, incluindo também as empresas governamentais, quando associadas aos megaprojetos de infraestrutura voltados para sedimentar as estratégias da economia global neoliberal e suas ramificações desenvolvimentistas ainda assentadas na ideologia do

progresso ou apenas na visão especulativa fundamentalista da mundialização financeira neoliberal inaugurada por Pinochet, Thatcher e Reagan que não buscavam geração de emprego, apenas objetivando a destruição dos sindicatos e a ampliação do exército de reservas, eufemisticamente designado de desemprego estrutural.

Neste contexto, o tema da biodiversidade assume grande relevância para o Brasil, um país megadiverso, e para a região onde está situado, a América Latina em todos os campos da biodiversidade, desde a microbiana, de invertebrados terrestres, de vertebrados marinhos, peixes, insetos, micróbios (LEWINSOHN, 2008)

O suporte científico para mapear esta biodiversidade requer investimento em pesquisas, métodos de coleta adequados, criação de acervos públicos, formação de pesquisadores, manutenção de locais adequados, convênios internacionais, etc. O entendimento dos táxons, da formação de holótipos adequados. A megadiversidade brasileira deve corresponder a 10% da mundial (LEWINSOHN, 2008).

A união de taxonomistas com geneticistas que não ocorre em nosso país, também poderia ampliar o conhecimento da diversidade biológica, em modulação com conhecimentos da biogeográfica e técnicas interligadas com a bioinformática tornando mais eficientes as pesquisas nesta área.

A compreensão científica, a formação de políticas públicas ambientais adequadas para a proteção e melhor aproveitamento desta imensa riqueza, antes que seja devorada; pelo suposto progresso ditado pela expansão das fronteiras agrícolas e urbanas.

Embora a vida, também ocorra biodiversidade em agrossistemas; e no meio urbano. As políticas também devem compreender a complexidade regional do país, já que a maioria dos centros de pesquisa estão no Sul e Sudeste e na região Norte, com INPA e o Museu Emílio Goeldi, sem suporte adequado no Nordeste e Centro-Oeste do país. (LEWINSOHN, 2008)

Esta fragilidade no manejo e compreensão da Biodiversidade, também liga-se, por exemplo, a falta de estudos na costa oceânica nordestina, nos dosséis florestais da Amazônia (LEWINSOHN, 2008), assim como de todas as áreas tropicais megadiversas do planeta que estão em zonas periféricas do capitalismo, sem recursos para pesquisa e submetidas ao colonialismo.

O entendimento da complexidade destas questões extrapolando o universo universitário e chegando a sociedade civil e a formação de políticas de Estado que enfatizem a constituição de um Estado Ambiental de Direito protetor da biodiversidade criando alternativas sustentáveis de conservação garantindo os direitos sociais da população; e a soberania popular com norteadora das decisões públicas neste campo através de estratégias de educação ambiental, zoneamento ambiental, unidades de conservação, rediscussão da problemática da propriedade envolvendo a biodiversidade; que amplie o nível do debate e da busca de transformação do modelo capitalista predatório vigente na região e no mundo.

Neste debate, o Constitucionalismo do Equador e da Bolívia apresenta aspectos revolucionários apesar da debilidade destes países no que concerne a pressão dos centros imperialistas globais.

Porém, estas novas estratégias de modulação constitucional tornam-se urgentes tendo em face o cenário recente de riscos a biodiversidade que foram ampliados de forma desmesurada, pela redução da camada de ozônio, megaextinções e destruição da biodiversidade provocada pela ação antrópica com expansão de atividades extrativas (minérios, combustíveis fósseis, madeira de florestas tropicais), agrícolas e urbanas. (LOWY e BENSAD, 2000: 233) sintetizam e demonstram a importância da ecologia para a percepção e conscientização acerca deste quadro desolador que ameaça a sobrevivência futura da humanidade:

A grande contribuição da ecologia foi – e continua sendo – levar-nos a tomar consciência dos perigos que ameaçam o planeta em consequência do atual modo de produção e de consumo: o crescimento exponencial da desertificação das terras férteis, a acumulação de resíduos nucleares incontroláveis, a ameaça constante de novas Chernobys, a destruição em um ritmo acelerado de Florestas, o efeito estufa e o perigo de ruptura da camada de ozônio (que tornaria impossível toda vida orgânica no planeta) configuram um cenário de catástrofe que coloca em questão a própria sobrevivência da humanidade. Estamos enfrentando uma crise de civilização que exige mudanças radicais. (LOWY e BENSAID, 2000)

A Biodiversidade é um tema fundamental que também está situado no contexto de desigualdade internacional e nacional das sociedades capitalistas “centrais e periféricas” dentro dos sistemas de produção, circulação e consumo vigentes que se desenvolvem de forma pulsante nos dois últimos séculos com ampla destruição da biodiversidade e das populações tradicionais; e dos seus conhecimentos etnobiológicos, hoje ameaçados pelo modelo de propriedade intelectual que orienta a privatização da biodiversidade planetária por grandes empresas monopólicas que controlam vários setores interligados a exploração da biodiversidade e das biotecnologias:

[...] Dados atualizados apontam que os conglomerados empresariais, baseados nos países industrializados, controlam os setores farmacêutico, biotecnológico, veterinário, sementeiro e de insumos agrícolas. As dez maiores empresas sementeiras do mundo controlam quase 50% do mercado mundial de sementes comerciais; as dez maiores empresas de praguicidas controlam 84% do setor; as dez maiores empresas farmacêuticas do mundo controlam 59% do setor; as dez maiores empresas produtoras de serviços de produtos veterinários controlam 55% do setor; e

as dez maiores empresas de biotecnologia controlam 72% do setor. (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 173)

O saque das riquezas naturais da nossa região tem um longo percurso desde o período da invasão colonial, e hoje assume um novo viés no que tange ao Ouro genético da região estimado em bilhões de dólares, ao lado de outras riquezas hídricas, minerais e mesmo dos serviços ambientais advindos de ciclos hidrológicos, da evapotranspiração; e que provavelmente interagem com os ciclos da regulação climática global orientando a ideia de que não se deve alterar em tão pouco tempo, um sistema tão delicado, complexo e desconhecido, que pode causar grandes alterações no próprio sistema climático global desestabilizando o padrão vigente, com risco de desastres naturais, fome e ampliação do quadro de guerra ditado pela escassez sintomática destes recursos.

Daí a saliência do princípio da preocupação, com a aceitação da incerteza na alteração rápida de uma realidade desconhecida, em que o princípio da entropia, mostra o quão irreversível pode ser a alteração desta realidade criando a rápida destruição do longo processo de evolução sistêmica entre a biodiversidade e os ecossistemas incluindo os sociais qualificados enquanto sociobiodiversidade, sem esquecer de que não adianta este conhecimento científico, sem uma intervenção dentro do quadro de lutas concretas ambientais de dada região objetivando a justiça ambiental:

Nesse sentido, é fundamental considerar os povos da floresta nessa perspectiva para que possamos acabar com certos mitos sobre a Amazônia, como de pulmão do mundo, que reificam a vida desse ecossistema em axiomas deslocados de lutas concretas. A floresta amazônica tem um papel extremamente significativo na biosfera e no planeta, tanto quanto outros ecossistemas da mesma envergadura como os oceanos, as regiões populares, as áreas desérticas. Sua preservação em face da destruição pelo apetite insaciável do capital exige o

reconhecimento dos povos que fazem parte da vida da floresta e a proposição de uma alternativa global societária com esses povos. (PORTO GONÇALVES, 2010, p. 31)

A importância desta riqueza fenomenal, que já possui um valor intrínseco, que não consegue ser captado por um modelo econômico motivado exclusivamente pelo valor de troca e da busca de lucro para acumulação, torna-se objeto de cobiça, ou da destruição insana, como ocorre com as florestas tropicais para obter superávits primários recomendados pela teoria econômica dominante com dominação da mesma pelo Agronegócio, seja pecuária, soja ou para obtenção de madeira quase sempre de forma ilícita:

“A despeito da continua redução do desmatamento, o Brasil ainda precisa avançar na gestão da biodiversidade e florestas. Em períodos de aumento da exportação de soja, por exemplo, a tendência é aumentar o plantio com desmatamento. Mas o principal fator continua sendo, evidentemente, a pecuária extensiva.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 232)

Muitas destas atividades são efetuadas de forma ilegal, com danos imensos, rápidos e irreversíveis a biodiversidade em todo o planeta, e mais especificamente, também em nossa região, como no caso da ocupação da Amazônia rompendo com ideologias da modernização conservadora que continuam subsidiando o modelo de ocupação destrutiva da região. Desta forma, deve-se buscar um novo modelo de planejamento e ocupação da região:

Se, sob o domínio do capital, as próprias condições de reprodução da vida no planeta tornam-se mercadoria, para se entender a Amazônia é preciso construir uma nova visão, ecossocialista, tal como Chico Mendes propusera. Sua luta na defesa dos povos da floresta deu-se num período em que a ditadura sob tutela militar brasileira promovia os cânones da

propalada 'Revolução Verde' e expandia a fronteira agrícola em direção à região Amazônica. (PORTO GONÇALVES, 2010, p. 33)

Neste sentido, a formação de uma visão bioética/biocêntrica, em interação com a ecologia social, talvez contribua para a efetivação de proteção incondicional da biodiversidade e das populações humanas mais vulneráveis a invasão desmesurada destas regiões.

Isto requer a instrumentalização de um Estado Ambiental de Direito de caráter Plurinacional e Pluriétnico voltado para nossa realidade socioambiental através de estratégias de intensificação da democracia popular participativa e direta conforme observamos em modelos implementados recentemente pela Venezuela, Equador e Bolívia (WOLKMER, 2001), que postulam inclusive o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos (WOLKMER & PETERS, 2013).

Dentro de uma inserção social, muito diferente da europeia, e que seja, capaz de efetivar a soberania nacional popular ecológica, a justiça ambiental, viabilizado através da efetivação de políticas públicas de Estado controladas pelos grupos sociais marginalizados dentro de suas necessidades sociais concretas, voltadas para o bem estar ambiental e social que estão intrinsecamente ligados ao manejo ecológico adequado e a proteção da biodiversidade, com a efetivação de um Estado de Direito de Bem Estar Ambiental, que permita também a rediscussão dos modelos de propriedade intelectual dominantes na Globalização hegemônica e permita um manejo e controle social comunitário participativo a partir dos grupos aliados historicamente do poder político e que contribuem para a manutenção da floresta e de toda a sua biodiversidade. Ou seja, estratégias de reconhecimento do pluralismo jurídico comunitário participativo dentro de uma ética da alteridade e de uma racionalidade emancipatória (WOLKMER, 2001;

2013) e acima de tudo libertadora (DUSSEL, 2012), sem descartar a atualidade do programa estatal empoderado pelos movimentos sociais, e vedando o retrocesso na seara socioambiental.

Este caminho é necessário para a contextualização prévia do cenário de agressão da biodiversidade ocasionada pela permanente destruição da natureza correlacionada ao extermínio genocida dos povos originários e que hoje encontra eco em processos de transformação social que moldaram uma nova cultura jurídica constitucional original especialmente na América do Sul.

1.1 – A internalização da agenda ambiental nos processos de globalização pelo Brasil.

Desde os anos 70, o conceito de ecodesenvolvimento problematizou os aspectos do modelo econômico que levava a destruição da natureza focalizando a responsabilidade do sistema capitalista na produção desta destruição:

“Nessa década, ganhou força a visão de ecodesenvolvimento que já defendia a conciliação dos aspectos econômicos, sociais e ambientais no desenvolvimento. Essa visão começou a ser internalizada no Brasil com a promulgação da Lei n.6938/1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente. Esta criou diversos instrumentos e sistemas que são utilizados na política ambiental até hoje, como o Zoneamento Econômico Ecológico (ZEE), o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Além disso, a citada lei criou a obrigação do licenciamento, e a Resolução nº. 1/1986 do Conama menciona as atividades que requerem o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) (VIEIRA & CADER, 2012, p. 226)

Este processo resulta na Conferência das Nações Unidas de 1992, realizada depois da queda do muro de Berlim, no bojo da gestão da “Nova Ordem Mundial” de cunho neoliberal:

“Na década de 1990, as discussões sobre a implementação de um modelo de desenvolvimento ambiental socialmente sustentável culminaram com a realização, no Rio de Janeiro, em 1992, da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio-92. Essa conferência reuniu empresários, 179 chefes de Estado e de governo e contou com a participação inédita da sociedade civil (2400 representantes), por meio do Fórum Global, que contou, por sua vez, com 17 mil ativistas. Convocada em 1988 pela ONU, os Estados Unidos tentaram em vão boicotar sua realização, receosos de se tornarem o principal alvo das denúncias ambientais no sistema econômico vigente, no contexto do pós-queda do Muro de Berlim, em 1989, e do desmoronamento da União Soviética, em 1991” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 227)

Dentro da Eco-Rio de 1992 vários documentos são assinados versando desde a Mudança Climática, diversidade biológica, a Carta da Terra e a Agenda 21, além de outros:

“Diversos documentos foram assinados, como a Convenção sobre Mudanças do Clima, a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção sobre Combate à Desertificação, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, além da aprovação da Carta da Terra, do Protocolo de Florestas e Agenda 21 Global. A RIO-92 foi um divisor de águas na política ambiental, pois contribuiu para a maior participação de organizações não governamentais e inseriu o universo empresarial nas questões ambientais- fazendo com que os investimentos das empresas em meio ambiente se tornassem crescentes nos anos subsequentes.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 227)

No Brasil ocorrem outras mudanças que buscaram efetivar uma política de licenciamento e fiscalização ambiental, ao lado da proteção da biodiversidade:

“Em 2007, foi aprovada a Lei n. 11.516/2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, fruto do desmembramento do Ibama, que passou a ser responsável principalmente pelo licenciamento e pela fiscalização ambiental. Já o Instituto Chico Mendes ficou responsável pela gestão de Unidades de Conservação.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 227)

Outro passo fundamental foi a elaboração de uma Política Nacional de Mudanças Climáticas e a Política Nacional de Resíduos Sólidos:

“Como resposta às pressões da comunidade científica e internacional, o Brasil aprovou, em novembro de 2009, através da Lei. n. 12.187/2009, a Política Nacional de Mudanças Climáticas, na qual foi estipulada a meta voluntária de redução entre 36,1% a 38,9%. A política ambiental no Brasil, apesar das polêmicas, conseguiu avançar na última década em algumas áreas, como foi o caso da aprovação da Lei n. 12.305/2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 228)

A Rio+20 demarca em 2012 retrata uma oportunidade de balanço dos avanços e retrocessos na área ambiental nos últimos 20 anos:

“Vinte anos após a Rio-92, a cidade do Rio de Janeiro sediou novamente uma conferência internacional da ONU, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, a Rio + 20, na qual foram discutidos diversos temas relacionados a questões ambientais, sociais e econômicas, como economia verde, governança ambiental e

erradicação da pobreza. A Rio + 20 foi uma oportunidade para fazer um balanço dos avanços e retrocessos na área ambiental nos últimos vinte anos. A Conferência foi considerada uma oportunidade perdida, pois não se apontou caminhos nem se propôs metas concretas para enfrentar as graves ameaças provocadas pelo aquecimento global e pela perda de biodiversidade. Alguns observadores, porém assinalaram avanços nas tratativas e discussões sobre temas como os oceanos, a participação do C40 (grupo formado pelos prefeitos das principais metrópoles do mundo), o Relatório sobre a Economia dos Ecossistemas e da Biodiversidade (TEEB) e a Iniciativa Internacional de Contratação Sustentável (SPPI)” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 228)

A Convenção sobre Diversidade Biológica também assume papel relevante estabelecendo princípios que visam seu conhecimento e conservação através da Política Nacional de Biodiversidade:

“1. Convenção da Diversidade Biológica (CDB): tratado internacional que teve origem na RIO-92, contemplando um rol de diretrizes para o desenvolvimento das políticas relacionada à biodiversidade para todos os estados signatários da convenção. Seus principais objetivos são: conservação da diversidade biológica; utilização sustentável dos seus componentes; e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do acesso aos recursos genéticos.

2. Política Nacional de Biodiversidade (PNB): em consonância com os compromissos assumidos pelo Brasil ao assinar e ratificar o CDB, o Decreto n. 4339, de 22 de agosto de 2002, instituiu os princípios e as diretrizes para a implementação da política, fundamentada nos seguintes componentes: conhecimento, conservação (VIEIRA & CADER, 2012, p. 229)

O Brasil é responsável hoje pela proteção de 75% de toda a área protegida do mundo desde 2003, o que retrata um

avanço em relação ao cenário neoliberal de degradação total do meio ambiente:

“Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, o Brasil conta com aproximadamente 1,5 milhão de Km de área coberta por unidades de conservação, o que corresponde a 16,6% da área continental nacional e 1,5% das águas jurisdicionais brasileiras. De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) o Brasil é responsável pela proteção de quase 75% de toda a área protegida estabelecida no mundo desde 2003.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 229)

A distribuição das Unidades de Conservação varia em extensão de acordo com a região do país, mais formou-se um sistema vital para a manutenção da biodiversidade seriamente ameaçada pela expansão da fronteira agrícola, pecuária e por atividades extrativas como a mineração:

“E mais, considerando a área coberta por unidades de conservação federais e estaduais e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPN) no país, a maior parte se situa no bioma Amazônia, como pode ser observado... O Cerrado e a Mata Atlântica também detêm porções consideráveis da área protegida pelo Snuc, com 10,9% e 6,4%, respectivamente.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 229)

2 – Um breve relato da viragem ecocêntrica do Constitucionalismo da Bolívia e do Equador

A América Latina caracteriza-se pela expressão de novos documentos constitucionais como os do Equador e da Bolívia. Estas constituições Plurinacionais, Pluriétnicas, assentadas no poder popular e dos povos originários com todas as contradições de sua emergência em áreas dominadas por séculos com processos de segregação orientados por

Oligarquias subalternas aos poderes econômicos imperiais baseados no eurocentrismo, no etnocentrismo, na exploração e violência dos povos subjugados e das populações pobres. Estes processos também corroboram riscos políticos como o do Separatismo percebido pelo próprio Evo Morales nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte (CALZADILLA, 2014).

Estes processos de ruptura Constitucional Sul-americanos foram levados a cabo pelo desgaste do neoliberalismo e da esquerda tradicional abrindo novos espaços para forças populares que se erguem nestes processos representados, por exemplo, pelos povos originários principalmente das etnias mais representativas (Quéchuas e Aimarás), quilombolas e a população pobre branca ou mestiça massacrada pelos processos de austeridade fiscal receituados pelo Multilateralismo nos anos 80 e 90, que deflagram a crise do Estado-Nação monocultural e das suas instituições não representativas das maiorias sociais excluídas, especialmente neste período que se caracterizou por retrocessos em processos de redistribuição agrária ocorridos em décadas anteriores pela ação dos movimentos populares e de governos nacionalistas.

Nestes processos surgem novos designios como o da Constituição do Equador de 28 de Setembro de 2008, que estabelece, a natureza como Sujeito de Direitos. Além de conceituar, o Sumak Kawsay, o bem viver, que estabelece uma mudança de paradigma dirigida ao apelo comunitário que representa não apenas os humanos, mais todos os seres vivo como parte do ecossistema.

Por isto, a natureza se transforma num dos sujeitos beneficiários dos direitos constitucionais; e portanto, toda a biodiversidade, que usufrui dos processos de descolonização decolonial que agora também implicam em um novo caráter protetivo. No caso Equatoriano em um país que por sua diversidade geográfica possui uma grande biodiversidade, tal conceituação é de extrema relevancia (IGLESIAS, 2014).

Estas novas concepções constitucionais trazem uma

dimensão essencial para a ampliação da proteção da vida num sentido cosmogônico alternativo ao paradigma cognitivo/cultural ocidental eurocêntrico capitalista e colonizador baseado no maniqueísmo de um sistema classificatório baseado na construção de ideias de superioridade e inferioridade aplicadas as sociedades dominadas nos últimos cinco séculos pelo Sistema Mundo Capitalista.

Assim, a cosmogonia do Pacha Mama Equatoriana e da Madre Tierra Boliviana que compreendem o sistema formado por todos os sistemas de vida e os seres vivos inter-relacionados (art. 3º), dentro de comunidades complexas e dinâmicas de plantas e animais, micro-organismos e outros seres vivos. O mesmo explicita, a influência de fatores climáticos, geográficos, geológicos, com práticas produtivas e a diversidade cultural das populações bolivianas e as cosmovisões de nações e povos indígenas originários, camponeses, as comunidades interculturais e afrobolivianas (art. 4º) da Constituição Boliviana de 2009. A Madre Tierra possui o direito de regeneração e de não mercantilização caracterizando um constitucionalismo da crise ecológica (WILHELM, 2014).

Desta forma, a Madre Tierra obriga a defesa integral dos direitos da vida, da resiliência e da regeneração da biodiversidade que estão presentes na lei que estabelece os princípios da Justiça Agroambiental Boliviana, mais especificamente no art. 132, que ao lado dos acima relatados princípios típicos destas constituições incorporam o dano ambiental, a imprescritibilidade dos danos ambientais e a aplicação dos princípios da precaução para proteger o meio ambiente, a biodiversidade e a saúde humana. (WILHELM, 2014)

O reconhecimento dos etnosaberes e a identidade dos povos ancestrais massacrada pela epistemologia política europeia que procurou empreender também um genocídio

cultural, um epistemicídio. Porém, apesar destes processos, estes povos mantiveram suas línguas, seus dialetos, sua importante personalidade coletiva e sua íntima relação com a natureza (IGLESIAS, 2013) que garantiram epistemologicamente a emergência destes processos constitucionais sul-americanos singulares demarcando a formação de uma nova cultura jurídica alternativa.

No caso da Constituição da Bolívia surge uma Justiça Indígena e Tribunais Agroambientais, ao lado, de novas formas de participação como a Consulta Prévia aos povos indígenas e camponeses vitimados inclusive pelo racismo das áreas dominantes como Santa Cruz de La Sierra agora rechaçada pela vitória do movimento indígena Cocalero representado por Evo Morales e seu movimento ao Socialismo (MAS) (CALZADILLA, 2013).

A biodiversidade tem sido enfocada sob o foco pluralista jurídico comunitário libertador dos povos da região, em sua interligação com a biodiversidade ou com práticas que possivelmente atentem contra a mesma.

Desta maneira, a reflexão acerca de alguns dos seus saberes etnobiológicos, que podem contribuir também para a formação de um novo paradigma civilizatório – que encarna a utopia ainda distante de uma Ecocivilização de um socialismo indoamericano (MARIÁTEGUI, 2010; BRAVO MALDONADO, 2015):

“... Para superar a crise civilizacional presente, urge mudar de rota, no sentido de uma ecocivilização, em que, respeitando-se os direitos humanos, o homem se reconhece como parte da natureza, e não como seu senhor, que dela pode dispor a seu bel-prazer.” (AZEVEDO, 2008, p. 150)

Esta civilização deve ser capaz de romper com os modos de produção capitalista, especialmente de seus modelos privatizadores pelo viés do monopólio da propriedade privada

material e imaterial, nutridos por uma ideologia individualista/patrimonialista herdada do eurocentrismo capitalista com todos seus ramos colonialistas, militaristas e imperialistas; ou também, de um certo modelo do socialismo real também baseado na degradação ambiental através de uma planificação burocrática estatista; que também era movida pelo ideário do progresso supostamente voltado para o coletivismo e o igualitarismo com distorções do aparelhamento da máquina estatal por uma elite monopartidária incapaz de assentar a democracia operária baseada na dualidade de poderes ascendente com os Soviets.

Apesar dos avanços do socialismo real nos direitos sociais possibilitados por estas experiências de enfrentamento do Capital considerando a exploração do homem sobre o homem, e não a exploração totalizante do homem sobre a natureza, que incorpora a dominação de classe como parte de um metabolismo socioambiental mais amplo e totalizante gerado pela sociedade capitalista que transversaliza a mercantilização da vida.

3 – Direito da biodiversidade e a questão da propriedade intelectual

Aqui surgem problemas fundamentais da propriedade da biodiversidade, que envolvem a sobreposição entre a Convenção sobre a Biodiversidade e os Trips com a existência de princípios e regras com valores distintos consumando uma realidade que surge da incorporação da diversidade biológica e dos conhecimentos dos povos originários e das comunidades exploradas:

Embora inicialmente possam parecer regimes jurídicos distintos, a sua interferência recíproca resulta da aquisição de direitos de propriedade intelectual a partir de produtos ou processos que envolvam recursos naturais ou conhecimentos

de povos tradicionais. O avanço da tecnologia permitiu que pudessem ser obtidos benefícios econômicos com a utilização de recursos da diversidade biológica, enquanto há diversas formas de valorização dos recursos naturais não vinculadas à valorização econômica. Tal ação ocorre de forma a excluir esses povos, ou os países onde são obtidos os recursos, da participação nos benefícios gerados pelo produto ou processo novo, garantindo ou protegido por um direito de propriedade intelectual. (VIEIRA, 2012, p. 19)

Neste contexto, estudar o caráter deste debate entre CDB e os Trips, com seus reflexos sobre uma região megadiversa como a América Latina é essencial:

A América Latina está particularmente envolvida neste contexto, à medida que é o continente com maior riqueza em biodiversidade do planeta. Tal fato deve-se, principalmente, à Amazônia, em sua maior parte caracterizada pela floresta tropical que possui a maior concentração de diversidade natural do mundo, configurando, também, um bioma responsável por diversos endemismos. A Amazônia é um espaço geográfico regional latino-americano porque está situada no território de nove países: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela. Associada à riqueza natural, a região também é caracterizada por significativa sociobiodiversidade, em razão de tribos indígenas e comunidades tradicionais que historicamente ocupam partes do território Amazônico e desenvolvem conhecimentos acerca da natureza diversa que se encontra no ambiente, com emprego para diversas finalidades, desde rituais religiosos a usos terapêuticos e cosméticos. (VIEIRA, 2012)

Este também é o ponto de partida para uma possível e utópica Ecocivilização Altermundializadora, que se apresenta no recorte boliviano, com base na constituição de um socialismo indoamericano com uma viragem ecocêntrica e pós-

colonialista, sem desconhecer obstáculos e erros com qualquer projeto social do ser social, seja ele latino-americano ou outro.

4 – A ecocivilização altermundializadora como novo paradigma emergente da crítica da propriedade intelectual da biodiversidade

O projeto futuro de uma Ecocivilização baseada no ecossocialismo devidamente desmercantilizada e voltada para objetivos básicos de incremento da sustentabilidade na relação homem/natureza podem ser sintetizados na seguinte citação:

[...] Para superar a crise civilizacional presente, urge mudar de rota, no sentido de uma ecocivilização, em que respeitando-se os direitos humanos, o homem se reconheça como parte da natureza, e não como seu senhor, que dela pode dispor a seu bel-prazer.” (FARACO DE AZEVEDO, 2008, p. 150)

O Constitucionalismo Sul-americano será também abordado, pois admite uma tutela jurídica ampliada dos bens ambientais como a biodiversidade propiciando inclusive a transformação da Natureza, e portanto, da biodiversidade, em Sujeito de Direito com a densificação da proteção do bem jurídico ambiental:

A mobilização do povo equatoriano incorporou, pela primeira vez na constituição de um país, os Direitos da Natureza, o que rendeu artigos de Eduardo Galeano e Boaventura de Sousa Santos chamando a atenção para o caráter revolucionário que a proposta comporta. Cabe lembrar que a natureza é uma condição geral da existência humana e, como Marx alertara em sua Crítica ao Programa de Gotha, não é só o trabalho que cria riqueza, mas a natureza é também fonte de riqueza (não confundir riqueza com valor, no sentido capitalista do termo. (PORTO GONÇALVES, 2010, p. 33)

Neste sentido, o compromisso de guiar as futuras gerações em direção a este novo paradigma social fora da coisificação humana, do fetichismo da mercadoria e da propriedade privada ilimitada; que pode ser otimizado por tecnologias sociais e ambientais adequadas a constituição de uma futura Ecocivilização não baseada no desperdício crematístico de energia (PORTO GONÇALVES, 2006).

A transição de uma economia centrada na ética da acumulação egoísta de capitais e bens conecta-se a criação de alternativas a produção de formas de consumismo frenético e de produção irresponsável de mercadorias e de resíduos agravadores da crise ambiental; mesmo reversões na ineficiência tecnológica e gerencial dos processos produtivos e na reciclagem, conforme prometem métodos como a logística reversa ou a ampliação massiva da reciclagem, se constituem em medidas importantes, porém, tornam-se insuficientes sem resolver os problemas estruturais do sistema relativos às relações sociais de poder de classe e de produção hegemônicas postas pelo metabolismo do capital.

A lógica civilizatória capitalista gerada pela ausência de internalização dos custos ambientais pelas empresas, que segundo Wallerstein (2002), não pode ser absorvida de forma real, pelo sistema capitalista, que precisa se nutrir do êxodo rural e da exploração total da natureza pela ausência de internalização dos custos ambientais que são externalizados, apesar de venderem muitos de seus produtos publicitariamente como verdes e limpos, sem mencionar as cadeias produtivas insustentáveis do qual grande parte destes produtos fazem parte, tanto na vertente ambiental como social, levando-nos a reflexão entre as ideologias do capitalismo verde ou a adoção do paradigma da ecologia social? (BARBIERI, 1998)

Desta forma, sem modificar as causas estruturais, presentes neste setor da produção, circulação e consumo capitalistas, não se atinge, a verdadeira pegada ecológica, que está centrada no setor empresarial e agroindustrial monopolista

(agricultura capitalista), industrial e de serviços urbanos transnacionais e nacionais. O consumo doméstico como pegada ecológica é pífia em relação a estes setores econômicos (LOUREIRO, 2012).

Embora sua conscientização como opinião pública seja, importante, o que somente pode ser posto em efetivação por políticas públicas estatais e de incentivo a sustentabilidade pela sociedade civil, centradas na preeminência dos princípios da sustentabilidade (FREITAS, 2011).

Esta dinâmica reflexiva e da criação de uma práxis jurídica constitucional e infraconstitucional¹ coerente de defesa da natureza internalizando os custos ambientais; através do empoderamento do próprio ser humano na sua dinâmica enquanto cidadão individual e coletivo ecológico, elevando a natureza e seu estatuto jurídico, enquanto Sujeito de Direito, com a formação de uma ética biocêntrica a serviços dos povos originários e dos marginalizados, validada pela justiça socioambiental ampla reconhecendo a luta de classes.

Para além do capital, e do que foi feito pela civilização industrial do Welfare State europeu criada pelo Plano Marshall e o Plano Beveridge dentro da dinâmica da guerra-fria de combate ao comunismo internacional de 1917; que por sua vez, já foi transformada em cérebro único stalinista planejado e totalitário com a vitória dos aliados em 1945, amparado

¹ Neste sentido a ideia de Ecodesenvolvimento foi incorporada a legislação nacional: “Nessa década, ganhou força a visão de ecodesenvolvimento que já defendia a conciliação dos aspectos econômicos, sociais e ambientais no desenvolvimento”. Essa visão começou a ser internalizada no Brasil com a promulgação da Lei n.6938/1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente. Esta criou diversos instrumentos e sistemas que são utilizados na política ambiental até hoje, como o Zoneamento Econômico Ecológico (ZEE), o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Além disso, a citada lei criou a obrigação do licenciamento, e a Resolução n°. 1/1986 do Conama menciona as atividades que requerem o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) (VIEIRA & CADER, 2012, p. 226)

também na industrialização e na mitologia do progresso crescentista ilimitado.

O Welfare State europeu, por sua vez, também difundiu ditaduras do capital e do consumismo legitimadoras dos interesses financeiros e das transnacionais principalmente estadunidenses, com sério comprometimento da justiça social e ambiental nos países periféricos assolados por sua interferência com ampliação da degradação socioambiental e mesmo pela exportação de regimes autoritários apoiados como vimos pela formação de golpes civis-militares, que garantiram a internacionalização da economia destas regiões.

As estruturas complexas das tecnologias concentradas pela propriedade intelectual, e pela reserva do *Know How* dos países centrais servem no contexto, em que os poderosos interesses de grupos monopólicos empresariais, do sistema financeiro e das oligarquias brutais financiadas por este capital muitas vezes provindo da lavagem de dinheiro sujo garante o extermínio genocida de povos nativos conforme ocorre no Mato Grosso do Sul; e na região Amazônica maquiando este avanço na floresta como progresso, talvez seja um progresso do extermínio da biodiversidade incluindo a humana pela destruição dos povos nativos, inclusive alguns ainda desconhecidos e que não fizeram contato com nossa perigosa e indomável civilização do dinheiro, do lucro, da propriedade privada e da acumulação envenenadora do planeta via poluição, consumo e criação de resíduos em escala incompatível com a renovação dos elementos naturais, o que torna necessário reconhecer novas racionalidades ambientais dentro da busca da sustentabilidade (LEFF, 2010), as epistemologias ambientais nativas, e as soberanias dos povos que vivem naquele território:

Isso significa, portanto, respeitar as diferenças dos povos com suas diferentes matrizes de racionalidade. A verdadeira e irrenunciável soberania sobre o território amazônico não é

incompatível com o reconhecimento do direito dos povos indígenas e camponeses que há muito habitam a floresta e as regiões ribeirinhas. Ao contrário, é sua condição até porque a soberania, além de territorial, deve ser popular- e os indígenas e camponeses são parte constitutiva do povo brasileiro (peruano, boliviano, colombiano, equatoriano, venezuelano). Assim, uma visão de soberania que ignore a dimensão popular é inconsistente, embora não faltem os que pensem assim. (PORTO GONÇALVES, 2010, p. 31-32)

Neste contexto, é essencial o debate acerca dos conhecimentos tradicionais, dos recursos da biodiversidade e expressões culturais tradicionais, de expressões como patrimônio cultural imaterial, o papel das patentes na apropriação do conhecimento tradicional, a biopirataria, e as estratégias envolvendo os países megadiversos, e ricos em termos bioculturais (RODRIGUES JÚNIOR, 2010), neste sentido a questão do patrimônio biocultural é assim sintetizada:

A expressão patrimônio biocultural imaterial (PBI) compreende as três categorias de recursos bioculturais imateriais (RBIS) que serão objeto deste estudo: os conhecimentos tradicionais associados ou não à biodiversidade (CTs), os recursos da biodiversidade e as expressões culturais tradicionais (ECTs). A expressão PBI resulta da associação parcial de forma e conteúdo das expressões 'patrimônio biocultural', e 'patrimônio cultural imaterial', empregado no Código de Ética da Sociedade Internacional de Etnobiologia (SIE), e patrimônio cultural imaterial', utilizada pela Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (CSPCI). (RODRIGUES JÚNIOR, 2010)

Além disto, surge o medo de um imperialismo verde via internacionalização da Amazônia, ou a simples destruição desmesurada, que já é materializada pelo poder de

mineradoras, fazendeiros e grandes projetos de infraestrutura, caso, não seja viabilizada no curto prazo pelo poder do capital internacional; e com o máximo de vantagens contando inclusive com a complacência estatal no sentido de redução dos embaraços da fiscalização; ou com a não criação ampliada de novas Unidades de Conservação; demarcação de territórios indígenas com um novo planejamento e ocupação territorial da Amazônia, através de uma ecologia política crítica (PORTO-GONÇALVES, 2010), embora as Unidades protegidas e a queda do desmatamento estejam sendo anunciados pelos governos desenvolvimentistas sucessores do neoliberalismo ortodoxo desgovernado dos anos 90, o que representa um avanço, os riscos de retrocesso continuam gigantescos pelo crescimento desmedido da agroindústria e dos lobbies políticos ruralistas marcados pelo conservadorismo.

As transações relacionadas à venda de madeira ilegal, ao tráfico humano para obtenção de trabalhadores análogos aos escravos que são usados no desmatamento da floresta amazônica, ou para alimentar olarias de siderúrgicas que convertem biodiversidade botânica do cerrado em carvão para forjar o aço automobilístico ou da construção civil em expansão, estes processos ocorrem mesmo com a certificação das cadeias produtivas que não conseguem anular, seus elos agressivos ao meio ambiente, o que deve ser garantido pela fiscalização incessante do Estado e pelo controle social popular autêntico.

No campo da biodiversidade que não é destruída pelas situações acima expostas surge a problemática da biopirataria, um destes problemas do modelo de prospecção de riquezas ilícitas, que não beneficiam nem a natureza e nem o povo amazônico ou de qualquer outro riquíssimo bioma brasileiro marcado pela mais rica biodiversidade tropical; problemática que está envolvendo a questão dos Direitos de Propriedade Intelectual pode-se citar, desta forma, o que consiste a apropriação indébita dos recursos da biodiversidade:

A prática de apropriação indébita dos recursos da biodiversidade e dos CTAS é chamado popularmente de biopirataria. O termo se refere à obtenção de um DPI sobre uma criação não inventiva, derivada de um CTA e/ou recurso biológico. Em ambas as situações, ou titular do DPI não reparte quaisquer benefícios econômicos com as comunidades tradicionais e/ou Estados titulares dos insumos utilizados, ou reparte benefícios infinitesimais, pagos, para debelar possíveis demandas legais. Esta última categoria de casos é classificada como biofraude e é viabilizada pela existência de múltiplas fontes de recurso biológico e CTAs, as quais permitem que o potencial usuário escolha, dentre as fontes possíveis, a mais facilmente manipuláveis. A noção de biopirataria funda-se na falha deliberada dos regimes de DPIs em promover o reconhecimento e compensação material pelos aportes informacionais e intelectuais dos países ricos em termos biológicos e das comunidades tradicionais, absorvidos como insumos gratuitos e de custo infinitesimal para a geração de produtos e processos valiosos. (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 77-78)

Desta forma, a biodiversidade no país mais biodiverso do mundo, o Brasil, e na região mais biodiversa do mundo, a América Latina é fundamental, especialmente pela desvalorização dos saberes tradicionais:

[...] o fato de os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade serem pouco valorizados pelo sistema abrangente – por serem considerados primitivos e com pouco valor agregado, respectivamente – faz com que sua contribuição se restrinja a servir de matéria-prima para a indústria biotecnológica. Por meio desta abordagem, baseada na avaliação da valoração dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade partindo de sua utilidade, a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados são transformados, de domínios locais comuns, em propriedade particular. (KISH & KLEBA, 2009, p. 75)

O tema dos serviços ambientais, da biopirataria, da criação de unidades de conservação, do ecoturismo, dos corredores de biodiversidade, da proteção e utilização da biodiversidade e no caso do Brasil a função dos povos da floresta na criação de um novo planejamento para a biodiversidade amazônica (PORTO GONÇALVES, 2008).

A criação de estratégias que visem a responsabilização pelo dano a biodiversidade também são orientações coerentes, que implicam em estratégias coerentes de proteção da biodiversidade:

No caso do dano a biodiversidade, a reparação in natura identifica-se com a restauração ou reabilitação das espécies e habitats afectados e/ou das suas funções ecológicas (a funcionalidade ou serviço do recurso natural). Esta distinção (elemento natural em concreto afectado/função ecológica desempenhada pelo mesmo) permite-nos distinguir duas formas de reparação in natura: a restauração ecológica e a compensação ecológica. (OLIVEIRA, 2010, p. 168)

Outros problemas são as saídas para a questão da biodiversidade, ditadas pelas aspirações do mercado para o problema da biodiversidade, que não perpassa a soberania nacional, mais os interesses do mercado global e dos seus comandantes, com a criação de mecanismos de desenvolvimento verde mediante a auditagem e a criação de certificados:

A proposta é estabelecer um processo de certificação de área protegidas e, após uma auditoria independente, conceder ao plano um certificado de gestão da biodiversidade que ficará disponível no mercado. A venda não seria da terra em si, mas da gestão da biodiversidade, incluindo sua conservação e utilização sustentável dos recursos. O MDV permitirá a venda de certificados para a venda da biodiversidade. (TELINO, 2010, p. 145)

Mas também surgem o importante papel de agricultores familiares, dos povos indígenas e quilombolas nesta situação, que convivem com seus ecossistemas há séculos, e mantêm as florestas em pé, mantêm conhecimentos práticos sobre a biodiversidade dos seus biomas regionais, e garantem a limpeza e hígidez dos mananciais de água, que ficaram por séculos, praticamente inalterados, e que são ameaçados hoje, pelo agronegócio, pela especulação imobiliária e outros fatores ditados pela expansão da sociedade capitalista.

A preservação cultural dos povos indígenas e quilombolas também contribui para a preservação da natureza, mesmo quando contextualizamos a proteção destes povos sob uma orientação pragmática:

“Além das unidades de conservação integrantes do Snuc, as terras indígenas representam aproximadamente 13% do território brasileiro, e os territórios quilombolas também são considerados áreas protegidas. A rica sociodiversidade, representada por mais de duzentos povos indígenas e comunidades locais (quilombolas, caiçaras, seringueiros etc.), reúne inestimável acervo de conhecimentos tradicionais sobre a conservação e o uso da biodiversidade.” (VIEIRA & CADER, 2012, p. 229)

Como superar os dilemas da civilização do risco e alcançar uma civilização baseada no Princípio Esperança (BLOCH, 2005), da igualdade assentada na diversidade como valor fundamental da diferença que enriquece.

A imaginação e criatividade ditadas por uma nova Cosmogonia ecológica, que é filtrada pela Constituição e garantida pelo controle social popular, pela transparência da esfera pública constituída por grupos diversos e identidades concretas; e não pelo controle do mercado distante da concepção ilusória e normativa do equilíbrio entre oferta e procura projetada por econométristas neoliberais apoiados nas

curvas de Arrow & Debreu, respectivamente criadas por, Keneth Arrow e Gérard Debreu, que apoiados nos argumentos de John Nash pressupõem o equilíbrio de preços num mercado competitivo, contra esta argumentação econométrica usada como lei natural matemática pelos neoliberais, insurge-se Alain Lewis que demonstra a indecidibilidade e incompletudes da teoria dos jogos de Nash, com apoio de investigação do filósofo Newton Costa e do estudante de economia, Marcelo Tsuji, chega-se a conclusão, que não se consegue com modelos matemáticos dizer se um mercado atingiu ou não o equilíbrio (ASSIS; DORIA, 2011) rompendo a fábula dos governos neoliberais que reinaram em nossa região nos anos 90.

Assim, à volta aos povos e as suas necessidades almejam desconstruir o laboratório infernal macroeconômico que a América Latina se tornou nas mãos de “cientistas econometristas neoliberais” no seu laboratório de equações matemáticas indecifráveis e frias, um dogma econométrico dos economistas neoliberais que queriam transformar a economia dentro da segurança da regência de leis da causalidade matemática, como a mecânica clássica newtoniana, algo que agora só podemos conceber como ideologia e não como ciência dentro da própria matemática que lhes conferia o verniz estatístico matemático usado para legitimar seus postulados ideológicos usados para justificar privatizações e o Estado Mínimo como máximas científicas não questionáveis pelos supostos ideólogos representados por outras escolas da economia política como marxistas e keynesianos, que não seriam amparados pela verdadeira ciência matemática.

Agora, a desconstrução e o desencanto de seu universo (ASSIS, DORIA, 2011), os transporta para as ficções ideológicas de uma literatura normativa usada para justificar os interesses da classe dominante do sistema financeiro e industrial, mesmo que isto os conduza a ganhos com especulação, que desembocam em crises que podem ameaçar seus poderes, pela Revolução ocasionada pelo aumento do

abismo entre classes e países com concentração de renda e miséria, além do agravamento da crise ambiental com reflexos imprevisíveis sobre toda a humanidade.

A Refletir sobre a solução da problemática da sociobiodiversidade para a construção de uma futura Ecocivilização guiada pelo novo eixo paradigmático de uma sustentabilidade densificada, capaz de utilizar a biodiversidade de forma justa. E não dentro dos apelos ecocapitalistas da biotecnologia, e dos bicombustíveis. Embora seja necessária a diversificação da matriz energética com sua purificação pela energia solar térmica ou com painéis fotovoltaicos, transporte coletivo urbano público, energia eólica, produção agroecológica cooperativada, busca de segurança e soberania alimentar respeitando tradições culturais e a diversidade local (SACHS, 2009; LOWY, 2005); e sem excluir o que não faz parte deste universo prometéico simbólico, ainda baseado nas promessas não cumpridas da ideologia da modernização social capitalista.

As tecnologias minimalistas, sociais, a bioconstrução, estilos de vida alternativos, as lutas micromoleculares no seio da família, das comunidades, dos indivíduos, dos grupos, das identidades, do gênero, não podem ser abolidas, as receitas históricas reducionistas estão fadadas na maioria das vezes, ao fracasso, se não estiverem abertas para novas experimentações e para a criatividade libertária dos indivíduos e dos grupos humanos em suas relações de conflito e interação.

Os incentivos, para isto devem partir de políticas públicas do Estado Ambiental de Direito Intercultural capaz de complementar as culturas tirando-as do seu ilhamento, em um permanente processo de construção, desconstrução e reconstrução dos direitos humanos dentro de um prisma dialógico (KROHLING, 2009), Plurinacional e Pluriétnico, em sinergia com as energias sociais libertárias e de movimentos sociais que o ajudem a não incorrer na rotinização burocrática do poder; e que esvaem as potencialidades transformadoras da sociedade.

A Ecocivilização deve contar com orçamentos públicos democratizados e controlados visando a sua aplicação intensiva no campo educativo, ecológico, ambiental, social, cultural, de lazer, com receitas advindas dos impostos ecológicos e sobre grandes fortunas, com ampliação dos processos de reforma agrária agroecológica; e incentivos a uma cultura da paz e da cooperação internacional. Além do reconhecimento da Plurinacionalidade, da Plurietnicidade, do autogoverno e de uma série de inovações que advém de experiências que emergem da luta pelo reconhecimento de identidades ancestrais mais que em outras situações emergirão de novos contextos, não há determinismos, mais probabilismos de novos arranjos sociais que advirão de lutas e conflitos sociais em sua busca insurgente por reconhecimento, processo que assistiu a avanços na América Latina.

Outros campos que poderiam ser incluídos na Ecocivilização seriam aqueles que propiciariam mudanças na indústria de alimentos agroecológico produzido pela agricultura familiar e pelos assentamentos de Sem-Terra.

Novos controles sociais alternativos podem emergir de cadeias com certificação pública por auditorias com controle local comunitário por comitês populares democráticos locais e redes destes, com cargos rotativos e sujeitos a prestação de contas, para reduzir os obstáculos burocráticos criados pelos processos de dominação racional-legal instrumental contemporâneos, num mundo desencantado tais processos podem parecer devaneios, mais um futuro sem utopia não merece ser refletido.

O uso de técnica de radicalização e materialização da democracia, mediante o uso de instrumentos como audiência pública, orçamentos participativos municipais, estaduais e federais em todos os campos, referendos, plebiscitos, recall de decisões políticas e jurídicas, consultas prévias envolvendo grandes obras e empreendimentos privados e governamentais com a instrumentalização do Ministério Público democratizado

e ampliado pelas práticas populares insurgentes, visando municiar a cidadania ecológica e ambiental.

Com a contribuição do cidadão e dos sujeitos coletivos de direito por movimentos sociais qualificados pelos modelos de pluralismo jurídico comunitário participativo emancipatório (WOLKMER, 2010), também são mecanismos essenciais da criação de justiça plurais fora do jugo cartorial da toga, mais a partir de tribunais populares e dos grupos sociais em sua mobilização concreta.

A democratização da mídia é outra tarefa essencial visando romper com a manufatura do consenso ou com o caos quando há interesse em atacar experiências populares alternativas rotulando-as de anti-democráticas quando ferem interesses econômicos de seus patrocinadores ou seu ódio irracional de classe usando meios inquisitoriais para a eliminação midiática da oposição ao Consenso estabelecido pelas Oligarquias.

Estas reformas que conduzem a ruptura do monopólio da informação gerada pela propriedade cruzada de meios de comunicação midiáticos, o fortalecimento da mídia alternativa popular incluindo a dos grupos ecológicos e dos povos originários, da democracia virtual, grupos indígenas, camponeses, sindicatos, trabalhadores, Ongs. A ampliação da blogosfera, TVs públicas garantindo o princípio da informação, a eliminação do segredo industrial e diminuição das restrições da propriedade intelectual principalmente em relação as patentes enfatizando a propriedade livre já amplamente reivindicada no campo dos softwares e dos direitos autorais, e que deve ser estendida para a biodiversidade do qual se originam fármacos, alimentos, novas fontes energéticas e construções biotecnológicas apropriada pelo capital muitas vezes nutrido por pesquisas públicas subsidiadas pelos governos nacionais.

O controle das biotecnologias que ocasionem riscos a biossegurança deve ser enfatizado com o uso irresponsável da

biodiversidade por interesses mercantis monopolistas, como o uso indevido de manipulações biotecnológicas como combinações gênicas, situação expressa nos Organismos Geneticamente modificados, sem considerar seus riscos para a própria biodiversidade por contaminação, para a saúde humana e animal, por alergias, controles fitossanitários inadequados que parecem ter conduzido a Encefalopatia espongiforme na era Thatcher; controle epidemiológico adequado através da não violação de ecossistemas em processos ocasionados pela expansão desmesurada da fronteira agrícola, urbanização com desequilíbrio do metabolismo cidade-campo, controle populacional democrático associado a ampliação da qualidade de vida, da saúde, do planejamento populacional, do direito de disposição do próprio corpo pelas mulheres e da educação, com avanços no campo dos direitos das mulheres e das minorias através de ações afirmativas ainda que possam ser temporárias para que ratifiquem a igualdade material de forma mais rápida possível.

Esta nova realidade, ainda utópica, aparente e distante mais já implementada em algumas políticas públicas, pode ser capaz de garantir a defesa de valores éticos transhumanísticos, não para transformar o homem em Cyborg biotecnológico (Fukuyama, 2003), mais para reinseri-lo de onde nunca saiu, salvo no plano ilusório da ideologia de Descartes e Bacon que acreditaram na modernidade enquanto um projeto de subjugação total da natureza expresso na obra, *A Nova Atlântida* (Ost, 1995); talvez justificada pela mentalidade da modernidade emergente no século XV e XVI, com a elaboração de um otimismo humanista sincero, para não incorrerem em anacronismos confundindo os nossos problemas com o dos que vieram antes.

Porém, o balanço da modernidade implica na nossa reinserção em uma dinâmica planetária capaz de harmonizar os nossos interesses enquanto espécie, através da superação do mundo de classes, com o funcionamento ecossistêmico planetário evitando bifurcações nocivas a nossa continuidade,

enquanto uma das espécies que compõem a biodiversidade da teia da vida planetária e que deve se organizar por outro padrão civilizatório planetário ainda que apoiado nos aspectos singulares de cada grupo humano em suas especificidades regionais.

Esta biocentrização mananciada pela diversidade cultural e social humana dentro de uma Ecocivilização tutora da biodiversidade enquanto projeto responsável de conservação da natureza e do homem, uma das inúmeras espécies geradas pela evolução da vida eliminando as mazelas sociais, e individuais geradas pela mentalidade capitalista contemporânea, através de uma ordem social democrática, baseada na autogestão, na função social e ambiental da propriedade, na propriedade coletiva dos meios de produção seja pela economia solidária expressa em cooperativas, no autogoverno e na transformação do Estado pelo controle social; e pela transparência através de uma planificação democrática participativa feita de baixo para cima, pela soberania nacional-popular e da altermundialização política alternativa que está em construção em algumas experiências Sul-Americanas que envolvem problemas e conflitos explícitos em qualquer processo de transformação social da humanidade que também enfrenta a contra revolução dos setores reacionários do status quo.

Ou seja, a constituição de uma lógica alternativa ao globalitarismo multilateral vigente e evidenciado em Davos, na OMC, no FMI, no Banco Mundial, no Nafta, e no Banco Central Europeu em sua atuação conjugada com o multilateralismo, que está levando a implosão do modelo Welferista, palco que iniciou o envolvimento da humanidade com questões ecológicas mais amplas nos anos 60, através da Nova Esquerda e da Contra-Cultura emergente no Maio de 68.

Um sopro utópico na lógica dominante baseada nas práticas degradadoras da biodiversidade, da diversidade cultural e da autonomia dos povos, lógica também, presente nos interesses das elites oligárquicas dos grupos dominantes de

“países emergentes e periféricos”, que almejam se inserir na concertação de poderes dominantes do planeta, neste sentido surge o movimento do altermundialismo:

É nesse espírito que as forças mais ativas da ecologia estão engajadas, desde o início, no movimento altermundialista. Tal engajamento corresponde à tomada de consciência de que os grandes embates da crise ecológica são planetários e, portanto, só podem ser enfrentados por uma démarche resolutamente cosmopolítica, supranacional, mundial. O movimento altermundialista é sem dúvida o mais importante fenômeno de resistência antissistêmica do início do século XXI. Esta vasta nebulosa, espécie de movimentos dos movimentos que se manifesta de forma visível nos Fóruns Sociais (regionais e mundiais) e nas grandes manifestações de protesto contra a Organização Mundial do Comércio (OMC), o G8 ou a guerra imperial no Iraque- não corresponde às formas habituais de ação social ou política. Ampla rede descentralizada, ele é múltiplo, diverso e heterogêneo, associando sindicatos operários e movimentos camponeses, ONGs e organizações indígenas, movimentos de mulheres e associações ecológicas, intelectuais e jovens ativistas. Longe de ser uma fraqueza, essa pluralidade é uma das fontes da força, crescente e expansiva, do movimento. (LOWY, 2010, p. 39)

5 – Considerações finais

Desta forma, o estudo sobre a Biodiversidade e da sua ligação com situações de injustiça ambiental podem fornecer apontamentos para uma melhor interpretação do Estado de Direito Ecocêntrico, Pluriétnico, Plurinacional, e para a proposição de novos mecanismos de participação popular e jurídicos capazes de resguardar a conservação da biodiversidade e da sociobiodiversidade resgatando a soberania dos povos dentro da perspectiva libertadora da soberania popular materializando a perspectiva pluralista para

fora do neoliberalismo, que encontra modelos de execução embrionária dentro das experiências constitucionais brevemente analisadas; e dentro da perspectiva de uma futura altermundialização ecocivilizatória, que parece se exprimir ainda que de forma embrionária e contraditória no Constitucionalismo Sul-Americano do Equador e da Bolívia.

Por fim, a biodiversidade também se torna um campo da geopolítica internacional, ao propor um novo arranjo do poder, da propriedade privada, dos serviços ambientais proporcionados pela mesma em prol de uma cultura planetária de partilha, da solidariedade e da paz propondo uma ruptura ainda que utópica, entre os arranjos de poder contemporâneos, que pressupõem uma ordem civilizatória capitalista e seus termos jurídicos assentados nos Direitos de Propriedade Intelectual e na tendência de criar mecanismos jurídicos assentados nas deliberações da OMC, sem discussões com os povos e as nações oprimidas, situação que vem sendo redefinida nas situações do novo constitucionalismo sul-americano aqui explicitado.

A discussão de novos marcos do Direito Constitucional e das formas jurídicas contemporâneas preocupadas apenas com o vetor mercantil, sem interesse pelas questões sociais e pelo valor intrínseco da natureza são preocupantes, e para isto remetem a discussão do manejo efetivo de princípios constitucionais ambientais que contribuam para a efetivação do Estado Ecocêntrico assentado na sociobiodiversidade, agora ampliados por noções como Pacha Mama, Sumak Kawsay, Madre Tierra e tantos outros conceitos advindo da práxis constitucional pós-colonial, originada das lutas sociais ocorridas precursoramente na Venezuela, e que encontram novos arranjos libertadores, no Equador e na Bolívia, apesar dos riscos de retrocessos impostos pelas oligárquias capitalistas nacionais, pelas transnacionais e pela própria burocratização interna do poder nestes países se perdem sua força constituinte originária pós-colonial.

Os genocídios contra a humanidade, também não

devem ser tolerados quando se tratam de holocaustos ambientais conforme nós temos assistido no colonialismo das Américas e de outros continentes demarcando a crise ecológica num plano histórico, com a necessidade de sua superação inclusive visando à garantia da perpetuação intergeracional da vida, incluindo a da nossa espécie.

Os resultados da análise das estratégias constitucionais, ambientais, de defesa da biodiversidade podem propiciar críticas que se estendam aos domínios da economia política, da cultura, da luta de classes e da proposição de novas utopias embrionárias, que não são plenamente factíveis sem redes de movimentos sociais, locais, regionais, nacionais e internacionais que possam lutar pela efetivação de um novo paradigma jurídico que propicie ensejo as suas lutas e reivindicações mais prementes conforme já ocorreu anteriormente na constituição do Estado Liberal e no Welfare State, e agora assumem o protagonismo dos povos sul-americanos que buscam sua liberação do paradigma hegemônico da dominação eurocêntrica e etnocêntrica firmadas no passado de subalternidade colonial e perpetuados pela sociedade capitalista neoliberal mundializada; lembrando que dentro destes processos, o risco de retrocesso e de recolonização são evidentes em processos que somente podem ser mantidos pela ampla resistência dos setores populares beneficiados pela mudança do eixo do poder secularmente controlado por oligarquias de fazendeiros, e por financistas e industriais ligados ao capital estrangeiro.

Estes processos podem ser auxiliados, por novas configurações de nosso constitucionalismo regional Sul-Americano, com a busca da efetivação de um Estado de Direito Ecocêntrico, Plurianacional, Pluriétnico, comunitário e assentado na sóciobiodiversidade e na tradução da luta de classes que enseja a justiça ambiental, na sua defesa por princípios constitucionais como o da sustentabilidade, da informação, da resiliência, da proibição do retrocesso, do elevado nível de proteção e da

precaução; e na busca da efetivação por uma nova lógica biocentrista adensada pela cosmogonia das culturas ancestrais que não eliminam o ser humano como parasita mais coloquem-no dentro da ordem ecossistêmica existente, ultrapassando os limites antropocentristas alargados de nossa Constituição de 1988.

Este processo possibilitado pela viragem pós-colonial dos novos princípios salientados pelo constitucionalismo Boliviano e Equatoriano pode ser capaz de imprimir um diálogo intercultural com outras propostas Ecocivilizatórias, que podem conduzir ao Ecossocialismo ou outras formas de gestão socioambiental de sociedades planejadas pela efetivação do Estado Ecocêntrico, não monocultural ao estilo eurocêntrico, mais capaz de reconhecer aspectos da identidade dos povos originários, das comunidades oprimidas, dos camponeses, dos pobres historicamente segregados e invisibilizados pela ausência de alteridade intercultural, exclusão econômica, cultural; e que não podem ser reconhecidos nos limites da cidadania formal e abstrata originária dos projetos constitucionais do velho continente e dos EUA. Embora não possamos incorrer em salvacionismos e messianismos, não há redenção total ou saídas redentoras, nas encruzilhadas históricas, mesmo fugindo da alteridade negada e do encobertamento dos outros pelos projetos coloniais e imperiais hegemônicos.

Para uma epistemologia política e jurídica dirigida para a construção de uma Ecocivilização Altermundializadora em que a transição, e a ponte epistemológica salientada pelo Sul pode ser encontrada na defesa da sociobiodiversidade, na construção, de um Constitucionalismo latino-americano pós-desenvolvimentista enfatizando um Estado Ecocêntrico de Justiça intercultural, social, comunitário e ambiental, com seus princípios socioambientais como apostas para efetivação de um novo paradigma de transição baseado em nossas cosmogonias extraindo delas utopias efetiváveis, o que pode colher rudimentos primordiais na busca de uma análise reflexiva ampla, delimitando os contornos do cenário da biodiversidade da

América Latina e sua crítica ao modelo de propriedade intelectual cristalizado nas últimas décadas pelo poder jurídico hegemônico da globalização neoliberal agora contornado pela geração de uma epistemologia e racionalidade ambientais alternativas dentro do Constitucionalismo Boliviano e Equatoriano – que podem aduzir mudanças na hermenêutica constitucional nacional fugindo aos cânones gerados pelo nosso condicionamento marcado pela subalternidade colonial da mentalidade associada a uma cultura jurídica hierarquicamente ditada pelo constitucionalismo norte-americano e europeu, agora podemos aduzir novos modelos constitucionais de países vizinhos que criam uma epistemologia constitucional do Sul, a qual não podemos dar as costas se quisermos nos livrar de nossa escravidão epistemológica e social dos detentores do poder cultural, econômico e militar hegemônicos na globalização neoliberal que também criam uma cultura jurídica globalizada colonizadora em torno de cânones da propriedade intelectual a serviço de grandes corporações estrangeiras, e de seu corpo institucional internacional representativo institucionalizado pela Organização Mundial do Comércio e outros organismo multilaterais; que podem ser questionados dentro de uma visão diferenciada da propriedade que também emerge destes textos Constitucionais sul-americanos comprometidos com a natureza e as comunidades e não com pessoas jurídicas internacionalizadas geradas pela acumulação do capital que remetem lucro e extraem riquezas naturais exploradas nas suas ex-colônias e mantidas impropriamente pelo segredo industrial e pelas formas de propriedade intelectual atualmente cristalizadas.

REFERÊNCIAS

ACESLRAD, Henri. A duração das cidades – sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

_____. Tudo ao mesmo tempo Agora. Petrópolis: Vozes/FASE, 2002.

ACSELRAD, Henri, et. al. Cidade, Ambiente e política – Problematizando

- a Agenda 21 local. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- _____. Que é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- ACSELRAD, Henri; BEZERRA, Gustavo das Neves. Desregulação, deslocalização e conflitos ambientais: considerações sobre o controle das demandas sociais, PP. 179-210, in: Capitalismo globalizado e recursos territoriais. Fronteiras da acumulação no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010.
- ALIMONDA, Hector (org.). Ecologia política – natureza, sociedad y utopia. Buenos Aires: CCLACSO, 2003.
- ALIER, Joan Martínez. O Ecologismo dos Pobres. [tradução Maurício Waldman]. São Paulo: Contexto, 2007.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos. Ed. Almedina: Coimbra, 2006.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. [et AL.]. Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos. Florianópolis: FUNJAB, 2012.
- ARRIGHI, Giovanni. O longo século XX: Dinheiro, Poder e as origens do nosso tempo. 1. ed. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Unesp, 1996.
- _____. A ilusão do desenvolvimento. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- _____. A ilusão do desenvolvimento. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. (Coleção Zero à Esquerda), p. 109.
- _____. *A crise africana*, p. 55, in: Contragolpes/ Organização Emir Sader; tradução Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Ecocivilização. Ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.
- BELLUZO, Luiz Gonzaga. Prefácio de SALAMA, Pierre e DESTREMAN, Blandine. O Tamanho da Pobreza. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
- BIONDI, Aloysio. O Brasil privatizado. Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.
- BLOCH, Ernest. O princípio esperança. Vol 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- BORDIEU, Pierre. Jean-Claude Chamboredon. Jean-Claude Passeron. A profissão de sociólogo. Preliminares epistemológicos. Tradução de

Guilherme João de Freitas Teixeira. 2ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

BOFF, Leonardo. Sustentabilidade. O que é- O que não é. São Paulo: Ed. Vozes, 2012.

BRANDÃO, Carlos. Acumulação Primitiva permanente e desenvolvimento capitalista no Brasil Contemporâneo, in: Alfredo Wagner Berno de Almeida... [ET AL.]. Capitalismo globalizado e recursos territoriais. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010.

BRAVO Maldonado, Emiliano. Descolonização e constitucionalismo numa perspectiva ecossocialista indoamericana, in: WOLKMER, Antonio e Ivone Fernandes M. Lixa (Orgs.). Constitucionalismo, descolonização y pluralismo jurídico em América Latina. Aguascalientes/Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat NEPE (UFSC), 2015.

BROSWINMMER, Franz J. ECOCÍDIO – Breve historia de la extinción en masa de las especies. Espanha\México: Laetoli/Oceano, 2005.

CALZADILLA, Paola Milenka Villavivencio. El processo boliviano en siglo XXI: corolário del movimiento indígena, in: SOLÉ, Antonio Pigrau. Pueblos indígenas, diversidade cultural y justiça ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & José Rubens Morato Leite. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

CARVALHO, Leonardo Arquímimo; VÉRAS NETO Francisco Quintanilha; LIXA, Ivone F. Morcilo (orgs.). Política internacional, política externa & relações internacionais. Curitiba: Juruá, 2004.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Educação ambiental: a formação do sujeito ecológico. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CARVALHO, Fernando J. Cardim; KREGEL, Jan Allen. Quem controla o sistema financeiro? Publicação do Instituto de Análises Sociais e Econômicas – IBASE, 2007.

_____. Crise Financeira e *déficit democrático*. Publicação do Instituto de Análises Sociais e Econômicas – IBASE, 2009.

_____. Para uma história ambiental latino-americana. La Habana: Ciencias, 2004.

CECEÑA, Ana Esther. *La territorialidad de la dominación. Estados Unidos y América Latina*. Revista Chiapas, México, UAM, nº. 12.

_____. Caminos y agentes del saqueo en América Latina. Observatório

Latino-Americano de Geopolítica, 2009.

COGGIOLA, Osvaldo. Autodeterminação nacional. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003. p. 333-334.

_____. América Latina na Crise Mundial. *Cadernos PROLAM/USP*, ano 8, v. 2, 2009.

_____. América Latina no olho da tormenta mundial. O olho da História. Salvador: BA, 2009.

CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da pobreza: os impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial*. São Paulo: Moderna, 1999.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Genabaldo Freire. *Educação ambiental: princípios e práticas*. São Paulo: Gaia, 2004.

DIEGUES, Antônio C. *O mito da natureza intocada*. 5. ed. São Paulo: Hucitec/NUPAUB/USP, 2004.

_____. *Sociedades e comunidades sustentáveis*. [mimeo]. NUPAUB, 2003.

DINIZ, José Eli; ZATZ, Lia. *Desenvolvimento sustentável: que bicho é isso?* São Paulo: Autores Associados, 2008.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação. Na idade da globalização e da exclusão*. São Paulo: Editora Vozes, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

FOLADORI, Guillermo; TAKS, Javier. Um olhar antropológico sobre a questão ambiental. *Mana*, v. 10, n. 2, p. 323-348, 2004.

FOSTER, John Bellamy. *A ecologia de Marx: materialismo e natureza*. Tradução de Maria Teresa Machado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. México: Siglo XXI, 1971.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2003.

GOMES, Carla Amado. *Direito e biodiversidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito ambiental pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2009.

HIATT, Steven. *O velho jogo do imperialismo: o mundo secreto dos assassinos econômicos e a rede global de corrupção*. São Paulo: Cultrix, 2008.

IGLESIAS, Maria Andrea Arteaga. La Lucha indígena por la reivindicación de sus derechos y la evolución constitucional. In: PIGRAU SOLÉ, Antonio. *Pueblos indígenas, diversidade cultural y justiça ambiental*. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo do desastre*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KRIPPENDORF, Jost. *Sociologia do turismo: para uma nova compreensão do lazer e das viagens*. São Paulo: Aleph, 2000.

KROHLING, Aloísio. Direitos Humanos Fundamentais. Diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

LASKOWSKI, Bruno; FERREIRA, Heline Sivini. A dimensão social do Estado de Direito Ambiental. In: LEITE, José Rubens et al. *Repensando o Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 91-116.

LEFF, Enrique. Discursos sustentáveis. São Paulo: Ed. Cortez, 2010.

LEWINSOHN, Thomas Michael. Biodiversidade brasileira: síntese do estado atual do conhecimento. São Paulo: Contexto, 2008.

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; LAYRARGUES, Philippe Pomier, CASTRO, Ronaldo Souza de (orgs.). *Repensar a educação ambiental: um olhar crítico*. São Paulo: Cortez, 2009.

LUTZENBERGER, José A. Manifesto Ecológico Brasileiro. Fim do futuro? . Porto Alegre: Movimento, 1980.

_____. *A Vida Cotidiana no Mundo Moderno*, São Paulo. Editora Ática, 1991 (edição Galimard, 1968).

_____. *Marxismo*. Porto Alegre: LP & M Pocket, 2009.

LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável. As críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999. 261pp.

LEITE, José Rubens Morato. *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.

LEITE, José Rubens Morato et ali. *Repensando o Estado de Direito*

Ambiental. Fundação: Boiteux, 2012.

LOVELOCK, James. A vingança de Gaia. Prefácio de sir Crispin Tickell tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: intrínseca, 2006.

_____. *As eras de Gaia. A biografia da nossa terra viva*. Tradução Beatriz Sidou. Revisão Técnica. José Augusto Drumond. Rio de Janeiro: Campus, 1991. 236pp.

LOUREIRO, Carlos Frederico B. Sustentabilidade e Educação um olhar da ecologia política. São Paulo: Ed. Cortez, 2012.

LOWY, Michael. Ecologia e Socialismo. São Paulo: Cortez, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARIÁTEGUI, José Carlos. Sete ensaios de interpretação da realidade peruana. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MARTINS, Marcio Roberto Costa. Biodiversidade Tropical. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

MÉSZÁROS, István. O século XXI, socialismo ou barbárie? São Paulo: Boitempo, 2003.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). Pesquisa Social: teoria, método, criatividade. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. O desafio do conhecimento – pesquisa qualitativa em saúde. 11ª ed. São Paulo: Hucitec, 2004.

MINC, Carlos. A Reconquista da terra. Estatuto da Terra, lutas no campo e Reforma Agrária. Jorge Zahar Editor, 1986.

MINC, Carlos. Ecologia e cidadania. São Paulo: Moderna, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental. Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. A Análise das Políticas Públicas. Pelotas: EDUCAT, 2004.

OLIVEIRA, Francisco. *Os direitos do antivalor: a economia política de hegemonia imperfeita*. Petrópolis: RJ: Vozes, 1998.

OST, François. A natureza a margem da lei: ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

POCHMANN, Marcio. O emprego na globalização. A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. São Paulo: Boitempo Ed, 2012.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. O desafio ambiental. Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. Os (des) caminhos do meio ambiente. 14^a. ed. – São Paulo: Contexto, 2006.

_____. A globalização da natureza e a natureza da globalização. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. Por uma ecologia política crítica da Amazônia, pp. 30-35, in: Margem Esquerda. Ensaio marxistas. São Paulo: Boitempo Ed, 2010. Nº. 14. Maio.

PRIGOGINE, Ilya (Com a colaboração de Isabelle Stengers). O fim das certezas. Tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1996. 199pp.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del Poder y Clasificación Social. Journal of World-Systems Research, VI, 2, Summer/Fall 2000, 342-386. (in: <http://jwsr.ucr.edu>, Acesso janeiro de 2007).

RATTNER, Henrique. Prefácio In ACESLRAD, Henri. A duração das cidades – sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

RUDIO, Franz Victor. Introdução ao projeto de pesquisa científica. Rio Janeiro: Vozes, 2007.

SACHS, Ignacy, A TERCEIRA MARGEM. Em busca do ecodesenvolvimento. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

_____. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista, In: *Revista Margem ESQUERDA, ensaios marxistas*, n. 8, São Paulo: Boitempo editorial, 2006. (p. 13-21).

_____. Um discurso sobre as ciências. 4^a ed. São Paulo: Cortez editora, 2006.

_____. Crítica da razão Indolente. Volume I. Porto: Afrontamento, 2001.

_____. O Fórum Social Mundial – manual de uso. SP: Editora Cortez, 2005.

- _____. Reinventar a Democracia. Lisboa: Gadiva/Fundação Mário Soares, 1998.
- _____. Reinventar la Democracia – Reiventar el Estado. B.Aires: CLACSO, 2005.
- _____. (org.). GLOBALIZAÇÃO: fatalidade ou utopia?. Porto: Afrontamento, 2001.
- _____. A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.
- _____. A gramática do tempo. São Paulo: Ed. Cortez, 2006.
- _____. & Maria Paula Menezes (Org.). Epistemologias do Sul. Ed. Coimbra: Coimbra. 2010.
- SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- _____. Pensando o Espaço do Homem. São Paulo: Editora da USP, 2004.
- SANTOS, Milton. Território e Sociedade – entrevista com Milton Santos. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- SPONVILLE, André Comte. O Capitalismo é moral? Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. In: GOMES, Carla Amado. Direito e Biodiversidade. Curitiba: Juruá, 2010.
- TELINO, Helena. Três Estratégias, uma meta: a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Tutela da Fauna Selvagem- Notas sobre a experiência Luso-Brasileira, in: GOMES, Carla Amado. Direito e Biodiversidade. Curitiba: Juruá, 2010.
- OLIVEIRA, Heloísa. O Dano à Biodiversidade. Conceptualização e Reparação, in: GOMES, Carla Amado. Direito e Biodiversidade. Curitiba: Juruá, 2010.
- SUGUIO, Kentiro; UKO, Suzuki. A evolução geológica da Terra e a fragilidade da vida. São Paulo: Editora Edgard Blucher LTDA, 2003.
- VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Análise crítica da globalização neoliberal. Curitiba: Juruá, 2008.

VIEIRA, Vinícius Garcia. Direito da biodiversidade e América Latina: a questão da propriedade intelectual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

LISZT, Vieira & RENATO CADER. A política ambiental na década. 2002-2012, p. 229, in: SADER, Emir (Org.) 10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma. São Paulo: Boitempo. Rio de Janeiro: Flacso, 2013.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. O descompasso entre as nações. Rio de Janeiro: Record, 2004.

WALDMAN, Mauricio. Natureza e sociedade como espaço de cidadania, in: Jaime Pinsky & Carla Bassanezi Pinsky (Orgs). História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. Após o liberalismo. Em busca da reconstrução do mundo. Tradução de Ricardo Anibal Rosenbusch. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

_____. O fim do mundo como o concebemos: Ciência Social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WRIGHT, Ronald. Uma breve história do Progresso. Rio de Janeiro-São Paulo, 2007.

WATSON, Paul. Earthforce. Um guia de estratégia para o Guerreiro da Terra. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.

WOLKMER, Antonio. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio, Francisco Quintanilha Véras Neto e Ivone Lixa Morcillo. Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

Desafios à preservação de APP no perímetro urbano

Carlos Teodoro José Hugueney Irigaray*

Introdução

Alguns fatos preocupantes, aparentemente distintos, circularam na imprensa brasileira nos últimos anos, citados em ordem cronológica: a Medida Provisória 458/2009, convertida na Lei 11.952/2009, legalizou a grilagem na Amazonia, permitindo a regularização fundiária de ocupações com até 1500 ha, sem licitação; menos de dois meses depois das chuvas que provocaram deslizamentos nas encostas e resultaram em 135 mortes e 100 mil desalojados, a Assembléia Legislativa de Santa Catarina aprovou Lei Estadual pretendendo reduzir as áreas de preservação permanente no âmbito estadual; o Legislativo do Rio Grande do Sul, acompanhando o exemplo catarinense, aprovou lei também reduzindo suas APPs; o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar 140/2011 com dispositivos que pretendem limitar a atuação do IBAMA e no ano seguinte aprovou a Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, que transformou o Código Florestal em uma lei de consolidação de atividades agropecuárias ilegais, impondo grandes retrocessos na tutela jurídica da flora, em nosso país.

Essas ações, que colidem com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, revelam os interesses

* Procurador do Estado de Mato Grosso. Professor Associado da UFMT. teodoro.irigaray@gmail.com

econômicos que estão por trás da ação concertada do Governo (Federal e estaduais) e parlamentares, visando a desconstrução do Sistema Nacional do Meio Ambiente e o esvaziamento de seus instrumentos, mediante a revisão da legislação ambiental brasileira, máxime de seus avanços mais significativos que integram o Código Florestal brasileiro e a normas pertinentes ao licenciamento ambiental.

Com efeito na esfera federal está patente o esforço do Congresso Nacional para reduzir as áreas de reserva legal e de preservação permanente, flexibilizando sua recomposição, além de outras medidas para “simplificar” o licenciamento ambiental, ignorando as regras básicas fundadas no princípio da precaução e nas medidas para controlar o desmatamento e as mudança climáticas. Especialmente no caso das áreas de preservação permanente, é grande a pressão na esfera municipal para permitir a ocupação dessas áreas, que possuem, via de regra, grande valor imobiliário.

Neste artigo, o marco regulatório concernente às áreas de preservação permanente é abordado, apontado os limites e desafios para sua concretização, em que pese a importancia do bem tutelado. Também são indicadas algumas alternativas para incentivar a conservação dessas áreas especialmente protegidas na esfera municipal.

1. O direito e os fatos

As chamadas florestas protetoras¹, no regime jurídico

¹ De acordo com o referido Código (art. 4º), “serão consideradas florestas protetoras as que, por sua localização, servirem conjunta ou separadamente para qualquer dos fins seguintes:

- a) conservar o regime das águas;
- b) evitar a erosão das terras pela ação dos agentes naturais;
- c) fixar dunas;
- d) auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessário pelas autoridades militares;

brasileiro, são precursoras das áreas de preservação permanente, e foram instituídas através do Código Florestal há mais de 80 anos, através do Decreto nº 23.793, de 23/01/34. Referidas florestas eram consideradas, nos termos do citado diploma legal como áreas “de conservação perene”, e inalienáveis, salvo se o adquirente se obrigar, por si, seus herdeiros e sucessores, a mantê-las sob o mesmo regime legal (art. 8º).

Nestes termos, a legislação já sinalizava uma preocupação com a proteção das florestas e da flora, embora tal cuidado fosse ditado, sobretudo, pelo interesse econômico; de sorte que convivemos desde o início do século passado com um princípio jurídico de proteção integral à vegetação protetiva dos corpos hídricos e das encostas, necessárias à contenção de erosões e conservação do regime hídrico. Contudo, o Código de 34 “não fora suficientemente intervencionista para ter a eficácia protetora adequada”², tornando-se uma norma de limitado alcance, para a finalidade proposta, sendo substituído em 1965 pela Lei nº 4.771, de 15/09/65.

No Código Florestal de 1965, as áreas de preservação passaram a ser fixadas legalmente, abrangendo não apenas as florestas mas também as demais formas de vegetação natural, com as mesmas funções protetivas, sem prejuízo da competência do poder público para declarar de preservação permanente outras áreas consideradas relevantes; essa proteção fora ampliada em 1989, pela Lei 7.803 e sofreu alguns retrocessos com o advento da Lei 12.651/2012.

De acordo com a Lei, hoje em vigor, as APPs podem ser constituídas:

-
- e) assegurar condições de salubridade pública;
 - f) proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados;
 - g) asilar espécimens raros de fauna indígena”.

² PEREIRA, Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1950.

1) por força de lei: Essa categoria está definida no art. 4º, caput, da Lei 12.651/2012, e compreende a vegetação no entorno dos rios, lagos, nascentes e encostas entre outras;

2) por ato declaratório: Depende de declaração expressa do poder público atendidos os requisitos fixados no art. 6º da citada Lei.

As APPs encontram-se submetidas a um regime jurídico de interesse público com imposição de preservação integral e permanente da flora, vedada sua supressão. Trata-se de proteção que independe da titulariedade do domínio³ e decorre de limitação administrativa com previsão de sanções severas no caso de descumprimento (administrativas e penais⁴), estando excepcionalizados na lei os casos que podem justificar a supressão da APP (obras de utilidade pública e interesse social).

Importante assinalar que os limites e restrições estabelecidos na legislação federal continuam aplicando-se também na esfera municipal⁵, por força de expressa disposição introduzida na Lei 12.651/2012, *verbis*:

Art. 5º (...)

§ 10. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, observar-se-á o disposto nos respectivos Planos Diretores e Leis Municipais de Uso do Solo, sem prejuízo do disposto nos incisos do caput.

³ Ocorrem em áreas públicas e privadas com as mesmas restrições.

⁴ Ver a propósito os artigos 38, 39 e 44 da Lei nº 9.605/98.

⁵ Em que pese o esforço de alguns parlamentares para delegar aos Municípios os limites dessa proteção, ela foi reintroduzida na Lei através da Medida Provisória 571, de 2012.

Observe-se que quando o citado dispositivo determina que a disciplina urbanística ocorrerá sem prejuízo da norma federal, que fixa um padrão mínimo de preservação; vale dizer, a competência legislativa do Município está limitada não podendo sobrepor-se a regra geral exceto para ampliar restrições nela contidas.

Nessa linha já enfatizava Paulo Afonso Leme Machado, reportando-se à norma prevista no Código Florestal de 1946, cujo teor segue preservado⁶:

Desnecessário seria este artigo, diante da obrigação que têm os Municípios de respeitar as normas ambientais da União. Contudo, ao introduzir o parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado art. 2º. Isto quer dizer, por exemplo, que um Município, ao construir uma avenida nas margens de um curso d'água, não pode deixar de respeitar a faixa de implantação de vegetação de "preservação permanente", de acordo com a largura do curso d'água. A autonomia municipal ambiental entrosa-se, pois, com as normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente.

Certo é que a grande maioria dos doutrinadores não vê nenhuma dificuldade na exegese do dispositivo que determina a observância pelos municípios dos limites mínimos de APP fixados na Lei 12.651/2012, o qual deve ser interpretado literalmente. Ou seja, os municípios podem regulamentar a matéria em seu plano diretor e na lei de uso do solo, mantido o padrão previsto na lei federal. Assim também tem sido o entendimento dominante nos Tribunais. Cita-se como exemplo o julgado do Tribunal de Justiça em São Paulo, do qual se transcreve parte do voto do Relator:

⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2010.

Significa isso, portanto, não obstante as respeitáveis opiniões em contrario, que à legislação estadual e municipal não é dado deixado de observar, mesmo que trate de área urbana, ‘os princípios e limites’ a que alude o art. 2º do Código Florestal, dentre estes a faixa marginal de trinta metros para os cursos d’água de menos de dez metros de largura. E sequer cabe invocar, como exceção a essa regra, a Lei Federal 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, uma vez que, conforme bem anotou o douto magistrado sentenciante, trata-se de Diploma Legal anterior à vigência da Lei 7.803, de 18.07.1989, de igual hierarquia, que acrescentou o referido parágrafo único ao artigo do Código Florestal, não podendo assim, prevalecer sobre o que neste último estabelece, lembrando-se, ainda, que a própria Lei 6.766/1979, no seu art. 4º, III, ao cuidar da faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado ao longo das correntes, ressalva expressamente a existência de maiores exigências da legislação específica.”⁷

Conforme assente no supracitado julgado, o mesmo padrão estabelecido pela legislação Florestal aplica-se também aos Estados, podendo a iniciativa do Governo de Santa Catarina, ao pretender reduzir suas APPs, ser considerada não apenas uma aventura jurídica, mas uma orquestrada pressão junto ao legislativo federal para dar cabo aos avanços do Código Florestal.

Certamente que essa desastrosa manobra encontra também apoio doutrinário e não faltam juristas⁸ para reivindicar que no perímetro urbano a definição da APP seja

⁷ TJSP, EDcl 207.160.5/9-01 – Rel. Paulo Franco. DJ 28.08.03.

⁸ Cita-se como exemplo, a posição de Lucíola Cabral que defende a autonomia municipal na fixação dos limites da APP no perímetro urbano, como decorrente dos artigos 30, I e 225 da Magna Carta, e dos princípios constitucionais do federalismo, da autonomia municipal e da subsidiariedade (*in*: CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **Áreas de Preservação Permanente: Competência Municipal à luz da Constituição e do Código Florestal**. Revista de Direitos Difusos, ano VI, vol. 32, São Paulo: IBAP e APRODAB, 2005, p. 114).

atribuída à legislação municipal (planos diretores e leis de uso de solo), como consta da norma legal já citada.

O direito permite e convive com entendimentos os mais divergentes, mas é importante ponderar quais serão as conseqüências para o meio ambiente de uma ou outra interpretação. Não é difícil imaginar o que aconteceria com as APPs, se fossem atribuídos aos Estado a a competência para definir seus limites mínimos obrigatórios, e pior ainda, se essa competência no perímetro urbano fosse delegada aos municípios.

Inobstante, a prevalência do entendimento de que os limites fixados pela norma federal aplicam-se aos Municípios, não tem sido suficiente para salvaguardar essas áreas especialmente “desprotegidas”. Na grande maioria dos Municípios a população ocupa as margens dos cursos d’água e encostas, inclusive áreas de elevado risco, com a aquiescência, algumas vezes expressa, do Poder Público Municipal.

Mesmos em Municípios onde a Prefeitura atua firmemente para cumprir a lei, nem sempre o consegue, dada a resistência de parte da população que confia na impunidade e prefere trabalhar com a perspectiva “favorável” dos fatos consumados.

Oportuno registrar a posição dos Tribunais que já reconheciam a importância da mata ciliar, definindo como *propter rem* a obrigação do adquirente de área desmatada de revegetá-la,⁹ o que passou a ser uma obrigação legal prevista no art. Do Código Florestal, *verbis*:

Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor

⁹ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 343741 – PR

ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

§ 2º A obrigação prevista no § 1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

Nesses termos, a responsabilidade pela recuperação da APP se estende ao adquirente do imóvel, que responderá civilmente pelo passivo, ainda que a ele não tenha dado causa, podendo também responder penalmente se estiver impedindo a regeneração da área.

Em que pese tal entendimento é certo que a municipalidade enfrenta dificuldades para forçar a demolição de construções ilegais e até mesmo para remover populações em área de riscos, quando não é, ela própria, responsável pelos danos causados a APPs ciliares.

Cita-se como exemplo, o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça de um emblemático caso de agressão a mata ciliar, no qual o Município de Joiville, descumprindo as restrições previstas na Licença Ambiental concedida e afrontando o Código Florestal, suprimiu 3,5 ha de mata ciliar em dois pequenos cursos d'água que cortam o perímetro urbano, visando construir no local um anfiteatro e ginásio de esportes.

A decisão poderia passar despercebida, pois trata-se de literal interpretação das normas vigentes; contudo, adquire especial relevância diante do embate que se trava nacionalmente em torno da legislação florestal e seus principais institutos; além disso a decisão é oportuna e essencialmente pedagógica, pois enfrenta a questão da proteção da mata ciliar nas margens dos pequenos cursos d'águas.

No citado julgamento, a Segunda Turma, por unanimidade, acompanhou o Relator, Min. Herman Benjamin, em acórdão que ficou assim ementado¹⁰:

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 176.753 – SC.

EMENTA: AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MATA CILIAR. CORTE. ART. 2º DO CÓDIGO FLORESTAL. MATA ATLÂNTICA. DECRETO 750/93. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM VIOLAÇÃO AOS TERMOS DA LICENÇA AMBIENTAL EXPEDIDA.

1. Exceto nos casos de comprovada utilidade pública ou interesse social, a Lei 4.771/65 (Código Florestal) literalmente proíbe a supressão e o impedimento de regeneração da Mata Ciliar, qualquer que seja a largura do curso d'água.

2. A proteção legal como Área de Preservação Permanente ciliar estende-se não só às margens dos "rios", mas também às que se encontram ao longo de "qualquer curso d'água" (Código Florestal, art. 2º, "a", grifei), aí incluídos riachos, córregos, veios d'água, brejos e várzeas, lagos, represas, enfim, todo o complexo mosaico hidrológico que compõe a bacia.

3. O regime jurídico das Áreas de Preservação Permanente ciliares é universal, no duplo sentido de ser aplicável à totalidade dos cursos d'água existentes no território nacional – independentemente da sua vazão ou características hidrológicas – e de incidência tanto nas margens ainda cobertas de vegetação (Mata Ciliar, Mata Ripária, Mata de Galeria ou Mata de Várzea), como naquelas já desmatadas e que, por isso mesmo, precisam de restauração.

4. Ao juiz descabe afastar a exigência legal de respeito à manutenção de Mata Ciliar, sob o argumento de que se está diante de simples “veio d'água”, raciocínio que, levado às últimas conseqüências, acabaria por inviabilizar também a tutela das nascentes (“olhos d'água”). Mais do que nos grandes rios, é exatamente nesses pequenos cursos d'água que as Matas Ciliares cumprem o papel fundamental de estabilização térmica, tão importante à vida aquática, decorrente da interceptação e absorção da radiação solar.

5. A Constituição Federal ampara os *processos ecológicos essenciais*, entre eles as Áreas de Preservação Permanente ciliares. Sua essencialidade decorre das *funções ecológicas* que desempenham, sobretudo na conservação do solo e das

águas. Entre elas cabe citar a) proteção da disponibilidade e qualidade da água, tanto ao facilitar sua infiltração e armazenamento no lençol freático, como ao salvaguardar a integridade físico-química dos corpos d'água da foz à nascente, como tampão e filtro, sobretudo por dificultar a erosão e o assoreamento e por barrar poluentes e detritos, e b) a manutenção de *habitat* para a fauna e formação de corredores biológicos, cada vez mais preciosos em face da fragmentação do território decorrente da ocupação humana.

6. Seria um despropósito tutelar apenas as correntes mais caudalosas e as nascentes, deixando, no meio das duas, sem proteção alguma exatamente o curso d'água de menor volume ou vazão. No Brasil a garantia legal é conferida à bacia hidrográfica e à totalidade do sistema ripário, sendo irrelevante a vazão do curso d'água. O rio não existe sem suas nascentes e multifacetários afluentes, mesmo os menores e mais tênues, cuja estreiteza não reduz sua essencialidade na manutenção da integridade do todo.

7. O Município, contrariando a legislação vigente e os termos da licença expedida, desmatou a Mata Ciliar.

8. A ilegalidade do desmatamento provocado pela Prefeitura de Joinville é patente. A licença expedida pelo Ibama previa, textualmente, que a supressão de vegetação poderia ser feita, desde que “respeitados rigorosamente o disposto na letra 'a' do artigo 2º do Código Florestal, Lei 4.711/65, com as alterações introduzidas pela Lei n. 7.803/89, ficando o responsável pela execução dos trabalhos de exploração com a obrigação de preservar a faixa marginal do curso d'água existente na propriedade”.

9. O descumprimento das exigências da legislação ambiental para a hipótese de supressão da Mata Atlântica é causa de nulidade das autorizações eventualmente concedidas e dos atos praticados (art. 10 do Decreto 750/1993), sendo devida a recomposição ambiental da área afetada.

10. Recurso Especial provido.

Embora a decisão esteja lastreada no Código Florestal de 1965, suas conclusões permanecem irretocáveis, sobretudo

porquanto fundamentadas no princípio constitucional que assegura a proteção aos processos ecológicos essenciais.

Além disso, a decisão do STJ lançou luzes sobre um tema extremamente atual, ao salvaguardar os pequenos cursos d'água, já fragilizados pelos eventos climáticos extremos, característicos dos tempos de mudanças climáticas, fornecendo aos administradores orientações precisas acerca da importância das matas ciliares, sobretudo no perímetro urbano, e aos operadores do direito uma firme referência jurisprudencial pró-ambiente¹¹.

Por outro lado, ninguém ignora que a contínua ocupação de áreas de preservação permanente ciliar, com a criminosa omissão do poder público, pode redundar em grandes desastres ambientais, com a ocorrência de eventos climáticos extremos, prenunciados no Relatório do IPCC. Nesse sentido o alerta de Milanez e Fonseca:

Ainda que não se possa afirmar com certeza que as enchentes e deslizamentos que vêm ocorrendo nos grandes centros urbanos do país já são consequência das mudanças climáticas, segundo as previsões do IPCC, esses eventos extremos devem se tornar cada vez mais frequentes nas regiões Sul e Sudeste. No caso do Sul, espera-se que o clima fique entre 5% e 10% mais chuvoso, e no Sudeste, a expectativa é de que as chuvas se tornem mais intensas (CEDEPLAR/UFMG; FIOCRUZ, 2009). Nos últimos anos, importantes cidades passaram por experiências de eventos extremos, como São Paulo (2009) e Rio de Janeiro (2010). Entre os efeitos de tais eventos estão a morte de centenas de pessoas, em sua maioria grupos vulneráveis que habitavam áreas de risco e cujo padrão de consumo contribuía de forma muito limitada para o aumento da concentração de GEES na atmosfera¹².

¹¹ IRIGARAY, Carlos Teodoro J. H. **Áreas de Preservação Permanente urbanas: proteção prá valer**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 60, out./dez. 2010

¹² MILANEZ, Bruno e FONSECA, Igor. **Justiça climática e eventos**

Tais fatos configuram, ademais, um quadro de injustiça ambiental, na medida em que um grupo de pessoas, geralmente a parcela da população mais vulneráveis, suporta um pesado ônus em nome do bem estar dessa sociedade, que não enfrenta as consequências de seu padrão de consumo.

No fato descrito no acórdão citado, a degradação da mata ciliar pela municipalidade, visando a construção de um anfiteatro, privilegia apenas o bem-estar de parte da população, sem ponderar as consequências que esses impactos terão sobre aqueles que já ocupam áreas de maior vulnerabilidade, o mesmo problema se repete quando o Município, para atender interesse econômicos permite, ou se omite, diante da ocupação de APPs em áreas de risco.

No caso do Município de Joinville, segundo Jordin Castan assinalou, em matéria jornalística¹³ publicada logo após as enchentes que causaram as inundações e deslizamentos na cidade, a tragédia que se abateu sobre a população afetada não foi efetivamente causada pelas fortes chuvas e sim pela imprevidência, pela irresponsabilidade e pela ganância, ressaltando que a topografia da região fez naturalmente de Joiville uma região sujeita a enchentes:

“O que mudou? O que mudou foi, além da impermeabilização irresponsável da cidade, a autorização criminosa para a ocupação de loteamentos e ocupações regulares de áreas que sempre foram sujeitas a enchentes. Não é de hoje que o rio Águas Vermelhas inunda grandes áreas da Vila Nova ou do Morro do Meio, só que antes essas áreas não estavam ocupadas, ninguém corria o risco de perder bens, porque a cidade não crescia na direção das áreas alagadiças. A cidade e os seus planejadores sabiam para onde

climáticos extremos: o caso das enchentes no Brasil. Boletim regional, urbano e ambiental n. 04, IPEA: 2010.

¹³ *As enchentes de Joinville*, por Jordin Castan. Artigo publicado em A Notícia de 22/11/2008.

a cidade poderia e deveria crescer. (...)

Quem autorizou a ocupação das áreas alagadiças? Se já desde o Plano Diretor de 1973 Joinville conhecia, como conhece hoje, o mapa das suas enchentes? Por que alguém autorizou loteamentos e residências em áreas que enchem a cada chuva? Deve ser responsabilizado quem autorizou a construção de casas e inclusive edifícios sobre os rios Morro Alto, Jaguarão e Mathias, comprometendo a sua manutenção e condenando grandes áreas da cidade a enchentes regulares a cada chuva, mesmo as menores e menos intensas.

Seguir o rastro do lodo que traz as enchentes não é um trabalho difícil: os nomes de cada vereador que aprovou, em nome do desenvolvimento, as leis que permitiram esta ocupação; de cada secretário que elaborou os estudos técnicos; e de cada prefeito que encaminhou projetos de lei reduzindo a permeabilidade da cidade e condenando outros cidadãos a viverem sob a ameaça constante de enchentes a cada pinga d'água. Os nomes e sobrenomes estão ao alcance de quem quiser chafurdar na nossa história recente.

Por isso mesmo é surpreendente que a proteção das APPs enfrente tanta resistencia, considerando suas funções ecológicas e os riscos decorrentes de sua ocupação. Certamente que pesa em desfavor dessas áreas o fato de terem localização privilegiada, geralmente em áreas de grande valor econômico, o que desperta a ganância de grupos econômicos que consideram uma excentricidade pátria a proteção dispensada a essas áreas protegidas.

Em verdade, falta consciência da importância dessas áreas de preservação permanente, assim como dos instrumentos e estratégias que a Administração pode utilizar para induzir a proteção dessas áreas de relevante valor ecológico.

2. Porque insistir na proteção das APPs

Um fato cultural está associado ao generalizado

negligenciamento com nossas APPs. Ressalvadas algumas exceções, nossas cidades foram construídas de costas para os cursos d'água. Nas pequenas cidades que se formaram às margens dos rios, as casas se posicionam com os fundos voltados para o curso d'água no qual era conectado a tubulação com a água servida e lançados os resíduos doméstivos.

Raros são os municípios que preservam integralmente a vegetação nas áreas com declividade ascentuada e no entorno de seus rios e nascentes, a despeito da importância ecológica e paisagística dessas áreas. Efetivamente, falta vontade política para preservar nossas APPs. Afinal, por que insistimos em sua proteção?

No próprio conceito legal das áreas de preservação permanente, introduzido pela Medida Provisória nº 2.166-67 de 2001, e hoje previsto na 12.651/2012, podemos encontrar a resposta a essa questão, pois referido conceito sintetiza com propriedade a função das APPs, definidas como:

“área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas nativas” (Art. 3º, inciso II).

No perímetro urbano, destacam-se as matas ciliares, também conhecidas como matas ripárias ou de galeria, porquanto a grande maioria das cidades iniciou-se no entorno de corpos hídricos. Essa vegetação que margeia os cursos d'água é conhecida também como mata ciliar porque funciona como cílios protegendo os corpos hídricos e regulando os fluxos de águas superficiais e subterrâneas além de contribuir para a fixação do carbono, constituindo-se em importantes corredores de fauna. Ana Maria Marchesan¹⁴ assinala que os

¹⁴ MARCHESAN, Ana Maria M. **Áreas de “degradação permanente”**,

principais objetivos dessas matas são:

- a) reduzir as perdas do solo e os processos de erosão e, por via reflexa, evitar o assoreamento (arrastamento de partículas do solo) das margens dos corpos hídricos.
- b) garantir o aumento de fauna silvestre e aquática, proporcionando refúgio e alimento para esses animais;
- c) manter a perenidade das nascentes e fontes;
- d) evitar o transporte de defensivos agrícolas para os cursos d'água;
- e) possibilitar o aumento de água e dos lençóis freáticos, para dessedentação humana e animal e para o uso nas diversas atividades de subsistência e economia;
- f) garantir o reaproveitamento de fauna e maior reprodução da flora;
- g) controlar a temperatura, propiciando um clima mais ameno;
- h) valorização da propriedade rural, e
- i) formar barreiras naturais contra a disseminação de pragas e doenças na agricultura.

Apesar da importância das matas ciliares e especialmente dos corpos hídricos que elas intentam proteger, em muitas cidades, os rios que motivaram a aglomeração urbana inicial tornaram-se depósitos de lixo e esgoto e em alguns casos, foram canalizados e se transformaram em vias públicas. O exemplo do Ipiranga na cidade de São Paulo é emblemático. As margens plácidas, imortalizadas nos primeiros versos do Hino Nacional e nas telas de Vitor Meireles, fazem parte de uma história de degradação e supressão que continua se repetindo. Hoje São Paulo se ressentida da falta de áreas verdes e não sabe o que fazer com os rios que insistem em cruzar a cidade e se transformaram num

problema cuja solução exigem investimentos proibitivos.

No caso das APPs em áreas de encosta com declividade superior a 45° o problema não é menor. Nas cidades localizadas em regiões com relevo acidentado, a ocupação das encostas foi a solução encontrada pela parcela da população carente para instalar-se próximo dos centros comerciais, e exercer o direito à moradia, ainda que, à margem da lei, em situação de risco e com inúmeros inconvenientes incluindo a dificuldade de acesso, contando para isso com a reduzida capacidade fiscalizatória ou mesmo desinteresse dos Municípios em impor o respeito à lei.

Da mesma forma, a manutenção da vegetação nas áreas de encostas, além de algumas das funções comuns às matas ripárias constitui medida de segurança e proteção à população que ocupa ilegalmente essas áreas, via de regra com a favelização desses espaços, fenômeno que conta também com a omissão criminosa do Poder Público municipal e que tem como consequência, não apenas a deterioração da qualidade de vida, mas também a degradação do patrimônio natural municipal. Esse processo configura um quadro de desorganização dos centros urbanos, agravado pela falta de planejamento e de ordenação do uso do solo, onde a favelização das encostas e a degradação das áreas verdes e dos corpos hídricos criam problemas com elevado custo sócio-econômico-ambiental.

Lamentavelmente a falta de políticas públicas consistentes para efetivação do direito à moradia, em condições de assegurar a dignidade do indivíduo, é o fator primário a induzir a ocupação precária de lugares ambientalmente frágeis, legalmente protegidos e geralmente desprezados pelo mercado imobiliário, como ocorre com a favelização de encostas e loteamentos clandestinos com construções nas margens de cursos d'água altamente poluídos.

Tais problemas revelam a irresponsabilidade organizada, característica da sociedade de risco, onde o Poder Público se mostra desaparelhado para enfrentá-los, expondo a

maiores riscos parcela da população que sequer contribuiu para o agravamento dos mesmos.

Via de regra, esses problemas seguem um encadeamento que se inicia com a conduta ilícita visando criar um fato consumado, o qual se concretiza ante a tolerância do Poder Público. Depois de ocupada a APP, a demolição parece impossível e a regularização passa a ser uma meta. As consequentes inundações e deslizamentos de encostas passam a ser atribuídas a outros fatores, como se a responsabilidade não decorresse exclusivamente da ocupação ilícita de áreas especialmente protegidas e da omissão ou conivência do Poder Público.

Desnecessário ressaltar que nesses casos é patente a responsabilidade solidária do Município, tanto mais grave, quanto se omite em situações de risco evidente, deixando que parcelas da população menos favorecidas construa em áreas absolutamente inapropriadas. Como assinala Geraldo M. Correa¹⁵:

O reconhecimento da existência de passivo ambiental em decorrência de uso e ocupação irregular do solo rural ou urbano se impõe ao poder público que, em consequência, deve impedir novas ocupações e planejar a desocupação e recuperação das áreas de preservação permanente.

Por outro lado, a regularização que simplesmente legitima a ocupação desordenada e danosa é meramente eleitoreira e não contribui para solucionar os problemas urbanos e assegurar o direito à moradia, ao contrário fomenta a reprodução das invasões de áreas protegidas no perímetro urbano.

¹⁵ CORREA, Geraldo M. **Da aplicabilidade do Código Florestal (Lei 4.771/65 c/c Lei 7.803/89) na defesa do meio ambiente em áreas urbanas.** In: BENJAMIN, Antonio H. (Org.) *Direito, Água e Vida*. Vol. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

Oportuno consignar que o mencionado direito à moradia envolve necessariamente o direito à não-exclusão do processo de desenvolvimento das cidades¹⁶ e que a efetivação de um meio direito e uma cidadania precária nesses casos implica na perpetuação de uma situação de danos que atinge a municipalidade como um todo, em sua qualidade de vida e no direito à cidade sustentável.

Malgrado a ocorrência de casos graves de degradação existem, como assinalado, exemplos exitosos de proteção e recuperação de APPs e há um amplo rol de iniciativas que o Poder Público pode conduzir para assegurar a manutenção dessas áreas verdes municipais e da qualidade dos corpos hídricos que cruzam o perímetro urbano, parcialmente citadas no item seguinte, a título de ilustração.

3. Atuação municipal na preservação das APPs

Inicialmente cumpre assinalar que qualquer política ambiental envolve ações preparatórias e sobretudo planejamento, embora na Administração Pública brasileira, essa obviedade seja frequentemente ignorada. Por outro lado, não há planejamento sem um prévio diagnóstico da área a ser beneficiada com a política pública a ser implementada.

Geralmente os municípios não dispõem desse diagnóstico, ignoram a dimensão das APPs degradadas e sua localização, e certamente nesse caso, não possuem elementos para definir a prioridade, se é que ela existe, para efeito de preservação ou recuperação.

Desse modo, conhecer o problema é certamente o primeiro passo para resolvê-lo. Um levantamento dessas áreas atualmente é facilitado com a disponibilização de imagens de satélite, ou mesmo imagens aéreas, o que não

¹⁶ SILVA, Solange Teles da. **Políticas Públicas e Estratégias de Sustentabilidade Urbana**. Pará: Revista Hiléia. P. 121.

dispensa os levantamentos *in loco* que pode ser efetuados com o apoio de instituições de ensino e pesquisa.

A Prefeitura Municipal de Cuiaba realizou recentemente esse diagnóstico com o levantamento das APPs municipais constatando que algumas áreas historicamente conhecidas como nascentes dos inúmeros cursos d'água que atravessam a cidade haviam efetivamente perdido essa função em decorrência do adensamento populacional, da impermeabilização do solo e ocupação no entorno desses olhos d'água. Por outro lado, esse levantamento identificou áreas que necessitam de urgente intervenção para evitar seu perecimento.

Assim, de posse desse diagnóstico, a Administração municipal conta com algumas ferramentas não apenas para conter a ocupação de APPs, como também incentivar sua conservação e recuperação. Essas ferramentas estão distribuídas nas categorias de comando e controle e instrumentos economicos, e podem ter funções preventivas ou repressivas.

Certamente que a ênfase na atuação do Poder Publico deve ter caráter preventivo, de modo a evitar situações consumadas em que a ocupação dificilmente pode ser revertida, ou ainda que os danos sejam irreparáveis.

Ao discorrer sobre o emprego de instrumentos economicos¹⁷ enfatizamos a necessidade de estruturação jurídica de um sistema de gestão ambiental que combine o emprego de instrumentos econômicos com a previsão de sanções e procedimentos eficazes para a reparação e compensação de danos causados ao meio ambiente. Ou seja, além dos instrumentos comumente empregados sob a forma de comando-e-controle, envolvendo licenças, padrões de emissão, regulamentos e responsabilização, novos instrumentos

¹⁷ IRIGARAY, Carlos Teodoro J. Huguency. **O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental.** In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin. Direito Ambiental em Debate. Vol. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p. 82.

econômicos, como impostos, taxas sobre atividades poluentes e cobrança pelo uso dos recursos naturais estão sendo considerados como uma abordagem complementar eficiente para a política ambiental, portanto, necessários à plena efetivação do princípio do poluidor-usuário-pagador.

Infelizmente, na esfera municipal, o Poder Público não conta com muitas alternativas para utilizar instrumentos econômicos, visando induzir a proteção das APPs ou fomentar a recuperação dessas áreas quando degradadas.

Descata-se nesse contexto o Imposto Predial e Territorial Urbano que pode constituir-se em vigoroso instrumento para uma atuação extrafiscal da Municipalidade, infelizmente pouco explorado. Assim, por exemplo, pode o Município estabelecer uma alíquota diferenciada para favorecer as propriedades que tenham APPs conservadas atestadas pelo órgão municipal do meio ambiente.

Ainda na seara dos instrumentos econômicos, incentivos fiscais podem ser previstos para empresas que apoiarem programas de recuperação de áreas degradadas.

Em que pese a relevância dos instrumentos econômicos, não se ignora que esses devem funcionar conjugados com medidas de comando-e-controle, mesmo porque a previsão de incentivos econômicos muitas vezes não é suficiente para dissuadir práticas danosas ao meio ambiente que precisam ser sancionadas.

Também na categoria dos instrumentos de comando-e-controle a ênfase deve ser dada às medidas de cunho preventivo elencados no Estatuto da Cidade e que devem integrar o Plano Diretor e Leis de Uso do Solo.

Com efeito, as diretrizes gerais contempladas no referido Estatuto fornecem importantes parâmetros para a proteção das APPs no âmbito municipal, dentre os quais destacamos a garantia do direito à cidade sustentável; a gestão democrática; a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de

urbanização, em atendimento ao interesse social; o planejamento do desenvolvimento das cidades; a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, a especulação urbana, a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental; e a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.¹⁸

Entre os instrumentos preventivos de política ambiental atenção especial deve ser dada ao licenciamento ambiental, especialmente nos casos que envolva a supressão de APPs ou de obras de impacto significativo.

Oportuno lembrar que a exigência de compensação ambiental é consectária do licenciamento de obras de impacto significativo, e deve estar prevista no respectivo Estudo de Impacto Ambiental. Especialmente nos casos em que os impactos repercutam sobre corpos hídricos ou áreas de preservação permanente no âmbito municipal, a compensação pode contemplar investimentos na recuperação sobretudo nas áreas públicas onde esta se encontre degradada, assim como nas áreas privadas onde o ocupante não possui condições de arcar com essa recomposição, ampliando essas áreas protegidas através da criação de unidades de conservação.

Ainda nos casos de licenciamento, de acordo com a legislação este é obrigatório para autorizar obras de utilidade pública ou interesse social que envolvam a supressão de APPs. O licenciamento, nessa hipótese, pressupõe a definição de medidas mitigadoras e compensatórias. Embora lei não o estabeleça expressamente, é indubitável que ambas devem ser definidas em favor da área impactada, salvo quando não seja possível. Especialmente com relação às medidas

¹⁸ Ver a propósito: IRIGARAY, Carlos T. J. H. **Município e Meio Ambiente: Bases para atuação do município na gestão ambiental**. Cuiabá: Editora da FUNESMIP, 2002.

compensatórias, muito frequentemente os órgãos estaduais de meio ambiente quando conduzem esses licenciamentos negligenciam no cumprimento dessa exigência legal, ou simplesmente a utilizam para favorecer programas que desenvolvem, sem nenhuma relação com a área degradada. Por outro lado, os municípios se omitem no acompanhamento desses licenciamentos e sequer postulam a compensação devida.

Dessarte, faz-se necessária uma maior diligência dos órgãos ambientais municipais no acompanhamento das licenças ambientais que envolvam supressão de APPs sobretudo na definição das medidas mitigadoras e compensatórias que devem reverter diretamente para a recuperação dessas áreas degradadas, sobretudo no mesmo corpo hídrico.

Também com efeito preventivo deve ser destacada a ampla possibilidade de criação de unidades de conservação que podem se sobrepor às APPs preservadas no perímetro urbano, como parte de um conjunto de ações consistentes para ampliar áreas verdes, de modo a propiciar o fluxo gênico da fauna e da flora e adicionalmente fixar carbono e preservar o microclima, sobretudo no contexto das mudanças climáticas, que estão causando alterações drásticas na fitofisionomia florestal.

Exemplos como o do reflorestamento com espécies nativas na Floresta da Tijuca, objetivando restaurar os corpos hídricos que abasteciam o Rio de Janeiro na época do Império, precisam ser reproduzido. E hoje as condições são certamente mais favoráveis para isso, mesmo porque tão só o cumprimento da lei é suficiente para assegurar a proteção dessas áreas verdes, faltando apenas vontade política para que a municipalidade se beneficie com ações dessa natureza. Alguns exemplos contemporâneos mantêm viva essa esperança, como a do pequeno Município de Marcelândia-MT localizado no entorno do Parque Nacional do Xingu que envolveu a comunidade nos trabalhos de recuperação das APPs e áreas

degradadas do Rio Manissauá-miçu¹⁹; esse tipo de iniciativa produz efeito não apenas pela recomposição do bem ambiental como pela conscientização dos munícipes.

Sabe-se porém que a despeito do alcance das ações preventivas ou voltadas para a conscientização, frequentemente é necessária a atuação repressiva do Município que também detém competência para fiscalizar danos às APPs nos limites de seu território.

Todavia, talvez seja na área da fiscalização que os municípios apresentem maior deficiência, mormente nos pequenos municípios onde os recursos materiais e humanos são escassos as relações sociais dificultam naturalmente a atuação repressiva. Porém, essa limitação pode ser contornada com o envolvimento da coletividade através de projetos de fiscalização voluntária e especialmente da atuação do Ministério Público que podem contribuir para o ajustamento de conduta e a recuperação de APPs degradadas.

4. Considerações finais

Uma das características dos recursos ambientais é sua multifuncionalidade, ou seja, cada um dos recursos exerce inúmeras funções, isso considerando não apenas o interesse e os usos voltados para as necessidades humanas, mas também as funções ecológicas que tais recursos desempenham.

Assim a flora localizada nas áreas de preservação permanente, presta relevante serviços ambientais, na medida em que evita a perda de solo, promove a contenção do assoreamento, reduz a emissão de CO₂, estabiliza o clima, protege os recursos hídricos e preserva a biodiversidade, com reflexos diretos na qualidade de vida da população.

Especialmente a vegetação localizada nas áreas de

¹⁹ Ver outras iniciativas do Y Ikatu Xingu no site: <http://www.yikatuxingu.org.br>.

encosta e no entorno dos corpos hídricos, legalmente protegida, constitui-se em significativo depósito de carbono que deve ser preservado, como forma de contribuir para reduzir as emissões que agravam o quadro de mudanças climáticas. Além do armazenamento de carbono, por si só relevante, essa vegetação guarda relação direta com a estabilidade do clima, também no âmbito local, através da evapotranspiração necessária à manutenção da umidade do ar.

Igualmente relevante é a contribuição das APPs para a manutenção do ciclo hidrológico permitindo uma maior percolação das águas pluviais no solo, abastecendo o lençol freático e recarregando os aquíferos além de propiciar a estabilização do solo, sobretudo nas áreas de encosta, evitando os processos erosivos que degradam os cursos d'água e agravam as enchentes. Além disso, as APPs oferecem abrigo a fauna e funcionam como corredores ecológicos assegurando, em última instância a proteção da biodiversidade.

Ademais dessa importância ecológica, essas áreas desempenham também um papel cultural, estético e recreativo. Vale dizer, a proteção das APPs se justifica não apenas pelas razões ecológicas, mas também pela sua importância social.

Desafortunadamente, a degradação dessas áreas tem sido tolerada em grande parte dos municípios brasileiros, prevalecendo a impunidade característica dos ilícitos ambientais, e o que é mais grave, recebendo o aval do Congresso Nacional que sinalizou, com a Lei 12.651/2012, que as ocupações criminosas consolidadas podem ser regularizadas, reduzindo-se as APPs a um patamar inexpressivo.

Em que pese os retrocessos mencionados, que colocam em risco essas áreas especialmente protegidas, em algumas regiões do país tem-se constatado um esforço para revegetar APPs degradadas a partir da simples constatação de que sem elas o perecimento dos corpos hídricos é irremediável.

Cabe assinalar que as APPs constituem um instituto tipicamente brasileiro que se relaciona com alguns direitos

fundamentais, como o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito à cidade sustentável e o direito à saúde, justificando-se, especialmente em nosso país, pela grande reserva hídrica do qual somos depositários e que se encontra notoriamente ameaçada pela irresponsabilidade com que nossos recursos hídricos estão sendo “gerenciados”.

Assim, no que pertine à proteção das APPs o grande desafio é fomentar a consciência da importância dessas áreas e romper com a perversa equação: “ocupação ilegal – omissão municipal – regularização.” Cabe ao Ministério Público, nessa tarefa, a responsabilidade de atuar proativamente, sobretudo evitando que se consolide a idéia de que qualquer crime ambiental pode ser regularizado sem a recuperação do bem afetado.

Os Municípios possuem inúmeros instrumentos para envolver a sociedade civil e promover a recuperação e preservação dessas áreas especialmente “desprotegidas”, assegurando a conservação dos corpos hídricos, a ampliação de áreas verdes e em última instância, mais qualidade de vida para a população.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. Dallari, Adilson de Abreu e Ferraz, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade, Comentários a Lei Federal nº. 10.257/2001**. 1º ed, São Paulo: Malheiros.

CORREA, Geraldo M. **Da aplicabilidade do Código Florestal (Lei 4.771/65 c/c Lei 7.803/89) na defesa do meio ambiente em áreas urbanas**. In: BENJAMIN, Antonio H. (Org.) Direito, Água e Vida. Vol. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

IRIGARAY, Carlos Teodoro J. H. **Áreas de Preservação Permanente urbanas: proteção prá valer**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.15, n.60, out./dez. 2010.

_____. **Município e Meio Ambiente: Bases para atuação do município na gestão ambiental**. Cuiabá: Editora da FUNESMIP, 2002.

_____. **O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental**.

In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin. *Direito Ambiental em Debate*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria M. **Áreas de “degradação permanente”, escassez e riscos**. *Revista de Direito Ambiental* n° 35. São Paulo: RT, 2004. p. 190/216.

PEREIRA, Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1950.

SILVA, Solange Teles da. **Políticas Públicas e Estratégias de Sustentabilidade Urbana**. Hiléia. *Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Ano -1, n° 1, agosto-dezembro/2003.

Autores

Anderson Orestes Cavalcante Lobato

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1986), Mestrado (1989) e Doutorado (1994) em Direito Público pela Université de Sciences Sociales de Toulouse; Pós-Doutorado (2004) pelo Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine da Universidade de Paris III. Atualmente é professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: cidadania, justiça social, direitos fundamentais, jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, processo constitucional e ética.

Alfredo Alejandro Gugliano

Doutor em Ciências Políticas y Sociología – Universidad Complutense de Madrid (UCM, 1997). Professor Associado do Departamento de Ciência Política e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordena o Comitê de Ciências Políticas e Sociais da Associação de Universidades do Grupo Montevideú (AUGM). Tem experiência nas áreas de Sociologia Política e Ciência Política, com ênfase em teoria política e processos de democratização, atuando principalmente nos seguintes temas: teorias da democracia, democracia participativa, cidadania e participação política. Tem atuado como docente colaborador ou orientador em programas de pós-graduação nos seguintes cursos: Programa de Doutorado en Problemas Contemporáneos de la Sociedad de la Información (Instituto Ortega y Gasset, Espanha); Doutorado en Ciencias Sociales (FLACSO, Argentina); Doutorado en Ciencia Política (UNSAM, Argentina); Doutorado en Estudios Interculturales (ILAES/UVA/ULAC, Chile); Maestría Latinoamericana en Administración y Gestión Pública Integral (ILAES/FUNDAYACUYO), Doutorado Interinstitucional em Ciência Política UFRGS/UFRR (Roraima) e Doutorado Interinstitucional em Ciência Política UFRGS/FCR (Rondônia).

Carlos André Birnfeld

O professor Carlos André Hüning Birnfeld é Especialista em Administração Universitária (FURG/UFSC/UFRGS), é Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Tem 20 anos de magistério superior, atuando em vários cursos de Direito e de Administração, em nível de graduação e pós-graduação. Trabalha com Direito Público especialmente nos ramos do Direito Educacional, Ambiental e Tributário. Atualmente tem vínculo efetivo com a Universidade Federal de Rio Grande FURG, como professor associado, exercendo também a Direção da respectiva Faculdade de Direito. Atua na instituição, também, como professor do Programa de Pós-Graduação em Gerenciamento Costeiro (PPGC). Nos últimos anos atuou também como professor na UFPel (Pelotas-RS), onde fundou a pós-graduação em Direito Ambiental, a primeira da cidade já tendo atuado, ainda, à convite, em pós-graduação, também na UCPEL (Pelotas-RS), UFRGS (Porto Alegre-RS), ESMAF/IMED (Porto Alegre-RS), IMED (Passo Fundo -RS), UNIJUÍ (Ijuí-RS), URI (Frederico Westphalen-RS), UNOESC (São Miguel do Oeste SC), UNESC(Criciúma-SC), CESUSC (Lages-SC), UFSC (Florianópolis-SC) e da UFMT (Cuiabá-MT). É sócio-fundador da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi) e da Associação de Professores de Direito Ambiental (APRODAB). Foi Presidente da Comissão Própria de Avaliação da UFPEL. Tem atuado como Consultor "Ad Hoc" para MEC e OAB para avaliação dos cursos de Direito desde 1996 e consultor do MEC para procedimentos de supervisão de cursos desde 2008. Advogado e consultor nas áreas do Direito Educacional, Ambiental e Tributário.

Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray

Professor Associado dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFMT; Pós-Doutor pelo Center for Latin American Studies/University of Florida (2009); Doutor em Direito pela UFSC (2003); Mestre em Direito e Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1991); Especialista em Direito Ambiental, Ciência Política e Didática do Ensino Superior; Coordena a Clínica de Direitos Humanos e Meio Ambiente do Programa de Mestrado em Direito Agroambiental da UFMT. Membro da Commission on

Environmental Law da IUCN. Membro do Conselho Diretor da UFMT; Procurador do Estado de Mato Grosso; Diretor do Instituto O Direito por um Planeta Verde; membro do Conselho Diretor do Instituto Centro de Vida e da Associação Novo Encanto de Desenvolvimento Ecológico. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Ambiental, e inúmeras publicações nesta área.

Eloise Peter Damázio

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2011). Foi Assistente de Pós-Graduação na Universidade Federal de Santa Catarina na disciplina Antropologia Jurídica (2007 e 2009). Atua principalmente nos seguintes temas: pensamento descolonial latino-americano, constitucionalismo latino-americano, pós-colonialismo, multiculturalismo, interculturalidade jurídica, pluralismo jurídico, direitos humanos, direitos indígenas, novos direitos, redes eletrônicas cidadãs, ecologia política. As áreas de interesse acadêmico e profissional são Antropologia Geral e Jurídica, Sociologia Geral e Jurídica, Filosofia Geral e Jurídica, Ciência Política, Direitos Humanos, História do Direito, Introdução ao Direito, Direito Ambiental, Direito Constitucional, Psicologia Jurídica, Informática Jurídica, Metodologia da Pesquisa.

Francisco Quintanilha Vêras Neto

Bacharel em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas (1996) da Universidade Federal de Santa Catarina, Mestrado em Direito na área de concentração de Instituições jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2004). Atualmente é professor Associado I, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (Fadir), na disciplina de História do Direito, e no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande e atua como professor convidado do Programa de Mestrado e Doutorado em Educação Ambiental da mesma Universidade, nas disciplinas de Políticas Públicas de Educação Ambiental e no Tópicos Especiais: Marx e a Natureza. Tem experiência na área de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, atuando principalmente nos seguintes temas: História do Direito,

Cooperativismo, Justiça Ambiental, Direito Ambiental, Direitos Humanos e Fundamentos de Educação Ambiental.

José Ricardo Caetano Costa

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (1990), graduação em Filosofia pela Universidade Católica de Pelotas (1988), Mestrado em Desenvolvimento Social pela Universidade Católica de Pelotas (2000), Mestrado em Direito pela Universidade Vale do Rio dos Sinos (2005) e Doutorado em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do RGS (2009). Pós-Doutorado em Educação Ambiental no PPGEA/FURG. Professor da Faculdade de Direito da FURG. Professor horista do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo e da Pós-Graduação em Direito Previdenciário da FACOS-Osório. Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social. Professor do Mestrado em Direito e Justiça Social da FADIRFURG. Advogado do Sindicato dos Bancários de Pelotas e Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: previdência social, políticas públicas, seguridade social, assistência social, políticas públicas, meio ambiente e seguridade social.

Liane Francisca Hüning

Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1992), especialização em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1997), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e Doutorado em Direito pela PUC/RS (2013) sob orientação do Professor Dr Paulo Caliendo, com bolsa CAPES de Doutorado Sanduiche junto a Universidade de Lisboa com co-orientação do Professor Dr Fernando Araújo. É professora Adjunta do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Nos últimos anos atuou na Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), na Universidade Regional Integrada URI (Frederico Westphalen-RS), UNOESC (São Miguel do Oeste-SC) e Universidade de Passo Fundo - UPF (Passo Fundo-RS), e à convite, em pós-graduação, também na UCPEL (Pelotas-RS), na IESA (Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Angelo-RS), na UNIJUÍ (Ijuí-RS), URI

(Frederico Westphalen-RS), UNOESC (São Miguel do Oeste-SC), UFMT (Cuiabá-MT), além de vários cursos preparatórios e de capacitação. e, desde março de 2008 é consultora Ad Hoc do MEC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Previdenciário, Tributação ambiental e Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: Execução fiscal, extrafiscalidade ambiental nos impostos brasileiros como instrumento jurídico-econômico para a promoção de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Maria Claudia Crespo Brauner

Doutora em Direito pela Université de Rennes I – França (1992); Pós-Doutorado na Universidade de Montreal – Canadá (2004). Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. É membro do Réseau Universitaire International de Bioéthique (RUIB) criado na França, pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, com Bolsa Produtividade 2. Professora convidada da Université de Toulouse – França; Université de Rennes1 – França, Université de Montreal – Canadá; Université Libre de Bruxelles – Bélgica; Universidade de Kyoto – Japão; Université de Lausanne – Suíça. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito de Família e Sucessões, Biodireito, Direitos Humanos; Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: filiação, adoção, constitucionalização do Direito Civil; reprodução humana assistida, gênero, direito da saúde, ética biomédica; direitos sexuais e reprodutivos, bioética, biotecnologia e direito, ética em pesquisa e direito da biomedicina. É líder do Diretório de Pesquisa do CNPq intitulado: Direito e Justiça Social.

Maria Cecília Lorea Leite

Maria Cecília Lorea Leite possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas, Licenciatura Plena em Letras pela Universidade Católica de Pelotas, Mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutorado em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Realizou Pós-Doutorado na Université Paris 8. É Professor Associado da Universidade Federal de Pelotas. Atualmente é associado da Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Educação, da

Associação Nacional de Política e Administração da Educação, e da International Sociological Association. Publicou 22 artigos em periódicos especializados, 18 capítulos de livro e vários trabalhos em anais de eventos. Participou de eventos no Brasil e no exterior. Orientou nove trabalhos de Dissertações de Mestrado e orienta sete Teses de Doutorado, uma Dissertação de Mestrado e dois trabalhos de Iniciação Científica. Participou de sete Projetos de Pesquisa, tendo coordenado dois deles. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Avaliação de Sistemas, Instituições, Planos e Programas Educacionais, atuando principalmente nos seguintes temas: currículo, gestão democrática, educação jurídica, pedagogia jurídica, imagens da justiça, ensino superior e universidade.

Maria de Fátima Prado Gautério

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (1988) , graduação em Curso Superior de Música pela Universidade Federal de Pelotas (1995) , doutorado em Facultad de Derecho y Ciencias Políticas pela Pontificia Universidad Católica Santa Maria de Los Buenos Aires (2000) e curso-técnico-profissionalizante em Preparatório Para a Carreira do Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público (1989) . Atualmente é Professor universitario da Universidade Federal do Rio Grande. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: Educação e Leigos.

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Ambiental e Direitos Humanos, América latina e questões decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Professora participante do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica -

GPAJU da UFSC e Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa em Direito e Justiça social e Hermenêutica e Ciências Criminais do Programa de Mestrado em Direito da FURG. Coordena o Grupo de Estudos sobre o Constitucionalismo Latino-Americano-GDCONST. Membro da Comissão de avaliação da pós-graduação em Direito da CAPES -2014-2015. Advogada.

Renato Duro Dias

Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG e no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social - Mestrado em Direito da FURG. Coordenador dos Cursos de Graduação em Direito, Coordenador Adjunto do Curso de Especialização em Educação em Direitos Humanos - FURG/UAB, Coordenador do Centro de Referência em Direitos Humanos - CRDH/FURG. Doutor em Educação com período de doutoramento sanduíche na Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Memória Social e Patrimônio Cultural. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões. Bacharel em Direito. Professor Visitante no Instituto de Educação da Universidade de Lisboa, Portugal. Professor do Curso de Especialização em Educação em Direitos Humanos - FURG/UAB. Professor da Escola Superior de Advocacia - ESA - OAB/RS. Professor Formador do Projeto Gestão da Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva (FaE/UFPeI). Pesquisador do GTJUS - Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade e do Grupo Cooperação e Relações Contratuais - UNICURITIBA. Membro do Núcleo: Gestão, Currículo e Políticas Educativas (PPGE/FaE/UFPeI). Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos NUPEDH/FURG. Membro do Comitê de Ética e Pesquisa na Área da Saúde - CEPAS/FURG. Advogado. Membro da Comissão Especial de Ensino Jurídico da OAB/RS - Subseção Pelotas. Associado CONPEDI. Ex-Bolsista CAPES/PDSE.

Salah Hassan Khaled Junior

É doutor e mestre em Ciências Criminais (PUCRS), mestre em História (UFRGS) e especialista em História do Brasil (FAPA). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS) e graduação em História (FAPA). Foi aprovado com voto de louvor (summa cum laude) por unanimidade na

tese de doutorado (primeira defesa de tese do PPGCCRIM PUCRS), com indicação para publicação (publicada pela editora Atlas). Foi aprovado com voto de louvor (summa cum laude) por unanimidade na dissertação de mestrado em Ciências Criminais, com indicação para publicação (publicada pela JUSPODIVM). Foi aprovado com nota máxima na dissertação de mestrado em História (publicada pela EDIPUCRS). Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande - FURG (40h DE), ministrando as disciplinas de Direito Penal I, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas, tendo obtido a cátedra de Direito Penal com a aprovação em primeiro lugar para o concurso de professor efetivo da instituição. É professor permanente do PPG em Direito e Justiça Social - Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. É líder do grupo de pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq) e autor do livro A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial, publicado pela editora Atlas, do livro Ambição de Verdade no Processo Penal: Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real, publicado pela Editora Juspodivm, do livro Horizontes Identitários: a construção da narrativa nacional brasileira pela historiografia do século XIX, publicado pela EDIPUCRS e de vários artigos publicados em revistas especializadas. Suas pesquisas atuais abarcam uma série de questões da esfera jurídico-penal (Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal) sob a perspectiva do enfoque teórico da História das Ideias.

EDITORA E GRÁFICA DA FURG
CAMPUS CARREIROS
CEP 96203 900
editora@furg.br