

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 6, n. 1, jan./jun. 2011. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Lutas Contra o Um: notas do diálogo entre uma antropologia
e um Marx contra o Estado
Jean Tible

O Estado Plurinacional na América Latina como uma Construção do Poder Popular: a
transição para a democracia popular na América Latina
José Luiz Quadros de Magalhães

Un Nuevo Panorama Constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos
Humanos en México
A new constitutional panorama for the international
human rights law in Mexico
Karlos Castilla Juárez

A Formulação de Políticas Públicas Climáticas com base no
Princípio da Precaução
Michelle Lucas Cardoso Balbino

Transexualidade e Movimento Transgênero na
Perspectiva da Diáspora Queer
Miriam Pillar Grossi, Simone Ávila

Filosofia e Sala de Aula: propostas de um diálogo possível
Patrícia Del Nero Velasco, Marília Mello Pisani, Caio Gonçalves Bezerra Sereno

Constituição e Utopia e o Exemplo da Constituição Brasileira
Paulo Ferreira da Cunha



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 6, número 1, jan./jun. 2011

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 6, n. 1 – Semestral – Montes Claros, MG – jan./jun. 2011



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor: Prof. Ms. Antônio Eugênio Silva

Coordenadora do Curso de Direito: Prof.^a Ms. Thalita Soares Moran

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

(Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Elton Dias Xavier

Conselho Editorial:

Elton Dias Xavier

Famblo Santos Costa

Richardson Xavier Brant

Solange Procópio Xavier

Waldir de Pinho Veloso

Anelito de Oliveira

Conselho Consultivo:

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)

Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)

Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)

Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)

Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração gráfica/capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo
Agostinho. - Vol. 6, n. 1 (2011) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2011 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa). ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades
Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
------------------------	---

ABERTURA

El Principio de no Discriminación por Razón de Sexo: la condición de “mujer” en el ordenamiento jurídico español <i>Isabel Miralles González</i>	13
---	----

ARTIGOS

Lutas Contra o Um: notas do diálogo entre uma antropologia e um Marx contra o Estado <i>Jean Tible</i>	37
---	----

O Estado Plurinacional na América Latina como uma Construção do Poder Popular: a transição para a democracia popular na América Latina <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	67
---	----

Un Nuevo Panorama Constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México A new constitutional panorama for the international human rights law in Mexico <i>Karlos Castilla Juárez</i>	93
---	----

A Formulação de Políticas Públicas Climáticas com base no Princípio da Precaução <i>Michelle Lucas Cardoso Balbino</i>	137
---	-----

Transexualidade e Movimento Transgênero na Perspectiva da Diáspora <i>Queer</i> <i>Miriam Pillar Grossi, Simone Ávila</i>	155
--	-----

Filosofia e Sala de Aula: propostas de um diálogo possível <i>Patrícia Del Nero Velasco, Marília Mello Pisani,</i> <i>Caio Gonçalves Bezerra Sereno</i>	171
Constituição e Utopia e o Exemplo da Constituição Brasileira <i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	199
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	219

EDITORIAL

A abertura do sexto ano da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** tem caráter de consolidação. A divulgação de âmbito nacional já era notada há tempos. Mas, agora, com ares de definitividade, pelo menos o que a modéstia nos permite afirmar, este veículo científico tem força internacional. É que, seguidamente, vem recebendo submissão de artigos científicos de pessoas de outros países, de outros continentes.

É como se o reconhecimento viesse de pessoas radicadas em vários espaços do planeta. E, cabe-nos, apenas, abrir estas linhas para destacar o que as próprias pessoas já destacaram.

Basta que se note que este volume 6, número 1, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** conta com três – dos oito – artigos científicos de autoria de pesquisadores internacionais.

Por sinal, foi dito e confirmamos: este volume e número é composto por oito artigos científicos e, não, apenas sete, como é o comum entre as publicações científicas brasileiras. Um “plus” não apenas em quantidade, mas em qualidade.

Um dos textos internacionais faz parte da **Abertura da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. A autora é Isabel Miralles González, Doutora em Direito e Professora na Universidade de Barcelona, Espanha. Ela escreve sobre “El Principio de no Discriminación por Razón de Sexo: la condición de ‘mujer’ en el ordenamiento jurídico español”, um texto com mais do que boa elaboração: uma pesquisa digna de uma publicação de destaque. O tema quanto ao gênero, a sexualidade e a transexualidade, que ainda está com poucas publicações em termos mundiais, recebe palavras bem cuidadas, fundamentadamente bem construídas e, para completar, com as técnicas de escritora de rara felicidade. Há dois pontos a serem destacados: inicialmente, a incipiência da discussão em termos de Brasil, no ponto em que o artigo científico traz; e, em um segundo momento, a clareza do texto ao abordar um assunto que, mesmo com particularidades espanholas, comungam com o pensamento do Direito brasileiro atual.

Na seção **Artigos**, aos costumes, os autores aparecem em ordem alfabética.

E o primeiro texto da seção é de Jean Tible, que tem dois projetos em fase final: o término do Doutorado em Antropologia e os últimos detalhes para publicação do seu livro “Marx Selvagem”. Classificado com o maior conhecedor da obra e da vida de Karl Marx, Jean Tible (Professor Mestre) escreve um ensaio que envolve Sociologia e Direito em um casamento de total qualidade. Ao apresentar “Lutas Contra o Um: notas do diálogo entre uma antropologia e um Marx contra o Estado”, Jean Tible se supera ao trazer um “diálogo invisível de uma situação imaginável” que coloca Karl Marx na realidade atual, brasileira. E em bem tramado diálogo com os mais variados filósofos, das mais completas épocas. Um texto que, se longo for considerado inicialmente, traz, quando se chega ao fim do seu estudo, a firme sensação de que, com a qualidade como é apresentada, com um emaranhado e um traçado filosófico apresentados de forma tão clara, comportaria mais e mais palavras.

Por seu turno, o artigo científico do Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães supera, em muito, outros da sua própria autoria, sobre o mesmo tema. É que o autor vem se tornando o maior estudioso da América Latina sobre o constitucionalismo amplo e o Estado Plurinacional. Ao escrever sobre “O Estado Plurinacional na América Latina como uma Construção do Poder Popular: a transição para a democracia popular na América Latina”, o autor coloca seus conhecimentos, suas pesquisas e suas palavras escritas ao alcance dos demais pesquisadores. A democracia majoritária, a visão europeia do que deveria ser o Estado, os exemplos de Estados Plurinacionais (como Bolívia e Equador), cujas Constituições sofreram alterações exatamente para contemplar a novidade, são temas que o artigo científico traz. E o faz com qualidade de nascido da pena de um grande pesquisador.

Os estudos do Direito no Brasil são, normalmente, ampliados com a doutrina estrangeira. Desta vez, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** apresenta o texto denominado “Un Nuevo Panorama Constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México”, da firme e válida autoria do Professor Doutor Karlos Castilla Juárez, autor de livros e internacionalmente conhecido e debatido. O tema dos Direitos Humanos, quase sempre, engloba o falar sobre outros países. Se a análise vem de um pesquisador tarimbado e capaz que está em outro país (no caso, o México), mais facilmente é a doutrina absorvida. Assim, um amarrado entre o Direito Internacional e os Direitos Humanos ganha a visão de um estudioso que, embora tenha o foco em exemplos e casos locais (do seu país), faz parte de um estudo integrante de um todo, amplo e

mundial. Até mesmo porque o tema “Direitos Humanos” não tem fronteiras. Um texto que, se publicado isoladamente, seria um livro.

Para variar os temas abordados pelo presente volume 6, número 1, há a apresentação do artigo científico de autoria da Professora Mestre Michelle Lucas Cardoso Balbino, que, por ser especializada em Direito Ambiental, sente-se inteiramente à vontade, e plenamente capaz, para tratar do tema “A Formulação de Políticas Públicas Climáticas com base no Princípio da Precaução”. Trazendo conceitos sobre o clima em todo o mundo, em uma época em que as preocupações globais são quanto ao aquecimento e às condições climáticas cada vez mais inóspitas, a autora desfila competência e se mostra conhecedora e familiarizada com os termos próprios do Direito Ambiental. E transcodifica, em palavras acessíveis, as questões ambientais, antes tão técnicas e distantes, para um entendimento facilmente aceito, de externa, boa e certa compreensão e, em complemento, em tema que se torna amigável.

Estar passos à frente. Este é o lema da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Visando obter tal resultado, há a publicação do texto científico denominado “Transexualidade e Movimento Transgênero na Perspectiva da Diáspora *Queer*”, de autoria da Doutora em Antropologia Miriam Pillar Grossi e da Doutoranda Simone Ávila, ambas Professoras da Universidade Federal de Santa Catarina. O texto traz o tema da transexualidade e do transgênero como um dos grandes estudos sobre o tema no Brasil, passos à frente de outros estudos de teor semelhante. A pesquisa faz referência a uma ampla bibliografia que desmitifica o tema e, ainda, mostra os resultados de amplos estudos das pesquisadoras. Sem dúvidas, um assunto que, em dias futuros, será amplamente debatido. E, aqui, um dos primeiros estudos – pelo menos, em qualidade – do assunto no Brasil.

Há temas que, pelo título ou pela ementa, pode-se até julgar (ou prejudicar) como próprios para outras áreas. Se se disser que o texto denominado “Filosofia e Sala de Aula: propostas de um diálogo possível” é destinado aos Professores de Filosofia de Segundo Grau, muito certamente alguém concluirá, prematura e irresponsavelmente, que não se aplica ao ensino superior. A leitura do artigo científico, porém, mostra exatamente o contrário. A linguagem é universal. O tema, idem. Os autores, portadores de predicados que os colocam entre os maiores do segmento. Assim, Patrícia Del Nero Velasco (Professora Doutora em Filosofia), Marília Mello Pisani (Professora Doutora em Filosofia) e Caio Gonçalves Bezerra Sereno (Professor Especialista em Filosofia), trazem um tema altamente

sociável e engrandecido pela felicidade nas técnicas da abordagem. A intenção pode até ser ensinar a preparação de aulas de Filosofia, mas pode ser classificada como uma técnica de preparação para quaisquer aulas, de qualquer disciplina e de todos os níveis de ensino.

Se a visão brasileira já é interessante sobre o Direito no Brasil, muito mais interessante se faz quando a abordagem do Direito no Brasil vem de autor de outro país. Foi assim que o espaço de fechamento da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** ficou reservado para o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, de Portugal, que fala do tema “Constituição e Utopia e o Exemplo da Constituição Brasileira”. Uma “aula” de Direito Constitucional sob a visão de um palestrante internacional, de um estudioso da questão em vários países que, para engrandecer este veículo, coloca a Constituição do Brasil como ponto de comparação (por parte de um autor que conhece tantas outras Constituições, de diversos Estados de, igualmente, diversificados continentes e culturas) com a proposta e o tema central do texto: a utopia e a Constituição. O autor tem livros na área de Direito Constitucional estudados em diversas Universidades do mundo, notadamente nos países que costuma comparecer para aulas magnas, palestras e aulas como Professor convidado.

Não é bom ter dúvida. Ao contrário, o que valoriza a vida é a certeza. A certeza, carregada de ares de afirmação após minudentes observações, é que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, volume 6, número 1, está pronta para entrar para a História. E ser transcrita, citada; e servir como base de estudo, de pesquisa; e ser instrumento de lembranças, de transcrições; e se apresentar como um veículo definitivamente inscrito entre os grandes da seara científica, um dos respeitáveis da área da pesquisa, uma das mais amplamente confiáveis publicações da área científica no Brasil. Com asas já se estendendo sobre outros continentes em caráter definitivo.

O quer a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** é servir de apoio, inspiração e suporte para os cientistas. E, com o grande e elevado nível dos autores deste volume e número constantes, parece que será tarefa fácil.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

EL Principio de no Discriminación por Razón de Sexo: la condición de “mujer” en el ordenamiento jurídico español

ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ*

* Doutora em Direito. Secretària General da Universitat de Barcelona. Facultat de Dret.

1 LA NOCIÓN DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución española (CE) establece el principio de igualdad para todos los ciudadanos (art. 14 CE) e impone a los poderes públicos (artículo 53.3 CE) la obligación de promover las condiciones adecuadas para facilitar la participación real de los mismos y evitar la discriminación por cualquier medio.

Hoy, a diferencia de momentos anteriores¹, entendemos la igualdad más desde un punto de vista material que formal. Efectivamente los ciudadanos son o deben ser iguales en la ley e iguales en la aplicación de la ley. El artículo 14 de la CE acogió esta nueva idea de igualdad, que se configura hoy como un límite de la actuación de los deberes públicos y como un mecanismo de reacción frente a arbitrariedades del propio poder.

Con todo no es ese el único artículo de la CE en el que se habla de igualdad, la expresión aparece también en el artículo 1 en el que se señalan los principios o valores a los que

¹ La igualdad ante la ley era una de las reivindicaciones fundamentales de los revolucionarios liberales, hasta el punto de que, como es sabido, constituyó uno de los pilares de la revolución francesa. Se trataba sin embargo de una **igualdad puramente formal**: una equiparación de las personas frente a los efectos y al alcance de la ley. La razón se basaba en el hecho de que en el antiguo régimen existía una pluralidad de ordenamientos y por consiguiente una pluralidad de posiciones jurídicas –se trataba por tanto de acabar con ese ordenamiento fragmentario e igualar a los ciudadanos–. La igualdad liberal como señala García Morillo, “es, más fácilmente analizable desde las características de la ley que desde cualquier otro parámetro. Supone que la ley debe ser **universal**, es decir que su validez alcanza a todos los ciudadanos; debe ser, también, **general y abstracta**, esto es, debe elaborarse para la generalidad, y no para un grupo o grupos de ciudadanos; debe, en fin, ser **duradera**, o tener vocación de tal, no cabiendo las leyes elaboradas para situaciones concretas. Se trata en suma de excluir las “leyes singulares”, con destinatarios concretos en razón de sus circunstancias personales o sociales o de la coyuntura concreta”.

debe tender el Estado; también en el artículo 9.2 que obliga a los poderes públicos a: “promover las condiciones para que la libertad y la **igualdad** del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...”.

Como puede verse la Constitución reconoce distintas acepciones a la expresión igualdad. De un lado lo que la doctrina constitucionalista denomina *igualdad como valor* (art. 1.1 CE) y que junto a otros valores superiores como la libertad, la justicia y el pluralismo político, constituyen la base de nuestro Estado; de otro *la igualdad promocional* (art. 9.2CE) que señala el límite de la actuación del Estado; y finalmente *la igualdad en la ley y ante la ley* (art. 14 y 9.3 CE). Como puede verse, ya no puede mantenerse la idea de una noción única de igualdad, sino varios conceptos diferenciados.

El principio de igualdad de trato está desarrollado en nuestra legislación como un derecho subjetivo. Otorga a los ciudadanos el derecho a reclamar ante las instituciones judiciales e incluso ante el Tribunal Constitucional, cuando el ciudadano considera que se ha producido una quiebra a sus derechos, provocada por una inadecuada aplicación de las normas. Y además obliga a los poderes públicos proyectando sobre ellos una regla general de no discriminación por razón de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas.

Ese principio puede ser configurado, como indicaba anteriormente, como un **verdadero derecho**. En este sentido el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York lo formula en su **artículo 26**:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

Abundando en esa idea de que la igualdad constituye un límite de la actuación de los poderes públicos y que por consiguiente funciona como un mecanismo de reacción frente a la arbitrariedad del poder, podremos entender mejor el artículo 14 del Convenio de Roma cuando establece que:

el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras...

La lectura de este texto pone de manifiesto que la infracción del principio o derecho de igualdad ha de producirse en relación con el goce de otros bienes, derechos o libertades.

Es muy difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte simultáneamente la violación o vulneración de otro derecho. La justificación de esta idea se encuentra en que la igualdad consiste no en ser igual sino en ser tratado igual que los demás en los derechos, o mejor *en ser tratado igual que los demás que se encuentren en iguales situaciones de hecho*.

Es esta una idea que el Tribunal Constitucional puso de manifiesto casi desde sus primeros momentos de funcionamiento. Ya en la Sentencia 49/82 de la que fue ponente Díez-Picazo, se afirmaba

el artículo 14 CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas (FJ2).

No obstante en algunos aspectos puntuales, el mandato constitucional se ha venido desarrollando en disposiciones que recogen medidas de **especial protección**. Esta diferencia de trato parte de un hecho real, de un dato empírico: los ciudadanos podrán ser iguales ante la ley pero no lo son en la realidad. Por ello el artículo 9.2 constriñe a los poderes públicos a promover las condiciones que posibiliten finalmente la absoluta igualdad. Por consiguiente, la propia Constitución admite que en ocasiones y para conseguir ese objetivo final, se establezcan o permitan tratos diferenciados. Esto **no implica discriminación sino diferenciación** que, en cuanto sea razonable y justificada, no es reprochable. En cambio las diferencias injustificables deben ser rechazadas. Que podemos marcar que señale las diferencias existentes entre discriminación y diferenciación. Básicamente, serían las siguientes:

- a) la desigualdad de los supuestos de hecho: si las situaciones son diferentes también lo será el trato. Por ello la diferenciación exige existencia de puntos de hecho distintos;
- b) el término de comparación: quien alega una violación debe aportar el término de comparación. Ese término de comparación deberá ser adecuado, ya que sin él no es posible llevar a cabo la operación;
- c) la finalidad: la diferencia de trato debe tener una finalidad **razonable** y que no colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado.

- d) la congruencia: que supone que la finalidad congruente ha de ser **racional**, como adecuación del medio a los fines perseguidos. Existe congruencia cuando se distingue entre supuestos de hecho: plazas para los minusválidos para incentivar la promoción social;
- e) la proporcionalidad: el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida ha de ser proporcional.

Pues bien, una de esas medidas es, por ejemplo, la protección o el trato diferencial que, en algunas normas, se le concede a la mujer, pero no en tanto que mujer, sino en tanto que madre. Ello se debe a que a la maternidad se le otorga un tratamiento especial en la medida que es considerada casi, permítase el eufemismo, como *función social*, y como tal, merecedora de reconocimiento por parte de los poderes públicos y de la sociedad.

No obstante en este momento prefiero hacer una breve referencia a un posible tipo de discriminación, en concreto la que hace referencia al sexo, estas líneas giran alrededor de la mujer y constituye un hecho evidente que, aunque las leyes la prohíben, sigue estando latente en muchos aspectos cotidianos una cierta discriminación. Ante esa constatación los Tribunales y en particular el Tribunal Constitucional ha venido señalando que, la discriminación por razón de sexo o mejor dicho a la mujer puede significar un ataque a la persona en sí o a la situación en la que se encuentra la persona. En este sentido el Tribunal Constitucional ya señaló en un primer momento que:

la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos **tratamientos peyorativos** que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende esos mismos tratamientos cuando se fundan en la **conurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación directa e inequívoca**. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor que por razones obvias incide de forma exclusiva sobre las mujeres (TC 166/1988).

Y esa misma interpretación se mantiene en la actualidad al entender, como hizo la STC 3/2007 que se aprecia una discriminación específica cuando se deniega a una trabajadora el derecho a reducir su jornada laboral por guarda legal del hijo menor de seis años ya que ello constituye un obstáculo para la permanencia en el mercado laboral.

O por incidir en esta misma línea la importante STC 182/2005 que entiende que la prohibición constitucional de discriminar representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que

han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En concreto y en referencia a la discriminación por razón de sexo señala que “comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como el embarazo”. El órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE. Y en relación a la maternidad entiende que:

la prohibición de discriminación por maternidad implica la limitación de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral: la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales: la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad, constituyen un supuesto **de discriminación directa por razón de sexo**. Dicha discriminación se produce cuando se acredite que el factor prohibido representó el factor de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Aunque, como añadió la STC 17/2007, es necesario, por parte del trabajador, aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y por parte del empresario se debe aportar una justificación objetiva, razonable y proporcional que cause su decisión. Por otra parte hay que tener en cuenta que la prohibición de discriminación no se refiere sólo a la discriminación directa o tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo, sino también a otras situaciones de presentación mucho más sutil, que no obstante provocan el mismo efecto diferenciador, así debemos incluir:

1 la discriminación indirecta, entendiéndolo por tal el hecho de adoptar un criterio aparentemente neutro que produce consecuencias de diferencias de trato, por lo que un número considerable de mujeres más que de hombres se ven privadas de una serie de ventajas. En este sentido el TC ya se manifestó en la S.145/1991 en la que señaló que:

la noción de discriminación indirecta incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen

lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo [...] En este sentido podríamos incluir aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo.

Con todo hay que señalar que la prohibición de discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas, pero exige al mismo tiempo la eliminación de las normas protectoras del trabajo femenino que pueden suponer un obstáculo para el acceso al trabajo en condiciones de igualdad con los varones. El principio de igualdad no se agota en la interdicción de determinados criterios de diferenciación sino que exige que no se establezcan diferenciaciones carentes de justificación objetiva y razonable (STC 28/1992).

La STC 214/2006 entendió que a iguales supuestos de hechos deben aplicarse iguales consecuencias jurídicas. Por lo que no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre las medidas adoptadas, el resultado producido y la finalidad pretendida. La distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.

Cabe incluso que la discriminación afecte al hombre como señaló la STC 26/2011 que resolvió sobre la denegación a un trabajador de la asignación de horario nocturno para su efectiva participación en el cuidado de los hijos menores, entendiendo que los órganos judiciales no habían ponderado adecuadamente las circunstancias personales y por consiguiente impedían la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares;

2 la apariencia de protección de manera que también se considera discriminatorias por razón de sexo, aquellas medidas adoptadas bajo una apariencia de protección de la mujer, pero que conducen a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados. En este sentido se consideró inconstitucional la norma que reconocía el derecho de la

mujer trabajadora a percibir una determinada cantidad de dinero como contraprestación a la rescisión de su contrato al contraer matrimonio.

2 EL ORDENAMIENTO CIVIL Y LA CONDICIÓN DE LA MUJER

Para concretar la situación actual, es necesario señalar la evolución que ha seguido la condición de la mujer y, esencialmente, la de la mujer casada a lo largo de nuestra historia jurídica. El matiz es relevante ya que la mujer soltera, una vez alcanzada la plena capacidad de obrar ha tenido, aunque con algunas restricciones, un estatuto jurídico similar al del hombre. No así la mujer casada que había sido el sujeto paciente de una serie de normas que la relevaban a un papel pasivo. La situación y los derechos de la mujer han sido objeto de muchas variaciones debido a la existencia de distintos factores que, en las diversas épocas y territorios, han influido en la evolución del derecho español.

En general en el antiguo derecho español, la situación personal y patrimonial de la mujer quedaba influenciada por el matrimonio y por el régimen de bienes que se aplicara al mismo. Por ello las restricciones **podían ser dobles**. Unas originadas por el propio matrimonio y otras originadas por el régimen económico que proporciona una mayor o una menor libertad de contratación y de disposición de bienes.

No cabe duda que las grandes diferencias geográficas, históricas y de origen normativo que han mediado entre los distintos pueblos de la península han influido sobre la organización familiar y los derechos de la mujer². Cuales eran las principales consecuencias **del ejercicio de esa dirección de la vida familiar**. Pues fundamentalmente:

² Buena prueba de ello y en relación con nuestro derecho anterior, la constituyó la encuesta que se realizó por el Diario ABC a iniciativa de Mercedes Fórmica (abogada y escritora) y en la que se preguntaba, a destacadas personalidades en todos los ámbitos ciudadanos, acerca de la condición de la mujer. En el resumen que a modo de conclusión realizó Antonio Garrigues en el citado diario (Diario ABC del 19 de Diciembre de 1953), se decía:

“Lo primero que se ha puesto comúnmente de manifiesto es que la mujer mayor de edad y no casada no está sujeta, en el terreno de lo que se llama derecho privado, prácticamente a ninguna limitación o restricción en su capacidad. El que no pueda ser testigo en los testamentos es irrelevante, el que no pueda ejercer la tutela es el único residuo de la situación jurídica de la mujer romana, sujeta ella misma a la tutela... Pero donde descansa el interés de la encuesta es precisamente allí donde tomó su origen: la situación de la mujer casada. Respecto a ella se ha hecho notar que mientras en las legislaciones de inspiración germánica y las más evolucionadas (EEUU, Brasil, Suecia, Noruega etc.) le reconocen plena capacidad y se ha llegado a la absoluta igualdad de derechos del hombre y de la mujer, en España las diferencias entre los cónyuges son absolutas ya que al marido le corresponde la dirección de la economía y de la vida familiar”.

- a) con relación a la esfera de los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges. La norma establecía el deber de fidelidad para los casados, pero el Código Civil era mucho más riguroso, en cuanto a sus exigencias y sus consecuencias, para con la mujer que para con el hombre y su infracción y aún en mayor medida su sanción, civil y penal era distinta según la cometiera el hombre o la mujer. Al mismo tiempo el marido asumía el deber de protección de la esposa, pero la ley le “*gratificaba*” con el correspondiente deber de obediencia que incumbía a la mujer;
- b) la jefatura familiar, con su expresión mas patente en la autoridad marital, con todo lo que implicaba en temas como pérdida de la vecindad o de la nacionalidad;
- c) el deber de la esposa de seguir al marido cuando este decidía altera su residencia o cambiar de domicilio, salvo que “*preferiera*” ser acusada de abandono del hogar;
- d) la existencia de la venia marital, o permiso para realizar cualquier tipo de acto jurídico del que pudieran surgir o derivar obligaciones;
- e) la patria potestad que asumía completamente el padre.

Es en esa época cuando tiene sentido entender que, efectivamente, el sexo unido al matrimonio originaba **un estado civil**.

Pero **en la actualidad** la noción de estado en el derecho civil es una noción más técnica y compleja en la que se reagrupan diferentes elementos. En efecto, el término “*estado*” deriva, ciertamente, de las expresiones *estatus o conditio* lo que evoca la posición jurídica que una persona ocupa en el seno de un grupo. Sugiere la idea de clasificación, de repartición, de resituar a cada uno en un lugar y por tanto de establecer su posición jurídica. El estatus familiar establece los límites o el lugar que ocupa una persona en relación a los otros miembros de su familia. Según el estado o condición que tengamos quedará fijada la plaza que ocupamos en la sociedad y en ella nuestros derechos y nuestras obligaciones serán específicos. El estado presenta un aspecto estático de pertenencia, de asunción, aunque es una posición que podemos cambiar, voluntaria o involuntariamente.

Ya **Federico de Castro**, el gran maestro, excluyó que el sexo fuera un estado civil y aún más el autor advertía que: “Ser hombre o mujer no es un estado civil y no afecta de modo general a la capacidad de obrar de la persona; es sencillamente una cualidad personal.”.

El sexo encaja pues en una categoría próxima al concepto de *status*, pero hoy le falta para ser estado civil la última diferencia: establecer consecuencias distintas.

Ciertamente hoy, afortunadamente, ya no tiene sentido mantener que **el sexo o el sexo en el matrimonio** provocan la aparición de diferentes consecuencias jurídicas. Con todo, nos detendremos –para concretar su actual regulación– en algunos de los supuestos más paradigmáticos, en aquellos que hasta fecha relativamente reciente originaban diferencias de trato que discriminaban a la mujer:

2.1 Normas Igualitarias: la Nacionalidad, la Regionalidad y la Relación de Potestad

Es importante que nos refiramos en primer lugar al problema de la **nacionalidad** y el matrimonio. En primer lugar recordar, sencillamente, que en España el matrimonio no implica cambio de nacionalidad, permitiendo el artículo 22 del CC a cualquiera de los cónyuges (no separados legalmente ni de hecho) adquirir por el simple transcurso de un año de matrimonio la nacionalidad española.

Desde otra perspectiva totalmente distinta, aunque referida igualmente a la nacionalidad, no es impropio señalar que nuestro Ordenamiento Jurídico, no solo no pone ninguna traba a los matrimonios entre nacionales y extranjeros, sino que tampoco las impone a los matrimonios entre extranjeros celebrados en España. En este caso, incluso nuestra ley permite en el artículo 50 del Código civil que:

Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

Pero esos matrimonios que España reconoce no significan, en ningún caso, que nuestro país admita o integre en su normativa las disposiciones o reglas extranjeras. España reconocerá los efectos civiles (los concede y por tanto los protege) de los matrimonios celebrados según la forma establecida en el país de origen de los contrayentes o según cualquiera de las formas admitidas para los españoles. Con relación a este último punto conviene recordar que en España, el matrimonio puede ser celebrado o bien ante las autoridades civiles (Juez, alcalde, delegado), o bien se admite que la celebración se realice según los ritos de una religión reconocida por el Estado español. En este supuesto es necesario que el Estado haya suscrito el correspondiente convenio o acuerdo, además resulta imprescindible que ese matrimonio haya sido celebrado ante el ministro del culto

competente y, sobre todo, que se haya emitido un consentimiento válido. Este último dato es el que determinará la posibilidad de reconocer efectos civiles.

España reconoce el pluralismo religioso y en su consecuencia ha firmado los siguientes acuerdos: Acuerdo del Estado español con la Santa Sede sobre Asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979; con la Federación de Entidades religiosas Evangélicas de España; con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, aprobados respectivamente por las leyes 24, 25 y 26/1992 de 10 de Noviembre.

En particular el Código civil no entra en problemas religiosos en la medida en que para nuestra ley sólo existe un sistema matrimonial. De modo que si existe ese consentimiento, emitido ante quien según nuestras leyes debe recogerlo, el matrimonio producirá efectos civiles. Nuestro ordenamiento lo considerará válido y le atribuirá los plenos efectos, tanto por lo que hace referencia al matrimonio en si como a lo que se refiere a los mecanismos de disolución. En este sentido en el artículo 85 se señala que:

El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Poco importa que la religión de los contrayentes impida por ejemplo el divorcio. Para el Código Civil y por lo tanto para España, el matrimonio supone la aparición de efectos civiles y el divorcio su cese, con independencia de lo que se alegue para negar esta evidencia.

Los efectos del matrimonio, por concretar en dos grandes bloques su suma, son personales o patrimoniales. Los primeros, concretados en la existencia de una suma de derechos y de deberes que derivan de la celebración y que básicamente se concretan en los contemplados en los artículos 67 y 68 del Código (ayuda y socorro mutuo, respeto, fidelidad, actuación en interés de la familia, etc.)³. Su cumplimiento es exigible a cualquier matrimonio, cualquiera que haya sido la forma de su celebración, ya que precisamente el consentimiento matrimonial recae sobre todos y cada uno de esos extremos. Es más, su infracción puede determinar consecuencias penales ya que el Código Penal, cuya eficacia en principio es

³ El Código Civil de Cataluña, establece en su artículo 231-21 que: “El matrimoni estableix un vincle jurídic, que origina una comunitat de vida en la qual el marit i la muller han de respectar-se i ajudar-se mútuament i actuar en interès de la família, guardar-se fidelitat, ajudar-se i prestar-se socors mutu”. Els conjugues tenen en el matrimoni els mateixos drets i deures, especialment la cura i atenció dels altres membres de la família que estiguin a llur càrrec i que convisinquin amb ells, i han de compartir les responsabilitats domèstiques.

territorial, sanciona a quien incumpla con las obligaciones derivadas de la paternidad y del matrimonio.

Tratándose España de un Estado plurilegislativo, la **regionalidad** determinará la sumisión de las personas a uno u otro de los Ordenamientos Jurídicos coexistentes en nuestro país. Sólo por poner un ejemplo quiero recordar que en Cataluña se ha aprobado recientemente el libro II del Código Civil de Cataluña, texto en el que se regula sistemáticamente todos aquellos aspectos de la relación de familia y de matrimonio (efectos del matrimonio y de su disolución, filiación, responsabilidad parental o potestad del padre y de la madre, alimentos etc.).

Fue necesario llegar a 1990 para que, mediante la ley 11/1990 de 15 de octubre desapareciera la que, seguramente, era la última norma que establecía diferencias entre el hombre y la mujer, ya que la mujer que contraía matrimonio perdía por ese hecho su regionalidad para adquirir automáticamente la del marido, con lo que ello implica de pérdida de un sistema jurídico. En la actualidad el matrimonio no altera la vecindad civil y cualquiera de los cónyuges no separados, legalmente o de hecho, podrá en todo momento optar por la vecindad del otro.

Puesto que la norma ya no obliga a la mujer a perder su regionalidad por el hecho de casarse –la mujer conserva la que tenía hasta que decide cambiarla o hasta que la ley por residencia continuada se la otorga– hay que determinar cual será la regionalidad de los hijos. En caso de que nazca fuera del matrimonio, el hijo tendrá la regionalidad que corresponda a aquel de los dos progenitores respecto del cual la filiación haya quedado determinada antes. Si nace dentro de matrimonio la regla establece que si los padres tuvieran distinta regionalidad, al no existir un dominante con facultad de imponer al hijo su propia regionalidad, se le otorgará la que corresponda al lugar de nacimiento. Pero si el hijo nace fuera de España la ley, en último término, le atribuye la regionalidad correspondiente al derecho común.

Esta atribución no es definitiva ya que en el plazo de 6 meses los padres podrán atribuirle la que corresponda a la de cualquiera de ellos. Y, en todo caso, los hijos desde los 14 años y hasta 1 año después de la emancipación podrán optar, bien por la vecindad civil del lugar donde nacieron, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres.

El extranjero que adquiera la nacionalidad española (por matrimonio, residencia, opción etc.) deberá señalar al formalizar la inscripción de la adquisición de la nacionalidad, como señala el artículo 15.1 del Código civil, la vecindad/regionalidad a la que queda sujeto (residencia, domicilio del matrimonio etc.).

En relación a los efectos patrimoniales hay que señalar que si bien es cierto que el régimen económico puede pactarse en los capítulos, también es cierto que éstos no se realizan habitualmente (mas que para los segundos matrimonios o personas con un gran patrimonio). Y por tanto, para la casi totalidad de los matrimonios, el régimen que rige en su matrimonio es el legal y este queda determinado por el Ordenamiento Jurídico que según la regionalidad corresponda. Como hoy, ya ha sido señalado, no se pierde la regionalidad por el hecho de contraer matrimonio, pueden ser dos los Ordenamientos en conflicto. Antes la Ley hacía renunciar a la mujer, pero ahora ha establecido mecanismos subsidiarios de fijación del derecho aplicable. Concretamente establece que:

Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de celebrarlo; en defecto de esta ley por la ley personal o la de residencia de cualquiera de ellos, elegida por ambos de común acuerdo antes del matrimonio y recogida en documento auténtico; a falta de esta elección por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y a falta de dicha residencia por la del lugar de celebración del matrimonio.

Pero aun más importante que este dato es que la administración de los bienes corresponde a ambos cónyuges cuando los bienes son comunes, y cada uno de ellos puede disponer, sin necesidad de complemento de capacidad, de sus propios bienes. Esto es así desde la ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código civil, en la que entre otros puntos se incluyeron una serie de normas de régimen primario que se aplicarán a todo matrimonio con independencia de su concreto régimen económico. Esta ha sido seguramente uno de las más importantes medidas igualadoras que se han asumido en nuestra legislación. Permitir que la responsabilidad y la administración sea compartida supone la plasmación de la solidaridad y de la igualdad en el matrimonio.

Cuando no existían en la legislación catalana normas de régimen primario (normas comunes y generales a los matrimonios con independencia del régimen económico concreto que hayan asumido) se aplicaban, en la medida en que con ello no se infringieran las disposiciones propias de nuestro Ordenamiento jurídico, las reglas establecidas en el Código Civil. Ahora, tras la aprobación del libro II del Código Civil de Cataluña este régimen primario provoca como consecuencia legal que, la responsabilidad frente a terceros por los gastos que para el mantenimiento de la casa realice cualquiera de los cónyuges sea solidaria (art. 231-8 CCCat.). Interesa destacar básicamente ese dato: el gasto, la obligación de la que el gasto surge –obligaciones contraídas para atender las necesidades y los gastos familiares ordinarios según los usos y el nivel de vida de la familia–, puede ser contraído por cualquiera y ambos resultan obligados solidariamente. Esta regla supone que manteniendo el régimen legal de separación de bienes y por lo tanto la independencia

de los patrimonios, cuando se trata de sufragar los gastos generados por la convivencia, se establece la responsabilidad solidaria. De este modo resultan obligados frente a terceros ambos patrimonios, que se convierten en patrimonios de seguridad.

Parece necesario destacar el tema relativo a la vivienda tanto por lo que hace referencia a su fijación como a su disposición. Ahora la determinación del lugar que se constituye como domicilio de la familia (domicilio conyugal) corresponde a ambos cónyuges y los actos de disposición (venta, gravamen), deberán ser consentidos por el cónyuge no titular. Se establece una restricción a la facultad de disposición del titular. Esta medida se aplica con independencia del régimen económico al que estén sujetos los cónyuges puesto que su finalidad es garantizar el mantenimiento del hogar familiar (arts. 1320 del CC y 231-9 del CCCat.).

En este apartado, el de las normas igualitarias, interesa destacar un último punto, en concreto el relativo a la **patria potestad o potestad parental**.

Hasta 1981 la patria potestad correspondía exclusivamente al padre, siendo él el que tenía el poder de decidir sobre todas y cada una de las cuestiones que tuvieran al menor como destinatario. La reforma legal, llena de sentido lógico e histórico abogó por el cambio y por la consiguiente atribución a ambos progenitores de la función de proteger, cuidar y educar a sus hijos. Se pasó pues de entender la potestad como un supuesto de subordinación y de dependencia del menor con respecto al padre, a configurar esa potestad como un deber, como una función que los padres (padre y madre) deben desarrollar conjuntamente en interés de aquellos. En Cataluña se ha dado incluso un paso más ya que desde la reforma operada en 1996 y en el actual texto vigente (art. 236-1 y ss CCCat.) ha dejado de hablarse de patria potestad, para hacer referencia a la potestad parental, incidiendo especialmente en la consideración de responsabilidad que supone el ejercicio.

2.2 Normas Aparentemente Igualitarias

El segundo bloque al que al principio hacía referencia se dirige aunque no de un modo explícito a la mujer. Son, sin duda, normas ambivalentes pero que en un porcentaje altísimo –por razones sociales, laborales o culturales– toman a la mujer como destinatario. Estadísticamente son mayoría las mujeres que reciben **pensión compensatoria** (art. 97 del CC y 233-1 CCCat.), ya que también numéricamente son más las mujeres que, por dedicarse al cuidado del cónyuge, de los familiares de cualquiera de ellos, de los hijos comunes y de la misma casa desarrollan actividades poco o mal remuneradas en el mundo laboral, y eso cuando pueden desarrollarlas, por lo que se encuentran, en el momento de solicitar la separación judicial o el divorcio, en una difícil situación económica y por lo tanto incluidas en la norma.

Ésta permite la solicitud del derecho a percibir una pensión cuando la crisis matrimonial provoque en una de las partes un desequilibrio económico, medido en relación a la situación del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Dado ese hecho y para valorar la cuantía, se tomarán en consideración las circunstancias previstas en la norma cuyos contenidos esenciales acabamos de indicar.

Es un hecho por todos conocido que los pocos casos en los que el hombre ha reclamado una cantidad en concepto de pensión compensatoria, han acabado siendo recogidos por la prensa.

Tampoco la posibilidad de reclamar una cantidad o cantidades reiteradas en concepto de alimentos, por existir y probar una situación de necesidad, en los casos en que la crisis matrimonial no provoca la disolución del matrimonio (en el caso de la separación), está pensada en exclusividad para la mujer. Pero también es un hecho que salvo contadas excepciones es ella la que, desgraciadamente, se encuentra en situación de necesitarla.

Son también mayoría las mujeres que, por no realizar una actividad externa remunerada, se ven en la obligación de contribuir a los gastos que genera el sostenimiento de la familia con su trabajo al cuidado del hogar y de los hijos, y las que, en suma, están en la situación, en caso de liquidación del **régimen de separación**, de pedir una **compensación económica** si su cónyuge se ha enriquecido constante matrimonio, ya que se considera que parte de ese enriquecimiento se ha producido gracias al trabajo del otro que por tanto debe ser compensado⁴.

Lo mismo habría que señalar en relación a la atribución del uso de la vivienda que fue conyugal tanto en la hipótesis de titularidad dominical como en el caso de arrendamiento. Y la razón no es otra que la constatación del hecho de que mayoritariamente son las mujeres las que quedan al cuidado de los hijos comunes.

⁴ La compensación por razón de trabajo responde al mandato del Consejo de Europa (37/1978 de 27 de septiembre) pensado para paliar la desigualdad que se produce, en caso de disolución del matrimonio, entre cónyuges casados en régimen de separación de bienes. El objetivo de la resolución era impulsar una política común sobre la igualdad de los esposos en derecho civil que, en materia de relaciones patrimoniales, se concretó en conseguir el compromiso de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para “asegurar que cada cónyuge tenga, en caso de divorcio o de nulidad del matrimonio el derecho a obtener una parte equitativa de los bienes del ex cónyuge o una suma pecuniaria indemnizatoria de toda desigualdad económica aparecida durante el matrimonio”. En definitiva la finalidad no es otra que la de encontrar un paliativo a la desigualdad económica que provoca la extinción del régimen de separación de bienes. Fue el contenido del artículo 23 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y después del artículo 41 del Código de Familia y ahora lo es del 232.5 del Código Civil de Cataluña, integrado en el Capítulo 2.º donde se regula el régimen de separación de bienes.

2.3 Supuestos que se Centran en la Condición en que se Encuentra la Mujer

Por último existen una serie de normas que toman en consideración la situación en la que se encuentra la mujer, **no tanto a la mujer en si misma**. Son normas en las que prima la condición adjetiva y no la diferencia sustancial. Generalmente la situación que se contempla es la de la mujer **en cuanto que madre**. Así las normas de protección cuando la viuda está encinta (artículo 959 y ss), protección que se le brinda a ella, a la que se le proporcionan alimentos aunque no los precise deduciéndolos de los bienes hereditarios y al concebido, en la medida en que el hijo que espera puede tener expectativas sucesorias y su nacimiento, en las condiciones legales, puedan suponer quizá un cambio en la distribución de bienes relictos. El artículo 966 señala que la división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto o resulte, por el transcurso del tiempo, que la viuda no estaba encinta.

La posibilidad, establecida en las leyes de filiación asistida, de inseminar a la mujer, con la consiguiente atribución de paternidad al marido o pareja ya fallecida. Los únicos requisitos determinantes de este efecto serían: que conste la voluntad expresa de ambos a la fecundación asistida *post mortem*, con gametos propios de cada uno de ellos; que se limite a un solo caso (en el que se incluye obviamente el parto múltiple); que el proceso de inseminación se inicie en un plazo cercano al fallecimiento del marido o compañero.

O el supuesto de la mujer separada, cuyo hijo, si nace en el plazo de los trescientos días siguientes a la separación, se considerará hijo del marido.

3 EL ORDENAMIENTO PENAL Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El problema de la violencia de género y su inclusión en el Código Penal y en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, *Integral de violencia de género*, plantea, desde la perspectiva que ahora estamos tratando, un problema fundamental y es, precisamente, si a través de esta regulación se vulnera el principio de igualdad⁵.

⁵ El término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

El Tribunal Constitucional ha señalado que, si bien están prohibidas las normas que discriminan por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, en ocasiones se admite que estos motivos de discriminación puedan utilizarse, excepcionalmente, como criterios de diferenciación jurídica. **El Tribunal Constitucional ha establecido que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tendrá una justificación objetiva y razonable cuando esté basado en diferencias entre mujeres y hombres en ámbitos concretos de la realidad social y no depare unas consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad perseguida por dicha diferenciación.**

Para responder a esta pregunta utilizaremos de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional dando respuesta a sendos recursos de inconstitucionalidad, con la pretensión de eliminar cualquier referencia explícita a la mujer en la tutela penal de los actos de maltrato, argumentando que la consideración específica de mujer es exponente de una discriminación positiva proscrita en el ámbito punitivo.

Lo primero que conviene precisar es que en el Código Penal podemos encontrar otras fórmulas de agravación de la pena ideadas por el legislador penal y fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales (ex toxicómanos, trabajadores sin permiso de trabajo, menores o incapaces...) expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales (vida, salud, libertad, dignidad...) y que la mujer es una de esas víctimas propicias ante la violencia masculina, como lo demuestra el dato suministrado por la estadística judicial de que acapara el 91,1 % de los casos de maltrato, lo que justifica que la ley le otorgue una protección preferente

En palabras de Montserrat Comas:

La constitucionalidad de la norma penal cuestionada ha sido el criterio abrumadoramente mayoritario de la judicatura durante estos dos años y diez meses de aplicación por parte de los órganos judiciales competentes: un total de 835 (458 juzgados de Violencia sobre la Mujer, 327 juzgados de lo Penal y 50 secciones Penales de las Audiencias Provinciales), que han dictado más de 90.000 sentencias en este mismo periodo. Por otra parte, no es algo ajeno recurrir a una agravación de la pena en nuestra tradición jurídico-penal. Así, por ejemplo: la pena del homicidio se agrava en los casos de genocidio (art. 607 CP) o terrorismo (art. 571); la agresión al jefe del Estado, ministros o policías en el ejercicio de sus funciones tiene aparejada una pena más grave que la misma conducta respecto al resto de los seres humanos. Asimismo, el Código Penal incluye medidas discriminatorias para conseguir la igualdad: en la lesión u homicidio de un ciudadano negro por un blanco

cometido por motivos racistas (art. 22.4), en los tipos de discriminación en el empleo (art. 314) o el de la provocación a la discriminación (art. 510).⁶

Este tipo de violencia constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución y, los poderes públicos no pueden ser ajenos en lo que se refiere a su protección. La ley responde a la idea de que estos derechos están insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja. La igualdad sustancial es “elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja.

En primer lugar quisiera referir el contenido de **la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo**, que es la primera resolución que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta⁷ ex art. 14 CE respecto del primer inciso del art. 153.1 CP (Artículo 153 CP).

La cuestión de inconstitucionalidad parte de que el precepto presupone un sujeto activo hombre, un sujeto pasivo mujer y una relación actual o pasada conyugal o de afectividad análoga, entendiendo que la imposición de una pena mayor para las agresiones causadas por el varón a la mujer en el ámbito de la pareja vulnera el art.14 de la CF. Afirma que tal discriminación de trato por razón de sexo carece de una justificación objetiva y razonable, y además, que no existe proporcionalidad entre la medida, el resultado producido y la finalidad pretendida.

En opinión del TC el principio general de igualdad del art. 14 CE exige, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. Una vez

descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias, distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ8).

⁶ En El País del 31 de Mayo de 2008, la Magistrada y Vocal del CGPJ Montserrat Comas (“El Tribunal Constitucional lo ha Dejado Claro”) resumía sus conclusiones sobre la Sentencia 59/2008, de la que fue ponente el Magistrado Pascual Sala Sánchez.

⁷ En el mismo sentido puede verse la Sentencia 45/2009 de 19 de febrero.

La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos; y tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004).

Por lo que **hace a la diferencia de trato**, la justificación de su legalidad la encontramos en el FJ9, en el que en síntesis se declara que:

No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que, considerados en el primero de los preceptos citados, la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora. Será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya, entre otros factores, una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos –en la interpretación de la Magistrada cuestionante, que, como ya se ha advertido, no es la única posible– y el círculo de sujetos pasivos [...] No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto [...]. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

Por lo que **hace a la razonabilidad de la diferenciación** el FJ. 10 añade que:

la razonabilidad de la diferenciación, [implica] que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional. Este

análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue. El baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12).

Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo irrazonable... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Como colofón de esta sentencia quisiera mencionar también la STC 76/2008, de 3 de julio⁸, referida igualmente al primer inciso del art. 153.1 CP. En este sentido el FJ.3 señala que

debemos partir, pues, como hicimos en las SSTC 59/2008 y 45/2009, de que corresponde, en exclusiva, al legislador la competencia para el diseño de la política criminal, de modo que a él corresponde un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. [...] La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una

⁸ Y como añade en el FJ.4 “Como resulta, finalmente, insostenible la apreciación del Juzgado promotor sobre la supuesta lesión del principio de dignidad de la persona que derivaría de una presunción, ínsita en los preceptos recurridos, según la cual la mujer, por definición, sería “persona vulnerable”. Argumento éste que cabe desmentir en su propio presupuesto, como hace, respecto del art. 153.1 CP, la STC 76/2008, FJ 4, y la 45/2009, FJ 6, respecto del 171.4 CP, al afirmar que ‘el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Tal descripción del sujeto pasivo corresponde al tipo penal que conforma el segundo inciso del art. 153.1 CP. Y es sólo en el primero donde se contempla un sujeto pasivo femenino en atención a que, “de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima” [STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 a)]. No se trata así de que el legislador presuma o aprecie una especial vulnerabilidad de la mujer por el hecho de serlo, sino de la consideración razonable de la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (STC 59/2008, FJ 9)’.

desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada⁹

En fecha posterior se resolvió también por el TC **13/2009 de 19 enero** el problema de la legitimidad de art. 171.4¹⁰ relativo a la penalidad de las amenazas leves por su posible contradicción con los arts. 9.3, 10, 14, 24.2 y 25 CE. En ella el TC sentenció que:

la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.

Submissão em: fevereiro de 2011
Pareceres favoráveis em: março de 2011

⁹ El párrafo primero del art. 171.4 CP sanciona “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” a quien “de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

A R T I G O S

Lutas Contra o Um: notas do diálogo entre uma antropologia e um Marx contra o Estado

JEAN TIBLE*

Resumo: Este artigo propõe um diálogo entre duas abordagens; de Marx, por um lado, e da Antropologia de P. Clastres e Viveiros de Castro, por outro. Trata-se de trocas acerca do Estado, a partir das respectivas concepções de abolição e recusa deste. Inicia-se com uma apresentação e justificativa desse diálogo, além de explicar também acerca de que Marx se está falando. Após colocar de modo inicial ambos os conceitos-chave e seus elos, tal encontro ganha outros desdobramentos, graças aos *Mil Platôs*, de Deleuze e Guattari. Enfim, a análise de certas lutas, antigas e contemporâneas, que ambas as perspectivas trabalham do ponto de vista teórico, permite aprofundar tal proposta.

Palavras-chave: Estado, Política, Karl Marx, Pierre Clastres, Eduardo Viveiros de Castro.

Abstract: This article proposes a dialogue between two approaches; of Marx, on the one hand, and of the Anthropology of P. Clastres and Viveiros de Castro, on the other hand. It deals with exchanges about the state, from the respective conceptions of abolition and refusal of the state. First, it presents and justifies this dialogue and explains whose Marx we are talking about. Then, after putting both key-concepts and its links, the proposed encounter get some others developments by the way of the *Thousand Plateaus*, of Deleuze and Guattari. At last, the analysis of a few struggles, historical and contemporary, which both the perspectives deal theor etically, permits a more profound dialogue.

Keywords: State, Politics, Karl Marx, Pierre Clastres, Eduardo Viveiros de Castro.

* Doutorado em andamento, PPGS/UNICAMP. Possui Mestrado pelo Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005) e graduação em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Professor do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. Tem experiência nas áreas de Relações Internacionais e Política, atuando principalmente nos seguintes temas: Marx, Política Externa Brasileira Revoltas e Movimentos Sociais e Políticos, Teoria de Relações Internacionais e Teoria Política. Autor de “Marx selvagem” (no prelo)

1 DIÁLOGO

Este artigo propõe um encontro entre certas leituras de Karl Marx, por um lado, e da Antropologia de Pierre Clastres e Eduardo Viveiros de Castro, por outro lado. Encontro que conta com a ajuda de Gilles Deleuze e Félix Guattari e de diversas lutas para materializar-se. Trata-se de um diálogo a partir dos conceitos de abolição e recusa do Estado e, também, no âmbito das ciências sociais – principalmente entre Antropologia e Sociologia. O Estado, uma instituição-chave para apreensão do modo de organização política e suas relações sociais, o que se reforça por sua existência e perenidade ser frequentemente o ponto de partida não problematizado das reflexões sociais, permanecendo assim naturalizado.

Antes de prosseguir nessa proposta, cabe problematizar se esta é possível. Não se situam as teorias em mundos radicalmente distintos, inviabilizando tal diálogo? Não tratam uns dos coletivos indígenas e outros da “sociedade-mundo” capitalista? Existem pontos de contatos reais? Em que se sustenta esse diálogo? Ou, ainda, perguntar com Deleuze e Guattari, “porque voltar aos primitivos, já que se trata de nossa vida” (2004, p. 254).

Primeiro e, sobretudo, intui-se um potencial teórico, ilustrado pelos conceitos de recusa e abolição do Estado, para apreensão das relações sociais contemporâneas – e que encontra um desenvolvimento inicial no decorrer do texto. Além disso, tal diálogo concretiza-se nas práticas (e debates) de certos movimentos políticos e sociais latino-americanos, como se verá na última seção.

Ademais, sempre houve um elo – ainda que pouco desenvolvido – entre certos clássicos da antropologia e Marx. Pode-se pensar tanto em Claude Lévi-Strauss e suas origens

marxistas (LÉVI-STRAUSS; ERIBON, 2005; PAJON, 2000, 2001), quanto em Marcel Mauss e seu *Ensaio sobre o Dom*, que pretendia ser uma contribuição à teoria socialista (GRAEBER; LANNA, 2005). Marx mostrou, igualmente, forte interesse pela Antropologia, documentado em seus cadernos etnológicos com anotações dos trabalhos de Morgan, Phear, Maine e Lubbock (MARX, 1974). É a partir desse material (do fim da vida de Marx) que Engels escreve sua *Origem da família, do estado e da propriedade privada*.

Enfim, em Marx – mas também Engels, Lenin, Rosa Luxemburgo, Benjamin e Mariátegui – existe igualmente uma inspiração no indígena para pensar e buscar concretizar a utopia comunista¹.

Enfim, é o próprio capitalismo contemporâneo que coloca tal questão em seu ímpeto de permanente expansão atingindo todas as populações do planeta. Ninguém mais está fora e inclusive os chamados conhecimentos tradicionais alcançam hoje cotações consideráveis nos mercados futuros do capitalismo dito cognitivo – vide a coleta/roubo de sangue dos Yanomami para pesquisa biotecnológica. Os processos de globalização levam as relações sociais capitalistas a “penetrar todos os espaços do planeta e a interferir ou a poder interferir no modo de vida de todos, inclusive das populações mais isoladas e refratárias, como os povos indígenas” (SANTOS, 2003, p. 10), lembrando a ideia de um capitalismo como sistema imanente que não para de afastar seus limites (DELEUZE, 1990).

Não se trata de buscar uma síntese entre as perspectivas citadas – que seria empobrecedora –, mas de fazê-las dialogar, em suas semelhanças e diferenças, em suas questões abertas e mal-resolvidas. Como dito por Deleuze, em outro contexto, que “em vez de permanecerem compartimentos estanques, eles não param de se misturar um como outro, de interferir mutuamente, de se comunicar entre si, de se tomar um pelo outro.” (2004, p. 7).

Evidentemente, tal proposta passa por qualificar que leitura de Marx é efetuada e, principalmente, por buscar pensar o que acontece com este pensamento ao defrontar-se

¹ Engels termina seu livro *Origens da família, da propriedade privada e do Estado* citando Morgan, ao afirmar que “a próxima etapa superior da sociedade, para a qual tendem constantemente a experiência, a razão e ciência. Será uma revivescência da liberdade, igualdade e fraternidade das antigas gentes, mas sob uma forma superior” (1974, p. 201). Rosa Luxemburgo defende que “‘o comunismo primitivo e o futuro socialista’ estão ligados por ‘uma necessidade histórica’” (LOUREIRO, 2004, p. 113) e Lenin que “‘é impossível passar do capitalismo ao socialismo sem um certo ‘retorno’ ao democratismo ‘primitivo’ (pois enfim, como fazer de outra forma para que as funções do Estado sejam exercidas pela maioria)’” (1972, p. 65). Por sua vez, Mariátegui (2005) busca nas tradições indígenas caminhos para o socialismo indo-americano e Walter Benjamin (1991) um fio comum nas resistências de tempos distintos.

com uma Antropologia contra o Estado e sua insistência na diferença, no devir, nas relações e na falta de transcendentais. Pensa-se – e espera-se mostrá-lo ao longo do presente texto – afinidades e interessantes problemas colocados nesta proposta de diálogo.

Cabe, assim, antes de poder adentrar pelo diálogo, situar que Marx é mobilizado neste trabalho e, igualmente, em que medida este encampa o grande divisor – entre civilizados e primitivos – ou, ainda, se é possível efetuar uma leitura de Marx que permita o encontro sugerido.

Pierre Clastres formulou duras críticas a Marx e sobretudo a Engels e aos chamados etnomarxistas. Tais apreciações, longe de inviabilizarem o diálogo, ajudam a efetuar uma leitura produtiva de Marx para além de certas dificuldades deste de pensar, analisar e afetar-se (no sentido deleuze-guattariano) pelas organizações sociais e políticas ameríndias (e suas mediações antropológicas).

Pierre Clastres coloca que “a história dos povos que têm uma história é, diz-se, a história da luta de classes. A história dos povos sem história é, dir-se-á com ao menos tanta verdade, a história de sua luta contra o Estado.” (2003, p. 234). As “sociedades primitivas” contra o Estado são sociedades indivisas e sem classes, não conhecem nem exploradores nem explorados; não existe um órgão separado de poder. Situar-se-iam estas fora da política e da evolução? A tais indagações, segundo P. Clastres, o pensamento evolucionista – incluindo o marxismo e, notadamente, a influência de Engels – contesta afirmando que estão ainda na

primeira idade de sua evolução, e, como tais, incompletas, inacabadas [...]. O destino de toda sociedade é sua divisão, é o poder separado da sociedade, é o Estado como órgão que sabe e diz o bem comum a todos, que ele se encarrega de impor (2004, p. 149).

Pierre Clastres coloca, ainda, que “o marxismo não é apenas a descrição de um sistema social particular (o capitalismo industrial), é igualmente uma teoria geral da História e da mudança social.” (2004, p. 192). Há uma racionalidade da História, que depende em última instância, das determinações econômicas – do “jogo e desenvolvimento das forças produtivas que determinam o ser da sociedade.” (2004, p. 193). Neste âmbito, “não há nenhuma razão para que as sociedades primitivas, por exemplo, sejam uma exceção à lei geral que engloba todas as sociedades: as forças produtivas tendem a se desenvolver.” (2004, p. 193). No entanto, a economia não é central para as sociedades indígenas, conforme, no prefácio à tradução francesa do livro de Marshall Sahlins *Stone age*

economics, Pierre Clastres coloca, pois estas negam um funcionamento autônomo da economia, esta sendo inseparável da vida social, religiosa, ritual. Assim, é a sociedade que determina o lugar da economia e mesmo sua vontade de subprodução, sendo ”‘máquinas’ antiprodução” (2004, p. 194).

Reforçando a crítica acima de P. Clastres, pode-se levar em conta a seguinte passagem de *Origem da Família, do Estado e da propriedade privada*, na qual Engels afirma que

ao chegar a certa fase de desenvolvimento econômico, que estava necessariamente ligada à divisão da sociedade em classes, essa divisão tornou o Estado uma necessidade. [...] As classes vão desaparecer, e de maneira tão inevitável como no passado surgiram. Com o desaparecimento das classes, desaparecerá inevitavelmente o Estado (1974, p. 195-196).

Interessou-se Marx pelas “sociedades primitivas”? Como as apreende? Eric Hobsbawm distingue dois momentos nos quais Marx dedica-se às sociedades pré-capitalistas. A década de 1850, quando escreve as *Formen* (Formações econômicas pré-capitalistas, parte dos *Grundrisse*) e a década de 1870, “depois da publicação do volume I de *O Capital* e de substancialmente esboçados os volumes II e III, quando Marx parece ter retornado aos estudos históricos, especialmente sobre a Europa Oriental e a sociedade primitiva.” (1991, p. 29).

No primeiro período, Marx (1991) estuda as questões da evolução histórica, buscando os mecanismos das transformações sociais – do desenvolvimento das forças produtivas materiais. São tratadas, assim, quatro vias alternativas de desenvolvimento – oriental, antiga, germânica e eslava. Um aspecto importante situa-se no fato de existirem caminhos multilíneares pré-capitalistas e destes desenvolvem-se a partir do sistema comunal primitivo e sua propriedade comum da terra.

O historiador britânico coloca, neste contexto, duas limitações nessas apreensões das formações pré-capitalistas. De um lado, estas “baseiam-se em estudos bem menos profundos do que a descrição e análise do capitalismo feitas por Marx.” (HOBSBAWM, 1991, p. 23). De outro lado, no momento de elaboração destes escritos, seus conhecimentos “sobre a sociedade primitiva eram apenas esquemáticos. Não se baseavam em qualquer investigação profunda sobre as sociedades tribais, pois a moderna Antropologia estava em sua infância.” (1991, p. 27-28).

Tais limites se articulam aos escritos de Marx sobre a Índia que evocam imagens eurocêntricas. Os horrores do colonialismo não são olvidados, a Inglaterra sendo “guiada

pelos interesses mais abjetos” e mostrando sem véu na Índia a “barbárie inerente à civilização burguesa”. Tampouco deixa de estar presente o caráter, em última instância, positivo da expansão capitalista, já que a Inglaterra “tem uma dupla missão a exercer na Índia: uma destrutiva, outra regeneradora.” Em sua visão, uma futura revolução redimirá estes processos; “então somente o progresso humano cessará de parecer a esse ignóbil ídolo pagão que só queria beber o néctar no crânio de suas vítimas.” (MARX, 1969, p. 138-139).

Pode-se, assim, afirmar que existe uma ambivalência de Marx; por um lado, um certo eurocentrismo; por outro, respeito e inspiração nas organizações políticas e sociais indígenas. Apesar dos conhecidos trechos de Marx que decantam o progresso, a evolução e o caráter civilizatório do capital – às vezes contra os “povos sem história” –, este também possui outra faceta, de crítica ao progressismo linear e ingênuo da sociedade burguesa, as contradições do progresso capitalista e mesmo enfatizando aspectos de recuo, no ponto de vista social e humano, da organização político-social capitalista. Em Marx, encontram-se tanto textos evolucionistas quanto não-evolucionistas². De acordo com Michael Löwy e Robert Sayre,

nem visão apologética da civilização burguesa, nem cega às suas realizações, [Marx] visava uma forma superior de organização social que integrasse tanto os avanços técnicos da sociedade moderna, quanto algumas das qualidades humanas das comunidades pré-capitalistas (1995, p. 148)

Isso leva ao segundo momento dos estudos de Marx sobre as sociedades pré-capitalistas, das décadas de 1870 e 1880. Seus textos sobre a Irlanda, Rússia e China marcam, para

² Neste contexto, dois autores marxistas efetuam contribuições singulares, ao situarem-se contra o “respeito supersticioso pela ideia de Progresso” (MARIÁTEGUI, 2005, p. 51). Benjamin propõe uma nova compreensão da história humana, cambiando a concepção usual da história e do tempo. Apreende, assim, a revolução como a interrupção de uma evolução histórica levando à catástrofe, tendo um sentimento de recorrência do desastre, um temor de um eterno retorno das derrotas. Seu objetivo é o de “aprofundar e radicalizar a oposição entre marxismo e filosofias burguesas da história” (LÖWY, 2001, p. 15). Na Tese II sobre o conceito de História, Benjamin afirma que o marxismo não tem sentido se não for herdeiro de séculos de lutas e sonhos emancipadores. Nesse contexto, cada luta dos oprimidos questiona não somente a dominação de hoje, mas igualmente as vitórias de ontem. Bem diferente de um certo evolucionismo marxista, busca arrancar a tradição do conformismo (junto com Mariátegui), recusando-se a se juntar ao cortejo triunfal – de acordo com a tradição dos oprimidos. Ainda, não opõe civilização e barbárie; ao contrário, há uma unidade contraditória, afinal “não tem documento de cultura que não seja também documento de barbárie” (Tese VII). A perspectiva de Benjamin permite a Michael Löwy propor uma leitura “indígena” de suas teses. Para Löwy, o equivalente profano desse paraíso perdido do qual esse progresso afasta a todos cada vez mais, são, para Benjamin, as sociedades sem classes, o que é citado em seu artigo sobre Bachofen acerca de uma sociedade comunista – democrática e igualitária – na alvorada da história (1935, p. 74).

Aricó (1982), uma ruptura com sua visão eurocêntrica presente em documentos anteriores. Um exemplo disto situa-se em sua resposta a Vera Zasulich (SHANIN, 1984). Questionado sobre a possibilidade da comuna rural russa ser a base de uma nova organização social (isto é comunista), sem passar pela etapa capitalista, Marx (1994) – após intensificar seu estudo acerca do mundo rural russo – concorda com essa possibilidade. Reforça, ainda, o escrito em *O Capital* sobre a inevitabilidade histórica ser válido somente para os países da Europa ocidental, indicando novos olhares e propostas para problemas postos por movimentos oriundos de outros horizontes.

É, ademais, intenso o impacto da leitura de *Ancient Society*, de Lewis Henry Morgan. Engels chega a dizer em carta a Karl Kautsky, que “Morgan tornou possível vermos as coisas de pontos de vista inteiramente novos.” (ROSEMONT, 1989, p. 210). Pontos de vistas novos; pela primeira vez, Marx tem contato com relatos detalhados da existência concreta de uma sociedade outra. Marx (1974) transcreve fartas passagens de *Ancient Society*, sobretudo os trechos que tratam da organização política dos iroqueses, certamente pensando nas implicações revolucionárias disto, em algo como as contribuições dos iroqueses para as lutas como um todo.

Ademais, pode-se dizer que ocorre uma mudança em Marx que passa a valorizar mais experiências e formas de resistências, lutas-criações, que ocorrem fora dos países da Europa ocidental. Segundo Franklin Rosemont, “nos últimos anos de sua vida, e de uma forma bem mais forte que antes, ele prestou atenção nas pessoas de cor (*people of color*); nos colonizados, camponeses e ‘primitivos’.” (1989, p. 207). Marx manifesta, ainda, uma hostilidade crescente ao colonialismo e ao capitalismo e passa a fazer uma apreciação distinta das forças potencialmente revolucionárias desses sujeitos outros.

Dito de outro modo, além do interesse pelas lutas ameríndias, existe em Marx uma capacidade de transformar-se em contato com estas e outras lutas. Estas confirmam a existência de um diálogo em curso e permitem prosseguir-lo e aprofundá-lo.

2 O UM E O CONTRA O UM

Pierre Clastres expôs um relato já clássico acerca da questão do poder político nas “sociedades primitivas”. Suas configurações político-sociais indicam práticas próprias, autênticas. O autor empreende dura crítica às concepções etnocêntricas ocidentais acercadas “sociedades primitivas” e do político, já que existe neste contexto até mesmo uma impossibilidade epistemológica do político nestas. Deste modo, na visão da Antropologia por P. Clastres criticada, estas são apreendidas como sociedades sem Estado,

ou seja, sem poder político, com ausência da esfera política. Estas, assim, encontram-se à margem da história universal, pois permanecem num estágio inferior da evolução e do progresso.

O político define-se, nessa visão, pela relação comando-obediência e encarna-se na instituição estatal; logo, se não há Estado, tampouco existe a política. A evolução significa passar de uma sociedade sem Estado para uma com Estado, pois o que separa civilizados e selvagens é a existência ou não deste. Pierre Clastres, por sua vez, propõe-se a levar a sério as “sociedades primitivas”, o que o leva, concomitantemente, a criticar as concepções eurocêntricas. Sua constituição política centra-se na recusa ativa do Estado e não na sua suposta ausência ou baixo nível de desenvolvimento. Não são sociedades sem Estado, mas contra o Estado.

Em sua *démarche*, P. Clastres afirma a universalidade do político, despindo simultaneamente a pretensa universalidade da resposta particular estatal. O poder político é analisado como universal, sendo imanente ao social e comportando dois modelos: coercitivo e não-coercitivo. O primeiro configura-se como uma resolução particular, sendo a realização concreta tal como ocorre em certas formações políticas. No segundo, o poder político encontra-se presente, ainda que não haja instituição política – “alguma coisa existe na ausência”, diz Pierre Clastres (2003, p. 37).

Isto se manifesta concretamente na ausência quase completa de autoridade do chefe indígena. A dimensão do poder não é eliminada, mas trabalhada de todo um outro modo, já que existe um chefe, diferenciado formalmente dos demais. Logo, não há um espaço vazio a ser ocupado. Este tem o poder de falar, da oratória, mas é colocado num lugar sem comando e, ainda, serve à comunidade, ao não poder recusar pedidos desta. O chefe é uma espécie de cunhado universal – está sempre devendo à sociedade.

Existe, assim, de acordo com P. Clastres, uma resolução sutil da questão política, uma intuição e práticas contra a coerção. Assim, como ocorre uma recusa do excesso inútil (contra a economia), há uma recusa do Estado. Recusa para “impedir o encontro de antemão fatal entre instituição da chefia e exercício do poder [...], impedir que a desigualdade entre os homens instale a divisão na sociedade.” (2003, p. 150-151). Ao se colocar contra o Estado, as “sociedades primitivas” contrapõem-se à violenta subordinação das diferenças a uma unidade falsamente homogênea.

As relações sociais de parentesco, analisadas em sua vertente “política”, constituem-se como lutas contra a forma-Estado. Pierre Clastres coloca, em sua etnologia dos Guayaki

(1972), que a aliança política entre dois coletivos rivais se concretiza no batizado (nomeação) de um bebê por um membro do grupo adversário, criando, assim, laços de parentesco. As estratégias políticas ameríndias passam, desse modo, pela construção de relações de parentesco.

Neste mesmo sentido argumenta Castro, ao pensar as relações de parentesco a partir das cosmologias amazônicas. No ensaio *O problema da afinidade na Amazônia*, este investiga as redes-relações de parentesco e o “englobamento dessa dimensão por outros circuitos de troca simbólica.” (2002, p. 107).

Um ponto importante nesta discussão situa-se na importância atribuída à diferença em detrimento da identidade. Isto nos coloca a articulação entre “redes regionais de comércio e casamento”, entre “a dimensão do parentesco e a esfera político-ritual” (2002, p. 104). Segundo Castro, para os amazônicos,

a diferença, cujo esquema sociológico básico é a afinidade, aparece ao mesmo tempo como necessária e perigosa, como condição e limite do *socius*, e portanto como aquilo que é preciso tanto instaurar quanto conjurar. A afinidade revela-se, com isso, o elemento por excelência do político, e o horizonte negativo de utopias ideológicas e escatológicas (2002, p. 103).

Tal organização social funciona na forma de o que a une é justamente o que a distingue. Em contraposição ao Outro “ocidental” considerado como irmão – o que supõe uma transcendência dos dois elementos conectados pelo parentesco (uma nação, um Estado, uma instituição) –, o Outro amazônico define-se como cunhado, criando uma alteridade horizontal e imanente. Nos mitos amazônicos, a referência dos protagonistas não se situa numa figura paterna – caso das mitologias do chamado Velho Mundo –, mas sim nos sogros ou cunhados.

Tanto as relações de parentesco quanto as “políticas” são trabalhadas a partir dessa economia simbólica amazônica. Neste contexto, a afinidade potencial exerce importante função, pois a

necessidade da afinidade é a necessidade do canibalismo. [...] Do parentesco, via afinidade potencial, pela inimizade; da ordem local do casamento pela ordem global das trocas simbólicas, onde circulam partes de corpos e propriedades metafísicas; da sociologia em sentido estrito pela cosmologia em sentido lato – em geral, e em suma, da semelhança pela diferença. [...] Afinidade e canibalismo são os dois esquematismos sensíveis da predação generalizada, que é modalidade prototípica da Relação nas cosmologias ameríndias (2002, p. 164).

A predação canibal indica a forma generalizada das redes-relações sociais amazônicas e como parte dessa, uma teoria do parentesco como diferença e multiplicidade. Tais afinidades e alianças colocam-se

contra a filiação: não no sentido de ser a representação recalcante de uma filiação intensiva primordial, mas porque impede a filiação de funcionar como germe de uma transcendência (a origem mítica, o ancestral fundador, o grupo de filiação identitário. Toda filiação é imaginária, dizem os autores do Mil Platôs. Eu acrescentaria: e toda filiação projeta um Estado, é filiação de Estado. A aliança intensiva amazônica é uma aliança contra o Estado (CASTRO, 2007, p. 122-23).

O parentesco e as relações sociais amazônicas colocam-se, assim, contra a forma-Estado. No sentido clastriano das sociedades-para-a-guerra e contra o Estado, possuindo na vingança a motivação da antropofagia (CUNHA; CASTRO, 1985). Ademais, de acordo com Castro, todo Estado aspira a ser universal e busca encarnar o absoluto – este é o ponto de vista e nunca um ponto de vista, tendo em vista sua pretensão de absoluto. Assim, “os cidadãos podem ter pontos de vista, mas eles não podem ter um ponto de vista sobre o ponto de vista. Eles podem ter ponto de vista a partir do Estado, mas não podem ter ponto de vista sobre esse ponto de vista, o Estado.” (2008, p. 229).

Isto liga-se, igualmente, ao perspectivismo e sua afirmação da “multiplicidade radical do mundo, sua insubmissão a qualquer forma de monarquia ontológica, que é isso que o Estado é.”. Assim, “o mundo indígena é um mundo ao mesmo tempo politeísta, perspectivista e contra o Estado.” (2008, p. 231).

Após esta breve exposição da recusa do Estado, cabe fazer o mesmo no que toca à apreensão marxiana do estatal e sua abolição. Em *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, Marx efetua uma crítica à teoria hegeliana do Estado e também a seus fundamentos filosóficos. Para Hegel, a liberdade concreta manifesta-se na identificação dos interesses particulares (família, sociedade civil) com o sistema de interesse geral (o Estado). Desta forma, este pensa o Estado como realização da vontade livre e racional, representando a resolução da relação do particular com o universal. O soberano é, por sua vez, a encarnação em abstração dos muitos unos, da diferença. A universalidade da constituição e das leis encontram-se no poder soberano. Em sua perspectiva, “o Estado como soberano deve ser *Uno, Um Indivíduo*, deve possuir individualidade” (2005, p. 45), ilustrando a famosa frase atribuída a Luís XIV, *l'État, c'est moi*.

Ao criticar a perspectiva hegeliana, Marx contrapõe sua apreensão distinta da questão estatal. Trata-se, igualmente, de uma crítica ao idealismo, já que ele procura investigar as

condições materiais que sustentam as formas de Estado e suas relações. Enquanto Hegel parte da ideia, do conceito, Marx intenta fazê-lo a partir dos sujeitos sociais. Do seu ponto de vista, Hegel busca conciliar os extremos que são o Estado e a sociedade civil no âmbito do primeiro, de acordo com as características da monarquia constitucional prussiana.

Marx, assim, questiona os pressupostos ontológicos que privilegiam o Estado em detrimento da sociedade civil. Ocorre, também, na esfera do Estado político e sua constituição uma separação do povo em relação à sua criação. Ou seja, “não é a constituição que cria o povo, mas o povo a constituição.” (2005, p. 50). O povo é o todo, o poder constituinte; a constituição, parte, poder constituído. O poder soberano e o executivo não são submetidos à vontade geral, pois se trata de um poder independente. O fundamento do Estado, de acordo com Marx, é a pessoa abstrata, privada, pois “o príncipe é a única pessoa privada na qual se realiza a relação da pessoa privada em geral com o Estado.” (2005, p. 60).

Frente a isso, Marx questiona-se “por que a universalidade é alienada no Estado abstrato e como ‘superar e suprimir’ essa alienação” (LÖWY, 2002, p. 80), encontrando a resposta na essência privada da sociedade civil, tendo o universal exteriorizado no céu político enquanto a constituição política liga-se à terrena liberdade do comércio e da propriedade. Dito de outro modo, “a constituição política em seu ponto culminante é, portanto, a constituição da propriedade privada.” (MARX, 2005, p. 144).

Segundo a perspectiva marxiana, na democracia a vontade geral não aliena seu poder no Estado político. Sua realização como universal concreto implica a superação da divisão entre Estado político e sociedade civil, selando a unidade do universal e do particular. Em suma, “na verdadeira democracia, o Estado político desaparece.” (2005, p. 51), assim como o que se entende por sociedade civil.

Marx define o poder constituinte – como os trabalhadores, criadores de riqueza – apesar de sempre se recusar a “hastear uma bandeira dogmática” e criticar duramente os pensadores que propunham sistemas acabados. Ao considerar como tarefa principal a explicação dos mecanismos e sem separar ser e dever-ser, Marx busca o “sentido imanente do movimento histórico.” (LÖWY, 2002, p. 91), não tendo “utopias prontas para introduzir por decreto” (MARX, 1971, p. 161).

A forma da abolição deveria, assim, encontrar-se na própria prática criativa do proletariado, dando sentido prático às concepções de quebra do aparelho de Estado, ausência de

autoridade suprema e autogoverno. Nesse sentido, Marx coloca (1997, 1971) que as revoluções anteriores só aperfeiçoaram a máquina estatal, sendo a Comuna de Paris, a primeira manifestação histórica e concreta dessa potencial revolução comunista.

Marx caracteriza a Comuna como o “governo da classe operária [...], a forma política enfim encontrada que permite realizar a emancipação econômica do trabalho” (1971, p. 160), sendo a antítese da monarquia. Frente à opressão de classe e a uma ordem política situada acima da sociedade, a Comuna toma uma série de medidas concretas visando a extinguir o Estado, trocando-o pela autogestão. Suprime o exército permanente em seu primeiro decreto, substituindo-o pelo povo em armas. Organiza-se em conselhos municipais eleitos pelo sufrágio universal. Enfim, concretiza a eletividade e revogabilidade de todos os funcionários, sem exceção, ademais de todos passarem a receber salários de operários. Ou seja, ocorre uma substituição das instituições, antes situadas acima da sociedade, por outras, radicalmente distintas.

Este constitui o exemplo clássico dos conselhos, inaugural no seio do pensamento marxiano. Tal forma de auto-organização rompe os limites entre o político, cultural, social e econômico – a Comuna de Paris como uma proposta geral, de vida. Uma bela antologia de Ernest Mandel (1977) indica sua presença em todos os cantos do mundo, sua “universalidade”. A forma-conselho trabalhada por Marx é apreendida como uma tendência dos trabalhadores de construir formas de autodeterminação nas empresas e fábricas, lutas também contra o Estado. Pode-se encontrar, assim, um fio ininterrupto nos teóricos marxistas (além de Marx, Gramsci, Lenin, Rosa Luxemburgo dentre outros) e, sobretudo, nas atividades dos trabalhadores por todas as partes – Rússia, França, Indonésia, Argélia, Estados Unidos, Bolívia...

Uma limitação, no entanto, chama a atenção nesta seleção de Mandel e em sua introdução a esta; não são consideradas as formas de organização comunais camponesas e pré-capitalistas. Ponto que Marx analisou, como se viu acima. Formas democráticas de organização como, por exemplo, na Rússia antiga, onde havia, de um lado, a assembleia do vilarejo (*vétché*), e, de outro lado, a comuna rural (*mir*) (SKIRDA, 2000). Formas comuns articuladas. Nesses contextos, a criação do comum une (mesmo com as diferenças existentes) as lutas pré-capitalistas e as que ocorrem nos marcos desse modo de produção, o que será trabalhado abaixo.

Mandel toca, ademais, nas possibilidades de ampliação das formas estritamente operárias dos conselhos, com o exemplo de maio de 1968 e devido às mutações no mundo do

trabalho. Isso se materializa contemporaneamente nas mobilizações e produções que retomam e transformam a forma-conselho como, por exemplo, na cidade de El Alto, Bolívia, onde índios urbanos (migrantes de origem rural) reinventam modos de democracia comunal e mobilizações sociais ligadas às necessidades vitais – água, distribuição das rendas advindos dos hidrocarbonetos, universidades (ZIBECHI, 2006).

O encontro entre as perspectivas críticas selecionadas (Marx e certa antropologia) permite, dessa forma, analisar o conceito de Estado como o privilegio do Um em detrimento da multiplicidade. Desta forma, o centro da caracterização do Estado passa a ser a violência do Um em detrimento da diferença, seja do ponto de vista de classe, seja da recusa da relação comando-obediência, como desenvolvido parcialmente e de modo separado acima. O diálogo leva a entender os conceitos de sua recusa e extinção como uma luta contra o Um (ABENSOUR, 2004).

Neste contexto, destaca-se a ideia de que em as habituais representações políticas, não há lugar para o diferente (NOVAES, 1999). E é justamente essa talvez a maior contribuição das sociedades ameríndias para a reflexão proposta. Pensando, de acordo com Lévi-Strauss (1964-1971), numa unidade histórico-cultural da América Indígena, esta tem em seu cerne a perspectiva da alteridade, sendo a existência do outro não somente necessária, mas indispensável. Se a relação, na óptica ocidental, tem por objetivo de compartilhar a semelhança – presentes no conceito de fraternidade –, no mundo indígena, a relação se dá por causadas diferenças;

é necessário parir um edifício conceitual gigantesco para justificar o coletivo. Afinal desde Descartes [...] a única coisa de cuja existência se pode ter certeza é o Eu. No que diz respeito à existência dos outros, uma demonstração é requerida (CASTRO, 2006).

Isto abre campo a uma multiplicidade de sujeitos, invertendo o polo um/muitos: de uma realidade, vários pontos de vista para várias realidades, um ponto de vista. Em detrimento do *penso, logo existo*, afirma-se o *existo, logo penso*. Em vez de ontologia fixa e epistemologia variável, ontologia variável e epistemologia fixa.

Ainda, em oposição à objetificação positivista em que a forma do Outro é a coisa e antes de ser apreendido é abstrato e irreal, no perspectivismo ameríndio “conhecer é personificar, tomar o ponto de vista daquilo que deve ser conhecido, [...] a forma do Outro é a pessoa.” (CASTRO, 2002, p. 358). A perspectiva, assim, implica a alteridade. Dialogar com o Outro significa assumir sua alteridade. Em suma, tal visão assume “uma incompletude

ontológica essencial: incompletude de socialidade e, em geral, de humanidade” (CASTRO, 2002, p. 220). Desta forma, diferença e exterior primam em detrimento da identidade e do interior, os outros sendo antes a solução que o problema, reforçando a ideia de encontro e diálogo contra o Um³.

3 DELEUZE E GUATTARI TRABALHAM O DIÁLOGO PROPOSTO

Argumenta-se aqui que Deleuze e Guattari (2004) trabalham o diálogo proposto nos *Mil Platôs*. Se P. Clastres coloca importantes e perspicazes críticas a Marx (o que, viu-se, ajuda a produzir o encontro), Deleuze e Guattari levam a aprofundar as questões levantadas anteriormente e para isso tanto homenageiam P. Clastres quanto o criticam em certos pontos, além de mobilizarem Marx e, posteriormente, influenciarem Castro – outro autor-chave nesse texto.

Os *Mil Platôs* interpelam a partir de um ponto decisivo: sempre houve Estado. A partir dessa *descoberta*, os autores transformam uma série de elementos do encontro proposto.

De acordo com os autores, sempre houve Estado, já formado e perfeito, sendo inclusive atestado pelos arqueólogos. Ou seja, confirmam a hipótese do *Urstaat*: sua existência desde tempos muito remotos. Pode-se dizer que as “sociedades primitivas” tinham sempre algum contato com impérios, no entanto – insistem os autores – a hipótese mais fecunda seria que

o Estado mesmo esteve sempre em relação com um fora e não é pensável de modo independente dessa relação. A lei do Estado não é a do Tudo ou Nada (sociedade de Estado ou sociedades contra o Estado), mas a do interior e do exterior (2004, p. 444-445).

Interações entre interior e exterior, máquinas de guerra e aparelhos de Estado, metamorfoses e identidades. Tanto os Estados quanto as máquinas de guerra encontram-se em toda parte. Ademais, se, para os autores, P. Clastres desenvolve importantes questões acerca do Estado, estes o criticam por pensar as sociedades primitivas como uma entidade autossuficiente⁴. Pierre Clastres, paradoxalmente, queda evolucionista e deixa os primitivos numa espécie de estado de natureza. Entretanto, os três convergem num ponto importante: o surgimento do

³ Estuda-se mais abaixo como tais visões da diferença podem conjugar-se com uma leitura das lutas a partir de Marx.

⁴ Críticas compartilhadas posteriormente por diversos autores, como Castro.

Estado dá-se de uma vez, de um só golpe. A concordância segue no que toca aos mecanismos primitivos que conjuram o Estado.

O futuro projeto de pesquisa de P. Clastres sobre a origem do Estado – que não se concretizou – não parecia muito promissor para Deleuze e Guattari. Para estes, “a guerra só produz Estado se uma das partes pelo menos já é um Estado. [...] Estamos sempre remetidos a um Estado que nasce adulto e que surge de uma vez, *Urstaat* incondicionado.” (2004, p. 532).

Deste modo, as máquinas de guerra primitivas operam mecanismos de conjuração-antecipação, pois

as sociedades primitivas não conjuram a formação de império ou Estado sem antecipá-lo, e não o antecipam sem que já esteja lá, fazendo parte de seu horizonte. Os Estados não operam uma captura sem que o capturado coexista, resista nas sociedades primitivas, ou fuja sob novas formas, cidades, máquinas de guerra... [...] O problema da difusão, do difusionismo, é mal colocado, pois pressupõe um centro a partir do qual a difusão parte (2004, p. 542).

Dito de outro modo, se todas as sociedades podem virar Estado e nem todas se tornam, existem mecanismos que permitem conjurá-lo: as sociedades-máquinas de guerra. Isto leva a um paradoxo, pois a guerra conjura o Estado, mas nessa se reforça o perigo de seu surgimento. De origem nômade, a máquina de guerra constitui um agenciamento contra o Estado. Neste contexto, “será um dos problemas fundamentais do Estado se apropriar dessa máquina de guerra que lhe é estrangeira, de fazer uma peça de seu aparelho, sob uma forma de instituição militar fixa.” (2004, p. 280).

Os autores insistem, igualmente, no fato da máquina de guerra ser também um modo de pensar – assim como existe uma forma-Estado de pensar. De acordo com Deleuze e Guattari,

nunca a história compreendeu o nomadismo, nunca o livro compreendeu o fora. No curso de uma longa história, o Estado foi o modelo do livro e do pensamento: o logos, o filósofo-rei, a transcendência da Ideia, a interioridade do conceito, a república dos espíritos, o tribunal da razão, os funcionários do pensamento, o homem legislador e sujeito (2004, p. 36).

Existem, logo, ciência-Estado e ciência-nômade, sendo a primeira a realização da Razão – lembrando “a violência indissociável e constitutiva da própria Razão” (LIMA; GOLDMAN, 2003, p. 19).

Deleuze e Guattari aprofundam, ainda, um elemento importante do diálogo, a saber, as múltiplas conexões entre Estado e capitalismo. Dessa forma, importa perceber as relações entre este princípio do Um na forma estatal e buscar conjugá-lo com uma questão fundamental para Marx, a saber as relações sociais capitalistas.

Para os autores, “é pela forma-Estado [...] que o capitalismo triunfará.” (2004, p. 541). Neste âmbito, “com o capitalismo, os Estados então não se anulam, mas mudam de forma e tomam um novo sentido: modelos de realização de uma axiomática mundial que os ultrapassa.” (2004, p. 568).

A peculiaridade das relações sociais capitalistas em relação a outras configurações de Estados e de classes situa-se, para Marx, na separação entre o processo imediato de exploração e a manutenção da ordem – pela coerção e pelo consenso – e na exploração não-aberta, tendo em vista a livre venda e compra da força de trabalho, como uma mercadoria. A transição do feudalismo ao capitalismo configurou-se na liberação da dominação das amarras estatais, tendo em vista que sua constituição é primordialmente mundial.

Por sua vez, P. Clastres coloca o ímpeto de dominação do outro existente em qualquer tipo de Estado, mas é somente com o capitalismo que este ímpeto se junta amais outro: o da expansão planetária. Assim,

o que a civilização ocidental contém que a torna infinitamente mais etnocida que qualquer outra [...], o que diferencia o Ocidente é o capitalismo, enquanto impossibilidade de permanecer no aquém de uma fronteira, enquanto passagem para além de toda a fronteira (2004, p. 91).

Deste modo, pode-se articular a compreensão das duas formas de transcendência, do Estado (divisão entre representante e representado) e do capital (divisão entre o produtor e o produto). Trata-se de um desafio à ideia de representação, pois os

índios são aqueles que ‘representam a si mesmos’, no sentido que Roy Wagner dá a esta expressão, sentido que não tem nada a ver com identidade; e nada a ver, tampouco, com representação como está indicado na formulação deliberadamente paradoxal da expressão. ‘Representar a si mesmo’ é aquilo que faz uma singularidade, e o que uma Singularidade faz (CASTRO, 2008, p. 153).

A própria ideia de perspectiva é incompatível com a de representação, já que o ponto de vista está no corpo de cada um. Neste contexto, a existência de certas socialidades⁵ indígenas e as experiências dos conselhos – modelo de organização política para Marx (TRAGTENBERG, 2008) – indicam a luta contra transcendentais e busca da alteridade, uma forma-conselho como tentativa de constituição de uma “comunidade dos *todos uns* [...] contra o *todos Um*” (ABENSOUR, 2004, p. 12), indo contra a união de todos os corpos num só. Dito de outro modo, há interessantes convergências – tanto nas lutas conceituais quanto “concretas” – nos desafios ao Um transcendente.

Eduardo Viveiros de Castro, ao abordar o encontro dos jesuítas com os tupi, coloca que os europeus logo perceberam que o problema epistêmico (a não-crença em Deus) era verdadeiramente político, possuindo como principal causa o fato de eles não terem rei. Dito de outro modo,

os selvagens não creem em nada porque não adoram nada. E não adoram nada, no fim das contas, porque obedecem a ninguém. A ausência de poder centralizado não dificultava apenas logisticamente a conversão [...]; ela a dificultava, acima de tudo, logicamente. Os brasis não podiam adorar e servir a um Deus soberano porque não tinham soberanos nem serviam a alguém (2002, p. 216-7).⁶

Entretanto, o antagonismo Um/contra o Um está sempre presente. Deleuze e Guattari trabalham a ideia de que os grandes impérios – do Oriente, da África e da América – sempre estavam em contato – e em confronto – com máquinas de guerra nômades. Isso introduz o que será tratado na próxima parte, ou seja, as lutas contra a forma-Estado.

4 LUTAS CONTRA O UM

Tal diálogo enriquece-se ao trabalhar as lutas, antigas e em curso, ameríndias e proletárias. Deleuze e Guattari colocam que “não basta dizer Viva o múltiplo, ainda que esse grito

⁵ Apesar de um ponto importante do diálogo proposto situar-se nos debates acerca da socialidade e seu elo com a crítica de Marx ao conceito de sociedade civil e sua insistência nas relações, dinâmicas e processos sociais, este não será aqui desenvolvido.

⁶ Não havia, então, um solo institucional para o evangelho. Logo, para converter torna-se imperativo primeiro civilizar; “para inculcar a fé, era preciso dar ao gentio lei e rei” (CASTRO, 2002, p. 190). É pertinente notar que a mesma fixação etnocêntrica pelo divisor entre civilização e barbárie e seu elo coma existência ou não de um Estado aparecem não somente em relação às lutas indígenas. Marx (1971, p. 179) o identifica no episódio da Comuna de Paris. Seu esmagamento, um massacre e vingança sangrentos contra a população parisiense – que une os antigos adversários, a saber os governos de Versalhes e da Prússia – ocorre em nome da civilização e do progresso (nas palavras mesmo de Thiers).

seja difícil a soltar. [...] O múltiplo, *tem que fazê-lo*” (2004, p. 13). É justamente isso que esta seção intenta fazer: estudar a multiplicidade em funcionamento, com suas tensões.

Primeiro, pode-se afirmar que no início eram as lutas. Para ambas as perspectivas estudadas aqui, a riqueza provém das lutas, das criações que alimentam a reflexão teórica. Marx possui, como se viu acima, a capacidade de afetar-se com as lutas. A experiência da Comuna marca Marx a ponto de ele se autocorriger em prefácio de 1872 ao *Manifesto Comunista*, afirmando que esta demonstrou que a classe operária não pode se contentar em tomar a máquina de Estado e fazê-la funcionar por sua conta (LENIN, 1982, p. 55). Além disso, Marx é levado a pensar novas questões a partir dos contatos com Iroqueses (via etnologia de Morgan) e dos debates com os revolucionários russos. Mais ainda, sua apreensão teórica pode ser definida como o aprender das lutas. Deve-se, assim, estudar as práticas concretas dos que resistem a esse mundo (formas-Estado e capital) e criam – ao lutar – outros. Esta constitui uma compreensão, um significado de luta.

Certa antropologia contemporânea intenta partir justamente das criações nativas, pensando “o mundo possível que seus conceitos projetam.” (CASTRO, 2002, p. 123). Esta antropologia busca trabalhar a partir das perspectivas ameríndias. Neste contexto, Lévi-Strauss efetua, em *Mitológicas*, a “primeira tentativa de apreender as sociedades do continente em seus próprios termos – em suas próprias relações.” (CASTRO, 1999, p. 147). Seu propósito é o de “saber como os outros ‘representam’ os seus outros” (CASTRO, 1999, p. 155). Ou seja, uma antropologia que reconheça que “suas teorias sempre exprimiram um compromisso, em contínua renegociação histórica, entre os mundos do observado e do observador, e que toda antropologia bem feita será sempre uma ‘antropologia simétrica’ em busca de um *mundo comum*” (id., p. 156). Isso se reforça com a ideia de uma teoria etnográfica, fruto de um diálogo com as filosofias nativas (GOLDMAN, 2006b).

Em suma, Marx e os antropólogos aqui mobilizados pensam a partir de uma questão-chave, ou seja que “em um sentido propriamente micropolítico e molecular a resistência é sempre primeira em relação à captura, já que esta só pode incidir sobre formas de vida e forças vitais que lutam para preservar em seu ser” (GOLDMAN, 2006a, p. 268). Dito de outro modo, o que ocorre primeiro são as linhas de fuga. De um lado, as fugas ameríndias, de outro, as fugas proletárias. E suas conexões.

Isto se manifesta concretamente em movimentos, fugas contra o Um.

Hélène Clastres, em *Terra sem Mal*, estuda uma religião contra o Estado, contra a transcendência e a representação, na forma de deslocamentos em busca da Terra sem

Mal. Fuga de um poder político separando-se da sociedade. O profeta é, assim, contra a chefia e quando essas funções se encontram na mesma pessoa ocorre o colapso do mundo guarani. De modo talvez semelhante a Deleuze e Guattari, H. Clastres percebe movimentos contra e pelo Estado, pois

a contradição que representa em si o profeta-chefe poderia ser o sinal e, tudo junto, a solução de uma contradição mais profunda da sociedade guarani, entre o político e o religioso. Sabemos que existiam certamente no plano político fortes tendências centrípetas nas sociedades Tupi-guarani: estas são atestadas notadamente pelo aparecimento de grandes chefes cuja autoridade era reconhecida nas províncias [...] e pelas tentativas [...] de confederação. Ao contrário, a religião expressa sobretudo forças centrífugas, negadoras do social [...]: pois assim é interpretada, no plano sociológico, o significado da Terra sem Mal (CLASTRES, 1975, p. 55).

Por outro lado, no âmbito do capitalismo, ocorre uma permanente fuga dos trabalhadores. Um episódio clássico narrado por Marx em *O Capital* ilustra estes processos:

o senhor Peel [...] levou consigo da Inglaterra ao rio Swan, na Austrália Ocidental, meios de subsistência e de produção no valor de 50.000 libras. O senhor Peel era tão previdente que levou consigo 3 mil pessoas pertencentes à classe operária: homens, mulheres e crianças. Assim que chegaram ao destino, no entanto, 'o senhor' Peel ficou sem um serviçal que lhe arrumasse a cama ou que lhe trouxesse 'água do rio'. Pobre senhor Peel, que havia previsto tudo, menos a exportação das relações de produção inglesas para o rio Swan! (MARX, 2006, p. 301-302).

A fuga dos trabalhadores e dos índios constitui, assim, o caminho de sua liberdade. Tais exemplos indicam, assim, fugas, desejos e processos constituintes. Levar a sério tais criações políticas e positivar sua ação, remete – com ajuda de exemplos concretos – às tensões discutidas por Deleuze e Guattari, do transversal entre a verticalidade e horizontalidade, entre interior e exterior, entre grupo-sujeito e grupo-sujeitado⁷.

⁷ É importante analisar a potência de tais lutas sem cair, entretanto, em interpretações “ingênuas” ou “voluntaristas”. Lembrando Deleuze e Guattari, “os grupos e indivíduos contêm microfascismos que só podem para cristalizar-se. [...] O bom e o ruim só podem ser produto de uma seleção ativa e temporária” (2004, p. 16) e “as organizações de esquerda não são as últimas a secretar os microfascismos. É muito fácil ser antifascista em nível molar, sem ver o fascista que somos nós mesmo, que mantemos e alimentamos, que cuidamos nós mesmo com moléculas, pessoais e coletivas” (2004, p. 262). Também segundo Goldman, “não obstante, é preciso [...] reconhecer o óbvio: que em uma sociedade dotada de Estado, o funcionamento dos mecanismos contra-Estado pode, muitas vezes, contrariar sua própria orientação. Assim, no confronto entre lógicas sociais distintas, marcadas pelas assimetrias de poder acima evocadas, a resultante do choque entre concepções da política moralmente negativas e moralmente positivas tende a se infletar na direção das segundas, ou seja, a favor do Estado” (2006a, p. 296).

Pode-se situar nesse campo o ímpeto da ação política ameríndia contra a unificação, em seus diversos exemplos que mostram mecanismos que impedem o predomínio do uniforme.

A Confederação Iroquesa constitui uma criação política contra o Estado, com seu conselho onde todos tinham voz, homens e mulheres. É um exemplo da ação política ameríndia contra o Um e seus mecanismos. A confederação é, concomitantemente, centralizada e descentralizada, centrífuga e centrípeta; de um lado, o conselho dos *sachem*, de outro, a preservação das autonomias nacionais via conselho dos anciãos (MORGAN, 1964).

Lendo Clastres via conceito de máquina de guerra, Renato Sztutman (2009) situa a política ameríndia entre ações de desterritorialização e reterritorialização, invertendo a habitual óptica de pensar em termos de falta para apreendê-la em sua capacidade de criatividade e ação políticas.

Isso também se manifesta em certas lutas contemporâneas e na proposta que fizeram os Yanomami, no âmbito do I Congresso extraordinário da Organização Regional dos Povos Indígenas do Amazonas (ORPIA), no momento que ocorria um processo de municipalização na Venezuela. Estes tinham o desafio de apresentar uma proposta global – dos yanomami como um todo. De acordo com esta, cada setor, comunidade ou grupo de vizinhança elegeria seus próprios delegados. Todos os delegados se reuniriam num Conselho, com representação proporcional. Tal Conselho não teria um prefeito, nem coordenador permanente, mas sim coordenadores rotativos. Tampouco haveria uma capital administrativa permanente, sendo esta itinerante (ALÈS, 2007), exemplificando a tese clastriana da precariedade do poder do chefe, pois “o líder não constitui um chefe poderoso no sentido de que ele disporia de uma força coercitiva, [...] trata-se mais de uma questão de autoridade social e política ligada ao interesse comum.” (ALÈS, 2006, p. 167).

Tais tensões – entre centralização e descentralização, convergências e unificação – estão presentes, também em certas lutas bolivianas.

Na Bolívia de hoje, índios e não-índios, camponeses e urbanos, em movimento e em lutas, vive-se uma subversão dos paradigmas tradicionais da política e da esquerda. Ao conquistarem a presidência nacional em 2006, tais movimentos políticos e sociais intentam pôr em prática um “governo dos movimentos sociais” e um projeto de descolonização da Bolívia. O Governo Evo Morales é expressão de um processo de fortalecimento de diversas organizações sociais, que surgem após o enfraquecimento do movimento operário (principalmente, mineiro). Estas organizações reconstróem o tecido social e sua autonomia

frente ao Estado, redefinindo sentidos para a ação política e democracia. As reivindicações também se transformam – do salário (movimento operário) para uma política de necessidades vitais (água, território, serviços públicos, hidrocarbonetos, educação).

Se inicialmente as mobilizações possuem um caráter fragmentar e local, são, em seguida, criados modos de articulação, convergindo no âmbito do Movimento ao Socialismo – Instrumento Político para a Soberania dos Povos (MAS-IPSP), que é mais uma coordenação dos movimentos que um partido político no sentido clássico. Com a eleição de Evo Morales, experiências de autogoverno buscam rumar para um co-governo, formando um tento de “governo dos movimentos sociais”.

Ao mesmo tempo, estes legitimam o Estado, por inserir um segmento que estava fora da política dita oficial, e o transformam ao colocarem questões, memórias e práticas indígenas e proletárias que vão além do político no sentido ocidental – por exemplo, em termos de democracia, justiça e propriedade comunitárias. Tais organizações políticas e sociais vivem tensões entre o governar e suas reivindicações e ímpetos de autonomias. No entanto, se são percebidas nesses processos certas características da transversalidade⁸ – como assimetria sem hierarquia, oposição ao horizontal e vertical – veem-se também tensões e capturas estatais. Entre perigos de capturas e interessantes construções, a Bolívia atual vive, assim, tensões entre unificações empobrecedoras e vitórias das multiplicidades, deixando em aberto se seguirá em termos transversais, se tal unificação será a de “uma máquina de guerra, não de um aparato de Estado.” (DELEUZE, 2005, p. 14).

Tais exemplos mostram, em diversos contextos e épocas, o ímpeto dos movimentos contra o Um. O último exemplo, em particular, permite trabalhar a articulação aqui proposta. As lutas bolivianas nos levam a apreender o diálogo como criação, composição do comum. Mas, para isso, foi necessária uma ruptura.

Não por acaso, Álvaro García Linera, Vice-Presidente da Bolívia e um dos ideólogos do governo Evo Morales, diz que um dos debates políticos e teóricos mais duros que estes tiveram que enfrentar foi contra os marxistas ortodoxos, já que “esta narrativa modernista e teleológica da história, no geral adaptada dos manuais de economia e filosofia, criará um bloqueio cognitivo e uma impossibilidade epistemológica sobre duas realidades.” – os

⁸ Segundo Guattari, trata-se de “uma dimensão que pretende superar os dois impasses, o de uma pura verticalidade e o de uma simples horizontalidade; ela tende a se realizar quando uma comunicação máxima se efetua entre os diferentes níveis e sobretudo nos diferentes sentidos.” (1981, p. 96).

índios e os camponeses. Assim, “para esse marxismo não havia nem índio nem comunidade, com o que umas das mais ricas vias do pensamento marxista clássico foi rechaçada como ferramenta interpretativa da realidade boliviana.”. Tais posições “rechaçavam e negavam a temática comunitária agrária e étnica nacional como forças produtivas políticas capazes de servir de poderes regenerativos da estrutura social” (GARCÍA LINERA, 2007).

Voltando brevemente ao debate tratado acima sobre Marx e as formações pré-capitalistas, os marxistas ortodoxos bolivianos tendiam a caracterizar como feudal a estrutura econômica de seu país, não percebendo as “formas comunitárias transformadas, inclusive em meio às relações capitalistas” o que os levou sempre “a desconhecer o papel e as tendências revolucionárias das massas comunais que somente eram vistas como resíduos feudais que deviam ceder espaço ao ‘pujante capitalismo’.” (GARCÍA LINERA, 2008, p. 37). García Linera defende, nesse contexto, que

longe de encaixar – como o fazem os pseudo-marxistas locais – a realidade em esquemas pré-estabelecidos, o que [Marx] faz é pensar essa realidade, seu conhecimento e caracterização. É dessa riqueza que Marx apreende a multilinearidade e diversidade dos desenvolvimentos históricos diferentes da Europa, América, Ásia e África, e encontra neles as tendências comunistas dessas sociedades antigas (2008, p. 29).

O encontro desenvolve-se, assim, na direção de convergências das lutas contra o Um que criam formas comuns.

5 COMUM: CRIATIVIDADES POLÍTICAS E MUNDOS EM DIÁLOGO

Esboçaram-se, aqui, alguns elementos de um encontro entre um Marx e uma imaginação conceitual etnológica-amazônica. Como já colocado, as lutas concretas mostram o diálogo em curso e permitem aprofundá-lo. As lutas mobilizadas acima levam a trocas de perspectivas acerca de criações do comum contra o Um.

Marx (1984), em seus primeiros textos a respeito de uma questão material – sobre o roubo de lenha – ajuda a apreender este ponto. Estes constituem um ponto de partida para uma crítica radical da propriedade privada, opondo a esta os direitos de costume.

Tais artigos são, também, uma reflexão inicial sobre o Estado, cujos desenvolvimentos posteriores foram estudados acima. O legislativo renano discutia, assim, acerca do roubo

de lenha, anteriormente visto como prática habitual dos pobres na região. Abre-se, então, o debate: a lenha como bem natural ou propriedade privada, o cerne da disputa situando-se numa nova definição de propriedade, numa redefinição de suas relações (BENSAÏD, 2007).

De fato, tratava-se da legalização da apropriação das terras comunais que já ocorrera. Frente ao Estado que se coloca no lugar dos grandes proprietários rurais, Marx reivindica o direito de costume em favor dos pobres, percebendo um sentido instintivo do direito como prática positiva – uma resistência à apropriação privada, o alimento do capitalismo.

Posteriormente, Marx trabalha em *O Capital* a chamada acumulação originária como processo-chave para um sistema em que expropriação colonial mundo afora e as cercas (*enclosures*) e sua apropriação das terras comunais (*commons*) na Inglaterra a partir do fim do século 15 unem-se; constituem características de um todo capitalista que une todas as partes do mundo.

Ocorre, desse modo, uma ininterrupta expropriação dos bens comuns (terras, água, sementes e sobretudo as criações coletivas). No entanto – e sobretudo – o comum indica uma positividade, uma prática política em curso, como se viu nas lutas trabalhadas ao longo do texto. Isso vai no sentido do que diz Isabelle Stengers no que toca às *enclosures*, pois “o que foi destruído com os *commons* não foram somente os meios de viver dos camponeses pobres, mas também uma inteligência coletiva concreta, ligada a esse comum do qual todos dependiam.” (2009, p. 108).

Nesse sentido, pode-se opor à apropriação privada, a força da inteligência coletiva – como demonstrada, por exemplo, nos mitos ameríndios – mitos contra o Um (CLASTRES, 1974) – e nas mais diversas experiências da forma-conselho. Em suma, nas lutas-criações do comum contra o Estado.

Estas são, igualmente, composição de ontologias, de mundos. Qual seria a conexão entre estes? Se o comum implica, assim, um diálogo entre mundos, sua articulação só é possível pelas conexões das lutas-criações. Tal encontro deve basear-se nas experiências e vivências dos sujeitos sociais, já que “o pertencimento ao comum realiza-se *na coisa (in re)*, enquanto a abstração do universal lhe é ‘ulterior’ (*post rem*)” (JULLIEN, 2008, p. 43). O comum como união, convergências das multiplicidades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve estudo buscou situar-se no que seria um encontro – um Marx afetado pelas construções ameríndias, via certa Antropologia. Assim, pode-se afirmar que o potencial deste diálogo situar-se-ia num empreendimento de descolonizar e indigenizar o imaginário. Trata-se, igualmente, de uma luta conceitual contra a monarquia ontológica estatal. Assim, como certas lutas contemporâneas, seu objetivo seria a composição do comum, ou seja “conectar multiplicidades, frente à alternativa infernal entre o Um e o Múltiplo [...] [e] transformar a multiplicidade em conceito e o conceito em multiplicidade [e] [...] cortar o vínculo natal entre o Conceito e o Estado” (CASTRO, 2007, p. 97-98)⁹.

Neste contexto, a teoria liga-se às incertezas, pois as configurações sociais tidas como dadas são, de fato, palco de lutas – entre redes de multiplicidades e sociedades do Um. Ainda, de acordo com Castro, “a tarefa do conhecimento deixa de ser a de unificar o diverso sob a representação, passando a ser a de ‘multiplicar o número de agências que povoam o mundo’.” (2007, p. 96).

Em vez de submissão das singularidades à individualidade, libertação das multiplicidades do poder constituinte, da democracia contra o Estado, do contra o Um. Assim como em Fernando Pessoa e seus heterônimos, o que ocorre “não é a multiplicação do mesmo em outros, mas o desencadeamento de uma alteridade tal que a volta ao Um torna-se impossível.” (PERRONE-MOISÉS, 1982, p. 26). Uma espécie de devir-indígena de Marx e de um devir-marxista dos indígenas, conjugado a um devir-revolucionário de ambos.

REFERÊNCIAS

ABENSOUR, Miguel. **La démocratie contre l'état**. Paris: Du Félin, 2004.

ALÈS, Catherine. **Yanomami, l'ire et le désir**. Paris: Karthala, 2006.

_____. Le goût du miel: le nouvel ordre politique dans l'Amazonie vénézuélienne et la participation yanomami. **Journal de la Société des Américanistes**, v. 93, n.º 1, 2007.

⁹ Ainda, segundo Castro, tratar-se-ia de pensar “a existência do ponto de vista como multiplicidade” (2008, p. 95) e da “relação entre pontos de vista (a relação que é o ponto de vista enquanto multiplicidade) é de síntese disjuntiva ou exclusão imanente, não de inclusão transcendente. Em suma, [...] ‘desequilíbrio perpétuo’.” (2008, p. 102).

ARICÓ, José. **Marx e a América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

BENJAMIN, Walter. **Écrits français**. Paris: Gallimard, 1991.

BENSAÏD, Daniel. **Les dépossédés**: Karl Marx, les voleurs de bois et le droit des pauvres. Paris: La Fabrique, 2007.

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

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Etnologia brasileira. In: MICELI, Sérgio (Org.). **O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)**. São Paulo: Sumaré/Anpocs, 1999. p. 109-223.

_____. Filiação intensiva e aliança demoníaca. **Novos Estudos**, v. 77, p. 91-126, 2007.

_____. Uma figura de humano pode estar ocultando uma afecção-jaguar. *Multitudes*, v. 24, 2006. Disponível em: <<http://multitudes.samizdat.net/Uma-figura-de-humano-pode-estar>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

CLASTRES, Hélène. **La terre sans mal**: le prophétisme tupi-guarani. Paris: Seuil, 1975.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

_____. **A sociedade contra o estado**. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

_____. **Chronique des indiens guayaki**. Paris: Plon, 2000.

_____. **Le grand parler**: mythes et chants sacrés des indiens guarani. Paris: Seuil, 1974.

CUNHA, Manuela Carneiro da; CASTRO, Eduardo Viveiros de. Vingança e temporalidade: os Tupinambá. **Journal de la Société des Américanistes de Paris**, v. 71, p. 191-208, 1985.

DELEUZE, Gilles. O devir revolucionário e as criações políticas: entrevista a Toni Negri. **Novos Estudos**, 28, outubro de 1990.

_____. **Pourparlers 1972-1990**. Paris: Minuit, 2003.

_____. Prefácio: três problemas de grupo. In: GUATTARI, Félix. **Psicanálise e transversalidade**. Aparecida: Ideias e Letras, 2004. p. 7-19.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mille plateaux**. Paris: Minuit, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

GARCÍA LINERA, Álvaro. Indianismo y marxismo: el desencuentro de dos razones revolucionarias. **Cadernos CLACSO**, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/cuadernos/br/dos.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Marxismo y mundo agrario. In: STEFANONI, Pablo (Ed.). **La potencia plebeya**: acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia. Buenos Aires: Prometeo/Clacso, 2008. p. 23-51.

GOLDMAN, Márcio. Alteridade e experiência: antropologia e teoria etnográfica. **Etnográfica**, v. 10, n. 1, p. 161-173, 2006b.

GOLDMAN, Márcio. **Como funciona a democracia**: uma teoria etnográfica da política. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2006a.

GRAEBER, David; LANNA, Marcos. Comunismo ou comunalismo?: a política e o 'ensaio sobre o dom'. **Revista de Antropologia**, São Paulo, Ed. USP, v. 48, n. 2, p. 501-23, 2005.

GUATTARI, Félix. A transversalidade. In: GUATTARI, Félix. **Revolução molecular**: pulsações políticas do desejo. Tradução de Suely Rolnik. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 88-105.

HOBBSAWM, Erick. Introdução. In: MARX, Karl. **Formações econômicas pré-capitalistas**. Tradução de João Maia. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

JULLIEN, François. **De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures**. Paris: Fayard, 2008.

LENIN. **L'état et la révolution**. Paris: Editions Sociales, 1972.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mythologiques: du miel aux cendres**. v. 2. Paris: Plon, 1966.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mythologiques: le cru et le cuit**. v. 1. Paris: Plon, 1964.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mythologiques: l'homme nu**. v. 4. Paris: Plon, 1971.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mythologiques: l'origine des matières de table**. v. 3. Paris: Plon, 1968.

LÉVI-STRAUSS, Claude; ERIBON, Didier. **De perto e de longe**. Tradução de Julieta Leite e Léa Mello. São Paulo: Cosac & Naify, 2005.

LIMA, Tânia Stolze; GOLDMAN, Márcio. Prefácio. In: CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 7-20.

LOUREIRO, Isabel. **Rosa Luxemburg: os dilemas da ação revolucionária**. São Paulo: Ed. Unesp, 2004.

LÖWY, Michael. **A teoria da revolução no jovem Marx**. Tradução de Anderson Gonçalves. Petrópolis: Vozes, 2002.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: avertissement d'incendie: une lecture des "thèses sur le concept d'histoire"**. Paris: PUF, 2001.

LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia: o romantismo na contramão da modernidade**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1995.

MANDEL, Ernest (Org.). **Control obrero, consejos obreros, autogestión (antología)**. México: Era, 1977.

MARIÁTEGUI, José Carlos. **Por um socialismo indo-americano**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ. 2005.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl. Débats sur la loi relative au vol de bois. In: LASCOUMES, Pierre; ZANDER, Hartwig. **Marx**: du “vol de bois” à la critique du droit. Paris: PUF, 1984. (Édition critique de “Débats sur la loi relative au vol de bois” et “Justification du correspondant de la Moselle”).

_____. **Formações econômicas pré-capitalistas**. Tradução de João Maia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. **Le capital** (Livre Premier). Paris: PUF, 2006.

_____. **O 18 brumário e cartas a Kugelmann**. 6. ed. Tradução de Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. Réponse à Vera Zasulich. In: RUBEL, Maximilien (Org.). **Oeuvres IV**. Paris: La Pléiade, 1994. p. 1.557-1.558.

_____. The civil war in France. In: DRAPER, Hal (Org.). **Writings on the Paris commune**. Nova Iorque: Monthly Review Press, 1971. p. 51-101.

_____. The ethnological notebooks of Karl Marx: studies of Morgan, Phear, Maine, Lubbock. In: KRADER, Lawrence (Org.). **The ethnological notebooks of Karl Marx**: studies of Morgan, Phear, Maine, Lubbock. Assen (The Netherlands): Van Gorcum, 1974. p. 94-351.

_____. The future of british rule in India. In: AVINERI, Shlomo. (Org.). **Karl Marx on colonialism and modernization**: his dispatches and other writings on China, India, Mexico, the middle east and north Africa. New York: Anchor, 1969. p. 132-139.

MORGAN, Lewis Henry. **Ancient society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1964.

NOVAES, Aduino (Org.). **A outra margem do ocidente**. Brasília: FUNARTE/MINC, 1999.

PAJON, Alexandre. Claude Lévi-Strauss: d'une métaphysique socialiste à l'ethnologie (I). **Gradhiva**, n. 28, p. 33-45, 2000.

_____. Claude Lévi-Strauss: d'une métaphysique socialiste à l'ethnologie (II). **Gradhiva**, n. 29, p. 1-23, 2001.

PERRONE-MOISÉS, Leyla. **Fernando Pessoa: aquém do eu, além do outro**. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

ROSEMONT, Franklin. Karl Marx and the Iroquois. In: **Arsenal**. Chicago: Black Swan, 1989.

SHANIN, Teodor (Org.). **Late Marx and the russian road: Marx and "the peripheries of capitalism"**. New York: Monthly, 1983.

SANTOS, Laymert Garcia dos. **Polítizar as novas tecnologias**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

SKIRDA, Alexandre. **Les anarchistes russes, les soviets et la révolution de 1917**. Paris: Les Éditions de Paris, 2000.

STENGERS, Isabelle. **Au temps des catastrophes: résister à la barbarie qui vient**. Paris: La Découverte, 2009.

SZTUTMAN, Renato (Org.). **Eduardo Viveiros de Castro**. Rio de Janeiro: Azougue, 2008. (Coleção Encontros).

SZTUTMAN, Renato. Religião nômade ou germe do estado? Pierre e Hélène Clastres e a vertigem tupi. **Novos Estudos**, Ed. CEBRAP, n. 83, p. 129-157, 2009.

TRAGTENBERG, Maurício. **Reflexões sobre o socialismo**. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.

ZIBECHI, Raúl. **Dispersar el poder**: los movimientos como poderes antiestatales.
Buenos Aires: Tinta Limón, 2006.

Submissão em: maio de 2011
Pareceres favoráveis em: junho de 2011

O Estado Plurinacional na América Latina como uma Construção do Poder Popular: a transição para a democracia popular na América Latina

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES*

* Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e UFMG. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador do projeto PAPIIT do Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México.

1 INTRODUÇÃO: ORIGENS

A teoria do poder constituinte, atualizada pela análise da relação entre democracia e constituição, é uma contribuição importante para se pensar a permanente conexão e tensão entre Constituição – como pretensão de segurança, permanência e garantia de direitos – e Democracia – como transformação social e conquista de novos direitos históricos. O poder constituinte originário, como um elo extremo entre democracia e segurança, é o reconhecimento da possibilidade/necessidade de revolução. O Direito democrático não pode ficar distante, ou ignorar a possibilidade de revolução como processo radical e democrático de transformação social. O Direito deve estar próximo, permanentemente, à democracia. A Constituição significa a segurança de que a democracia, enquanto processo criador de transformação, não se perderá em lutas incessantes de poder, e logo no risco do autoritarismo ou totalitarismo. Neste sentido, o poder constituinte originário deve ser este elo entre democracia e Constituição no momento mais radical de transformação social: a ruptura revolucionária com a Constituição antiga para a construção de um novo sistema democrático e também constitucional.

Neste ensaio, busca-se explicar esta ligação entre democracia e Constituição na História Moderna. Será revisitada a teoria do poder constituinte para, então, vislumbrarem-se os novos caminhos do Estado Plurinacional na América Latina, especialmente nas novas Constituições democráticas e plurais da Bolívia e Equador.

Os processos de transformação democrática, fundados em uma nova experiência constitucional, podem apontar para uma nova Teoria da Constituição que reconheça uma nova função para a Constituição, agora não mais no seu papel de reação às mudanças não permitidas, mas sim, de instrumento, que coloca as instituições e leis, a favor das transformações democráticas populares ou, em outras palavras, nas transformações efetivamente democráticas.

2 DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO

O Constitucionalismo não nasceu democrático. Nascido na forma liberal, o constitucionalismo visava à construção de um espaço de segurança jurídica e de proteção da esfera de decisão individual. Segurança, propriedade privada e privacidade são as palavras que identificam o constitucionalismo liberal. Assim como o constitucionalismo não nasceu democrático, os direitos fundamentais declarados nas Constituições liberais eram para poucos. Os direitos políticos eram assegurados apenas para homens,

proprietários e ricos.

Dentro do conceito da época, a Constituição seria incompatível com a democracia majoritária uma vez que a Constituição visava proteger ao direito e à vontade de cada indivíduo, enquanto a democracia representaria a vontade do coletivo majoritário sobre o minoritário e logo sobre a vontade individual.

A fusão entre democracia e Constituição ocorreu apenas na segunda metade do século XIX, quando então, por força dos movimentos operários e dos partidos de esquerda, conquistou-se primeiramente o voto igualitário masculino, para depois de algum tempo, gradualmente, conquistar-se o sufrágio universal com o voto igualitário e o fim da discriminação, jurídica, de gênero. Esta relação entre democracia e Constituição trouxe a noção de “democracia com segurança” que se transformou com o tempo, na ideia de que, a vontade da maioria tem limites de decisão estabelecidos na obrigatoriedade de respeitar os direitos das minorias e no núcleo duro de qualquer Constituição: os direitos fundamentais.

Entretanto, a tensão entre Constituição e democracia não acabou, e nem poderia: Constituição ainda significa segurança e pretensão de permanência, enquanto democracia significa mudança e, portanto, risco.

Democracia é risco, uma vez que é expressão da vontade das pessoas em sociedade. A raça humana é um ser histórico, em permanente processo de transformação. Transformam-se as sociedades permanentemente, como fruto da busca incessante. Só uma ditadura (mesmo que travestida de outros sistemas muitas vezes até mesmo chamados de democracias) pode ter pretensão de permanência conservadora.

Logo, é fácil concluir que, mesmo democráticas, as Constituições como limitadoras e conformadoras, mesmo sofrendo mutações interpretativas e mudanças formais de seu texto, serão sempre, em algum momento, superadas pela dinâmica social-histórica. Daí a existência do poder constituinte originário como poder de ruptura democrática. Este é o momento em que a democracia rompe com uma ordem que não mais responde socialmente, para então, democraticamente, estabelecer outro sistema constitucional. Este é sempre um momento de risco, pois é o momento em que a democracia se desprende da Constituição, desprende-se dos limites jurídicos, para logo estabelecer novos limites, em um novo processo constituinte originário, diante do risco de que, à falta de limites, transforme esta vontade criadora livre em uma ditadura da maioria.

3 O PODER CONSTITUINTE

A diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Legislativo ordinário ganhou ênfase e concretização na Revolução Francesa, quando os Estados Gerais, por solicitação do Terceiro Estado, proclamaram-se como Assembleia Nacional Constituinte, sem nenhuma convocação formal.

Na França revolucionária (1789), foram superadas as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder, afirmando a partir de então que a nação, o povo (seja diretamente ou por meio de uma assembleia representativa), era o titular da soberania, e, por isso, titular do Poder Constituinte. Entendia-se, então, que a Constituição deveria ser a expressão da vontade do povo nacional, a expressão da soberania popular. Ideias que podem parecer um pouco românticas ou artificiais em uma construção teórica transdisciplinar contemporânea.

Pode-se dizer que as dificuldades (ou impossibilidade) contemporâneas para afirmar a existência de uma (única) vontade popular, em sociedades de extrema complexidade, são bem maiores hoje que no passado. Entretanto, sempre estiveram presentes no Estado moderno. Por mais democrático que tenha sido qualquer poder constituinte, encontram-se no complexo jogo de poder por trás da assembleia constituinte, aqueles que têm a capacidade ou possibilidade de impor seus interesses com mais força do que outros.

Pode-se dizer que a elaboração geral da teoria do Poder Constituinte nasceu, na cultura europeia, com Siéyès, pensador francês do século XVIII. A concepção de soberania nacional na época, assim como a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos como poderes derivados do primeiro, são contribuições desta teoria.

Siéyès afirmava que objetivo ou o fim da Assembleia representativa de uma nação (a ideia de nação aí aparece como algo maior que o povo, diferente da ideia de povo como aqueles que se sentem parte do Estado nacional desenvolvida em outro momento) não pode ser outro do que aquele que ocorreria se a própria população pudesse se reunir e deliberar no mesmo lugar. Ele acreditava que não poderia haver tanta insensatez a ponto de alguém, ou um grupo, na Assembleia geral, afirmar que os que ali estão reunidos devem tratar dos assuntos particulares de uma pessoa ou de um determinado grupo (SIÉYÈS, 1986, p. 141-142).

4 A AMPLITUDE DO PODER CONSTITUINTE

Encontram-se em diversas obras clássicas do constitucionalismo nacional e estrangeiro como, por exemplo, em Ferreira (1983, p. 51), a afirmativa de que o Poder Constituinte é o poder de criar, emendar e revisar a Constituição. Entre muitos clássicos, podem-se destacar Walter Dodd, Kelsen, Hauriou entre muitos, os que concordam com a afirmativa anterior. Entre os que discordam, afirmando que o Poder constituinte será apenas aquele que cria a Constituição, encontram-se, entre outros, Schmitt, Heller, Recaséns Siches e Carl Friedrich.

A importância desta discussão teórica, aparentemente de menor valor, reside no fato de as fundamentações teóricas da força do poder de reforma (por meio de emenda e revisão). Alguns autores tendem a admitir força igual ao poder originário, em algumas circunstâncias, fazendo com que os limites materiais, circunstanciais, formais e temporais, praticamente desapareçam.

O problema central desta discussão é a segurança que a Constituição deve oferecer às relações jurídicas. Se se admitir a compreensão de que o poder de reforma pode tudo, chegar-se-á a uma situação de insegurança grande, pois maiorias qualificadas no parlamento poderiam quase tudo. É óbvio que o simples fato de se chamar o poder de reforma de poder constituinte derivado, não é o bastante para lhe oferecer tal força, mas é importante que isto fique claro.

Pode-se acrescentar, ainda, que a tese de que não será mais necessário um poder constituinte originário, que à época das revoluções acabou, que chega-se aos sistema possível, natural ou outras bobagens como a tese do fim da história, ajudam a sustentar uma maior amplitude do poder constituinte derivado (o poder de reforma) sempre nas mãos dos representantes. Por sua vez, estes representantes são escolhidos pelo voto, em sistemas partidários em que as opções de escolha efetiva (por alguma coisa diferente) são cada vez mais reduzidas (ou inexistentes em muitos casos) e o resultado das eleições cada vez mais condicionado por aparelhos ideológicos poderosos e sofisticados liderados por uma imprensa privada extremamente concentrada e descaradamente mentirosa e manipuladora.

Importante notar que muitos dos autores clássicos acima citados, ao negar a amplitude maior do poder constituinte, incluindo o poder de reforma como poder constituinte derivado, não tinham sempre a intenção de preservar a Constituição, preservando com isto a

segurança jurídica e os direitos fundamentais diante de maiorias autoritárias ou sem limites. Esta é a questão central que nos interessa.

Lembrando as palavras de Dantas (1978, p. 33),

O Poder Constituinte interessa à Sociologia, especificamente a Sociologia do Direito e a Sociologia Política, em virtude de ser um Poder de Fato, e não um Poder de Direito, espécie em que se enquadram os poderes constituídos, inclusive o chamado Poder de Reforma, erroneamente denominado Poder constituinte derivado.

Seguindo esta linha de raciocínio, e buscando na Sociologia elementos essenciais para a compreensão do fenômeno constituinte, pode-se afirmar que, embora o poder constituinte originário não tenha limites no ordenamento jurídico positivo com o qual ele está rompendo, este poder sofre, de maneira clara e inegável, limitações de caráter social, cultural e forte influência do jogo de forças econômicas, sociais e políticas no momento da elaboração da Constituição.

Talvez seja necessária, neste ponto, uma diferenciação importante: o que são os limites legítimos de ação da assembleia constituinte decorrentes das influências dos diversos grupos de interesse presentes numa sociedade complexa e que são elementos legitimadores e democráticos do processo constituinte, desde que manifestos de forma livre e dialógica na relação entre sociedade e representantes constituintes, e os limites ilegítimos, não democráticos, decorrentes de influências do poder econômico no processo eleitoral de escolha dos representantes por meio do abuso do poder econômico e de pressão econômica ou outras formas não democráticas, puramente corporativas, sobre o processo de votação na assembleia constituinte. Convém lembrar que estas formas ilegítimas sempre estiveram presentes nos Estados de economia capitalista com maior ou menor influência, pois são decorrentes da própria lógica do jogo capitalista, inerente a este sistema econômico. O que resta fazer é desenvolver mecanismos que permitam diminuir as influências que Siéyès já mencionava como ilegítimas (e improváveis) pois decorrentes de pequenos grupos egoístas que querem impor seus interesses perante a maioria e perante todos os outros grupos de interesse de maneira não equilibrada e ilegítima (não se vai, também, acreditar nesta inocência de Siéyès que não era nenhum democrata).

Alguns autores entendem que o poder constituinte originário é o momento de passagem do poder ao Direito. É inegável que o poder constituinte originário é o momento maior de ruptura da ordem constitucional, em que o poder de fato que se instala, forte o suficiente

para romper para com a ordem estabelecida, é capaz de construir uma nova ordem sem nenhum tipo de limite jurídico positivo na ordem com a qual está rompendo.

Se se entender o Direito como sendo sinônimo de lei positiva, posto pelo Estado, o poder constituinte originário será apenas um poder de fato. E é justamente neste ponto que reside sua força. É claro que não se reduz o Direito nesta perspectiva legalista já ultrapassada, que reduz o Direito à regra, transformando a construção do Direito em uma simples aplicação da receita pronta da lei ao caso concreto.

Importante entender a força do poder constituinte originário como poder de fato, capaz de romper para com a ordem vigente, sendo, portanto, um poder ilegal e inconstitucional em relação à ordem com a qual este poder rompe. E pela qual não se limita. Desta forma, o que legitima o poder constituinte originário é o fato de expressar uma inequívoca vontade popular radicalmente democrática, revolucionariamente democrática.

Esta afirmativa contém à essência da segurança que busca o constitucionalismo moderno: a Constituição, na sua essência, deve ser tão forte e perene que nenhum poder constituído pode romper com seus fundamentos e estrutura. Somente um poder social mais forte, porque representando a força democrática da vontade histórica do povo, pode romper com a Constituição para, então, criar uma nova Constituição. O poder originário nasce da revolução e nem mesmo a Constituição poderá segurá-lo, uma vez que é o poder de transformação social da própria história.

Neste recurso do Direito Constitucional ao poder social, ao poder de fato, transformador e histórico reside sua própria segurança, contra maiorias temporárias parlamentares que queiram transformar toda a Constituição, escrevendo uma nova, procurando se legitimar no voto que elegeu os representantes. A proteção contra o autoritarismo da maioria reside na exigência de poder social irresistível, única justificativa para a ruptura constitucional. Defensores de tese contrária procuram desenvolver mecanismos meramente representativos evitando muitas vezes os mecanismos consultivos como os plebiscitos e referendos (quando estes não estão sob o seu controle) para justificar uma alteração radical do texto constitucional, que afete seus princípios fundamentais, criando na verdade uma nova Constituição. Estes mecanismos podem ser verdadeiros golpes contra a segurança jurídica, que como disse, só pode ser rompida pela força social irresistível que não se expressa em meras representações, pois quinhentos não podem o que só milhões poderão.

Pode-se afirmar, entretanto, que estes milhões podem ser ouvidos em plebiscitos, mas como proteger estes milhões da força de manipulação da propaganda na construção de uma falsa vontade popular? Por isto, nada pode substituir a mobilização popular fundada em uma democracia dialógica permanente, única justificativa para rupturas constitucionais profundas.

Apenas os processos democráticos dialógicos com ampla mobilização popular podem justificar uma ruptura, que sendo fato irresistível se afirma com força, mas não de forma ilimitada. O Direito não se encontra apenas no texto positivado, ou na decisão judicial, mas latente na ideia de justiça dialogicamente compartilhada em processos democráticos de transformação social, e será esta compreensão dialogicamente construída em uma sociedade, em um determinado momento histórico, capaz de legitimar o Direito e suas transformações, incluindo as rupturas constitucionais.

O Poder constituinte originário só será legítimo se sustentado por amplo processo democrático dialógico que ultrapasse os estreitos limites da representação parlamentar. O poder constituinte originário tem que se sustentar nos diversos processos participativos expressos pelos movimentos sociais populares para além das instituições formais representativas (Legislativo e Executivo) ou não (Judiciário).

Portanto, pode-se concluir que este poder de fato será também de Direito, se efetivamente democrático, entendendo-se democrático, como um processo dialógico amplo que envolva o debate dos mais variados interesses e valores da sociedade em um determinado estado.

Não há dúvida que a vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos, que permitam que o processo de elaboração da Constituição assim como de sua reforma, seja aberto à ampla participação popular, não apenas por meio de diálogo com os representantes eleitos, mas por meio de legítima mobilização e pressão dos movimentos sociais.

Este poder será democrático na medida em que o processo constituinte sirva como arena privilegiada de demonstração dos grandes temas nacionais, para que, a partir daí, seja possível que as manifestações do jogo de forças sociais seja legitimamente exercido. É fundamental para isto que o poder de manipulação do *marketing* político, da propaganda, o poder de pressão econômica seja contido ou melhor, eliminado. Não pode uma minoria nos bastidores se sobrepor à vontade presente nas ruas e no campo.

Este poder constituinte originário democrático se manifestou na América do Sul em 2008 e 2009 na Bolívia e no Equador.

5 O NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO E O ESTADO PLURINACIONAL

A América Latina vem passando por um processo de transformação social democrática importante e surpreendente. Da Argentina ao México, os movimentos sociais vêm se mobilizando e conquistando importantes vitórias políticas (não só eleitorais). Direitos historicamente negados às populações indígenas agora são reconhecidos. Em meio a estes variados processos de transformação social, percebe-se que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes. E a maioria vem somando ao caminho institucional da democracia representativa uma forte democracia dialógica participativa popular.

Algo novo, com força de ruptura com a teoria constituinte moderna (europeia) ocorreu de forma mais radical na Bolívia e no Equador, onde governos eleitos a partir de movimentos populares promulgaram suas novas Constituições. E, com estas, trouxeram um conceito totalmente inovador para o mundo jurídico: o Estado Plurinacional.

Apenas se introduzirá este conceito como fruto de um processo democrático que se iniciou com revoluções pacíficas, com as quais os povos indígenas, finalmente, após quinhentos anos de exclusão radical, reconquistam gradualmente sua liberdade e dignidade.

5.1 O Estado Nacional

Para entender o Estado Plurinacional e seu potencial revolucionário, é necessário entender, antes, o paradigma que se vive há quinhentos anos e que sustentou a afirmação e expansão do capitalismo: o Estado Nacional.

A formação do Estado Moderno, a partir do século XV, ocorre após lutas internas por meio das quais o poder do Rei se afirma perante os poderes dos senhores feudais, unificando o poder interno, unificando os exércitos e a economia, para, então, afirmar este mesmo poder perante os poderes externos, os Impérios e a Igreja. Trata-se de um poder unificador numa esfera intermediária, pois cria um poder organizado e hierarquizado internamente, sobre os conflitos regionais e as identidades existentes anteriormente à

formação do Reino e do Estado Nacional, que surge neste momento, e de outro lado, se afirma perante o poder da Igreja e dos Impérios. Este é o processo que ocorre inicialmente em Portugal, Espanha, França e Inglaterra (VAN CREVALD, 2004; DE LA CUEVA, 1996).

Destes fatos históricos decorre o surgimento do conceito de uma soberania em duplo sentido: a soberania interna, a partir da unificação do Reino sobre os grupos de poder representados pelos nobres (senhores feudais), com a adoção de um único exército subordinado a uma única vontade; a soberania externa, a partir da não submissão automática à vontade do Papa e ao poder imperial (multiétnico e descentralizado).

Um problema importante surge neste momento, fundamental para o reconhecimento do poder do Estado, pelos súditos inicialmente, mas que permanece para os cidadãos no futuro Estado constitucional: para que o poder do Rei (ou do Estado) seja reconhecido, este Rei não pode se identificar particularmente com nenhum grupo étnico interno. Os diversos grupos de identificação pré-existentes ao Estado Nacional não podem criar conflitos ou barreiras intransponíveis de comunicação, pois ameaçarão a continuidade do reconhecimento do poder e do território deste novo Estado soberano. Assim, a construção de uma identidade nacional se torna fundamental para o exercício do poder soberano.

Desta forma, se o Rei pertence a uma região do Estado, que tem uma cultura própria com a qual, claramente, ele se identifica, dificilmente um outro grupo, com outras características, com outra identidade, reconhecerá o seu poder. Assim, a tarefa principal deste novo Estado é criar uma nacionalidade (conjunto de valores de identidade) por sobre as identidades (ou pode-se falar mesmo em nacionalidades) pré-existentes.¹ A unidade da Espanha ainda hoje está, entre outras razões, na capacidade do poder do Estado em manter uma nacionalidade espanhola por sobre as nacionalidades pré-existentes (galegos, bascos, catalães, andaluzes, castelhanos, valencianos, entre outros). O dia em que estas identidades regionais prevalecerem sobre a identidade espanhola, o Estado espanhol estará condenado à dissolução. Como exemplo, pode-se citar a fragmentação

¹ Utilizam-se neste texto as palavras identidade e identificações quase como sinônimos, ou seja, uma identidade se constrói a partir da identificação de um grupo com determinados valores. Importante lembrar que o sentido destas palavras é múltiplo em autores diferentes. Pode-se adotar o sentido de identidade como um conjunto de características que uma pessoa tem e que permitem múltiplas identificações sendo dinâmicas e mutáveis. Já a ideia de identificação se refere ao conjunto de valores, características e práticas culturais com as quais um grupo social se identifica. Nesse sentido, não se poderia falar em uma identidade nacional ou uma identidade constitucional, mas, sim, em identificações que permitem a coesão de um grupo. Identificação com um sistema de valores ou com um sistema de direitos e valores que o sustentam, por exemplo.

da Iugoslávia entre vários pequenos Estados independentes (estados étnicos) como a Macedônia, Sérvia, Croácia, Montenegro, Bósnia, Eslovênia e, em 2008, o impasse com Kosovo.

Portanto, a tarefa de construção do Estado Nacional (do Estado Moderno) dependia da construção de uma identidade nacional. Ou, em outras palavras, 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, do soberano. Assim, na Espanha, o rei castelhano agora era espanhol, e todos os grupos internos também deveriam se sentir espanhóis, reconhecendo assim a autoridade do soberano.

Este processo de criação de uma nacionalidade dependia da imposição e aceitação pela população, de valores comuns. Quais foram inicialmente estes valores? Um inimigo comum (na Espanha do século XV, os mouros, o império estrangeiro), uma luta comum, um projeto comum e, naquele momento, o fator fundamental unificador: uma religião comum. Assim, a Espanha nasce com a expulsão dos muçulmanos e, posteriormente, judeus. É criada na época uma polícia da nacionalidade: a santa inquisição. Ser espanhol era ser católico e quem não se comportasse como um bom católico era excluído.

A formação do Estado Moderno está, portanto, intimamente relacionada com a intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites. O Estado Moderno nasce da intolerância com o diferente, e dependia de políticas de intolerância para sua afirmação. Até hoje se assiste ao fundamental papel da religião nos conflitos internacionais, a intolerância com o diferente. Mesmo Estados que constitucionalmente aceitam a condição de Estados laicos têm, na religião, uma base forte de seu poder: o caso mais assustador é o dos Estados Unidos, divididos entre evangélicos fundamentalistas de um lado e protestantes liberais de outro lado. Isto repercute diretamente na política do Estado, nas relações internacionais e nas eleições internas. A mesma vinculação religiosa com a política dos Estados pode-se perceber em uma União Europeia cristã que resiste à aceitação da Turquia e convive com o crescimento da população muçulmana europeia.

O Estado Nacional marca a modernidade. Estado este que, mais tarde, no século XVIII, se transformará em um Estado constitucional.

Fundamental a compreensão de que, sem o Estado Moderno, o capitalismo, com a sua classe burguesa, não prosperaria. Não haveria capitalismo sem a uniformização das

subjetividades no espaço territorial, inicialmente do Estado, assim como são fundamentais para a afirmação desta economia a existência de um exercito nacional (que invadirá territórios, subjugando povos para extrair suas riquezas). Outras invenções modernas são também essenciais para o desenvolvimento da economia capitalista: as moedas nacionais; os bancos nacionais; a polícia nacional (para controlar, vigiar e punir os excedentes necessários ao sistema, durante um bom tempo)²; a uniformização do Direito de Família e do Direito de Propriedade e, com isto, a uniformização de comportamentos familiares e comerciais; a imposição de um idioma, uma religião para a normalização de comportamentos; e para a exclusão daqueles que resistem a esta uniformização, os presídios e manicômios; a burocracia estatal, a Igreja oficial, a escola, o idioma oficial e outros dispositivos que serão desenvolvidos com as transformações do Estado, da sociedade e da economia moderna.

Na América Latina, os Estados Nacionais se formaram pelos e para os descendentes dos invasores europeus, a partir das lutas pela independência no decorrer do século XIX. Um fator comum nestes Estados é o fato de que, quase invariavelmente, foram Estados construídos para uma parcela minoritária da população, situação que não interessava para as elites econômicas e militares que a maior parte da população se sentisse integrante, se sentisse parte de Estado. Desta forma, em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos), assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer ideia de nacionalidade. O Direito não era para estas maiorias; a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais.

De forma diferente da Europa, aonde foram construídos Estados Nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelos Estados, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais. Era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos indígenas, que não existissem: milhões foram mortos.

Neste sentido, as revoluções da Bolívia e do Equador, seus poderes constituintes democráticos, fundam um novo Estado, capaz de superar a brutalidade dos Estados Nacionais nas Américas e romper com as bases uniformizadoras do Direito de Propriedade e de Família que sustentam o capitalismo: o Estado Plurinacional, democrático e popular.

² Hoje não é mais necessário um excedente de mão de obra. O capitalismo atual produz uma massa crescente de desnecessários. Estas pessoas não servem para ser exploradas, não servem nem mesmo como reserva de mão obra. São grandes incômodos que ocupam espaços de total anomia e barbárie.

Nunca na América se teve tantos governos democráticos populares como neste surpreendente século XXI. O importante é que estes governos não são apenas democráticos representativos, mas, fortemente participativos, dialógicos.

Uma ideia nova, neste processo, chama a atenção: o Estado Plurinacional das Constituições do Equador e da Bolívia.

4.2 O Estado Plurinacional

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado Nacional, no qual todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na Constituição nacional em termos de Direito de Família, Direito de Propriedade e sistema econômico entre outros aspectos importantes da vida social. Como se viu anteriormente, o Estado Nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa.

A partir da constitucionalização e sua lenta democratização (em geral, ainda de bases liberais meramente representativas e pouco representativas) não se poderia mais admitir a construção da identidade nacional com base em uma única religião que uniformizasse o comportamento no plano econômico (Direito de Propriedade) e no plano familiar. Tornou-se necessário construir uma outra justificativa e um outro fator agregador que permitisse que os diversos grupos sociais presentes no Estado Moderno pudessem se reconhecer e a partir daí reconhecer o poder do Estado como legítimo.

A Constituição irá cumprir esta função. Inicialmente não democrático, o constitucionalismo irá uniformizar (junto com o Direito Civil) as bases valorativas desta sociedade nacional, criando um único Direito de Família e um único regime de propriedade que sustentaria o sistema econômico. Isto ocorreu em qualquer dos tipos constitucionais capitalistas, seja liberal seja social-democrata.

A uniformização de valores e comportamentos, especialmente na família e na forma de propriedade, exclui radicalmente grupos sociais (étnicos e culturais) distintos que, ou se enquadram ou são jogados, aos milhões, para fora desta sociedade constitucionalizada (uniformizada). O destino destes povos é a alienação, o acultramento e perda de raízes acompanhado da miséria, presídios e manicômios.

A lógica do Estado nacional, agora constitucionalizado e mesmo “democratizado”, sustenta esta uniformização. A ideologia que justifica tudo isto é a existência de um suposto “pacto

social” ou “contrato social”, ou qualquer outra ideia que procura identificar nas bases destas sociedades americanas um suposto acordo uniformizador, como se as populações originárias tivessem aberto mão de sua história e cultura para assumir o Direito de Família e o Direito de Propriedade do invasor europeu, que continuou no poder com seus descendentes brancos e mestiços a partir dos processos de independência no século XIX.

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado Nacional constitucional e “democrático” representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa e dialógica como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

Nas palavras de Almeida (2008, p. 21) sobre o processo de construção do Estado Plurinacional no Equador, “Sin embargo, no se toma en cuenta que los grupos étnicos no luchan simplemente por parcelas de tierras cultivables, sino por un derecho histórico. Por lo mismo se defienden las tierras comunales y se trata de preservar las zonas de significado ecológico-cultural.”.

Certamente este Estado joga por terra o projeto uniformizador do Estado Moderno que sustenta a sociedade capitalista como sistema único fundado na falsa naturalização da família e da propriedade e mais tarde da economia liberal.

Continua Almeida (2008, p. 19):

Al funcionar el Estado como representación de una nación única cumple también su papel en el plano ideológico. La privación de derechos políticos a las nacionalidades no hispanizadas lleva al desconocimiento de la existencia misma de otros pueblos y convierte al indígena en víctima del racismo. La ideología de la discriminación, aunque no es oficial, de hecho está generalizada en los diferentes estratos étnicos. Esto empuja a muchos indígenas a abandonar su identidad y pasar a formar filas de la nación ecuatoriana aunque, polo general, en su sectores más explotados.

A Constituição da Bolívia, na mesma linha de criação de um Estado Plurinacional, dispõe sobre a questão indígena em cerca de 80 dos 411 artigos. Pelo texto, os 36, “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da invasão dos europeus), passam a ter participação ampla efetiva em todos os níveis do poder estatal e na economia. Com a aprovação da nova Constituição, a Bolívia passou a ter uma cota para parlamentares oriundos dos povos indígenas, que também passarão a ter propriedade exclusiva sobre os recursos florestais e direitos sobre a terra e os recursos hídricos de suas comunidades. A Constituição estabelece a equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país. Cada comunidade indígena poderá ter seu próprio “tribunal”, com juízes eleitos entre os moradores. As decisões destes tribunais não poderão ser revisadas pela Justiça comum.

Outro aspecto importante é o fato da descentralização das normas eleitorais. Assim, os representantes dos povos indígenas poderão ser eleitos a partir das normas eleitorais de suas comunidades.

A Constituição ainda prevê a criação de um Tribunal Constitucional plurinacional, com membros eleitos pelo sistema ordinário e pelo sistema indígena.

A nova Constituição democrática transforma a organização territorial do país. O novo texto prevê a divisão em quatro níveis de autonomia: o departamental (equivalente aos Estados brasileiros), o regional, o municipal e o indígena. Pelo projeto, cada uma dessas regiões autônomas poderá promover eleições diretas de seus governantes e administrar seus recursos econômicos.

O projeto constitucional avança ainda na construção do Estado Plurinacional ao acabar com a vinculação do Estado com a religião (a religião católica ainda era oficial) transformando a Bolívia em um Estado laico (o que o Brasil é desde 1891).

Outro aspecto importante é o reconhecimento de várias formas de constituição da família.

Além de importante instrumento de transformação social, garantia de direitos democráticos, sociais, econômicos plurais, e pessoais diversos, a Constituição da Bolívia é um modelo de construção de uma nova ordem política, econômica e social internacional. É o caminho para se pensar em um Estado democrático e social de direito internacional.

Citando, novamente, Almeida:

En contra de los que podría pensarse, el reconocimiento de la especificidad étnica no fracciona la unidad de las fuerzas democráticas que se alinean en contra del imperialismo. Todo lo contrario, mientras más se robustezca la conciencia nacional de los diferentes grupos, más firme será la resistencia al imperialismo bajo cualquiera de sus formas (genocidio, imposición política, religiosa o cultural) y, sobre todo, la explotación económica.

A América Latina (melhor agora a América Plural ou Indo-afro-latino-américa), que nasce renovada nestas democracias dialógicas populares, redescobre-se também indígena, democrática, economicamente igualitária e social e culturalmente diversa, plural. Em meio à crise econômica e ambiental global, que anuncia o fim de uma época de violências, fundada no egoísmo e na competição, a América anuncia finalmente algo de novo, democrático e diverso, capaz de romper com a intolerância unificadora e violenta de quinhentos anos de Estado Nacional.

6 UMA NOVA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA PLURINACIONAL - A DEMOCRACIA CONSENSUAL

6.1 Democracia “Versus” Constituição

Comentou-se, anteriormente, que o constitucionalismo moderno não nasceu democrático e o seu processo de transformação e lenta democratização ocorreram por força dos movimentos sociais do século XIX, especialmente o movimento operário, os sindicatos e a constituição dos partidos políticos vinculados às reivindicações e lutas operárias.

Viu-se que a função primeira de uma Constituição liberal era de oferecer segurança aos homens proprietários, e esta segurança era conquistada pela pretensão de permanência e superioridade da Constituição, o que geraria estabilidade social e econômica para o desenvolvimento dos negócios dos homens proprietários.

Ao contrário da Constituição, democracia significa transformação, mudança, e logo risco. Uma pergunta é necessária neste momento: por que democracia significa transformação, mudança?

A dicotomia entre segurança e risco, estabilidade e mudança, é uma dicotomia ocidental, que se encontra na raiz das vidas modernas. Ao contrário de uma perspectiva contraditória

cultural entre busca do novo (risco) e busca de segurança, a transformação é, talvez, inerente a toda a forma de vida conhecida. Todo o universo de vida que se conhece está em permanente processo de transformação. O próprio universo está em processo de expansão e transformação permanente. O ser humano, como ser histórico, contextualizado, é um ser em processo de transformação permanente, independentemente de sua vontade. Entretanto, tem-se outra característica essencial: os humanos são seres históricos e logo, vítimas e sujeitos da história.

Pode-se construir a vida e as sociedades com um grau de autonomia racional razoável desde que se conheçam os mais diversos limites (culturais, históricos, biológicos, químicos, físicos, psíquicos, ideológicos, etc.) que atuam na percepção e experimentação do mundo. A partir do conhecimento “psi” descobre-se que o que faz a todos viver, o que coloca todos em pé todos os dias, é a perspectiva de transformação, a busca do novo, o preenchimento de um vazio impossível de ser preenchido. Ainda bem. Logo, uma sociedade livre e democrática, em que os destinos desta sociedade sejam fruto da vontade das pessoas que integram esta mesma sociedade, será uma sociedade em permanente processo de transformação. A sociedade democrática é uma sociedade de risco na medida em que é uma sociedade em mutação permanente.

Tem-se, então, a equação do constitucionalismo “democrático” moderno. A tensão permanente entre democracia e Constituição; entre segurança e risco; mudança e permanência; transformação e estabilidade. A busca do equilíbrio entre estes dois elementos, aparentemente contraditórios, é uma busca constante. Democracia constitucional passa a ser construída sobre esta dicotomia: transformação com segurança; risco minimamente previsível; mudança com permanência.

Importante lembrar que esta teoria, esta tensão entre democracia e Constituição, constrói-se sobre conceitos específicos: Constituição como busca de segurança e, portanto, como limite às mudanças. O papel da Constituição moderna é reagir às mudanças não permitidas. Já a democracia, é entendida como democracia majoritária e representativa.

A base da Teoria da Constituição Moderna se fundamenta sobre esta dicotomia: a Constituição deve oferecer segurança nas transformações decorrentes do sistema democrático representativo majoritário. Como é oferecida esta segurança?

Para que a Constituição tenha permanência, foram criados mecanismos de atualização do texto constitucional: reforma do texto por meio de emendas e revisões. As Emendas

Constitucionais, significando mudança pontual do texto, podem ser aditivas, modificativas ou supressivas. A revisão implica em uma mudança geral do texto. As duas formas de atualização do texto devem ter, sempre, limites, que podem ser materiais (determinadas matérias que não pode ser reformadas em determinado sentido); temporais; circunstanciais (momentos em que a Constituição não pode ser reformada como durante o estado de defesa ou intervenção federal); processuais (mecanismos processuais relativos ao processo de discussão e votação que dificultam a alteração do texto).

Desta forma, a Teoria da Constituição Moderna, procurou equilibrar a segurança com a mudança necessária para que a constituição acompanhe as transformações ocorridas pela democracia representativa majoritária. É justamente esta possibilidade de mudança constitucional com dificuldade (limites) que permite maior permanência da Constituição e, portanto, maior estabilidade do sistema jurídico constitucional.

A Constituição não pode mudar tanto que acabe com a segurança, nem mudar nada o que acaba com sua pretensão de permanência. Daí que não pode a Teoria da Constituição admitir que as mudanças formais, por meio de reformas (emenda ou revisão), sejam tão amplas que resultem em uma nova Constituição. Isto representaria destruir a essência da Constituição moderna: a busca de segurança. De outro lado, a não atualização do texto por meio de reforma, ou ainda, a não transformação da Constituição por meio das mutações interpretativas (interpretações e reinterpretações do texto diante do caso concreto inserido no contexto histórico), pode significar a morte prematura da Constituição destruindo a sua pretensão de permanência e logo, afetando sua essência, a busca de segurança.

Este é o equilíbrio essencial do constitucionalismo moderno “democrático”, considerando democracia enquanto representativa e majoritária, e Constituição enquanto limite e garantia de um núcleo duro imutável, contramajoritário, que protege os direitos fundamentais das maiorias provisórias. É a partir desta lógica que se pode compreender as teorias modernas da constituição.

Permanece ainda uma questão fundamental: como a Constituição não pode mudar tanto que comprometa a segurança e de outra forma, não pode impedir as mudanças (se se pretende democrática) de forma que comprometa sua permanência, haverá sempre uma defasagem entre as transformações da sociedade “democrática” e as transformações da Constituição “democrática”. O que decorre desta equação é o fato inevitável (dentro deste paradigma) de que a sociedade democrática mudará sempre mais e mais rápido do que a Constituição é capaz de acompanhar. E isto não pode ser mudado pois comprometeria

a essência da Constituição e da “democracia” (permanência x transformação; segurança x risco). Assim, inevitavelmente chegará o momento em que a sociedade mudará mais do que a Constituição foi capaz de acompanhar. Neste momento, a Constituição se tornará ultrapassada, superada: é o momento de ruptura. A Teoria da Constituição apresenta uma solução para estes problemas: o poder constituinte originário, soberano, ilimitado do ponto de vista jurídico (e obviamente limitado no que se refere a realidade social, cultural, histórica, econômica).

Este é o momento de ruptura. Entretanto, dentro de uma lógica “democrática” constitucional, esta ruptura só será legítima se radicalmente democrática. Só por meio de um movimento inequivocamente democrático será possível (ou justificável) a ruptura. Além disto, se só uma razão e ação democrática justifica a ruptura com a Constituição, esta ruptura só será legítima se for para, imediatamente, estabelecer uma nova ordem constitucional “democrática”.

Assim, nesta perspectiva teórica constitucional moderna, a democracia só poderá legitimamente superar a Constituição se for, para, imediatamente, elaborar e votar uma nova Constituição “democrática”. A democracia acaba com a Constituição criando uma nova Constituição a qual esta “democracia” se submete. Esta é a lógica histórica do constitucionalismo “democrático” moderno. Ver-se-á, mais adiante, como a democracia consensual plurinacional não hegemônica pode romper com esta lógica. Antes, porém, vai-se discutir um pouco mais a lógica contramajoritária.

6.2 Os Problemas da Democracia Majoritária

O “casamento” entre Constituição e democracia significa, na prática, que existem limites expressos ou não às mudanças democráticas. Em outras palavras, existem assuntos, princípios, temas que não poderão ser deliberados. Há um limite à vontade da maioria. Existe um núcleo duro, permanente, intocável por qualquer maioria. A lógica que sustenta estes mecanismos se sustenta na necessidade de proteger a minoria, todos e cada um, contra majorias que podem se tornar autoritárias, ou que podem desconsiderar os direitos de minorias (que poderão se transformar em majorias). Assim, o constitucionalismo significa mudança com limites, transformação com segurança. Estes limites se tornaram os direitos fundamentais. O núcleo duro de qualquer constituição “democrática” (moderna, “democrática” representativa e majoritária) são os direitos fundamentais.

Assim, os direitos fundamentais construídos historicamente, são protegidos pela Constituição contra maiorias provisórias que em determinados momentos históricos podem ceder a tentações autoritárias. Uma pergunta comum seria a seguinte: pode a população, majoritariamente e livremente, escolher um regime de governo não “democrático”? O exemplo não é pouco comum, mas, geralmente é mal trabalhado. Muitas vezes, a escolha de sistemas que não correspondem ao padrão ocidental de “democracia” é vista como uma escolha não legítima uma vez que nega a “democracia”. Entretanto, o conceito de democracia é diverso, e as formas de organização históricas, assim como as formas de participação e construção da vontade comum em uma sociedade também, o que confere uma maior complexidade a este debate, na maioria das vezes, travado a partir de uma pretensa e falsa universalidade dos conceitos ocidentais.

Mas, voltando à discussão realizada dentro do paradigma moderno de “democracia” constitucional ocidental (europeia), a resposta para a pergunta acima, a partir da compreensão da democracia constitucional, é que, não pode a maioria decidir “democraticamente” contra a “democracia”. A estes mecanismos de proteção às conquistas históricas de direitos, chama-se de mecanismos constitucionais contramajoritários. Em momentos de crise, podem os cidadãos ceder às tentações autoritárias e reacionárias. E a função da Constituição é reagir a estas mudanças não permitidas.

Há uma perspectiva evolucionista linear que sustenta esta tese: a proibição do “retrocesso” parte de uma perspectiva evolutiva muito confortável, e por isto falsa.

Um exemplo claro disto seria, por exemplo, considerar o direito fundamental à propriedade privada como um direito intocável. O retrocesso para alguns liberais seria a tentativa de limitar ou condicionar este direito. É claro que a discussão é contextualizada, e não é tão simples quanto parece. O que é um retrocesso? Sobre qual perspectiva teórico-filosófica pode-se considerar a transformação ou até mesmo a superação de um direito fundamental como um retrocesso ou evolução?

Outro aspecto é necessário ressaltar a respeito da democracia majoritária. O voto, confundido muitas vezes com a própria ideia de democracia é, na verdade, um instrumento de decisão, ou de interrupção do debate, de interrupção da construção do consenso, e logo, um instrumento usado pela “democracia majoritária” para interromper o processo democrático de debate em nome da necessidade de decisão.

Interessante notar que o tempo do debate, da exposição das opiniões está cada vez mais reduzido. Seja no parlamento, seja na sociedade, como mecanismo de “democracia” semidireta, o espaço dedicado ao debate de ideias e propostas se reduz. Cada vez mais cedo, o debate é interrompido pelo voto de maneira que em algumas situações vota-se sem debate como acontece com o surgimento de mecanismos de voto utilizando meios virtuais para a decisão sobre obras no orçamento participativo, por exemplo. O essencial do processo participativo que é o debate foi substituído prematuramente pelo voto. Outro aspecto importante do mecanismo majoritário é o fato de se escolher um argumento, projeto, ideia. A opção por um “melhor” argumento, por um argumento vitorioso por meio do voto pode se constituir em um mecanismo totalitário. Se todo o tempo são as pessoas empurradas a escolher o “melhor”, mesmo que se afirme que o argumento (projeto, ideia, política) derrotada permanecerá vivo, em uma cultura que premia todo o tempo o melhor, o destino do derrotado pode ser, muitas vezes, o esquecimento ou encobrimento. Veja-se que no Poder Judiciário vige a mesma lógica de argumentos vitoriosos e derrotados.

Assim, tanto no Legislativo como no Judiciário, a exposição de argumentos não visa à construção de uma solução comum; mas, sim, a escolha do argumento melhor. A pretensão de vencer o argumento do outro (no Parlamento e no Judiciário) cria uma impossibilidade da construção de um novo argumento a partir do diálogo. O ânimo que inspira os debates no Parlamento e no Judiciário não é, em geral, a busca de uma solução comum, mas a busca da vitória. Logo, perde a racionalidade, que passa a ser comprometida pela emoção da vitória. A política, e mesmo o processo judicial, passa a ser um espaço cada vez mais comprometido com a parcialidade e muitas vezes com a mentira, mesmo que não consciente, algumas vezes. Se o importante é vencer, se o importante é que o melhor argumento vença não há nenhuma disposição para a composição, para ouvir o outro. No lugar de um diálogo direto entre duas perspectivas visando a composição, o aprendizado com o outro, ou a construção de um consenso no qual todos ganhem, no processo majoritário estas perspectivas passam a ser mostradas, apresentadas de forma isolada, de forma a convencer não o outro, mas o juiz final, que se manifestará pelo voto. Este juiz pode ser o povo, em um plebiscito; os representantes no Parlamento ou mesmo o juiz ou juízes em um processo judicial.

O sistema constitucional moderno de Judiciário e democracia representativa majoritária funciona sobre a lógica de uma expressão romana: “Roma Locuta, Causa finita” (Roma falou, causa encerrada). Neste sentido convém lembrar Slavoj Zizek quando nos provoca com a inversão da expressão: “Causa locuta, Roma finita” (ZIZEK, 2011, p. 19). Quando as pessoas enxergarem o que a ideologia do poder hegemônico oculta, este estará acabado.

Mas, por enquanto, “Roma”, o império, continua falando e até agora as causas vão sendo enterradas, provisoriamente caladas, pois permanecem latentes.

A democracia consensual, dialógica e não hegemônica parte de outros pressupostos e outra compreensão do papel da democracia e da Constituição, assim como dos direitos fundamentais.

Veja-se.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia consensual plural do novo constitucionalismo latino-americano.

Uma vez compreendida as bases do constitucionalismo moderno fica mais fácil compreender a alternativa plurinacional de democracia, Constituição e Direitos Fundamentais.

Começa-se pela democracia. Ao contrário da “democracia” moderna essencialmente representativa, a democracia do Estado Plurinacional vai além dos mecanismos representativos majoritários. Não quer dizer que estes mecanismos não existam, mas, sim, que devem ceder espaço crescente para os mecanismos institucionalizados de construção de consensos em espaços não hegemônicos.

A proposta de uma democracia consensual deve ser compreendida com cuidado no paradigma do Estado Plurinacional. Primeiramente, é necessário compreender que esta democracia deve ser compreendida a partir de uma mudança de postura para o diálogo. Não há consensos prévios, especialmente consensos linguísticos, construídos na modernidade de forma hegemônica e autoritária. O Estado Moderno homogeneizou a linguagem, os valores, o direito, por meio de imposição do vitorioso militarmente. A linguagem é, neste Estado Moderno, um instrumento de dominação. Poucos se apoderam da língua, da gramática e dos sentidos que são utilizados como instrumento de subordinação e exclusão. O idioma pertence a todos e não a um grupo no poder. A linguagem, é claro, contém todas as formas de violência geradas pelas estruturas sociais e econômicas. Logo, o diálogo a ser construído entre culturas e pessoas deve ser despido de consensos prévios, construídos por esses meios hegemônicos. Tudo deve ser discutido levando-se em consideração a necessidade de descolonização dos espaços, linguagens, símbolos e

relações sociais, pessoais e econômicas. O diálogo precisa ser construído a partir de posições não hegemônicas, e isto não é só um discurso, mas uma postura.

A partir desta descolonização da linguagem, das instituições e das relações, o diálogo se estabelece com a finalidade de construção de uma nova verdade provisória, um novo argumento. Ninguém deve pretender vencer o outro.

Os consensos construídos são, portanto, sempre, provisórios, não hegemônicos, e não majoritários. A necessidade de decisão não pode superar a necessidade da democracia. Daí, posturas novas precisam ser inauguradas. A postura não hegemônica deve ser seguida por uma postura de construção comum de novos argumentos. Não se trata, portanto, nem da vitória do melhor argumento, nem de uma simples fusão de argumentos, mas de novos argumentos que se constroem no debate. Não é possível compreender uma democracia consensual com os instrumentos, pressupostos e posturas de uma sociedade de competição permanente. A democracia é impossível no capitalismo. Nenhum consenso se pretende permanente, não só pela dinamicidade da vida como pela necessidade de decidir sem que haja um vencedor, ou seja, sem que seja necessária a construção de maiorias.

Compreendidos os mecanismos de construção destes consensos democráticos, não majoritários, não hegemônicos, não hierarquizados, plurais nas perspectivas de compreensão de mundo, pode-se compreender um novo constitucionalismo e uma nova perspectiva para os direitos fundamentais.

Como a democracia implica em mudança, transformação, mas estas mudanças não são construídas por maiorias, mas, sempre, por todos, a Constituição não necessita mais ter um papel de reação a mudanças não autorizadas. Não há a necessidade de mecanismos contramajoritários uma vez que não há mais a vitória da maioria como fator de decisão.

Assim, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como consensos construídos e reconstruídos permanentemente. O Estado e a Constituição, no lugar de reagir às mudanças não previstas ou não permitidas, passam a atuar, sempre, favoravelmente às mudanças desde que estas sejam construídas por consensos dialógicos, democráticos, logo não hegemônicos, plurais, diversos, não hierarquizados e não permanentes.

Trata-se de uma nova compreensão capaz de romper com o paradigma moderno de Estado, Constituição e “democracia”. Um conceito fundamental para se desenvolver e aprofundar a discussão é o de pluralismo epistemológico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ileana. **El estado plurinacional**: valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos. Quito (Ecuador): Abya Yala, 2008.

BADIOU, Alain. **Circonstances, 3**: portées du mot “juif”. Paris: Lignes, 2005.

BADIOU, Alain. **São Paulo**. Tradução de Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2009.

BURDEAU, George; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel, librairie général de droit e jurisprudence**. Paris, 1995.

DANTAS, Ivo. **Poder constituinte e revolução**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.

DE LA CUEVA, Mario. **La idea del estado**. 5. ed. México (DF): Fondo de Cultura Económica/Universidad Autónoma de México, 1996.

DUSSEL, Enrique. **1492**: el encubrimiento del outro: hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz (Bolivia): Plural, 1994.

DUVERGER, Maurice. **Les partis politiques**. Paris: Colin, 1980.

ELEY, Geoff. **Forjando a democracia**: a história da esquerda na Europa, 1850–2000. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Perseu Abramo, 2005.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais de direito constitucional moderno**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

LINERA, Alvaro Garcia. **El estado**. La Paz (Bolivia): Campo de Lucha/Muela Del Diablo, 2010.

LOSURDO, Domenico. **Liberalismo, entre a civilização e a barbárie**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2008.

OLIVÉ, Leon. **Pluralismo epistemológico**. La Paz (Bolivia): Muela Del Diablo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pensar el estado y la sociedad**: desafios actuales. Buenos Aires: Wadhuter, 2009.

SEILER, Daniel-Louis. **Os partidos políticos**. Tradução de Renata Maria Pereira Cordeiro. Brasília: Ed. UnB / São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SIÉYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1986. Título original: *Qui est-ce que le tiers Etat*.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ZIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

Submissão em: fevereiro de 2011
Pareceres favoráveis em: abril de 2011

Un Nuevo Panorama Constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos En México

KARLOS CASTILLA JUÁREZ*

Resumen: A partir del once de junio de dos mil once, México tiene un nuevo texto constitucional que en materia de derechos humanos ha generado grandes expectativas al haberse modificado el contenido de diez artículos constitucionales que, en una medida u otra, cambiarán la manera en la que los derechos humanos son reconocidos, protegidos, respetados y garantizados en el sistema jurídico mexicano. Una de las más importantes modificaciones se encuentra en los tres primeros párrafos del artículo primero constitucional, en el cual se incluyen novedades importantes que no sólo dan un nuevo panorama al derecho internacional de los derechos humanos, sino que también modifican el sistema jurídico mexicano al crear un bloque de constitucionalidad, entre otras novedades. Ante ello, en este trabajo se analizan y establecen los entendimientos generales respecto al origen, alcances y perspectivas que tuvo, tiene y tendrá el nuevo texto constitucional mexicano.

Palabras-clave: Reforma constitucional, derechos humanos, bloque de constitucionalidad, interpretación pro persona, obligaciones internacionales.

A new constitutional panorama for the international human rights law in Mexico

Abstract: Since June eleven of two thousand eleven Mexico has a new constitutional text that in human rights has generated high expectations by modifying the content of ten constitutional articles that, in one way or other, will change the way that the human rights are recognized, protected, respected and guaranteed in the Mexican juridical system. One of the most important modifications is in the first three paragraphs of the first constitutional article, in which it includes important innovations that not only give a new panorama to the international human rights law, but also they

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM/UPF) con especialidad en Derecho de la Administración y Procuración de Justicia y postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por la Universidad de Chile. Actualmente trabaja en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ha sido asesor independiente en litigios internacionales de derechos humanos (México).

modifies the juridical Mexican system by creating a block of constitutionality, between other innovations. In those terms, in this paper will be analyze and establishing the general understandings about its origin, scopes and perspectives that the new Mexican constitutional text has had, has and will have.

Keywords: Constitutional reform, human rights, block of constitutionality, interpretation pro person, international obligations

I INTRODUCCIÓN

El once de junio de dos mil once es una fecha que muchas veces será mencionada en el siglo XXI cuando se hable de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en específico, cuando se haga referencia a los derechos humanos reconocidos en ésta. Esa es la fecha en la cual entró en vigor la reforma constitucional que, publicada un día antes en el Diario Oficial de la Federación (Tomo DCXCIII, n.º 8, 10 de junio de 2011), modificó en la letra –y esperemos también lo haga en la práctica– el entendimiento que de los derechos humanos se tendrá en México, no sólo por el abandono del decimonónico término de “garantías individuales” del texto constitucional, sino porque el conjunto de los cambios normativos propuestos ofrece una de las más grandes posibilidades de redefinición de todo el sistema de protección y garantía de los derechos humanos, tanto por su contenido, como por la precisión expresa que se hace del origen y jerarquía de sus fuentes.

La reforma constitucional modificó el contenido de once artículos: el primero y quinto párrafos del artículo 1.º; el segundo párrafo del artículo 3.º; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18, el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33, la fracción X del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102, y el inciso g) de la fracción II del artículo 105; asimismo, la adición de dos nuevos párrafos segundo y tercero al artículo 1.º, recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11; los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden, y los nuevos párrafos quinto, octavo y undécimo, recorriéndose los actuales en su orden al artículo 102 del apartado B y nueve artículos transitorios, con excepción del segundo párrafo del artículo octavo transitorio; y

la denominación del Capítulo I, del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De una lectura de esas reformas constitucionales, podemos darnos cuenta de manera sencilla que se ocupan de aspectos que van desde el impulso del respeto a los derechos humanos por medio de la educación que imparte el Estado, el trato que deberá garantizárseles a los migrantes y extranjeros, así como a las personas que se encuentran sujetas al sistema penitenciario, pasando por las formas más acotadas y precisas en cuanto a su procedimiento en las cuales se podrán suspender los derechos humanos, cuándo y respecto a qué derechos ello es posible y hasta las nuevas formas y alcances con los que la política exterior, la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y los planteamientos de inconstitucionalidad por la vulneración de derechos humanos se deberán de regir y funcionar.

Pero, sin duda alguna, la reforma que, en mi opinión, es la más importante por su efecto transversal a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos humanos, y en sí a todo el sistema jurídico mexicano, es la contenida en el artículo primero de la Constitución.

En ese sentido, no obstante la importancia de las reformas constitucionales en su conjunto, en este documento me ocuparé de establecer el origen y sentido que las iniciativas de reforma buscaron darle a ese artículo 1.º, a fin de señalar de la manera más clara posible cuál era “la intención” del constituyente permanente, pues ello siempre resultará necesario tenerlo presente e incluso tomarlo en cuenta al interpretar y aplicar dicha norma. Posteriormente, buscaré establecer a partir del contenido literal del artículo 1.º constitucional y los antecedentes legislativos antes referidos, los alcances y contenido que, en mi opinión, debe reconocérsele sin mayor objeción a dicha norma, esto es, qué novedades nos ofrece y cómo deben ser entendidos sus tres primeros párrafos. Finalmente, señalaré algunas perspectivas que considero podrían presentarse a futuro con la aplicación de esta norma, atendiendo a los fines que la impulsaron y los resultados que se alcanzaron a manera de conclusiones a las que podría llegar después de ese análisis de una de las reformas constitucionales más importantes que ha tenido México en materia de derechos humanos en muchos años.

II LOS MOTIVOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 1.º

Desde antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional y principalmente durante el proceso de aprobación de ésta por las legislaturas de los Estados, como lo ordena el artículo 135 constitucional¹, muchas fueron las versiones que se dieron respecto a los alcances con los que se debía tomar lo que incluía la reforma y por qué se incluía ello en el nuevo texto constitucional. Sin embargo, pocas explicaban la intención que tuvo el legislador al promoverlas y aprobarlas a fin de entender de mejor manera sus alcances, con lo cual, se generaron más dudas que certezas que incluso llevaron a mediados de abril de 2011 a poner en duda que la reforma constitucional sería finalmente aprobada. Ante ese panorama, considero que para los fines posteriores de este trabajo y para cualquier investigación que se realice a este respecto, es necesario conocer qué quería el legislador alcanzar con la reforma del artículo 1.º, para con ello, tener mayor claridad respecto a la interpretación y contenido bajo el cual debe ser entendido dicho artículo a partir de los motivos reales que la generaron y el resultado que finalmente se alcanzó.

Bajo ese entendido, a continuación estableceremos esos aspectos del proceso de reforma constitucional.

II.1 Iniciativas de Reforma

El proceso de reforma constitucional, previsto en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se inició en esta llamada “reforma constitucional en derechos humanos” con la presentación de 33 iniciativas de reforma propuestas por diputados y senadores de, prácticamente, todos los partidos políticos representados en el Congreso de la Unión entre noviembre de 2006 y agosto de 2008.

De esas 33 iniciativas, sólo 8 de ellas hicieron referencia al artículo 1.º constitucional, esto es, sólo el 24% de las iniciativas de reforma constitucional destinadas a modificar aspectos sustanciales de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano estuvieron directamente dirigidas a dicha norma.

¹ Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

La primera de ellas fue presentada el 25 de abril de 2007 (Gaceta Parlamentaria n.º 2236-IV) por diputados y diputadas federales del Partido de la Revolución Democrática. En ella se decía², entre muchas cosas más y respecto al tema que nos interesa, que: “Estamos en condiciones de incorporar en el texto vigente los conceptos y la filosofía de los derechos humanos que permitan normar el criterio de la actuación de nuestras autoridades, definir los límites del poder frente a los ciudadanos y fortalecer a las instituciones de este país. [...] la garantía de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos debe darse a través del cauce de los Estados, por medio de su incorporación como normas constitucionales que regulen el actuar de los órganos de Estado y no sólo como normas aplicables en el ámbito interno de manera secundaria”.

El texto del artículo 1.º que se proponía era:

Capítulo I De los Derechos Humanos y las Garantías Individuales

Artículo 1.º.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano forman parte integral de esta Constitución, los cuales complementan y adicionan las garantías y derechos en ella reconocidos. En caso de contradicción, dichos derechos serán interpretados de acuerdo con lo que sea más favorable para la persona humana.

De esta iniciativa resulta evidente el interés que se tenía de incluir el término derechos humanos con todas sus implicaciones en el texto constitucional, aunque no se eliminaba del todo el término garantías individuales. Asimismo, la iniciativa denota un especial interés en que los tratados de derechos humanos tuvieran plena vigencia en nuestro sistema jurídico, para lo cual resultaba necesario incorporarlos como normas constitucionales y referente principal de derechos. El tema de jerarquías entre el texto constitucional y los tratados parece que no representaba ningún problema, pues en caso de contradicción entre esas normas se optaría por la que resultara más favorable a la persona. Esta iniciativa contiene tres de los ejes fundamentales que siguió al final la reforma constitucional.

La segunda iniciativa de reforma constitucional fue presentada el 6 de septiembre de 2007 (Gaceta Parlamentaria n.º 2335-I) por un diputado del Partido Acción Nacional. En lo que aquí interesa se decía esencialmente lo siguiente: “[...] se hace evidente la necesidad

² Por razones de espacio, únicamente se citarán de manera textual aquellos aspectos que considero son altamente relevantes de cada iniciativa, sin que éstos sean todos los argumentos de cada una de ellas. Para conocer el contenido integral se recomienda consultar las gacetas parlamentarias en donde se publicaron cada una de las iniciativas.

de fortalecer nuestro marco jurídico con respecto a la reglamentación del ejercicio de las garantías individuales, toda vez que la sociedad reclama paz y orden para lograr sus fines”. El texto que se proponía en la iniciativa era: “Artículo 1. ... Las autoridades deben generar las condiciones para hacer posible el ejercicio de todas las garantías individuales, las que deben sujetarse a la cobertura de los bienes que tutelan y restricciones necesarias que permitan la vigencia de otros derechos fundamentales, configurativos del orden público”.

Esta iniciativa se encuentra fuera del común denominador de las propuestas de reforma que se presentaron, ya que se mantiene dentro del ámbito de las “garantías individuales”, buscando únicamente que éstas tuvieran una mejor protección. Lo relevante, en mi opinión, es que pone de manifiesto que dichas garantías estaban lejos de alcanzar sus fines y, por tanto, resultaba necesario acercar su contenido al de los derechos fundamentales, aunque lo dice de manera poco clara. Tal vez por eso, su influencia fue prácticamente nula.

La tercera iniciativa fue presentada el 8 de noviembre de 2007 (Gaceta Parlamentaria n.º 2374-I) por una diputada del Partido de la Revolución Democrática. Por los fines que se buscaban, en ésta se proponía de manera relacionada la reforma a los artículos 1.º y 133 constitucionales. Bajo ese entendido, la parte más relevante de la exposición de motivos era la siguiente:

A pesar de que a nivel doctrinal se diferencia entre los términos ‘derechos humanos’ y ‘derechos fundamentales’, en la presente iniciativa se apela al uso del término “derechos humanos” ya que se entiende, al igual que lo hace un vasto sector de la doctrina, que los ‘derechos humanos’ constituyen un concepto más amplio que el de ‘derechos fundamentales’. [...] Es necesario también, consagrar que en materia de derechos humanos, se debe aplicar la disposición que sea más favorable para la persona, independientemente del ordenamiento en el que se encuentre consagrada. Así es indistinto si se encuentra en la ley suprema o en un tratado internacional ratificado por México, debe aplicarse aquel ordenamiento que mejor tutele los derechos humanos. [...] Por lo que no puede ni debe supeditarse al debate infértil sobre la jerarquía constitucional y legal. [...] Por lo cual debe consagrarse constitucionalmente el deber que tienen los tribunales y poderes públicos para aplicar la norma o interpretarla de la forma que más favorezca a los derechos humanos de la persona. También, se debe incluir en el texto constitucional el principio de interpretación conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. [...] Con la reforma al artículo 133 se pretende que los tratados de derechos humanos tengan operatividad inmediata; esto es, a diferencia de otros tratados, los de derechos humanos poseen la característica de tener como sujetos beneficiarios a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado mexicano (sin importar si son nacionales

o extranjeros, ciudadanos o menores de edad), quienes podrán invocar su aplicación inmediata. [...] De ahí que sea urgente precisar a nivel constitucional, la recepción en el orden jurídico nacional de las sentencias emitidas por los tribunales internacionales de derechos humanos a los que México les ha reconocido jurisdicción, en específico, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El texto propuesto en esta iniciativa para el artículo 1.º y el artículo 133, que al final como se verá, tuvieron mucha influencia en el contenido final del artículo primero era:

Artículo 1.º. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de los derechos humanos y garantías que otorga esta Constitución, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Los derechos humanos y garantías reconocidos en esta Constitución vinculan a todos los poderes públicos y serán interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Estado mexicano. Está prohibida la esclavitud...

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Los tratados relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado mexicano, tienen jerarquía constitucional cuando contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución; y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público, los cuales actuarán conforme a la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos del ser humano. Las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son plenamente ejecutables en México, de conformidad con la ley respectiva.

Esta iniciativa contiene tres de los ejes fundamentales de la reforma constitucional al incluir el término derechos humanos, la interpretación conforme a tratados de derechos humanos y aunque no en el texto del artículo 1.º, pero sí en el del artículo 133, el reconocimiento de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos de los que México fuera parte a fin de que tuvieran una aplicación inmediata y directa. Un aspecto de esta iniciativa que se hizo de lado, pero que sin duda alguna habría sido muy importante tomar en cuenta, es el relativo al cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues de haber sido incluida y aprobada se habría podido dar mejor cauce al cumplimiento de las 6 sentencias condenatorias que hasta junio

de 2011 tiene el Estado Mexicano³, por lo que ello sigue siendo una asignatura pendiente que no debe dejarse de lado pese a los grandes avances que finalmente se alcanzaron.

La cuarta iniciativa fue presentada por un diputado del Partido Acción Nacional el 31 de octubre de 2007 (Gaceta Parlamentaria n.º 2388-I), en ella se hace un análisis histórico de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la necesidad de modificar el término garantías individuales como lo han hecho en otros países. Como parte de la exposición de motivos que se puede destacar está:

El fin último de esta iniciativa es, por una parte, poner un dique a la posibilidad latente de que quienes detentan el poder tengan la posibilidad de proclamar como derecho lo que les convenga; y por el otro, insertar en nuestro orden jurídico valores ideales que se sitúen por encima de la mera fuerza, para que finalmente se garantice a los mexicanos el pleno goce de sus derechos humanos.

Bajo ese entendimiento y fines, el diputado federal proponía la modificación del artículo 1.º en los siguientes términos: “Artículo 1.º. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías y los derechos humanos que reconoce esta Constitución, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”.

Esta iniciativa contenía uno de los ejes fundamentales de la reforma constitucional, con lo cual formó parte de ese importante bloque de propuestas que sirvieron para incluir el término derechos humanos en el Capítulo I y texto del primer párrafo del artículo 1.º constitucional, pese a que la fuente de esos derechos en este caso se circunscribía exclusivamente a la Constitución.

La quinta iniciativa relacionada con la reforma al artículo 1.º de la Constitución fue presentada el 16 de enero de 2008 (Gaceta Parlamentaria n.º 2425-II) por un diputado del Partido Revolucionario Institucional, ésta al igual que otra que ya fue antes sintetizada proponía también la reforma del artículo 133 constitucional y se sustentó, en lo que aquí nos interesa, en la siguiente exposición:

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 184, sentencia de 6 de agosto de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 205, sentencia de 16 de noviembre de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 209, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 215, sentencia de 30 de agosto de 2010; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 216, sentencia de 31 de agosto de 2010; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 220, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

De forma genérica el motivo de la presente iniciativa, que no es otro que el de profundizar en la constitucionalización de los derechos humanos y fortalecer el sistema de la defensa de los mismos.

Respecto de esta disposición [art. 1.º], se hacen las siguientes propuestas de reforma y adición:

a) Con el propósito de que el orden jurídico mexicano no se permita ninguna distinción arbitraria entre derecho interno e internacional, a la hora de tutelar los derechos humanos y garantías de los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos, es insoslayable que desde la apertura del texto constitucional se disponga que todo individuo gozará de los derechos humanos y sus garantías dispuestos en el mismo, pero también, de los previstos en los más importantes tratados internacionales aprobados en términos del artículo 133 constitucional, y que tienen parte del ordenamiento jurídico mexicano después de haber entrado en vigencia en nuestro sistema.

b) De acuerdo con los antecedentes constitucionales, iusinternacionales y doctrinales de que dispone México, la Carta Magna debe pasar del simple otorgamiento o amparo de derechos humanos, al reconocimiento de los mismos. De la mayor importancia consideramos que son las propuestas que ahora hacemos respecto de este artículo [133] constitucional, porque se pretende modificar la pirámide jurídica nacional que del mismo se desprende. [...] Como señalamos con antelación, los compromisos internacionales que en este terreno no deben apreciarse como la imposición de uno o varios Estados sobre el nuestro, sino que al ser ratificados conforme al derecho interno, se colocan como otro atributo de nuestra indiscutible soberanía.

El resultado de esas argumentaciones y motivación se reflejó en la propuesta de redacción del texto constitucional en los siguientes términos:

Artículo 1.º. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de los derechos humanos que reconocen esta Constitución y los siguientes tratados internacionales firmados y ratificados; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana de Derechos Humanos 'Pacto de San José' de Costa Rica, y de las garantías que la misma otorga, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Artículo 133. Esta Constitución; los tratados internacionales que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república con la aprobación y ratificación del Senado y; las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, en ese orden serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces y demás autoridades de las entidades federativas y de los municipios se arreglarán a dicha Constitución, tratados internacionales, y leyes, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Esta iniciativa recoge dos de los ejes fundamentales de la reforma constitucional al proponer la inclusión del término derechos humanos y establecer el lugar que ocuparían los tratados en esa materia, aunque en este caso destaca que contrario a lo que se hace en otras

iniciativas, en ésta se incluye una enumeración de tratados que serían reconocidos de manera expresa como fuente de derechos humanos de rango constitucional, en tanto que en el artículo 133 se incluía el restante grupo de tratados con una jerarquía inferior al texto constitucional. Esto es importante destacar ya que sólo a 3 tratados se les reconocía en esta iniciativa como fuente constitucional de derechos humanos, pese a que la iniciativa estaba encaminada a dar un lugar bien definido a los tratados en general en el sistema jurídico mexicano.

La sexta iniciativa fue presentada el 5 de febrero de 2008 (Gaceta Parlamentaria n.º 2438-I) por una diputada del Partido de la Revolución Democrática. Ésta es de las pocas iniciativas que se presentaron de manera exclusiva para reformar el artículo 1.º constitucional y tras explicar que los derechos humanos no sólo deben hacerse valer frente a autoridades sino también frente a particulares, las razones que finalmente sustentan esta iniciativa son: “La presente iniciativa tiene como propósito esencial el reconocimiento sustantivo de los derechos fundamentales frente a diversas actuaciones de entes privados que pudieran incurrir en su afectación”.

Bajo esa perspectiva de análisis y teniendo en cuenta una necesidad de protección o aplicación concreta de los derechos humanos, el texto que se proponía era:

Artículo 1.º En los Estados Unidos Mexicanos... [...] Los derechos fundamentales son oponibles a todo acto u omisión de entes públicos y privados que lesione, restrinja, altere o amenace en cualquier medida a esta Constitución y a las disposiciones legales que emanen de ella, así como a los tratados internacionales celebrados en términos del artículo 133 constitucional.

Si bien esta iniciativa estaba destinada principalmente a poner énfasis en que los derechos fundamentales, como ahí se les denomina, pudieran ser oponibles no sólo a entes públicos sino también a particulares, en la redacción de la propuesta de texto constitucional se le da un lugar especial a los tratados, al generar esa protección no únicamente respecto de los derechos constitucionalmente “otorgados”, sino también de dichos derechos contenidos en los tratados que cumplan con los requisitos de aprobación e incorporación al sistema jurídico mexicano previsto en el artículo 133. Por lo que pese a que no era una iniciativa dirigida en principio a darles un lugar especial a los tratados, al ser detectada la necesidad de que los derechos contenidos en ellos no quedaran al margen de la protección, se les incluye y, con ello, la iniciativa se inscribe dentro de aquellas que recogen uno de los ejes que mayor importancia tuvo en la reforma constitucional.

La séptima iniciativa fue presentada por un diputado del Partido Acción Nacional el 30 de abril de 2008 (Gaceta Parlamentaria n.º 2485-II) y al igual que la anterior se ocupaba exclusivamente de la reforma al artículo 1.º constitucional. De una larga exposición de motivos se destaca para el tema que nos ocupa que:

El texto vigente de la Constitución mexicana no reconoce de manera expresa y categórica de los derechos humanos, lo que conlleva, por una parte, a que los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, no los adopten como fuente directa de derechos y obligaciones o no los tomen como criterio orientador de su actuación y, por otra, a que algunos de los derechos humanos que hemos incorporado a través de la firma y ratificación de los tratados internacionales, tengan una protección limitada. El reconocimiento y protección constitucional de los derechos humanos abarcaría los que son objeto de las garantías individuales, los que son recogidos en los tratados internacionales, y aquellos que se encuentren establecidos en alguna otra disposición del ordenamiento jurídico mexicano, así como aquellos otros, que por el carácter progresivo que les corresponde a estos derechos, lleguen a formar parte en el futuro del orden jurídico nacional.

El texto propuesto para el artículo 1.º en esta iniciativa era el siguiente:

Artículo 1.º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos y de las garantías para su protección, reconocidos en esta Constitución y en los tratados ratificados por los Estados Unidos Mexicanos. [...].

Esta iniciativa se suma a aquellas que además de incluir el término derechos humanos, contemplaba que los tratados de los que fuera parte México debían ser reconocidos de manera expresa como fuente de derechos dentro del propio texto constitucional. Con lo cual, esta perspectiva se suma al conjunto de iniciativas que de manera clara buscaban abrir el texto constitucional al contenido de los tratados a fin de alcanzar una más amplia regulación y protección de los derechos humanos, recogiendo así dos de los ejes fundamentales de la reforma constitucional.

Finalmente, la octava iniciativa relacionada con el artículo 1.º constitucional fue presentada el 24 de abril de 2008 (Gaceta Parlamentaria n.º 2492-II) por diversos diputados del Partido de la Revolución Democrática, Partido Revolucionario Institucional, Partido del Trabajo, Convergencia, Alternativa y Nueva Alianza. Ésta recoge muchos de los elementos que derivaron de un largo trabajo legislativo en el que tuvo participación además la sociedad civil, organizaciones gubernamentales y académicas dentro de la denominada

Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión⁴.

Esta iniciativa podría ser considerada como la más importante al concentrar esfuerzos conjuntos de prácticamente todas las fuerzas políticas del país y de algunos sectores de la sociedad.

De la exposición de motivos de ésta se puede destacar en el tema que nos interesa lo siguiente:

[...] es preciso que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a cuya sujeción se ha comprometido la comunidad internacional, queden plasmados en la Constitución de tal manera que no exista pretexto ni fundamento legal alguno que entorpezca su aplicación. [...] Es menester que los derechos humanos estén establecidos a nivel constitucional no sólo en cuanto a su mención sino en cuanto a su jerarquía, puesto que en ellos deben estar basadas las políticas públicas que promueva el Ejecutivo; en su contenido deben de estar los criterios reguladores que rijan el actuar del poder judicial y sus fundamentos deben ser el eje rector de las leyes y normas que emita el poder legislativo. [...] Ahora bien, el término 'garantías individuales' debe complementarse con el de 'derechos humanos', debido a que cuando se habla de garantías, nos referimos a los mecanismos necesarios para poder prevenir la violación de tales derechos o repararla si es que tal violación ya ha acontecido. [...] Es necesario, también, consagrar que en materia de derechos humanos se debe aplicar la disposición que sea más favorable para la persona, independientemente del ordenamiento en el que se encuentre consagrada. Así es indistinto si se encuentra en la ley suprema o en un tratado internacional ratificado por México, debe aplicarse aquel ordenamiento que mejor tutele los derechos humanos. [...] El principio de interpretación conforme a los tratados ya es parte de muchas constituciones en Iberoamérica, por lo que de incorporarse a la Constitución mexicana vendría a garantizar de forma más efectiva los derechos humanos ante las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internos, los cuales, en ocasiones, omiten aplicar o interpretar los derechos humanos conforme a las disposiciones de

⁴ Era el órgano rector de la conducción del proceso de la Reforma del Estado en México. Estaba integrada por los Presidentes de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, los coordinadores de cada Grupo Parlamentario en ambas Cámaras y las Presidencias de las comisiones de Reforma del Estado de las dos Cámaras. En la Comisión Ejecutiva participaban también representantes del Poder Ejecutivo Federal, así como las presidencias de los partidos políticos nacionales, quienes asistían a las sesiones y reuniones de trabajo con derecho a voz, pero sin derecho a voto. De la misma manera, participaba un representante del Poder Judicial de la Federación, exclusivamente en cuanto al tema de la Reforma del Poder Judicial. De acuerdo a la Ley para la Reforma del Estado, que es la ley que le daba sustento, la Comisión Ejecutiva estaba presidida en períodos de seis meses cada uno, por el Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores y por el Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, en ese orden.

los tratados internacionales ratificados por México. [...] Con la reforma al artículo 1.º se pretende que los tratados de derechos humanos tengan operatividad inmediata; esto es, a diferencia de otros tratados, los de derechos humanos poseen la característica de tener como sujetos beneficiarios a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado mexicano (sin importar si son nacionales o extranjeros, ciudadanos o menores de edad), quienes podrán, invocar su aplicación inmediata.

El texto que se proponía en esta iniciativa conjunta, derivada de una primera base de acuerdos parlamentarios, era:

Capítulo I De los Derechos Humanos Artículo 1.º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos y de las garantías para su protección, reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos prevalecen aquellas que confieran una mayor protección a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos. Las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional y prevalecen sobre el derecho interno en la medida en que confieran una mayor protección a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos humanos. Los derechos humanos podrán ejercerse a título individual o colectivo. Los derechos humanos son valores esenciales de la convivencia. Toda persona coadyuvará en la defensa de los derechos humanos y en la denuncia de sus violaciones. Los derechos humanos vinculan al Estado, en consecuencia tiene la obligación de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, debiendo prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. En los casos en los que la Constitución lo establece, la regulación de los derechos humanos deberá hacerse mediante ley y respetar su contenido esencial.

Esta iniciativa reúne elementos comunes de diversas iniciativas y contiene de manera expresa los cuatro ejes base de la reforma al poner especial énfasis en la necesidad de no denominar más garantías individuales a los derechos humanos, en colocar a los tratados de derechos humanos al mismo nivel jerárquico que la Constitución, sin dar prevalencia al texto de ésta frente al de aquéllos al incluir el principio pro persona como criterio interpretativo que rompe jerarquías y asegura que en todo caso se aplique la norma e interpretación que más proteja a la persona. Además de traer al texto constitucional las obligaciones generales contenidas en los tratados en materia de derechos humanos para que éstas tuvieran una aplicación y observancia directa. Elementos todos que deben tenerse presentes al ser el hilo conductor, esencia y fin de la reforma constitucional. Por el origen y forma en la cual fue presentada esta iniciativa, que siendo una más se convierte en la principal, los elementos que aquí se proponían y las motivaciones que la originaron

son aspectos que, en mi opinión, se deben tener presentes en el resultado final que se logró y en los alcances e interpretación que se le darán al artículo 1.º constitucional.

A manera de resumen, podemos establecer a partir de conocer el contenido de las 8 iniciativas relacionadas con el artículo primero constitucional que:

- 6 de las 8 pretendían incluir el término derechos humanos en el texto constitucional al considerar que el de garantías individuales había sido ya superado, por lo cual, la Constitución tenía que actualizarse.
- 6 de las 8 consideraban necesario incorporar el contenido de los tratados de derechos humanos como referente normativo o fuente de derechos, siendo que 5 de las 6 con algunos matices pero con el mismo fin, pretendían reconocerle rango constitucional a dichos tratados a fin de lograr su plena aplicación y evitar que continuaran siendo simples letras en papel. La incorporación plena de dichos tratados en el texto constitucional y el rompimiento de jerarquías entre esas normas que conformarían el nuevo texto constitucional se solventa en 3 de estas 6 iniciativas con la inclusión de la interpretación más favorable, la interpretación conforme a tratados o la aplicación del principio pro persona, con lo cual se garantiza una entrada más sencilla de los tratados dentro del texto constitucional, pues en caso de conflicto entre normas, se aplicaría simplemente la que mejor proteja a la persona sin importar su origen nacional o internacional.

Con todo lo hasta aquí descrito, resultan claros cuáles eran los ejes rectores de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Por lo que ahora corresponde establecer si finalmente fueron alcanzados y de qué manera.

II.2 Discusión y Aprobación en Cámaras del Congreso de la Unión y en las Legislaturas Locales

Con la presentación y sistematización de las 33 iniciativas de reforma (que incluye las 8 antes sintetizadas), el proceso de reforma constitucional continuó al aprobarse el 23 de abril de 2009, por unanimidad, el dictamen de proyecto de decreto que modificaba la denominación del Capítulo I y reformaba diversos artículos de la Constitución, el cual en esa misma fecha fue enviado al Senado a fin de continuar con el proceso legislativo.

Seguidos los trámites correspondientes en el Senado de la República, el 8 de abril de 2010 ese órgano legislativo aprobó con modificaciones el dictamen de reforma a los artículos

1.º, 11, 33, 89 y 102; asimismo, incorporaron reformas a los artículos 3.º, 15, 18, 29, 97 y 105 de la Constitución, enviando dicho dictamen a la Cámara de Diputados a fin de que hiciera las observaciones que se consideraran oportunas y se siguiera con el proceso legislativo.

En dicha Cámara se continuó con el proceso de reforma que incluyó reuniones con organizaciones de la sociedad civil, académicas y especialistas en derechos humanos. Entre el 13 de abril y el 13 de diciembre de 2010 se dieron al interior de la Cámara de Diputados y, en específico, en las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos un importante número de reuniones, debates, negociaciones y acuerdos a fin de alcanzar el texto que mejor satisficiera los fines que se buscaban, situación que no fue del todo sencilla pese a que había acuerdos en los temas más relevantes y sólo generaban desacuerdo aspectos puntuales de terminología en el contenido de algunos artículos.

El 15 de diciembre de 2010 se aprobó con modificaciones el proyecto de decreto de reforma constitucional en materia de derechos humanos y nuevamente fue enviado a la Cámara de Senadores. El 8 de marzo de 2011 dicha Cámara aprobó el proyecto de decreto por el que se modificaba la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformaban diversos artículos de la Constitución, quedando la minuta, en cuanto al artículo que nos interesa, de la siguiente forma (Gaceta Parlamentaria n.º 3226-VII):

Título Primero - Capítulo I - De los Derechos Humanos y sus Garantías -
Artículo 1.º En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Con ese contenido, el 23 de marzo de 2011 se aprobó por la Cámara de Diputados el dictamen por el cual con fundamento en los artículos 72, fracción E y 135 de la Constitución, la Cámara de Senadores, como Cámara revisora, remitió a las legislaturas de los Estados la reforma constitucional que había sido aprobada a fin de cumplir en sus términos con el proceso de reforma constitucional.

El 1 de junio de 2011 y tras haber sido puesta en consideración de las legislaturas de los Estados la reforma constitucional al menos dos meses antes, se hizo la declaratoria de aprobación del decreto que modificó la denominación del Capítulo I de la Constitución y reformó diversos artículos de la Constitución al tenerse en esa fecha 21 votos aprobatorios⁵ y un voto en contra (Guanajuato) por parte de los Congresos estatales.

De eso se sigue que, con algunos ajustes, finalmente, los cuatro ejes rectores de la reforma constitucional al artículo 1.º se mantuvieron en gran medida como habían sido propuestos desde las iniciativas presentadas entre 2007 y 2008, por lo que una vez aprobado el nuevo texto constitucional, ahora corresponde al legislativo seguir en la misma ruta actualizando las normas nacionales para darle operatividad a todo lo aprobado, en tanto que a los jueces y órganos administrativos les toca velar porque éstos se mantengan en su mejor alcance y sentido, que no se pretenda acotar lo que legislativamente se buscó y que al final no es otra cosa que el permitir que se garantice la protección más amplia a la persona sin importar el origen nacional o internacional de las normas que reconocen los derechos humanos.

III LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 1.º CONSTITUCIONAL

Con lo descrito en el apartado anterior, parecería innecesario precisar cuáles son los alcances que finalmente tiene el nuevo texto del artículo 1.º constitucional, ya que resultan claros los objetivos que se buscaban y finalmente se alcanzaron. Sin embargo, la experiencia mexicana que por muchos años le negó en el trabajo cotidiano de los jueces y demás autoridades valor a los tratados de derechos humanos pese al contenido del artículo 133 constitucional⁶ y de las obligaciones adquiridas al ser parte de dichos tratados, me lleva a

⁵ Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guerrero, Hidalgo, México, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas, Yucatán y Veracruz.

⁶ Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

considerar que ello no está de más y que es necesario puntualizar qué incluyen y cómo deben ser entendidos en mi consideración los 4 ejes rectores contenidos en esa norma para que alcancen su mejor interpretación y aplicación, al ser aspectos que sin duda alguna deberán revolucionar el sistema jurídico mexicano.

Sin pretender ser exhaustivo en cada uno de ellos en esta ocasión por tratarse de una descripción general del contenido principal del artículo 1.º constitucional y que cada uno de los temas que se recogen da para hacer una investigación independiente, a continuación fijaré los elementos más importantes de cada uno que, en mi opinión, pueden servir de guía para desarrollos posteriores, bajo el entendido de que la norma acaba de entrar en vigor, que mucho está por construirse y que este trabajo pretende ser tan sólo un primer acercamiento del entendimiento general del artículo primero constitucional, el cual, como ha quedado establecido, aporta en cada uno de sus tres primeros párrafos elementos que antes no existían en el sistema jurídico mexicano.

III.1 Los Derechos Humanos como eje Central del Cambio Constitucional

Para quienes de una u otra forma estamos familiarizados con los derechos humanos, la reforma constitucional que se alcanzó en México es la piedra angular de muchos posibles cambios, al ser en gran medida el pago de una deuda muy añeja que se tenía en esa materia, la puesta al día de nuestro texto constitucional frente a una realidad nacional e internacional que lo había rebasado desde hace varios años y un proceso natural que nuestro país tarde o temprano tenía que vivir al estar inmerso en la vorágine de una siempre cambiante comunidad internacional.

Sin embargo, para muchos ello no es entendido así y consideran que tan sólo se trata de un simple cambio normativo-nominativo como muchos otros que se han dado en nuestro texto constitucional que, pese a su supuesta rigidez, ha sido más de 500 veces reformada. Esto es, que es una reforma más sin mayor trascendencia, un cambio terminológico pero no sustantivo, porque nuestras añejas garantías individuales han siempre estado por encima de los derechos humanos, y más si se trata de las garantías con contenido social.

Bajo ese panorama, resulta necesario señalar que el cambio en la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución de: “De las garantías individuales” a “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, no es un simple cambio terminológico que tan sólo hará que se denominen de manera distinta ese conjunto de derechos. Su implicación es mucho más profunda pues se trata de un cambio radical en la manera en que deberán

ser entendidos, tratados e interpretados dichos derechos, es la adopción del entendimiento más amplio y universalmente aceptado de los derechos que por el simple hecho de ser un ser humano tiene cualquier persona, sin importar ya su nacionalidad o cualquier elemento subjetivo que pudiera diferenciar a una persona de otra, ya que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Derechos humanos es absoluta, concierne [a la persona humana], independientemente de todo contexto y de cualquier otra especificación (PALOMBELLA, 2006, p. 24).

Se trata de la incorporación en la Constitución del término más amplio con que se cuenta para reconocer derechos a la persona por el simple hecho de que éstos son inherentes a la naturaleza humana, de romper la vieja idea de que le corresponde al Estado y a sus leyes otorgar derechos. Un cambio que en México se había relegado y que tal parece no siempre ha sido ni será fácilmente entendido al creerse por las autoridades, y de manera particular por muchos juzgadores, que esos derechos son finalmente una concesión graciosa que ellos hacen en favor de quien así lo consideran por medio de sus resoluciones y no, que en realidad lo único que hacen es reconocer aquello que toda persona tiene por el simple hecho de ser un ser humano.

Pero, además, no sólo significa ponerse en sintonía terminológica con la comunidad internacional, que es el origen principal de este término, y dar la pauta para que el constitucionalismo mexicano retome la idea de que los derechos humanos son inherentes al ser humano. También implica que el tratamiento, interpretación y alcances que deberán dársele a estos derechos no es más el que de manera cerrada y exclusiva se les dé al interior de un Estado, sino que implica una constante actualización, diálogo y progresión a la par de toda la comunidad internacional de naciones. Implica abrirse a la comunidad internacional no sólo en aspectos comerciales o tecnológicos, que normalmente se aceptan sin mayor oposición, sino también en calidad de vida, de derechos, de libertades, de dignidad humana para todas y todos.

Significa hacerle entender al constitucionalismo mexicano y todo lo que de ello deriva, que la persona y sus derechos son el centro de la protección constitucional aun frente a las instituciones y poderes, frente al Estado mismo en su conjunto, pues los derechos de la persona no son más lo que el Estado y sus instituciones estén dispuestos a otorgar, sino más bien un límite y punto de partida de su actuación, porque los derechos les pertenecen a las personas por su naturaleza humana aun antes de estar frente al Estado. Para los derechos humanos se asume la inviolabilidad, absoluta, en cualquier Estado o en cualquier

cultura, en cualquier ordenamiento jurídico o comunidad moral [...] (PALOMBELLA, 2006, p. 24).

Así, los derechos humanos y todo lo que ese término significa a partir de la gran influencia del derecho de origen internacional son, a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional, el eje central que cruza a la Constitución para dar al sistema derivado de ésta una nueva prioridad que se antepone a la Soberanía tradicional, a los Poderes e instituciones del Estado, y que va más allá del concepto de ciudadanía y población, al ser los derechos humanos valores universales constitucionalizados que superan fronteras y ponen en el centro de todo sistema constitucional a la persona y sus derechos, los cuales nunca más serán una concesión del Estado, sino derechos que inherentes a la naturaleza humana, deben ser elemento contante y necesario para la existencia y consolidación de un Estado democrático.

Pero, por si todo ello pareciera poco, no sólo se trata ya de contar con los derechos, esto es, con la atribución que una norma le reconoce a una persona. El texto constitucional establece también el reconocimiento de las garantías de éstos. Es decir, de la obligación que trasladada al Estado implica la creación y establecimiento de los mecanismos que sirven para asegurar, proteger y dar certeza a todos los derechos reconocidos en las normas. En entender que ahora el término garantía se refiere a la expresión del léxico jurídico que se reconoce como medio para tutelar un derecho subjetivo (FERRAJOLI, 2000, p. 39) . Que garantía hace referencia al mecanismo, proceso o técnica previsto en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos humanos en coherencia con su estipulación constitucional (FERRAJOLI, 1999, p. 37).

De esta manera, el marco de derechos y garantías reconocido a las personas llega mucho más allá de un simple reconocimiento y de poner al centro de todo el sistema constitucional al ser humano, sino que también implica que deben existir los instrumentos adecuados y efectivos para que cada uno de los derechos humanos sean una realidad constante que se materialice y sea palpable por las personas y no simples letras en papel. Consiste en que se deje la idea de “yo tengo ese derecho”, para dar lugar al “yo disfruto o ejerzo de ese derecho”. Es, al final, el contar con un conjunto de derechos y con la o las herramientas que permitan hacerlos efectivos en la realidad.

El cambio, como se puede ver, es de fondo, la reforma es sin duda de la Constitución, porque ésta innegablemente deberá transformar la constitución del Estado mexicano al cruzar los derechos humanos de manera transversal el entendimiento que de muchas

cosas y relaciones de poder se tenía. Es una reforma que, si es bien comprendida, mucho nos puede dar como país.

Entender todo lo que significan los derechos humanos y sus garantías no es algo que se asimilará de manera fácil por muchos sectores que alejados de estas concepciones vivieron y entendieron de manera limitada a las garantías individuales. No obstante ello, esa dificultad no puede ni debe llevar a considerarse por comodidad intelectual que sólo se trata de un cambio terminológico. El cambio es de fondo y sólo así puede ser entendido.

Sé que no es un aspecto de sencillo entendimiento por los profundos debates filosóficos y jurídicos a los cuales puede dar lugar y sé que en México, y especialmente en el sector judicial, no será fácil su asimilación. Sin embargo, lo importante al final es que el paso ya está dado y que los derechos humanos ahora deben ser la constante de la evaluación de la regularidad constitucional cuando los derechos de las personas estén involucrados, y la constante en la vida de toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado, porque así lo ordena la norma fundamental del Estado mexicano.

III.2 Fuente de Derechos y Sustento del Bloque de Constitucionalidad

La segunda novedad de la reforma constitucional se nos ofrece en el primer párrafo del artículo 1.º constitucional, el cual de manera textual establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Lo primero que respecto a esa norma puedo señalar es que, tal y como lo adelantaba en el apartado anterior, el texto constitucional obliga a reconocer los derechos humanos y las garantías para su protección, con lo cual, como también ya lo señalaba, no se trata más de un simple reconocimiento de posibilidades de actuar o de protección, sino que también implica la existencia de mecanismos que permitan que ello sea posible, no en el texto, sino en la vida cotidiana; de hacer posible la máxima eficacia de los derechos humanos en coherencia con su estipulación constitucional.

Pero además de ello, que no es poco por cierto, este primer párrafo incorpora dos aspectos relevantes al sistema jurídico mexicano: a) la ampliación expresa de la fuente normativa

de los derechos humanos, y b) la creación de un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

III.2.1 Ampliación expresa de la fuente normativa de los derechos humanos

Podría señalarse que esto no es una novedad en el sistema jurídico mexicano, toda vez que antes de la existencia de esta norma, el artículo 133 constitucional ya consideraba como elemento integrante de la Ley Suprema de la Unión a los tratados y, por tanto, en el sistema jurídico mexicano los derechos en ellos contenidos formaban ya parte del sistema normativo nacional y eran una fuente clara de derechos. Sin embargo, pese a ese mandato constitucional, el derecho de origen internacional era prácticamente nulo en su aplicación y utilización cotidiana, salvo contados casos, los tratados internacionales tenían en la realidad poca eficacia y ahí radicaba gran parte del esfuerzo que muchos desarrollamos por lograr que los derechos humanos contenidos en los tratados tuvieran una aplicación directa en el quehacer cotidiano de los jueces y demás autoridades.

Bajo ese entendido, la reforma es muy importante, porque ahora ya no se deja lugar a dudas respecto al valor que tienen los derechos humanos contenidos en tratados, al ya no sólo ser éstos parte integrante de la Ley Suprema de la Unión, sino que también son fuente constitucional de derechos humanos. Así, la reforma establece de manera expresa el valor que tienen en el sistema jurídico mexicano los derechos humanos contenidos en tratados, así como la igualdad jerárquica que tienen como fuente normativa en el nuevo sistema constitucional de derechos humanos.

De ahí se desprende que los derechos humanos en México a partir de la entrada en vigor de ese texto constitucional tienen dos fuentes normativas: i) la Constitución y ii) los tratados de los que el Estado mexicano es parte. Aunque como más adelante veremos, en realidad, son una sola norma expandida al haberse creado con ello un bloque de constitucionalidad.

Que sea una doble fuente normativa en realidad significa que además de observar el contenido del texto constitucional en sentido estricto, cuando se hable de derechos humanos en México, necesariamente se tendrá que voltear a ver el conjunto de tratados que en esa materia ha ratificado o se ha adherido el Estado mexicano. Que contrario a lo que ocurría hasta antes de esta reforma, ahora existirán ciertos derechos humanos independientemente de que estén expresamente contenidos en el texto de los 136 artículos que conforman la Constitución, al existir por estar contenidos en un tratado del que México es parte. Significa

de manera simple que el derecho de origen nacional y el derecho de origen internacional son, ya sin excusa ni limitación alguna, fuente directa de derechos humanos en México, sustento de atribuciones y protección con los que debe contar toda persona en razón de su naturaleza humana.

Todo lo anterior, de manera práctica se traduce en que el catálogo de derechos humanos ya no se circunscribe como tradicional y de manera cerrada se hacía a los 29 artículos que integran el Título Primero de la Constitución, sino que a los derechos humanos contenidos ahí y en otras partes del texto constitucional hay que sumar los 26 derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los 27 derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los 4 derechos reconocidos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, los 15 derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los 41 derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, los 29 derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los 10 derechos contenidos en el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, entre otros tantos más.

Así, al pensar en derechos humanos en México, la mirada se debe dirigir al contenido del texto constitucional y al contenido de más de 50 tratados que relativos a derechos humanos ha ratificado el Estado mexicano. La delimitación del catálogo no parece del todo sencilla, pero tampoco es una labor imposible, aunque ante la ausencia en el texto constitucional de un listado de tratados de derechos humanos como lo hace la Constitución de la Nación Argentina (véase artículo 75, inciso 22, segundo párrafo de la Constitución de la Nación Argentina, 22 de agosto de 1994), la pregunta necesaria es ¿qué tratados están incluidos como fuente de derechos? La respuesta no es del todo sencilla, pero en principio podría proponer tres maneras para acercarse a esa distinción:

- i) Los derechos contenidos en tratados de los que México sea parte que expresamente tengan en su denominación la expresión derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos), un derecho humano así reconocido (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores) o estén destinados a evitar que se violen dichos derechos (Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, etc.).
- ii) Los contenidos en tratados de los que México sea parte que sin importar su denominación no sean son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el

beneficio mutuo de los Estados contratantes. Sino que su objeto y fin sean la protección de los derechos de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Esto es, que sean tratados en donde los Estados se sometan a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales; Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos), y

iii) Los derechos que contenidos en un tratado multilateral del tipo tradicional del que México sea parte, amplíen un derecho humano específico, esto es, de aquellos que contenidos en un tratado que sólo genera obligaciones entre los Estados contratantes al sólo facultar a éstos para el reclamo de su incumplimiento, generen con su aplicación una ampliación o especificación de un derecho humano contenido en un tratado de esa naturaleza. Por ejemplo, el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁷ que amplía y especifica el derecho a las garantías del debido proceso reconocido en los artículos 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es decir, el tratado multilateral tradicional no crea un nuevo derecho humano, sino tan sólo añade componentes a un derecho reconocido en un tratado de derechos humanos, lo que significa que sólo excepcionalmente entrarían en esa clasificación y sólo en la porción normativa que cumpla ese fin y no todo el tratado.

Esto no significa que muchos tratados comerciales, de integración económica y de cooperación entre Estados en la medida que tienen como finalidad última favorecer, en una medida u otra, el bienestar de los pueblos, sean tratados de derechos humanos, porque su objeto y fin se dirige a los Estados y no a los individuos, quienes en todo caso se benefician por una acción secundaria del Estado a partir del tratado y no directamente por el tratado, al ser el Estado el único que tiene respecto de las obligaciones ahí contenidas

⁷ Artículo 36 COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA 1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

derechos y obligaciones, no frente a los individuos, sino frente a los demás Estados contratantes.

Lo anterior, es tan sólo un primer acercamiento que en mucho deberá precisarse en su entendimiento, pero como lo decía al inicio, el objeto de este trabajo se acota a una descripción general tendiente a señalar las grandes líneas y alcances de la reforma en materia de derechos humanos, por lo que en este rubro, sólo se dan algunas ideas iniciales para identificar de manera clara los derechos derivados de la nueva fuente constitucional de derechos.

III.2.2 Creación de un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos

El segundo aspecto relevante del primer párrafo del artículo 1.º constitucional, como hemos visto, está estrechamente relacionada con la primera, incluso, lo que hemos señalado como primera novedad tiene más fines descriptivos que de fondo, pues como lo adelantaba, más que hablar de dos fuentes normativas, debemos hablar del establecimiento de una norma constitucional expandida, o mejor dicho, de un bloque de constitucionalidad.

Esto es así, porque los derechos humanos serán el género y los derechos de fuente constitucional e internacional sus especies, al haber creado el órgano de reformas a la Constitución un bloque de constitucionalidad, un conjunto normativo de jerarquía suprema a partir del cual deberá determinarse la validez de la totalidad de las normas jurídicas distintas a la Constitución y a los tratados (COSSÍO DÍAZ, 2011).

El bloque de constitucionalidad que se constituye en el primer párrafo del artículo 1.º constitucional implica, en esencia, que la Constitución en materia de derechos humanos estará integrada por normas dispersas en otros conjuntos normativos (tratados). Esto es así, porque en realidad hablar de bloque de constitucionalidad es hablar de una regla de reconocimiento de la norma constitucional, cuyo criterio de pertenencia no se limita a los contenidos normativos establecidos en un solo texto constitucional, sino que lo extiende a otras normas que comparten determinadas notas materiales o sustantivas, que en el caso de México la nota sustantiva son los derechos humanos. Así, la Constitución mexicana al referirse a derechos humanos se conforma a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos por dos cuerpos normativos: i) los contenidos en la conocida como Constitución –Constitución *stricto sensu*–, y ii) los contenidos en los tratados en materia de derechos humanos de los que México es parte –Constitución *lato sensu*–.

Teniendo en cuenta el devenir histórico del término bloque de constitucionalidad, las connotaciones o contenido que a éste se le han dado en diferentes latitudes⁸ y para sentar las bases del entendimiento que considero debe de dársele finalmente en México, el contenido en el artículo 1.º es más del tipo de bloque de constitucionalidad que introdujo el Consejo Constitucional Francés al interpretar la Constitución de 1958⁹, que trasladado con sus justas dimensiones encuentra parecido en el bloque de constitucionalidad construido por la Corte Constitucional Colombiana al interpretar la Constitución de 1991¹⁰. En tanto que es de cierta forma lejano al bloque de constitucionalidad español.

Por lo que, bajo ese entendimiento, el bloque de constitucionalidad mexicano está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional –tratados de derechos humanos–, serán utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por mandato de ésta. Y con ello, el bloque de constitucionalidad mexicano es un verdadero conjunto de principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma e incorporación diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*, que servirán para evaluar la constitucionalidad de leyes inferiores a éstos, ya sea por vía del juicio de amparo¹¹ (artículos 103 y 107 constitucionales) o por medio de las acciones de inconstitucionalidad¹² (artículos 105, fracción II de la Constitución)¹³.

⁸ Véase a este respecto, entre otros: Carpio (2005), p. 79-114; Favoreu (1991), Fernández (1981), García (1999), p. 403-422, Piniella (1994), Rubio (1991), p. 3-27, Espina (2005), Uprimny (2005).

⁹ El Consejo Constitucional le confirió jerarquía y valor constitucional a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a todos los derechos sociales reconocidos por el Preámbulo de 1946, y a los principios fundamentales que hubieran sido establecidos en las leyes anteriores a la expedición del texto de 1946.

¹⁰ Véanse, entre otras, las sentencias C-225 de mayo de 1995, C-582 de once de agosto de 1999, C-988 de doce de octubre de 2004, C-488/09 de veintidós de julio de 2009.

¹¹ Como único medio con el que cuentan las personas para plantear la violación de derechos humanos por normas generales, actos u omisiones de la autoridad.

¹² Al ser éstas el mecanismo con que cuentan algunos entes legitimados para plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, si dicha contradicción tiene como elemento sustantivo algún derecho humano, necesariamente se deberá contrastar la norma general con el bloque de constitucionalidad y no sólo con la Constitución *strictu sensu*, esto es, a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional bajo análisis en donde dice “Constitución”, tratándose de derechos humanos, debe leerse “bloque de constitucionalidad”, lo que significa que el contraste se deberá hacer con las normas que integran dicho bloque.

¹³ El único medio de control de constitucionalidad que, en mi opinión, queda fuera de la influencia del bloque de constitucionalidad es la llamada Controversia Constitucional, ya que éste es el único medio de control de la regularidad constitucional en el cual los derechos humanos no pueden ser elementos sustantivos de controversia, al tratarse de un medio que sirve para dirimir controversias entre órganos y poderes del Estado.

Entendidos los alcances del bloque de constitucionalidad, una pregunta obligada es ¿qué pasa en caso de contradicción entre las normas que integran el bloque de constitucionalidad? La respuesta a ello no la da el primer párrafo del artículo 1.º constitucional, toda vez que éste no es claro respecto a si entre las normas que integran el bloque de constitucionalidad existen jerarquías. La lectura de dicho artículo, junto con el artículo 133 y las interpretaciones que de éste se han hecho en el pasado, podría hacer presumir que la Constitución *stricto sensu* se encontraría por encima de los tratados dentro del bloque. Sin embargo, ello no es así, la solución a esto nos la da el segundo párrafo del artículo 1.º, como en el siguiente apartado quedará establecido. Por lo que puedo afirmar que en el bloque de constitucionalidad mexicano no hay jerarquía entre las normas que lo conforman, esto es, que en la Constitución mexicana en materia de derechos humanos –conformada por un bloque de constitucionalidad– todas sus fuentes normativas gozan de idéntica jerarquía.

Pero si todo lo anterior pareciera poco, la creación del bloque de constitucionalidad vino a solucionar también un debate que se estaba desarrollando de manera creciente en México con el llamado control de convencionalidad. Un debate que, en mi opinión, resultaba altamente complicado, porque no todos los que participábamos en éste teníamos la misma idea respecto a sus alcances y sentido, máxime cuando ni la formalmente creadora de ese término –Corte Interamericana de Derechos Humanos– tenía hasta antes del caso Radilla Pacheco claridad ni uniformidad en su jurisprudencia de lo que ello significaba (vease CASTILLA JUÁREZ, 2011a, p. 593-624). Además, por la jerarquía normativa que jurisprudencialmente se le había dado a los tratados frente a la Constitución, el llevar a cabo el control de convencionalidad no era una ecuación sencilla por una serie de elementos que necesariamente tenían que estar involucrados al buscar que prevaleciera la norma de origen internacional frente a las normas nacionales, incluida la Constitución.

Afortunadamente, con este nuevo artículo 1.º constitucional, el debate ha quedado cerrado, toda vez que en México ya no requerimos hacer ningún tipo de control de convencionalidad, pues al estar integrados los tratados al bloque de constitucionalidad a la Constitución, lo que ahora en todo caso se deberá hacer es un control de constitucionalidad que, contrario a lo que antes pasaba y con base en lo que antes he señalado, ahora sí se autoriza constitucionalmente que los derechos contenidos en los tratados sean aplicados preferentemente, incluso a las normas que integran la Constitución *stricto sensu*. O bien, si se le quiere ver de otra forma, el control de convencionalidad ha sido constitucionalizado y más que eso, por el contenido del artículo 1.º los tratados ahora sí pueden estar por

encima de la Constitución, porque son Constitución y no existe jerarquía entre las normas que conforman ésta¹⁴.

De esta manera, el derecho internacional de los derechos humanos cuenta ya en México en el año 2011 con un nuevo panorama constitucional, pues ha dejado de ser un elemento integrante de la Ley Suprema de la Unión que poco se usaba, para ser por mandato del propio texto constitucional, fuente normativa de derechos, elemento integrante del bloque de constitucionalidad y, con ello, Constitución *lato sensu*.

III.3 Principio Hermenéutico que rompe Jerarquías y Supremacías en Materia de Derechos Humanos

El tercer elemento altamente destacado del nuevo artículo 1.º constitucional se encuentra establecido en su segundo párrafo, en el cual de manera textual se establece: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

En esta norma, como puede observarse, se establece la forma en la cual deberán interpretarse las normas relativas a derechos humanos, esto es, establece el principio hermenéutico que deberá regir el día a día de los derechos humanos en México.

Este párrafo, al igual que el anterior, introduce dos elementos destacados: a) la interpretación conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, y b) la aplicación del principio pro persona como máximo principio interpretativo.

III.3.1 Interpretación conforme a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos

De este elemento, en realidad, lo único novedoso es la inclusión de los tratados de derechos humanos como parámetro interpretativo, pues como hemos visto, hasta antes de la existencia de esta norma éstos estaban prácticamente relegados no sólo como

¹⁴ Véase en este sentido como referencia de esa afirmación la tesis aislada XXXIX/90, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 17, del tomo V, primera parte, del Semanario Judicial de la Federación, enero a junio de 1990, octava época, cuyo rubro es: "CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL".

fuente de derechos, sino también como parámetros interpretativos a los cuales se podía acudir.

Bajo ese entendido, el hecho que ahora puedan ser considerados como parámetro de la interpretación de los derechos humanos es un gran avance que en conjunto con el párrafo antes analizado, complementan de manera destacada el círculo de consolidación tendiente a la protección de los derechos humanos.

Un aspecto que debe ser especialmente destacado en este punto es que, contrario a lo que ocurre en el párrafo primero del artículo 1.º constitucional que establece que sólo pueden ser tomados en cuenta los tratados de los cuales México es parte, este párrafo no tiene esa limitante, con lo cual, cualquier tratado de derechos humanos, incluso aquellos de los que México no es parte pueden servir por mandato constitucional para interpretar los derechos humanos reconocidos de manera genérica en el primer párrafo.

Esta apertura normativa debe permitir que se siga un criterio interpretativo similar al que sigue el Tribunal Constitucional de España a partir del contenido del artículo 10.2¹⁵ de la Constitución de ese país. Esto es, que al tratarse de propósitos estrictamente hermenéuticos y no de fuente de derechos, el Tribunal Constitucional de España ha utilizado diversos tratados e instrumentos internacionales, no limitando sus referencias a los acuerdos de cuya denominación y contenido se deduzca con claridad una finalidad reguladora de esos derechos (SAIZ ARNAIZ, 1999, p. 92). El Tribunal Constitucional se ha servido para la interpretación de los derechos fundamentales no sólo de los tratados internacionales en la materia, sino también de las decisiones emanadas de los órganos de protección creados por los propios tratados, así como de otros instrumentos internacionales que sin tener la naturaleza de tratado se han producido en el seno de las organizaciones internacionales en las que España se encuentra integrada. De esta manera, ha abierto la puerta para utilizar en la interpretación, no sólo los tratados de derechos humanos, sino también otros instrumentos de naturaleza diversa e incluso algunos que no han sido ratificados por España (SAIZ ARNAIZ, 1999, p. 109 y STC 184/1990 de 15 de noviembre), así como documentos que carecen de fuerza vinculante y las resoluciones y decisiones –jurisprudencia– de los órganos creados por los tratados, tanto del sistema regional europeo, como del comunitario y el universal de derechos humanos.

¹⁵ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Criterio similar al antes descrito de manera general se podría seguir en México dadas las características del párrafo que se analiza, lo cual nos permitiría mirar no sólo al contenido de los tratados de los que somos parte, sino también a los trabajos preparatorios de éstos, a instrumentos tan importantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y, por supuesto, a la jurisprudencia que emana de órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros.

Incluso, el avanzar en ese camino podría dar lugar a que las interpretaciones que hace cada órgano autorizado por un tratado sean consideradas en su justa medida, esto es, aquellas que deriven de un caso en el que el Estado mexicano sea parte, con pleno valor vinculante, aquellas que deriven de la jurisprudencia en general, como herramientas hermenéuticas destacadas que es deseable seguir y, también, dependiendo de la naturaleza de cada órgano que las emite, como criterios autorizados o criterios últimos en la interpretación de los derechos humanos.

Pero sea cual sea la naturaleza que se le pudiera dar a la jurisprudencia internacional, dada la redacción del segundo párrafo del artículo 1.º constitucional, lo mejor sería acudir a todos los instrumentos internacionales e interpretaciones que de éstos existan y estén a la mano, a fin de alcanzar, en la medida de lo posible, interpretaciones uniformes y progresivas de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente.

3.3.2 Aplicación del principio pro persona

Uno de los aspectos más destacados en la reforma constitucional en temas de interpretación lo es, sin duda alguna, la inclusión del principio pro persona como criterio hermenéutico que deberá prevalecer al interpretar los derechos humanos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Pero además de ser el principio interpretativo obligado en materia de derechos humano, es también el elemento que rompe jerarquías entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad y evita conflicto entre éstas, ya que en caso de que esté en pugna el contenido de una norma de la Constitución *stricto sensu* y una norma de la Constitución *lato sensu*, la aplicación del principio pro persona será la llave que dé la solución, la base para la toma de decisión de la norma que prevalecerá.

Al interpretarse normas que consagran o reconocen derechos humanos se ha considerado que es válido, aceptado y necesario, tener en cuenta una regla que esté orientada a

privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano (HENDERSON 1999, p. 87), es decir, que debe hacerse una interpretación extensiva de los alcances de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones¹⁶. El principio pro persona tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

Aunque pudiera parecer que el texto constitucional mexicano configuró de manera inadecuada el principio pro persona, o también conocido en sus inicios como pro homine, al establecer únicamente que se deberá aplicar la protección más amplia, dejando fuera la restricción más limitada, debo aclarar que independientemente de su configuración normativa, el principio pro persona tiene dos manifestaciones o reglas principales: a) preferencia interpretativa¹⁷ y b) preferencia de normas¹⁸. La preferencia interpretativa, a su vez, tiene dos manifestaciones: i) la interpretativa extensiva y ii) la interpretativa restringida. Por su parte, la preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: i) la preferencia de la norma más protectora y ii) la de la conservación de la norma más favorable.

Sin ser ahora mi objetivo profundizar en las maneras en que debe ser utilizado este principio al existir trabajos que desarrollan de manera detallada este punto (CASTILLA JUÁREZ, 2009, p. 65-83), es necesario subrayar que la utilización de este principio interpretativo no debe significar ningún problema ni verse como algo que México experimentará sin saber a dónde se llegará, pues éste ha sido mayormente aceptado, tanto por la doctrina como

¹⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, n.º 5, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 12.

¹⁷ La preferencia interpretativa conlleva dar a una norma que contiene derechos humanos su más amplia interpretación para que éstos se ejerzan, o bien, el mínimo alcance interpretativo posible si se trata de limitar o suspender su ejercicio, sin dejar fuera los matices que entre ambos extremos se pueden presentar. Aquí, el juzgador o intérprete jurídico se encuentra frente a una norma de derechos humanos, con contenido de derechos humanos o que sirve para proteger derechos humanos y una pluralidad de posibles interpretaciones de dicha norma, o bien, una pluralidad de significados, contenidos y alcances de una determinada norma.

¹⁸ Esta regla aporta una solución práctica de gran importancia, ya que desplaza la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen internacional y las de origen interno, superando con ello el debate doctrinal entre tradiciones monistas, dualistas o coordinadoras. Asimismo, ayuda a superar otro tradicional debate relacionado con la jerarquía de las normas, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico. Esto se presenta cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes.

por otros diversos practicantes del derecho, al ser utilizado por tribunales constitucionales, salas constitucionales y cortes supremas de diversos países¹⁹, así como por los tribunales regionales de derechos humanos –europeo e interamericano. Asimismo, “ha adquirido una amplia aceptación por el hecho de que el umbral fundamental en materia de derechos humanos es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías.” (BIDART CAMPOS, 1995, p. 362-369), además que coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de [la persona] (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-284/06).

El principio pro persona es y debe ser un importante instrumento para los mecanismos de solución de controversias y una herramienta siempre presente en la labor de todo juzgador. No obstante, también puede manifestarse o ser aplicado por el resto de practicantes del derecho: ministerio público, policía, defensor público, abogado, etc. Pero también, sin lugar a duda, es un principio que debiera ser observado por el legislador a fin de no crear normas regresivas limitantes de la protección y vigencia de los derechos humanos.

Así, en el caso de México, el principio pro persona no sólo será la herramienta hermenéutica más importante que deberá ser utilizada por cualquier autoridad, sino que también es la base constitucional que autoriza la utilización del tratado e interpretación que favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia y, finalmente, es el mecanismo de solución de controversias entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad y principio constitucional que confirma que no existen jerarquías entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad. Es una fuente de grandes cambios.

III.4 Las Obligaciones Internacionales Constitucionalizadas

La cuarta novedad de la reforma constitucional se encuentra en el tercer párrafo del artículo 1.º constitucional, el cual de manera textual establece:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de

¹⁹ Véase por ejemplo: Tribunal Constitucional de Perú: EXP. n.º 0075-2004-AA/TC, EXP. n.º 1003-98-AA/TC y EXP. n.º 8780-2005-PHC/TC; Corte Suprema Argentina: Expediente: J. 23. XXXVI, del 30 de mayo de 2001; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: EXP. 04-001673-0007-CO; Tribunal Constitucional Español: sentencia del recurso de amparo 17/1985, del 9 de febrero de 1985, sentencia STC 47/2000 del 17 de febrero de 2000; Corte Constitucional Colombiana: C-551 de 2003, C-817 y C-1056 de 2004, C-148 de 2005, C-187 de 2006 y T-284/06; Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), sentencia del recurso de reclamación 412/2009.

conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Para quienes nos encontramos familiarizados con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es fácil darnos cuenta que el párrafo anterior es la incorporación de las obligaciones genéricas y derivadas que tradicionalmente están contenidas en los primeros artículos de los tratados de derechos humanos y en las interpretaciones que de éstas han hecho los órganos internacionales autorizados para su interpretación al texto constitucional, ni más ni menos.

Si se analiza el contenido del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 de la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 1 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros muchos instrumentos internacionales, podremos darnos cuenta que las obligaciones de promover, respetar, proteger, garantizar, prevenir, investigar y sancionar, son una constante a la cual los Estados se comprometen al ratificar o adherirse a dichos tratados.

En ese sentido, al ser términos que se están trayendo directamente del derecho de origen internacional a la Constitución, éstos deben ser entendidos de manera clara a partir del sentido que ahí se les ha dado, pues no son conceptos aislados, colocados al azar en el texto constitucional. Cada uno tiene un fin, una obligación concreta por cumplir por parte de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias.

Atendiendo a ello, sin ser exhaustivo y bajo el sentido descriptivo general primario que he tratado de dar a cada uno de los nuevos párrafos, me parece importante que las autoridades mexicanas tengan claridad respecto a qué significa cada una de esas obligaciones, pues por mandato constitucional expreso a partir del 11 de junio de 2011 están obligadas en el ámbito de sus competencias a satisfacer éstas, tal y como lo habían estado por mandato de cada tratado desde el momento en que México ratificó o se adhirió a cada uno, pero con la diferencia que ahora sí, al estar en el texto constitucional, serán ineludibles –o al menos ya no se podrán ocultar– esas obligaciones que en materia de derechos humanos tiene toda autoridad en un Estado.

Bajo ese entendido, podemos señalar que:

- *promover* implica impulsar y difundir por todos los medios posibles a su alcance la cultura de respeto a los derechos humanos, bajo el entendido de que respetar los derechos humanos pesa sobre todos los miembros de la familia humana, sin importar si son nacionales, extranjeros, servidores públicos, particulares, civiles, militares, etc. Es incentivar en todos los ámbitos y en todas partes a que los derechos humanos sean una constante, la guía de actuación de autoridades y particulares, frente a sí y frente a los demás;
- *respetar* consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación; es asumir siempre frente a los derechos humanos actitudes de consideración, acatamiento y deferencia. Así por ejemplo, respetar el derecho a la libertad individual es abstenerse de incurrir en detenciones ilegales o arbitrarias, en desapariciones forzadas, en secuestros y en tomas de rehenes;
- *proteger* es una obligación estrechamente relacionada con la de garantizar que implica el establecimiento de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que sirvan para amparar, favorecer y defender los derechos humanos;
- *garantizar* implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino que una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente los derechos y libertades. No se agota con la existencia de un orden normativo, sino que implica la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de goce y ejercicio de los derechos humanos. De esta obligación derivan tres específicas: prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos;
- *prevenir* implica el establecimiento e implementación de todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito. Es una obligación de medio o comportamiento;

- *investigar* se traduce en que toda situación en que se hayan violado los derechos humanos debe ser indagada de forma tal que dicha violación no quede impune, se determine quién causó la violación y se conozca a fondo en sí, las causas, origen y consecuencias de la violación de derechos humanos. Es una obligación de medio por lo que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa;
- *sancionar* implica que toda violación de derechos humanos debe generar responsabilidad y ser castigada a fin de que ésta no quede impune y se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos;
- *reparar* se constituye en la única forma con que se cuenta para extinguir la obligación generada por la responsabilidad derivada de una violación a derechos humanos. No es una concesión graciosa o de buena fe que puede o no cumplir el que haya violado la obligación primaria (derecho humano), sino simplemente es la única manera que tiene para cumplir con su responsabilidad. En derechos humanos, no es una cuestión de pesos y centavos, no es una transacción que por medio de un pago puede ser satisfecha, en esta materia, se trata de dignidad humana, de personas con derechos, de reconocer que todo ser humano sin distinción alguna debe contar con mínimos de existencia que no le pueden ser afectados por nadie y que, si le son afectados, no se trata de comprar o poner precio a la dignidad y derechos, sino de hacer todo lo posible para que esa dignidad y derechos se mantengan como siempre debieron haber estado, o al menos, se restaure esa dignidad para asegurar la realización como ser humano y que el infractor entienda la gravedad de las consecuencias que su incumplimiento, por simple que le parezca, generó (CASTILLA JUÁREZ, 2011b, p. 133-166).

Estas cuatro obligaciones las resume de muy buena manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeras sentencias al señalar que: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C n.º 4, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174)

Y como decíamos desde el inicio, todo lo anterior deberá entenderse en el contexto de los derechos humanos, lo cual significa asimilar que éstos se guían por principios como lo de:

- *universalidad*, que significa que los derechos humanos tienen vigencia en cualquier parte y para cualquier persona porque se trata de derechos inherentes al ser humano y que son reflejo del consenso de la comunidad internacional respecto de dichos derechos, sin que ello tenga que suponer, en principio, la imposición de ningún tipo de hegemonía jurídica, política o cultural, sino más bien, el establecimiento de un referente de valores universales;
- *interdependencia*, que se refiere a que todos los derechos humanos sin importar cómo se clasifiquen académicamente (civiles y políticos, económicos sociales y culturales), dependen unos de otros y se interrelacionan todos entre sí por la propia naturaleza humana, por lo que la afectación de uno puede derivar en la afectación de muchos o todos los derechos humanos;
- *indivisibilidad*, que representa que así como el ser humano no puede ser dividido, sus derechos tampoco, con lo cual no pueden respetarse y garantizarse sólo en parte, o unos derechos sí y otros no, sino que todos deben ser atendidos al mismo tiempo logrando los equilibrios que sean necesarios para que todos subsistan en la realidad hasta el máximo de las posibilidades;
- *progresividad* significa que siempre se debe ir avanzando en la garantía, protección y desarrollo de todos los derechos humanos y que una vez que se ha alcanzado un nivel determinado, no se puede, en principio, retroceder ni reducir éste, siendo un principio aplicable no sólo a los derechos económicos, sociales y culturales, sino a todos los derechos humanos.

Respecto a los alcances y significados de cada uno de esos términos y principios se puede escribir mucho y dar un entendimiento detallado de todo lo que cada uno significa de manera concreta. Por ahora, me parece suficiente dejar este panorama general de lo que implican las obligaciones que se les han impuesto a todas las autoridades mexicanas, en el ámbito de sus competencias. En este momento me es suficiente plantear el panorama bajo el cual tendrán que desarrollarse por mandato constitucional todas las autoridades en México.

Como se puede observar a partir del significado que en un acercamiento general y primario hemos hecho de cada una de las nuevas obligaciones y principios constitucionales en materia de derechos humanos, los alcances de éstas son expansivos e implicarán una labor más amplia por parte de todas las autoridades de los tres poderes y tres niveles de

gobierno. El reto no se muestra sencillo, pero su magnificencia no debe ser motivo de una cerrazón que impida llevar a la práctica el cumplimiento de cada una de esas obligaciones, sino más bien, debe ser tomado como un reto que nos llevará a construir un mejor país.

Si logra asimilarse el significado y contenido de todo lo antes descrito, todas las novedades constitucionales que fueron analizadas en los apartados anteriores serán más fácil adaptadas y ello, nos llevaría, por fin, a tener un país en donde todos los derechos humanos de todos y todas sean una constante. Esperemos que así ocurra.

IV LAS PERSPECTIVAS A FUTURO A MANERA DE CONCLUSIONES

Seguramente, a pocos días de la entrada en vigor de la reforma constitucional en muchos lugares del país, frente a muy variadas autoridades e involucrando infinidad de derechos humanos, se pondrán a prueba los alcances de ésta. Las primeras conclusiones a las que se llegue tal vez no serán lo que muchos deseamos, sino simples ejercicios que atados al pasado tendrán frente a sí conceptos que nunca antes habían considerado como elementos a tomar en cuenta en su labor cotidiana.

Ante ello y con el fin de construir un futuro más alentador respecto a los derechos humanos, el máximo tribunal del país, en su doble calidad de Suprema Corte y Tribunal Constitucional deberá, en el primer caso en el que tenga oportunidad de pronunciarse sobre esta reforma, establecer las guías y parámetros iniciales que, teniendo ya sólo en mente a los derechos humanos y las novedades constitucionales antes mencionadas, marcarán el camino de actuación de todas las autoridades en el país, especialmente las jurisdiccionales. Por su parte, el Congreso Federal deberá atender sin pretexto alguno las obligaciones que se impuso al aprobar la reforma constitucional, a fin de que en un plazo breve apruebe la legislación secundaria que haga falta para que los derechos humanos y sus garantías no sean una vez más simples letras en papel.

A partir de ese panorama inicial, bien se puede afirmar que la reforma constitucional mexicana de junio de 2011, si es desarrollada en el sentido que el legislador buscó y en el sentido moderno, progresista y garantista de las instituciones jurídicas, términos y perspectivas que se incorporaron al texto constitucional, será una reforma que no sólo transformará la manera en que los derechos humanos son desarrollados en México, sino que también será fuente de grandes cambios en todo el sistema jurídico mexicano.

Concluido el análisis de las novedades que se incorporaron al texto constitucional mexicano nos podemos dar cuenta que muchos de esos elementos en realidad ya se encontraban

presentes en el sistema jurídico mexicano, sin embargo, no habían sido desarrollados, se ocultaban y relegaban en gran medida por ese falso nacionalismo jurídico y protección de una aparente Soberanía nacional que debía ser intocada, cuando por vía de los tratados comerciales, al menos desde 1994, estaba más que sometida a intereses económicos internacionales, pero que servía para hacer de lado el derecho de origen internacional que no pone énfasis en las relaciones de poder entre Estados, sino en las personas y que tan sólo busca que éstas vivan de manera digna en un Estado democrático de derecho donde puedan alcanzar su mejor desarrollo personal y colectivo.

El establecimiento de un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos que será el parámetro a partir del cual se evaluará la regularidad constitucional de actos y normas generales, junto con el principio pro persona como estándar hermenéutico obligatorio en materia de derechos humanos, y la constitucionalización de un conjunto de obligaciones de origen internacional que deberán cumplir las autoridades mexicanas, en el ámbito de sus competencias, configuran uno de los sistemas de protección de los derechos humanos más sólidos, prometedores y vanguardistas construidos a partir del texto constitucional y no de interpretaciones jurisdiccionales.

Las herramientas jurídicas e interpretativas están ya puestas, las obligaciones están determinadas de manera precisa, ya solo falta poner en marcha la maquinaria a partir de la creación de nuevos parámetros en los que los derechos humanos de todas y todos sean una realidad constante.

La Constitución de 1917 fue la punta de lanza en su época de derechos sociales, la realidad nos muestra que solo fue un texto con buenos deseos. La reforma constitucional de 2011 se muestra como punta de lanza en ciertos ámbitos de la protección de los derechos humanos, esperemos que la realidad próxima y futura nos demuestre que no eran más que simples buenos deseos llevados una vez más a la Constitución.

Podrá hablarse de una constitucionalización del derecho internacional o de una internacionalización de la Constitución, según desde donde se le mire y los fines que se persigan, lo único cierto es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene un nuevo panorama en México, un panorama que da para soñar en un futuro prometedor, un panorama que nos toca construir a todos y todas, un panorama que hasta el año pasado parecía imposible. Un panorama que ante la situación de violencia que se vive en nuestro país, puede dar mucho a una reconstrucción de México si evitamos ser puristas del derecho y las instituciones, y pensamos más en las personas, en el bien común.

México amaneció el sábado 11 de junio de 2011 con una nueva realidad jurídica-constitucional de la cual pocos se enteraron y se han enterado, México debe amanecer el viernes 11 de junio de 2021 con una realidad en la que los derechos humanos sean la constante, si no es así, tal vez mucho habrá cambiado nuevamente en las normas, pero ello de poco habrá servido en la realidad.

Ante ese panorama de antecedentes poco prometedores y de un nuevo texto constitucional que mucho ilusiona, nos corresponde a todos, desde cualquier trinchera que ocupemos, trabajar porque todo lo nuevo no sea metido en los moldes viejos, porque las novedades que nos ofrece el texto constitucional sean en diez años la base de la que partimos y a partir de la cual hemos avanzado en la protección, garantía y defensa de los derechos humanos. Tenemos las herramientas, tenemos las normas en su máximo nivel que nos respaldan, construyamos un futuro mejor para todos y todas teniendo como eje fundamental a los derechos humanos.

REFERENCIAS

BIDART CAMPOS, Germán. **La interpretación del sistema de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1995.

CARPIO MARCOS, Edgar. Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. En: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Lima (Perú), n. 4, p. 79-114, jul.-dez. 2005.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. En: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México-DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM), volumen XI, p. 593-624, 2011a.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos. El principio pro persona en la administración de justicia. **Revista Cuestiones Constitucionales**, México-DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, número 20, p. 65-83, enero-junio 2009.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La teoría de las reparaciones a la luz de los criterios de los tribunales internacionales de derechos humanos. En: **Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos, Fase de**

formación especializada, México-DF, Ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, p. 133-166, 2011b.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148/05, de 22 de febrero de 2005.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-187/06, de 15 de marzo de 2006.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225, de 18 de mayo de 1995.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-488/09, de 22 de julio de 2009.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03, de 9 de julio de 2003.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-582/99, de 11 de agosto de 1999.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-817/04, de 30 de agosto de 2004.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-988/04, de 12 de octubre de 2004.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1056/04, de 28 de octubre de 2004.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia STC 47/2000, de 17 de febrero de 2000.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-284/06, de 5 de abril de 2006.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 220.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, n.º 184.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, n.º 215.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y otras (“Campo Al-godonero”) Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 205.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C, n.º 209.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, n.º 216.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Hon-duras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n.º 4, párr. 174.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n.º 5, párr. 12.

CORTE SUPREMA ARGENTINA. Expediente: J. 23. XXXVI, del 30 de mayo de 2001.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. El nuevo sistema de derechos humanos. Periódico El Universal, Opinión, México-DF, 22 de marzo de 2011. Disponible en: <<http://archivo.eluniversal.com.mx/editoriales/52111.html>>. Acceso en: 22 marzo 2011.

ESPINA MEJÍA, Laura. Breve aproximación al bloque constitucional en Francia. En: **Elementos de Juicio**, Bogotá, n.º 2, p. 179-196, 2005.

FAVOREU, Louis. **El bloque de la constitucionalidad**: simposium franco-español de derecho constitucional. Madrid: Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. **Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**: en torno al artículo 28 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Garantías. En: **Jueces para la Democracia**, Madrid, n. 38, p. 39, 2000.

GARCÍA ROCA, Javier. Criterios para el reparto de competencias y bloque de la constitucionalidad. En: **Derecho Público de Castilla y León**, Valladolid, Universidad de Valladolid, p. 403-422, 1999.

HENDERSON, Humberto. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. En: **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José Costa Rica, n.º 39, p. 87, 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 87, sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 155, sobre Seguridad y Salud de los trabajadores.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Las autoridades de los derechos**: los derechos entre instituciones y normas. Madrid: Trotta, 2006.

PINIELLA SORLI, Juan-Sebastián. **Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad**: encrucijada de competencias. Barcelona: Bosch, 1994.

PINTO, Mónica. El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: **La aplicación de los tratados de**

derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. En: **Estudios sobre la Constitución española:** homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. **La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos:** el artículo 10.2 de la constitución española. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. EXP. 04-001673-0007-CO, sentencia del 24 de febrero de 2004.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Sentencia del recurso de reclamación 412/2009, sentencia de 3 de febrero de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia del recurso de amparo 17/1985, del 9 de febrero de 1985.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Exp. n.º 0075-2004-AA/TC, sentencia de 5 de mayo de 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Exp. n.º 1003-98-AA/TC, sentencia de seis de agosto de 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Exp. n.º 8780-2005-PHC/TC, sentencia de 17 de enero de 2006.

UPRUMNY YEPES, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: **Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional**, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, volumen I, p. 97-154, 2003.

Submissão em: fevereiro de 2011.
Pareceres favoráveis em: junho de 2011.

A Formulação de Políticas Públicas Climáticas com base no Princípio da Precaução

MICHELLE LUCAS CARDOSO BALBINO*

Resumo: As mudanças no clima ocorridas nos últimos anos, em virtude do aquecimento global, devem-se ao aumento excessivo das emissões atmosféricas geradas nos processos produtivos, fenômeno este conhecido como efeito estufa antrópico. O presente trabalho nasce tendo como justificativa a necessidade de implantação de Políticas Públicas com base no Princípio da Precaução, tendo em vista as incertezas científicas existentes acerca dos problemas, dos riscos e principalmente das medidas a serem adotadas no intuito de mitigar os problemas climáticos cada vez mais intensos. Assim, diante das incertezas técnico-científicas quanto aos riscos oriundos das mudanças climáticas e da dificuldade de estabelecimento das medidas cautelares a serem adotadas para a solução desse problema, além da impossibilidade de alegação sobre a falta dessa certeza científica como razão para postergar a adoção de qualquer medida de proteção ambiental, faz-se necessário o estabelecimento de normas legais inerentes ao assunto baseadas na aplicação do Princípio da Precaução, tanto em nível internacional e como nos ordenamentos jurídicos internos de cada país, no intuito de evitar ou minimizar os efeitos causados no clima.

Palavras-chave: Aquecimento Global. Mudanças Climáticas. Políticas Públicas. Princípio da Precaução.

Abstract: Changes in climate have occurred in recent years because of global warming, are due to excessive air emissions generated in production processes, a phenomenon known as man-made greenhouse effect. This work comes with a justification of the need to implement public policies based on the Precautionary Principle, in view of the scientific uncertainties exist about the problems, risks, and especially the measures to be adopted in order to mitigate the increasingly severe weather more intense. In light of technical and scientific uncertainties about the risks from climate change and the difficulty of establishing the protective measures to be adopted to solve this problem, besides the impossibility of the claim on the lack of scientific certainty as a reason for postponing the adoption of any measure of environmental protection, it is necessary to establish legal norms relating to the subject based on the principle of precaution, both in international as in domestic legal systems of each country in order to avoid or minimize the effects on climate.

Keywords: Global Warming. Climate Change. Public Policy. Precautionary Principle.

* Mestre em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduada em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Coordenadora do Curso de Direito da FACTU e Professora Universitária.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças no clima ocorridas nos últimos anos, em virtude do aquecimento global, devem-se ao aumento excessivo das emissões atmosféricas geradas nos processos produtivos. Fenômeno este conhecido como efeito estufa antrópico.

Frente a todos esses questionamentos, nasce o presente trabalho tendo como justificativa a necessidade de implantação de Políticas Públicas com base no Princípio da Precaução, tendo em vista as incertezas científicas existentes acerca dos problemas, dos riscos e, principalmente, das medidas a serem adotadas no intuito de mitigar os problemas climáticos cada vez mais intensos.

O presente estudo tem como base a elaboração de uma pesquisa bibliográfica/webibliográfica, sendo utilizados para o estudo textos, mapas e gráficos relacionados ao assunto, presentes em livros, revistas e documentos eletrônicos, os quais forneceram o embasamento teórico necessário para a construção do tema e, por consequência, o alcance dos objetivos propostos.

O marco teórico sobre o qual está constituída a discussão do presente trabalho se assenta, substancialmente, sobre três documentos internacionais: a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre a Mudança do Clima e o Projeto Princípio da Precaução. Por certo, a conciliação destes documentos direciona, no presente e específico caso, para a reflexão sobre a necessidade de implantação de Políticas Públicas Climáticas com base no Princípio da Precaução.

Assim, a luta contra as consequências trazidas pelas mudanças climáticas, a necessidade de formulação de Políticas Públicas acerca do problema e os meios de formulação das Políticas Públicas do Clima com Base no Princípio da Precaução são questões cuja discussão se reveste de extrema relevância. Passa-se, então, ao estudo do presente tema.

2 MUDANÇAS CLIMÁTICAS E OS DESASTRES AMBIENTAIS

O planeta Terra possui uma camada formada por gases que retém e mantém parte da radiação solar que penetra na atmosfera. Esses gases conservam o aquecimento natural do planeta, equilibrando a temperatura média em torno de 15°C, possibilitando, assim, a vida terrestre, pois “sem essa proteção, o planeta seria coberto de gelo e a sua temperatura média global seria por volta de -18°C” (SOUZA, 2007, p. 28). Esse fenômeno é conhecido como efeito estufa e se refere “ao processo físico pelo qual a presença de gases atmosféricos faz com que a terra mantenha uma temperatura de equilíbrio maior do que teria caso estes gases estivessem ausentes.” (DEMILLO *apud* LIMIRO, 2009, p. 20).

Contudo, o aumento excessivo das emissões de gás de efeito estufa na atmosfera, geradas por meio dos processos produtivos, principalmente na atividade industrial, na operação de veículos automotores e nos processos de desmatamento, vem causando sérias mudanças no clima, em virtude do aquecimento global. Vejam-se os ensinamentos de Limiro (2009, p. 17-24, *passim*) acerca do efeito estufa antrópico:

O que prejudica o meio ambiente e ocasiona esse aquecimento é o que denominamos efeito estufa antrópico, oriundo das atividades desenvolvidas pelo ser humano, as quais emitem gases de efeito estufa. [...] O aquecimento global, em razão da intensificação das emissões de gases de efeito estufa pelas atividades humanas, é prejudicial à nossa existência. Esse aquecimento vem sendo denominado efeito estufa antrópico.

Assim, a partir do momento que o homem passou a utilizar a queima de combustíveis fósseis como fonte fundamental de energia e, ainda, a desmatar metodicamente para diversos fins, verificou-se o aumento da emissão dos gases do efeito estufa (GEE's) na atmosfera, causando o aumento da temperatura do planeta, e por consequência, diversas mudanças no clima.

Os gases do efeito estufa (GEE's) são substâncias (obviamente, gasosas), que têm a finalidade de absorver parte da radiação infravermelha emitida pela Terra, impedindo que

ocorra perda considerada de calor para o espaço, mantendo o planeta aquecido. Contudo, em virtude do excesso de emissão dos gases do efeito estufa pelas atividades antrópicas, tem ocorrido uma grande retenção desse calor, provocando o fenômeno conhecido como aquecimento global (LIMIRO, 2009, p. 20-21).

O efeito estufa se caracteriza como um problema de responsabilidade global, tendo em vista que as emissões dos gases cabem tanto aos países industrializados como aos em desenvolvimento, pois a queima de combustíveis fósseis produzida principalmente pelos países industrializados é responsável por 75% das emissões globais de CO₂, enquanto que, as mudanças no uso da terra realizada pelos países em desenvolvimento representa 25% dessas emissões.

O processo de desmatamento cada vez mais utilizado nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento foi “em grande parte induzido pela instalação e expansão das cidades, [...] pelo estabelecimento e expansão das atividades agropecuárias, particularmente a produção de bovinos e da fronteira agrícola.” (SOUZA, 2007, p. 186).

Diante desses aspectos, as intervenções antrópicas vêm gerando desequilíbrios climáticos em todos os ecossistemas, revelando-se muitas vezes irreversíveis, como apontam o Quarto Relatório do Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), painel intergovernamental sobre mudança climática criado pela Organização Meteorológica Mundial (WMO) e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que tem como objetivo avaliar as informações científicas sobre mudanças climáticas, os impactos socioeconômicos e ambientais causados e formular estratégias de respostas (os chamados cenários). Veja-se:

Várias mudanças climáticas no longo prazo têm sido observadas em continentes, regiões e oceanos. Isto inclui mudanças na temperatura e no gelo do Ártico, mudanças na quantidade de precipitação em todo lugar, mudança na salinidade dos oceanos, mudança dos padrões de vento e aspectos de clima extremo como as secas, a precipitação forte, as ondas de calor e a intensidade de ciclones tropicais (ONU, 2007, p. 6).

Diante dessas mudanças no clima, a ocorrência de desastres ambientais são constantes, causando consequências desastrosas ao planeta e aos seres vivos que o habitam. Esse também é o ensinamento apresentado a seguir: “Notícias sobre a mudança do clima e suas consequências desastrosas são diariamente veiculadas. É notório que o clima mundial está sendo alterado e se aquece cada vez mais.” (LIMIRO, 2009, p. 19).

Dentre os Impactos futuros previstos pelo Quarto Relatório do IPCC, as consequências ambientais e sociais são as mais relevantes. Em relação ao meio ambiente, as consequências são alarmantes, afinal, com a mudança global do clima, a frequência e a intensidade dos eventos climáticos mostrar-se-ão cada vez mais curtos e extremos, respectivamente. As consequências sociais também não ficam atrás das consequências provocadas pelos desastres ambientais, até porque estas refletem diretamente naquelas, tendo em vista que o homem é parte integrante e dependente do ecossistema.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DA SOCIEDADE

Políticas públicas são ações que, através de leis e normas abrangentes, estabelecem um conjunto de regras, programas, ações, benefícios e recursos voltados à promoção do bem estar social e dos direitos do cidadão. Derani (2006, p. 131) relata que

A política pública é um fenômeno oriundo de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade. É fruto de um Estado complexo que passa a exercer uma interferência direta na construção e reorientação dos comportamentos sociais. O Estado passa para além do seu papel de polícia e ganha uma dinâmica participativa na vida social, moldando o próprio quadro social por uma participação distinguida pelo poder de impor e pela coerção.

Vale ressaltar que um único plano ou programa não pode ser considerado uma política pública, “sendo preciso o conjunto articulado de programas operando para a realização de um objetivo, como partes de um todo.” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 62). Outro fato que deve ser considerado é que nem toda decisão política, ou seja, a escolha de uma alternativa a seguir, chega a ser uma política pública, que é a concretização de várias decisões políticas.

Diante disso, a participação de toda a sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas, por meio de audiências e consultas públicas, é fundamental para a estruturação de políticas públicas mais coesas e eficazes. Esse também é o ensinamento dado a seguir, ao abordar que:

De fato, é fundamental o envolvimento do cidadão no equacionamento e implantação da política ambiental, dato que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e de todas as forças sociais, conscientes de suas responsabilidades, contribuam para a proteção e a melhoria do ambiente, que, afinal, é bem e direito de todos (MILARÉ, 2009, p. 833).

A necessidade de participação da sociedade na tomada de decisões públicas, e consequentemente, na formulação de Políticas Públicas, é justificada pela Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas (1929), filósofo e sociólogo alemão contemporâneo, que aponta no sentido que os cidadãos não têm outra opção senão atribuir-se para as decisões públicas enquanto participantes nos discursos jurídicos¹.

As partes envolvidas no processo de formulação das políticas públicas são chamadas de atores, são eles que estabelecem os projetos a serem desenvolvidos e neles, as necessidades e obrigações das partes. Podem ser tanto públicos como privados, os atores públicos são todas as entidades públicas envolvidas na produção das políticas públicas, já os atores privados são os entes privados (empresários e trabalhadores) que proporcionam a formulação das políticas públicas.

Os atores privados podem atuar por meio de audiências públicas, abaixo-assinados, mobilizações sociais ou iniciativas judiciais para elaboração das políticas públicas. Contudo, mesmo com a atuação das pessoas de direito privado, físicas ou jurídicas, e possuindo elas a capacidade de formular as políticas públicas, o Estado ainda é considerado “o principal formulador das políticas de desenvolvimento, ao introduzir a dimensão política no cálculo econômico, em busca da constituição de um sistema econômico nacional.” (BERCOVICI, 2006, p. 143).

Contudo, no Brasil, tais instrumentos, apesar de muitas vezes utilizados, não possuem o desenvolvimento continuado para o estabelecimento de ações governamentais eficientes. É o que expõem Bercovici (2006, p. 148):

O Estado brasileiro não está, e nunca esteve, apesar das inúmeras tentativas, organizado para formular e executar uma política de desenvolvimento continuada. Surgem planos, mas não há planejamento. Um plano de desenvolvimento requer o planejamento da Administração Pública. O plano sem planejamento é uma formulação racional de ideias, mas sem nenhuma efetividade prática.

¹ Portanto, para a teoria da ação comunicativa, a política surge como um sistema social no qual os agentes buscam estrategicamente exercer influência ou poder reciprocamente e que contribui juntamente com a economia e o direito para colonizar o mundo da vida e encolher o espaço para a racionalidade comunicativa. [...] Por outro lado, os cidadãos, na sociedade civil, podem formar a opinião e a vontade por meio dos discursos práticos e das negociações sob condições equitativas, porém, não podem organizar-se para deliberar, o que torna necessário introduzir o princípio parlamentar, que possibilita instituir corpos legislativos encarregados de tomar decisões (DURÃO, 2009, p. 123/130).

Em se tratando das questões ambientais, as políticas públicas ambientais “[...] têm por conteúdo a atribuição expressa ao Poder Público da obrigação de preservação e defesa do meio ambiente” (D’ISEP, 2009, p. 161).

Trata-se da imposição de valores socioambientais, ou seja, a integração entre o meio ambiente e a sociedade, para assegurar o equilíbrio econômico/ambiental através do dever do Estado de promover o bem comum, assim, também na formulação de Políticas Públicas Ambientais, é fundamental a atuação da sociedade de forma ativa. Atuação, como já informado, com utilização de procedimentos como audiências públicas, abaixo-assinados, mobilizações sociais ou iniciativas judiciais, para elaboração das políticas públicas que busquem a garantia de estrutura de proteção ambiental.

Tais aspectos também são relevantes no momento das formulações das Políticas Públicas inerentes às mudanças do clima, tendo em vista que estas são parte integrante das Políticas Públicas Ambientais, devendo ser adotada em todas as esferas e níveis de governos, para a conquista de metas significativas.

Diante disso, a participação de toda a sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas climáticas, através de audiências e consultas, é fundamental para a estruturação de políticas mais coesas e eficazes.

Esse também é o entendimento quando da adoção de medidas que visem prevenir e precaver danos ao meio ambiente, com base nos princípios da informação ampla e da participação ininterrupta das pessoas e organizações sociais no processo das decisões, previstos no artigo 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, e no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal.

Contudo, em se tratando de Políticas Públicas Climáticas não se deve considerar somente aos quesitos e ponderações acima definidos, diversos outros aspectos devem ser observados no momento de sua elaboração. Dentre os mais relevantes, está a necessidade de formulação dessas Políticas Públicas com base no Princípio da Precaução, sendo esse o tema do próximo capítulo.

4 A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CLIMÁTICAS COM BASE NO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Como observado, as Políticas Públicas Climáticas devem estabelecer parâmetros e diretrizes capazes de conservar a qualidade de vida das populações, o ecossistema como um todo e, principalmente, buscar a antecipação dos cuidados necessários, evitando, assim, futuros desastres, como os decorrentes das mudanças do clima, atendendo não apenas aos objetivos, mas também aos Princípios do Direito Ambiental.

Antes de adentrar ao tema central deste trabalho, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da matéria, principalmente em relação aos Princípios da Prevenção e da Precaução.

Semanticamente a distinção, entre os Princípios é plenamente visível, veja:

Prevenção é substantivo do verbo prevenir (do latim prae = antes e venire = vir, chegar), e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo se precaver (do latim prae = antes e cave = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a concretizar-se ou a resultar em efeitos indesejáveis (MILARÉ, 2009, p. 822).

Assim, o **Princípio da Prevenção** se refere ao perigo certo, tendo como objetivo impedir a ocorrência de danos ao ecossistema. Expresso no Princípio 2 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, que aponta para a necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano.

Diante disso, o “princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis.” (ANTUNES, 2008, p. 45).

Já o **Princípio da Precaução**, tema base deste trabalho, visa precaver danos cujas informações científicas são “insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.” (MILARÉ, 2009, p. 824).

Originário do Direito Alemão, este Princípio nasceu em meados da década de 70 e, inicialmente, o significado dado era de que a precaução deveria reduzir as cargas ambientais emitidas em todos os setores da economia. Contudo, ao longo dos anos, outras formulações foram construídas, como é o caso da concepção dada pela Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte em 1987, que estabeleceu que o Princípio da Precaução tem como entendimento o fato de que “as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar.” (ARAGÃO, 2008, p. 42).

Boa parte da doutrina aponta a concepção dada por Marcelo Abelha Rodrigues, como sendo uma das melhores conceituações, *verbis*:

Tem-se utilizado o postulado da precaução quando pretende-se evitar o risco mínimo ao meio ambiente, nos casos de incerteza científica acerca da sua degradação. Assim, quando houver dúvida científica da potencialidade do dano ao meio ambiente acerca de qualquer conduta que pretenda ser tomada (ex. liberação e descarte de organismo geneticamente modificado no meio ambiente, utilização de fertilizantes ou defensivos agrícolas, instalação de atividades ou obra, etc.), incide o princípio da precaução para prevenir o meio ambiente de um risco futuro (RODRIGUES, 2002, p. 150 *apud* ANTUNES, 2008, p. 29).

Contudo, Antunes esclarece que esta posição doutrinária na verdade se revela uma visão unilateral do risco, confundindo-se com o dano, apontando que

um dos pontos centrais da argumentação em favor de uma aplicação maximalista do Princípio da Precaução é a chamada equidade intergeracional, de forma que as nossas ações presentes devem ser pautadas por um comportamento ético em relação às gerações do porvir (ANTUNES, 2008, p. 30).

Todavia, o esclarecimento a respeito da real concepção do Princípio da Precaução somente veio em agosto de 2002, após o início do Projeto Princípio da Precaução, realizado pela União Europeia em parceria com quatro ONG's internacionais, tendo como objetivo clarificar as definições relativas ao Princípio da Precaução e estabelecer suas diretrizes.

Assim, no início do ano de 2006 o Princípio da Precaução ganha uma nova perspectiva, passando a ser conhecido também como Abordagem de Precaução, no intuito de evitar grave ou irreversível dano potencial, em resposta à incerteza em face dos riscos para a saúde ou o ambiente, apesar da falta de certeza científica, passando a ser um princípio de governança ambiental.

Atualmente, existe um consenso internacional em relação à aplicação do Princípio da Precaução em caso de dúvidas acerca da periculosidade de uma determinada ação, sendo que tais dúvidas podem ocorrer em várias circunstâncias, como relato a seguir transcrito:

Ora, as dúvidas sobre a perigosidade de uma determinada ação para o ambiente podem existir em várias circunstâncias: ou quando ainda não se verificaram quaisquer danos decorrentes de uma determinada actividade, mas se receia, apesar da falta de provas científicas, que possam vir a ocorrer; ou então quando, havendo já danos provocados ao ambiente, não há provas científicas sobre qual a causa que está na origem dos danos, ou sobre o nexo de causalidade entre uma determinada causa possível e os danos verificados (ARAGÃO, 2008, p. 42).

Assim, existindo dúvidas acerca da periculosidade, em virtude das incertezas científicas, as decisões devem prevalecer em benefício ao meio ambiente, devendo, nas atividades, produtos, projetos ou instalações que causem o dano ou exista receio de possível dano se concretizar, serem tomadas as medidas cautelares necessárias, tais como: indeferimento do pedido de licenciamento, notificações, monitoramentos, entre outros.

Portanto, o Princípio admite agir mesmo sem certezas técnico-científicas quanto à natureza do dano, ou seja, os riscos (devendo apresentar verossimilhança e plausibilidade mínima) e à adequação da medida cautelar a ser adotada (que deve ser coerente), contudo, esse Princípio também prevê, em linhas gerais, que existindo risco elevado devem-se aplicar as medidas de interdição da atividade e, em caso de risco reduzido, a mera informação do público é suficiente.

Ademais, o Princípio da Precaução estabelece, ainda, que cabe ao interessado no desenvolvimento da atividade a responsabilidade de produzir os estudos científicos que provem que a atividade não possui riscos ou virá a produzi-los.

O Princípio da Precaução foi incorporado no Direito Ambiental brasileiro após a elaboração de dois importantes documentos existentes no âmbito da Organização das Nações Unidas, quais sejam: Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Princípio 15) e a Convenção sobre a Mudança do Clima (ratificado pelo Decreto Legislativo 1/1994).

Nas questões climáticas, tema principal deste trabalho, a Convenção sobre a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), que teve o objetivo

de estabelecer as diretrizes e condições para estabilizar os níveis dos gases de efeito estufa (GEE's) na atmosfera, tem o Princípio da Precaução expresso no princípio 3 do artigo 3.º:

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, **a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas**, [...] (BRASIL, 2011). (Grifos nossos).

Observa-se, assim, que a ausência de certeza científica não pode ser utilizada como pretexto para adiar a adoção de medidas que visem a precaver a degradação do meio ambiente. Afinal, “a incerteza científica milita em favor do ambiente, careando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado.” (MILARÉ, 2009, p. 825).

Aponta-se que “a Convenção da Mudança do Clima preconiza que as medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos.” (MACHADO, 2006, p. 66). Assim, o Princípio da Precaução deve ser utilizado no intuito de evitar ou minimizar os efeitos causados pela emissão de gases de efeito estufa no clima, através da formulação de políticas a nível internacional e nos ordenamentos jurídicos internos de cada país.

Ressalta-se, contudo, que a adoção de uma Convenção Quadro apenas iniciou o processo de discussão acerca dos problemas climáticos em virtude da emissão exagerada dos gases causadores do efeito estufa, pois, tendo em vista as mudanças no conhecimento científico e nas disposições políticas, o processo está em plena revisão, por meio de discussão e troca de informações entre os Países signatários. Enfim, os debates e as agendas acerca das mudanças climáticas estão em plena mutação.

O Princípio da Precaução também está previsto na Lei n.º 9.605, de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), que deu respaldo criminal contra qualquer omissão acerca da inobservância das medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível (art. 54, § 3.º) e na Lei da Biossegurança (Lei n.º 11.105, de 2005) que fez menção expressa ao Princípio da Precaução em seu artigo 1.º ao mencionar tal Princípio como uma das diretrizes da lei.

Diante da ausência de certeza científica absoluta para solução das questões climáticas e da impossibilidade de alegação sobre a falta dessa certeza científica como razão para

postergar a adoção de qualquer medida de proteção ambiental, faz-se necessário o estabelecimento de normas legais inerentes ao assunto, baseadas na aplicação do Princípio da Precaução. Tal afirmativa está estabelecida nas diretrizes determinadas no Projeto Princípio da Precaução, elaborado pela União Europeia para a aplicação do Princípio da Precaução, como já mencionado.

Essa diretriz estabelece a necessidade de elaboração de normas e instrumentos legislativos com base no Princípio da Precaução em todos os países, tratando-se de um mecanismo internacional que visa à determinação de medidas a serem adotadas pela administração pública no intuito de minimizar os danos causados pelas mudanças climáticas, com uso de análise dos custos e benefícios, mesmo que estas não apontem por completo quais os meios e metas a seguir.

É o que relata Antunes (2008, p. 44-45):

Quanto ao último ponto, isto é, o estabelecimento de normas legais baseadas no princípio, penso que este é um mecanismo bastante adequado, pois há uma materialização concreta do que se pretende, e os diferentes *stakeholders* não são pegos de surpresa, por esta ou aquela medida adotada por um órgão administrativo que, não raras vezes, corresponde a uma incapacidade técnica de enfrentar o problema suscitado e não propriamente a uma medida racional de avaliação de riscos.

Contudo, se faz necessário que as normas legais a serem produzidas, sem menosprezar a participação da sociedade e a expressão de seus anseios e preocupações, sejam capazes de estabelecer mecanismos que determinem ao administrador a realização de uma avaliação de custo e benefício que leve em conta a comparação entre realizar e não realizar uma atividade tanto nos aspectos ambientais, como nos econômicos e sociais.

Como apontado anteriormente neste trabalho e conforme entendimento acima apresentado por Antunes, a participação de toda a sociedade na formulação dessas normas de minimização dos efeitos climáticos é necessária para o atendimento dos anseios e preocupações, sendo de fundamental importância para a estruturação de normas e instrumentos mais coesos e eficazes, as chamadas Políticas Públicas Climáticas.

Diante disso, a incorporação do Princípio da Precaução na elaboração das Políticas Públicas Climáticas é plenamente aceitável e necessário. Contudo, terá de enfrentar uma série de questões práticas, como, por exemplo, o estabelecimento do ônus da prova frente à falta de dano concreto. Sobre o assunto, o próprio documento do Projeto Princípio da Precaução aponta ser uma questão singular, contudo complicada de ser determinada.

A precautionary regulatory framework needs to address, for instance, the nature of rights to object on precautionary grounds to government decisions, determination of who bears the burden of proof to demonstrate harm or lack thereof, the standards of proof considered acceptable to demonstrate harm or lack, and mechanisms for stakeholder involvement. The burden of proof is often an onerous one, particularly where it falls on a party to conclusively demonstrate lack of harm.²

Outra questão prática a ser enfrentada no momento de formulação das Políticas Públicas Climáticas pelos governos é em relação à natureza dos direitos, tendo em vista que muitos documentos que invocam o Princípio da Precaução acabam por apontar procedimentos muito detalhados e abrangentes, em virtude dos riscos e incertezas, o que muitas vezes dificulta sua aplicação.

Similarly, where procedures for invoking precaution are detailed or extensive, it may have little practical value to those most affected by the risks and uncertainties. Guidance for governments on these points, and realistic data on the impacts of various legislative choices, would greatly improve the chances of effective incorporation of precaution into national level regulation.³

Essa questão deve ser solucionada com análise de dados reais sobre os impactos e a aplicação de medidas eficazes de solução em diferentes regimes legais, nas diversas esferas e níveis do governo, contribuindo, assim, para a resolução dos problemas climáticos, ou, pelo menos, estabelecendo medidas mitigatórias.

Assim, o Princípio da Precaução tem o objetivo de atualizar e reavaliar os riscos e as medidas a serem adotadas, tendo em vista que se tratar de um princípio não estatístico, que busca a dinâmica de suas ações para influenciar a formulação de novas Políticas Públicas Climáticas.

² Um quadro regulamentar da precaução deve abordar, por exemplo, a natureza dos direitos de oposição por motivos de precaução para as decisões do governo, a determinação de quem tem o ônus da prova para demonstrar o dano ou a falta dela, as normas da prova considerada aceitável para demonstrar o dano ou a falta e mecanismos de participação dos interessados. O ônus da prova é muitas vezes um oneroso, sobretudo quando se cai em uma parte conclusiva, a falta de dano. (tradução nossa). Disponível em: <http://www.pprinciple.net/the_precautionary_principle.html>. Acesso em: 5 jan. 2011.

³ Da mesma forma, onde os procedimentos para invocar as precauções são detalhados e abrangentes, que pode ter pouco valor prático para aqueles mais afetados pelos riscos e incertezas. Orientação para os governos quanto a estes pontos, e dados realistas sobre os impactos das diferentes opções legislativas, poderia melhorar muito as chances de incorporação efetiva da precaução em regulação a nível nacional. (tradução nossa). Disponível em: <http://www.pprinciple.net/the_precautionary_principle.html>. Acesso em: 5 jan. 2011.

Portanto, a adoção dos ditames estabelecidos pelo Princípio da Precaução no momento da formulação das Políticas Públicas Climáticas deve ser realizada em sua amplitude máxima, contudo, respeitando os estudos e índices já realizados sobre a questão e incentivando a realização de novos estudos, tendo em vista que se trata de problemas com diversas incertezas científicas que devem ser combatidas em todos os níveis governamentais nacionais e internacionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na luta contra as consequências trazidas pelas mudanças climáticas, a formulação de Políticas Públicas Climáticas coesas e eficazes se mostra uma das principais questões discutidas nos dias atuais, em virtude da necessidade de elaboração de ações, por meio de leis e normas abrangentes que estabeleçam um conjunto de regras, programas, ações, benefícios e recursos voltados à promoção do bem estar social e dos direitos do cidadão frente aos problemas climáticos.

O Princípio da Precaução visa precaver danos cujas informações científicas são incertas ou insuficientes, além de inexistirem indicações de que tais danos causem possíveis efeitos sobre o ambiente, assim, diante das incertezas técnico-científicas quanto à natureza do dano, ou seja, os riscos oriundos das mudanças climáticas e da dificuldade de estabelecimento das medidas cautelares a serem adotadas para a solução desse problema climático, além da impossibilidade de alegação sobre a falta dessa certeza científica como razão para postergar a adoção de qualquer medida de proteção ambiental, faz-se necessário o estabelecimento de normas legais inerentes ao assunto baseadas na aplicação do Princípio da Precaução, tanto em nível internacional e como nos ordenamentos jurídicos internos de cada país, no intuito de evitar ou minimizar os efeitos causados pela emissão de gases de efeito estufa no clima.

Diante disso, a incorporação do Princípio da Precaução na elaboração das Políticas Públicas Climáticas é plenamente aceitável. Contudo, terá de enfrentar uma série de questões práticas, sendo uma delas o estabelecimento do ônus da prova frente à falta de dano concreto, que, como aponta o próprio documento do Projeto Princípio da Precaução, trata-se de uma questão singular, contudo complicada de ser determinada.

Portanto, a adoção dos ditames estabelecidos pelo Princípio da Precaução no momento da formulação das Políticas Públicas Climáticas deve ser realizada em sua amplitude máxima, contudo, respeitando os estudos e índices já realizados sobre a questão e

incentivando a realização de novos estudos, tendo em vista que se trata de problema com diversas incertezas científicas que devem ser combatidas em todos os níveis governamentais nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. ampl. e reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da união européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 12-56.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

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

_____. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Retificada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 fev. 1998.

_____. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – GM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n.º 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Convenção sobre a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQUNUMC). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>>. Acesso em 21 jan. 2011.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131-142.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo et al. **Políticas públicas ambientais**: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito. Trans/Form/Ação, São Paulo, ano 32, n. 1, p. 119-137, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v32n1/08.pdf>>. Acesso em: 1.º fev. 2011.

LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono**: protocolo de Kyoto e projetos de MDL. Curitiba: Juruá, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Declaração do Rio de Janeiro de 1992**. Rio [S. n. t.]: 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização Meteorológica Mundial (WMO). Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). **Quarto Relatório do Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)**. Genebra (Suíça): [S. n.], 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONZONI, Mario; BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana. Políticas públicas municipais em mudanças climáticas e sustentabilidade empresarial. In: ENGEMA - Encontro Nacional Sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, 9. Curitiba, 19 a 21 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://pgamb.up.edu.br/arquivos/engema/pdf/PAP0417.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

SOUZA, Rafael Pereira de et al. **Aquecimento global e crédito de carbono:** aspectos técnicos. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. **Mercado de carbono e protocolo de Quioto:** oportunidades de negócio na busca da sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

Submissão em: fevereiro de 2011
Pareceres favoráveis em: junho de 2011

Transexualidade e Movimento Transgênero na Perspectiva da Diáspora Queer¹

MIRIAM PILLAR GROSSI*

SIMONE ÁVILA**

Resumo: A articulação do movimento LGBTTTT, e consequentemente do Movimento Transgênero, está inserida em movimento político transnacional e é portadora de uma agenda de luta contra as discriminações sofridas por este coletivo. O objetivo deste artigo é refletir sobre a emergência de novas identidades *trans* no contexto de transnacionalização do Movimento Transgênero do ponto de vista da diáspora *queer*, através da análise de associações internacionais direcionadas a transexuais masculinos, e pensar sobre como e até que ponto as associações e redes internacionais do Movimento Transgênero podem contribuir na constituição de novas identidades *trans*, levando em conta o local e o global, e no enfrentamento das discriminações contra transgêneros.

Palavras-chave: Movimento Transgênero, Diáspora Queer, Globalização Cultural, Transnacionalização

Abstract: The joint motion LGBTTTT, and consequently the Transgender Movement, is embedded in transnational political movement and holds an agenda to combat discrimination faced by this collective. The goal of this article is to reflect on the emergence of new trans identities in the context of transnationalization of the Transgender Movement from the perspective of queer diaspora, through the analysis of international associations directed to male transsexuals, and think about how and to what extent the associations and international networks Transgender Movement can contribute to the formation of new trans identities, taking into account local and global, and in fighting discrimination against transgender individuals.

Key-words: Movement Transgender, Queer Diaspora, Cultural, Globalization, Transnationalization.

* Doutora em Anthropologie Sociale et Culturelle pela Université de Paris V. Professora da Universidade Federal de Santa Catarina.

** Discente do Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina.

¹ Trabalho apresentado no V Congresso da Associação Brasileira de Estudos da Homocultura – ABEH – realizado em novembro de 2010 em Natal, RN.

1 INTRODUÇÃO

O termo transgênero se refere a uma pessoa que sente que ele ou ela pertence ao gênero oposto, ou pertence a ambos ou nenhum dos dois sexos tradicionais, incluindo travestis, transexuais, intersexuais, *Drag Queens* e *Drag Kings*. Embora a comunidade de transgêneros seja reconhecida como uma parte da comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTTT), o Movimento Transgênero (*Transgender Movement*) se distingue do Movimento LGBTTT por ter reivindicações específicas (GARII, 2010), como, por exemplo, a luta contra a medicalização e patologização da transexualidade, e reivindicação de políticas que permitam o amplo acesso a serviços de saúde sem serem discriminados pelos profissionais de saúde e a mudança de nome, condizente com sua identificação de gênero, entre outras. No fim do século XX, o Movimento Transgênero surge como um crescente desdobramento do Movimento LGBTTT e mobiliza recursos para gerar mudanças políticas e jurídicas na sociedade (GARII, 2010) em diferentes partes do mundo.

O Movimento Social LGBTTT tem contribuído na reflexão sobre as vivências da sexualidade nos âmbitos privado e público, tanto como prática individual, como prática social e política, questionando e desconstruindo binarismos rígidos presentes nas categorias de gênero tradicionais: homem/mulher, masculino/feminino, heterossexual/homossexual (Bourcier e Moliner, 2008; Newton, 2008; Steinberg, 2006; Butler, 2006; Rebreyend, 2005; Preciado, 2009; Pellegrin e Bard, 1999) e, entre suas ações, denunciam a violência e a violação dos direitos humanos desses grupos sociais, reivindicando a igualdade de direitos, tanto na cena mundial como no Brasil (LIONÇO, 2008).

O objetivo neste texto é refletir sobre a emergência de novas identidades trans² no contexto de transnacionalização do Movimento Transgênero do ponto de vista da diáspora *queer*; através da análise de associações internacionais direcionadas a transexuais masculinos³, também chamados de *FTM (female to male)*⁴, transmasculinos, homens transexuais ou, ainda, homens trans, nos apoiando teoricamente nas contribuições dos “estudos trans” (*trans studies*) e da teoria *queer*.

2 CONTEXTUALIZANDO A PATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE

A transexualidade se fundamenta na não concordância entre o sexo biológico e o gênero pelo qual uma pessoa deseja ser reconhecida socialmente.

O discurso médico estabeleceu, no século XIX, uma correlação entre travestismo feminino e “inversão sexual” (NEWTON, 2008), que perdura na literatura médica e no senso comum até o presente. Este discurso associa homossexualidade feminina com “masculinização”, com especial ênfase na questão vestimentária, ligada às convenções de roupa associadas rigidamente a cada sexo (e também marcadas por outras classificações sociais, como ocupação social). Isto se opera na segunda metade do século XIX e traduz a vontade científica de estabelecer mais firmemente uma norma, associada à heterossexualidade e, assim, catalogar, isto é, nomear, classificar (e estigmatizar) os desvios vinculados tanto às práticas sexuais com pessoas do mesmo sexo, quanto às transgressões dos códigos de reconhecimento social, em particular o vestimentário.

Nesse contexto, a transexualidade passou a ocupar um espaço aberto pela psiquiatrização da homossexualidade como uma patologia.

Consta na literatura médica que Harry Benjamin, na década de 40, foi o primeiro médico que estudou pessoas transexuais, mas ainda não havia uma terminologia específica para esta condição (ATHAYDE, 2001). O termo *transexual* teve origem em um artigo do sexólogo David Cauldwell, publicado em 1949, no qual ele faz referência a um pedido de

² Neste texto, usa-se o termo “trans” com o mesmo significado proposto por Sues (2010, p. 29), ou seja, “refere-se a todas as pessoas que elegeram uma identidade ou expressão de gênero diferente da atribuída ao nascer, incluindo pessoas transexuais, transgêneros, travestis, *cross dressers*, não gêneros, multigêneros, de gênero fluído, gênero *queer* e outras autodenominações relacionadas.”

³ Mulheres que se identificam com o gênero masculino através da nomeação, vestimenta e transformações corporais como pertencentes ao gênero masculino.

⁴ Sigla em inglês: De mulher para homem.

“transmutação” de mulher para homem como um caso de *Transsexualis psychopathia* (SCHILT, 2010).

Em 1953, Harry Benjamin, em uma perspectiva biológica, parte da ideia de que o “sexo” é composto de vários sexos: o genético, o gonádico, o fenotípico, o psicológico e o jurídico, entendendo que o sexo cromossômico (genético) seria o responsável pela determinação do sexo e do gênero. Escreve o autor:

o transexual se sente uma mulher [...] e se sente atraído por outros homens. Isso faz dele um homossexual se seu sexo for diagnosticado de acordo com seu corpo. No entanto, ele se autodiagnostica segundo seu sexo psicológico feminino. Ele sente atração por um homem como heterossexual, ou seja, normal (BENJAMIN, 2001, p. 30, *apud* BENTO, 2006, p. 151).

Em 1975, o psicanalista Robert Stoller, fundamentado na teoria psicanalítica, afirma que uma criança gostar de brincadeiras ou de se vestir com roupas de outro gênero seria indicativo de uma sexualidade “anormal”, sendo que a explicação para a transexualidade estaria “na relação da criança com sua mãe, que, ao invejar os homens e ter um desejo inconsciente de ser como eles, ficaria tão feliz com o nascimento do filho que transfere seu desejo para ele.” (STOLLER, *apud* BENTO, 2006, p. 137). É importante destacar que Stoller chega a duvidar de um diagnóstico de transexualidade se o indivíduo não tiver uma mãe como ele a caracterizou (BENTO, 2006).

Tanto Robert Stoller quanto Harry Benjamin definiram critérios para o diagnóstico do que seria o “verdadeiro transexual” e foi durante as décadas de 60 e 70 que os clínicos começaram a usar este termo (“Verdadeiro Transexual”) para designar aqueles que, na perspectiva médica, viveriam melhor após um curso terapêutico que culminaria com a cirurgia genital.

Em 1973, John Money, Norman Fisk e Donal Laub criam o conceito de “Disforia de Gênero” (CASTEL, 2001) adotado para designar a transexualidade como um distúrbio de gênero (ATHAYDE, 2001).

Em 1987, a transexualidade, chamada de transexualismo, foi incluída no Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM III (Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais) (CASTEL, 2001) para os indivíduos com “disforia de gênero” que demonstrassem durante, pelo menos, dois anos, um interesse contínuo em transformar o sexo do seu corpo e o *status* do seu gênero social. Em 1994, o DSM-IV trocou o termo

Transexualismo por Desordem da Identidade de Gênero, que também pode ser encontrado na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) (ATHAYDE, 2001) e na sua última versão, em 2001, o DSM trocou “Desordem” por “Transtorno de Identidade de Gênero” (GARCÍA, 2010).

Os discursos biomédicos sobre transexualidade têm o poder de fazer com que as pessoas *trans* assumam o modelo biomédico que as patologiza, tanto no plano físico, no caso de indivíduos que desejam se submeter à cirurgia redesignação sexual, como no plano mental, que as diagnostica como pessoas afetadas por um transtorno de identidade de gênero. Ato que as faz se submeterem ao aparato médico regulador, uma vez que, atualmente, na maioria dos países, continua sendo necessário passar pela cirurgia de redesignação sexual para a obtenção do reconhecimento legal e social de sua identidade de gênero (GARCÍA, 2010).

Em outras palavras, isto significa que os transexuais se pensam “cientificamente”. É do conjunto de saberes científicos que extraem a explicação de si mesmo e a legitimação de seus atos individuais e coletivos na arena social e na arena política. Para a doutrina,

dado o prestígio da ciência em nossa sociedade atual, resulta difícil dar-se conta de que os saberes científicos são tão êmicos como qualquer outro saber “folk” que poderíamos encontrar em qualquer cultura não ocidental, ou “não científica”, para dar conta de alguma das numerosas formas constatadas de transversalidade de gênero (FERRÉ, 2009, p. 63).

As repercussões da medicalização e patologização da transexualidade se refletem diretamente na vida dos transmasculinos, seja por tornar os transmasculinos “doentes” que precisam de um tratamento sobre o qual não detém nenhum poder ou controle, tendo de se submeter às decisões dos profissionais de saúde, seja por não permitir aos sujeitos viverem sua identidade de gênero como bem lhes convir. Ou, ainda, por não ter o reconhecimento social, tornando-os vítimas de preconceitos e estigmas, ou reconhecimento legal da sua condição. Principalmente, no que se refere à dificuldade de adotar oficialmente o seu nome masculino, condizente com sua identidade de gênero.

No entanto, em alguns países como Inglaterra, desde 2005, e Espanha, desde 2007, para que haja o reconhecimento legal da identidade de gênero dos transexuais, não há necessidade da realização da cirurgia de redesignação sexual. Porém, obriga os interessados a passar pelo diagnóstico psiquiátrico e pela prescrição do tratamento hormonal (GARCÍA, 2010).

Várias autoras contemporâneas como Arán (2005), Gonçalves (2006), Butler (2006), Murta (2008) e Boucier e Moliner (2008) criticam e problematizam a definição da experiência ou condição transexual como uma condição anormal, apontando para novas classificações sociais da experiência *trans*, marcadas pela emergência das teorias *queer*.

Para Murta (2008), o “sujeito transexual não se encaixa em nenhum dos modelos propostos de identidade sexual segundo as práticas discursivas do século XIX”, demonstrando a insuficiência das categorizações sexuais, que, como sugere Arán (2005), subverte as crenças sobre sexo, gênero e identidade.

3 MOVIMENTO TRANSGÊNERO

Segundo Garii (2010), o Movimento Transgênero moderno foi iniciado por dois eventos no final dos anos 1960, nos Estados Unidos, e pela publicação de dois livros vinte anos depois. O primeiro evento aconteceu em 1966, quando a polícia foi chamada para retirar vários clientes da Cafeteria Compton, em Tenderloin, São Francisco, um bairro onde moravam travestis, transexuais femininas e outros transgêneros, vítimas frequentes de discriminação legal. A resposta da comunidade à ação da polícia foi imediata, resultando em um pequeno tumulto e diversas prisões. Este evento demonstrou a necessidade de uma ação comunitária sustentada. Sendo assim, um grupo local de transexuais femininas fundou, um ano depois, o Conversion Our Goal, or Change: Our Goal (COG), que, apesar de curta duração, lançou as bases para outras organizações semelhantes na Califórnia, como, por exemplo, a *National Transsexual Counseling United* e a *Transsexual Action Organization* (BEEMYN, 2010).

O segundo evento aconteceu em 1969, em Nova York, quando a polícia invadiu o Stonewall Inn, um bar em Greenwich Village, que atendia também pessoas como as do bairro Tenderloin. Uma multidão de *drag queens*, *butchs*, e outros indivíduos transgêneros enfrentaram a polícia, provocando a Revolta de Stonewall, que formalmente é conhecida como o início do movimento pelos direitos dos homossexuais (GARII, 2010). Da mesma forma como aconteceu em São Francisco, este enfrentamento contribuiu para a formação do *Street Transvestites Action Revolutionaries* (STAR) e do *Queens Liberation Front* (BEEMYN, 2010).

Embora em ambos os motins os membros da comunidade transgênero tenham sido identificados como pertencentes à comunidade *gay*, e não como uma entidade separada, o movimento *gay* sempre reconheceu a comunidade transgênero como os verdadeiros heróis da revolta (GARII, 2010).

Os dois livros referidos anteriormente por Garii são *Sex changes: the politics of transgenderism*, publicado em 1987 por Pat Califia, um teórico transmasculino; e *Stone butch blues*, publicado em 1993 pela ativista Leslie Feinberg. O livro de Pat Califia explorou o significado da dicotomia de gênero e iniciou uma discussão pública de questões relacionadas ao gênero, identidade de gênero e atribuição de gênero. Já o livro de Leslie Feinberg confrontou as limitações tradicionais de identidade de gênero dentro dos limites da realidade política e sexual dos anos 1960 até os anos 1990, trazendo à tona a violência policial e outros contra os transgêneros.

Esses livros retratam a opressão e a marginalização enfrentadas por membros da comunidade transexual e abriram um diálogo dentro da comunidade de lésbicas, gays e bissexuais (LGB) que permitiu a abordagem de questões de atribuição de gênero, identidade de gênero, sexualidade, discriminação e desconfiança. Fato que forçou o reconhecimento da comunidade transgênero como pertencente à comunidade LGB unicamente pela força da sua alteridade “sexual”. Assim, a comunidade LGB, também marginalizada, reconheceu a marginalização e as diferentes necessidades da comunidade transgênero, passando a incluir na sigla a letra T (GARII, 2010).

Os eventos da Cafeteria Compton e a Revolta de Stonewall receberam pouca, ou nenhuma, cobertura da imprensa, embora ambos os eventos sejam ícones dentro da comunidade LGBTTT, assim como os livros de Pat Califia e Leslie Feinberg. No entanto, esses eventos foram os desencadeadores do Movimento Transgênero moderno. Esse movimento, semelhante ao movimento dos direitos civis da década de 1960, exigiu o reconhecimento social e apoio, direitos legais, políticos e recursos para a comunidade transgênero, definida clinicamente ou socioculturalmente (GARII, 2010).

4 MOVIMENTO TRANSGÊNERO E AGENDA POLÍTICA TRANSNACIONAL

As organizações transexuais fundadas no fim dos anos 1970 e 1980 foram mais focadas no apoio pessoal e socialização do que em protesto e ativismo militante. Porém, desde a década de 1990, particularmente, a organização política das comunidades transgêneros tem se expandido e diversificado. A proliferação de grupos locais em todos os Estados Unidos levou ao desenvolvimento de diversas organizações nacionais, ao crescimento dos movimentos pelos direitos dos transexuais e pelo fim da violência contra pessoas transgêneros (BEEMYN, 2010).

A falta de atenção da sociedade para a crise da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), no fim dos anos 1980 e início de 1990, renovou a militância do Movimento LGBTT e inspirou uma nova geração de ativistas transgêneros. O *Transgender Nation*, um grupo que se formou em 1992 a partir do *Queer Nation* de São Francisco, foi a primeira organização da nova onda de ação direta que desafiou a transfobia (discriminação contra as pessoas transexuais, travestis e transgêneros) dentro do movimento LGBTT e da sociedade em geral (BEEMYN, 2010).

A presença de transexuais masculinos nessas organizações era quase inexistente e raramente tinham acolhidas as suas necessidades. O *Labyrinth Foundation Counseling Service*, fundada por Mario Martino no fim dos anos 1960 em Nova York, era uma exceção. Esta situação começou a mudar em 1986, quando Lou Sullivan fundou um grupo de apoio local para transmasculinos em São Francisco, que cresceu e se transformou em uma organização internacional, chamada *FTM Internacional*, que é a principal organização de defesa para os FTM's (BEEMYN, 2010). Atualmente, a *FTM Internacional* tem ramificações em vinte países e conta com a participação de milhares de membros. Esta é tida como a primeira organização transnacional dentro do Movimento Transgênero.

Nesse cenário ativista, vale destacar o surgimento da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association* (ILGA). A ILGA é uma federação mundial que congrega grupos locais e nacionais dedicados à promoção e defesa da igualdade de direitos para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexos (LGBTI) em todo o mundo. Fundada em 1978, a ILGA reúne entre seus membros mais de 670 organizações, representando, assim, mais de 110 países, oriundos de todos os continentes. De pequenas coletividades a grupos nacionais, a ILGA chega a reunir, entre seus membros, até mesmo cidades inteiras. Atualmente, a ILGA é a única federação internacional a reunir Organizações Não-Governamentais (ONG's) e entidades sem fins lucrativos que concentra a sua atuação, em nível global, na luta pelo fim da discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Uma das ramificações da ILGA bastante atuante é a ILGA-Europa, fundada em 1996. A ILGA-Europa assumiu a responsabilidade de apoiar o desenvolvimento do movimento LGBT na Europa e intermediar as relações com a União Europeia, Conselho Europeu e Organização para a Segurança e Cooperação na Europa. Inicialmente, a ILGA-Europa trabalhou exclusivamente na base dos recursos voluntários. No entanto, em 2001, a sua potencial contribuição para as políticas da União Europeia contra a discriminação (previsto

no artigo 13 do Tratado de Amsterdam⁵) foi reconhecida através da concessão de financiamento. Isto permitiu à ILGA-Europa montar um escritório em Bruxelas, o recrutamento de pessoal permanente e realizar um amplo programa de trabalho em relação à discriminação por orientação sexual no âmbito do Estados-Membros e os países candidatos à adesão. O apoio financeiro adicional do *Sigrud Rausing Trust* favoreceu à ILGA-Europe a ampliação de suas atividades em áreas não cobertas por fundos comunitários, particularmente a Europa Oriental, bem como sobre questões relacionadas aos transgêneros.

Esta contextualização do Movimento Transgênero permite afirmar que a articulação do movimento LGBTTTT, e conseqüentemente do Movimento Transgênero, está inserta em movimento político transnacional e é portadora de uma agenda de luta contra as discriminações sofridas por este coletivo.

5 DIÁSPORAS QUEER

A noção mais tradicional de diáspora tem sido aplicada ao estudo das migrações internacionais para se referir a como os indivíduos transcendem as fronteiras dos Estados nacionais (CASAS, 2004). Segundo esta autora, a globalização permite que o lugar de origem e o contexto de destino dos imigrantes estejam interconectados de tal maneira que os indivíduos possam se mover por várias identidades e espaços transnacionais.

Para Fortier (2002), vale a pena considerar a medida em que as identidades coletivas do mundo pós-moderno, global e pós-nacional são vividas e representadas em termos de diáspora, e como uma consciência diaspórica pode se manifestar e dialogar com outras formas de consciência (por exemplo, a consciência nacional; consciência dos imigrantes; consciência étnica, e assim por diante). Ao fazê-lo, as definições de identidade, ou seja, de redes transnacionais de conexões, são entendidas como o resultado de uma série de mediações que se entrelaçam em vários locais e histórias. Em suma, a diáspora agora

⁵ O Tratado de Amsterdam foi assinado em 2 de outubro de 1997 e é o resultado de dois anos de estudos e negociações no âmbito de uma Conferência dos representantes dos governos dos Estados-membros. Entrou em vigor após ter sido ratificado pelos quinze Estados-membros da União Europeia, segundo as respectivas regras constitucionais. O objetivo deste Tratado foi criar as condições políticas e institucionais necessárias para permitir à União Europeia enfrentar os desafios do futuro, face, entre outras circunstâncias, à rápida evolução da situação internacional, à globalização da economia e suas repercussões no emprego, na luta contra o terrorismo, na criminalidade internacional e no tráfico de droga, nos desequilíbrios ecológicos e nas ameaças para a saúde pública.

significa um local onde novas geografias de identidade (SWEDENBURG; LAVIE, *apud* FORTIER, 2002) são negociadas através de múltiplos terrenos de pertencimento, produzindo aquilo que Avtar Brah (1996, p. 209, *apud* FORTIER, 2002) chama de “espaço da diáspora”, localizado entre o global e local .

O recente desenvolvimento das teorias *queer* e diáspora têm atendido às complexidades das formas pós-modernas e pós-coloniais de pertencimento, através das suas intervenções sobre questões de tempo, espaço, identidade e incorporação (FORTIER, 2002).

Para melhor compreensão da relação entre as teorias *queer* e diáspora, pensa-se ser importante apresentar resumidamente o surgimento dos estudos *queer*. Estes estudos emergem na década de 1980, sendo que sua articulação teórica deve muito à terceira onda feminista dos anos 1980, que reformulou os conceitos de sexo e gênero, à luz de teorias pós-estruturalistas da história social, poder e discurso, bem como da Filosofia pós-moderna (ZIELINSKI, 2010), à Sociologia do desvio norte-americana, ao pós-estruturalismo francês e aos estudos *gays* e lésbicos (PINO, 2007).

Como uma teoria antiessencialista da sexualidade, a teoria *queer* questiona e desvenda as categorias normativas de gênero e sexualidade, através das suas práticas críticas (ZIELINKI, 2010), colocando

em xeque as formas correntes de compreender as identidades sociais [...] a teoria *queer* surge em um momento de reavaliação crítica da política de identidades. Assim, busca evidenciar como conhecimentos e práticas sexualizam corpos, desejos, identidades e instituições sociais numa organização fundada na heterossexualidade compulsória [...] e na heteronormatividade (PINO, 2007, p. 160).

A teoria *queer* se distingue dos estudos lésbicos e *gays*, pois considera que estas culturas sexuais foram normalizadas e não apontam para a mudança social. Daí o interesse em estudar culturas sexuais não-hegemônicas, caracterizadas pela subversão ou rompimento com normas socialmente prescritas de comportamento sexual e/ou amoroso, tais como o travestismo, a transexualidade e a intersexualidade.

A diáspora tem sido tomada por lésbicas, *gays* e teóricos e teóricas *queer* de duas maneiras. O primeiro uso se refere à criação de espaços *queer* dentro de diásporas definidas etnicamente, e o segundo uso, à “diáspora *queer*”, que surgiu no contexto da transnacionalização da identidade política de lésbicas e *gays*, que Jasbir Kaur Puar (1998,

apud FORTIER, 2002) chama de “*queering the diaspora*”. Neste contexto, a diáspora *queer* se refere à rede multicultural e transnacional de conexões de culturas e comunidades *queer*, não necessariamente localizada em territórios fixos ou geograficamente delimitados.

A dispersão, a diversidade e as redes relacionais de conexões multilocais são em grande parte o que inspirou alguns/mas teóricos/as e ativistas *queer* para encontrar na diáspora uma alternativa útil para o modelo anterior de políticas de identidade da comunidade lésbica e *gay*, que era baseado no modelo étnico (FORTIER, 2002). Essa autora não cita a comunidade de transgêneros no seu artigo.

Fortier cita o artigo do ativista *gay* Simon Watney sobre as implicações internacionais das políticas *gays* e lésbicas na Europa, nos Estados Unidos e Reino Unido, no qual ele encontra a metáfora da diáspora:

o conceito de diáspora é sugestivo da diversificação, da dispersão, da fratura, e também, talvez, de um certo glamour. Ela também sugere algo de um sentido de interesse coletivo, porém isso pode ser difícil de definir. Isso implica um círculo complexo, dividido, com diferentes graus de poder e impotência (WATNEY, 1995, *apud* FORTIER, 2002).

Uma tensão recorrente nas reflexões sobre a diáspora *queer* se dá entre o imperativo político de solidariedade transnacional, em face das violências vivenciadas por lésbicas e *gays* em todo o mundo, e a necessidade de reconhecer que o homoerotismo, por exemplo, existe e tem significado muito diferente nos diversos contextos (FORTIER, 2002). É importante destacar que o mesmo acontece com os transgêneros. Além disso, lutas locais também são determinadas por normas jurídicas, políticas, religiosas e formações discursivas morais locais e, ainda, os próprios sujeitos *queer* são múltiplos e diversificados em todos os contextos, em virtude de seu gênero, classe, étnicas, posições geracionais (FORTIER, 2002).

Neste sentido, pode-se pensar sobre como e até que ponto as associações e redes internacionais do Movimento Transgênero podem contribuir na constituição de novas identidades *trans*, que se distanciem dos discursos científicos patologizantes sobre a transexualidade, levando em conta o local e o global, e no enfrentamento das discriminações contra transgêneros.

A *FTM International*, que faz parte da ILGA, desenvolve ações em defesa dos direitos dos transmasculinos em diferentes países. Ela oferece suporte jurídico, fazendo os

encaminhamentos necessários para a mudança do nome ou marcador de gênero nos documentos de identidade, intermedeia solicitações de asilo nos Estados Unidos baseado na perseguição por identidade de gênero, realiza eventos internacionais sobre direitos dos transmasculinos e produz diferentes materiais informativos, entre outras atividades.

Outro exemplo que se destaca é a *Stop Trans Pathologization-2012*, que é uma campanha pela despatologização das identidades *trans* (transexuais e transgêneros) e pela sua retirada dos catálogos de doenças, o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), da *American Psychiatric Association*, cuja versão revista surgirá em 2013, e o *International Classification of Diseases* (ICD), da Organização Mundial de Saúde, que sairá em 2014.

Assumida, até o momento, por mais de cem organizações e quatro redes internacionais na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do Sul, a campanha coordena uma mobilização internacional simultânea em mais de trinta cidades de dezessete países europeus e no continente americano. Embora seja uma campanha importante do ponto de vista político, ela não trata especificamente das questões relacionadas aos transmasculinos.

Ações transnacionais como esta associadas a ações locais propiciam mudanças sociais importantes. Na França, a transexualidade já não é mais considerada uma patologia desde fevereiro de 2010, graças ao ativismo do Movimento Transgênero, que inclui as associações *C'est Pas Mon Genre*, *Groupe Activiste Trans* (GAT), *OUTrans*, *ORTrans* e *Trans Aide*. A Espanha tem estado na vanguarda internacional ao aprovar direitos das chamadas "minorias sexuais" (LGBT), tendo reconhecido alguns direitos às/aos transexuais, como a Lei de Identidade de Gênero⁶ (MENDÉZ, 2009). Além disso, em 2010 o governo espanhol solicitou à Organização Mundial da Saúde (OMS) a retirada da transexualidade como doença do Código Internacional de Doenças. Estes avanços só foram possíveis também graças ao ativismo do Movimento LGBT, e mais particularmente do Movimento Transgênero.

A ideia de uma diáspora *queer* fala da fantasia de se aproximar do outro, mas isso é uma fantasia que também provoca algumas tensões sobre as dificuldades de imaginar um

⁶ Lei 3/2007, de 15 de março. Esta lei regula os requisitos de acesso para alterar o registro do sexo de uma pessoa no cartório, quando esse registro não reflete a sua identidade de gênero. Também inclui a mudança de nome para não ser discordante com a afirmação de sexo.

sistema unificado e homogêneo (FORTIER, 2002). Isto significa que não se pode ainda pensar que os avanços locais de Movimentos Transgêneros serão em breve “diasporizados”, para não dizer globalizados. Pensa-se ainda que a ideia de uma diáspora *queer* deve possibilitar a construção de novas identidade *trans*, que ainda não se fazem presentes de forma marcante dentro do Movimento Transgênero.

A seguir, apresentam-se algumas possibilidades, a partir dos estudos *queer* e dos estudos da masculinidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentou-se demonstrar aqui que o relativamente recente Movimento Transgênero sofreu um processo de transnacionalização, construindo redes e conexões transnacionais que pretendem atender, a partir de ações locais e globais, as reivindicações dos transgêneros, em particular dos transexuais.

As repercussões dessas redes transnacionais se refletem em mudanças sociais importantes para a comunidade transexual em vários países, como já demonstrado anteriormente, e só foram possíveis devido à globalização. A principal contribuição da transnacionalização do Movimento Transgênero é a possibilidade de colocar em debate a despatologização da transexualidade e o enfrentamento das discriminações por identidade de gênero em âmbito transnacional.

A perspectiva da diáspora *queer* associada ao Movimento Transgênero possibilita entender a diáspora como um “espaço” ou “território” que se pode chamar de “vivencial”, indo um pouco mais além da noção tradicional de diáspora, que permite a construção e emergência de novas identidades *trans*, distanciadas de discursos científicos patologizantes, em um contexto transnacional. Essas novas identidades *trans* parecem ainda incipientes dentro do Movimento Transgênero, sendo necessária a sua inserção dentro da agenda política do Movimento.

REFERÊNCIAS

ARÁN, Márcia Ramos. Sexualidade e política na cultura contemporânea: as uniões homossexuais. In: LOYLOLA, Maria Andréa (Org.) **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro/Brasília, ABEP/Letras Livres, 2005, p. 211-229.

ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. **Arquivos Brasileiros de Endocrinologia e Metabologia**, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 407-414, ago. 2001.

BENTO, Berenice. **A reinvenção corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BOURCIER, Marie-Hélène; MOLINER, Pascale. Introduction. **Cahiers du Genre**, n. 45, p. 5-14, 2008.

BEEMYN, Genny Brett. “Transgender Political Organizing. Encyclopedia of Gender and Society. Disponível em: [http: < //www.sage-ereference.com/gender/Article_n424.html >](http://www.sage-ereference.com/gender/Article_n424.html). Acesso em: 24 abr. 2010.

BUTLER, Judith. **Deshacer el gênero**. Barcelona: Paidós, 2006.

CASAS, Laura Oso. **Espanholas em París**. Barcelona: Bellaterra, 2004.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia “fenômeno transexual” (1910-1995). **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, n. 41, p. 77-111, 2001.

FERRÉ, Joan Vendrell. ¿Corregir el cuerpo o cambiar el sistema? La transexualidad ante el orden de gênero. **Sociológica**, Mexico, año 24, n. 69, p. 61-78, enero-abril de 2009.

FORTIER, Anne-Marie. Queer diaspora. In: RICHARDSON, Diane; SEIDMAN, Steven (Ed.). **Handbook of lesbian and gay studies**. London: Sage, 2002.

FTM INTERNATIONAL. Disponível em: [<http://www.ftmi.org/>](http://www.ftmi.org/). Acesso em: 15 jul. 2010.

GARCÍA, Francisco Vásquez. Del sexo dicotômico al sexo cromático: la subjetividad transgénerica y los límites del constructivismo. Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana. n.1, p. 63-8, 2009. Disponível em: [< http://www.sexualidadsaludysociedad.org >](http://www.sexualidadsaludysociedad.org). Acesso em: 12 jul. 2010.

GARII, Barbara. Transgender Movement. In: Encyclopedia of Activism and Social Justice. Disponível em: <http://www.sage-ereference.com/activism/Article_n867.html>. Acesso em: 24 abr. 2010.

GONÇALVES, Ábiner Augusto Mendes. Transexualidade: entre os discursos jurídico e médico. **Revista Padê**. Brasília, Ed. Ceub, v. 1., n. 1, 2006.

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (ILGA). Disponível em: <<http://ilga.org/>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (ILGA EUROPE). Disponível em: <<http://www.ilga-europe.org/>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

LIONÇO, Tatiana. Que direito à saúde para a população GLBT?: considerando direitos reprodutivos em busca da integralidade e da equidade. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 11-21, abr.-jun. 2008.

MENDÉZ, Raquel Platero. Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización. **Política y Sociedad**, Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, v. 46, n. 1 y 2, p. 107-128, 2009.

MURTA, Daniela. Paradoxos entre o acesso a saúde e a patologização: algumas considerações sobre a psiquiatrização da transexualidade. **Fazendo gênero 8 – Corpo, violência e poder**. Florianópolis, 25 a 28 de agosto, 2008.

NEWTON, Esther. Le mythe de la lesbienne masculine: radclyffe hall et la nouvelle femme. **Cahiers du Genre**, n. 45, p. 15-42, 2008.

PELLEGRIN, Nicole; BARD, Cristine. Femmes travesties: un “mauvais genre”: introduction. **Clio, Histoire, femmes et sociétés**. Paris, n. 10, p. 2-8, 1999.

PINO, Nádia Perez. A teoria queer e os intersex: experiências invisíveis de corpos des-feitos. **Cadernos Pagu**, n. 28, p.149-174, jan.-jun. 2007.

PRECIADO, Beatriz. Multitudes queer. Disponível em: <<http://multitudes.samizdat.net/Multitudes-queer,1465>>. Acesso em: 30 set. 2009.

REBREYEND, Anne-Claire. Comment écrire l'histoire des sexualités au XX^e siècle? Bilan historiographique comparé français/anglo-américain. **Clio, Histoire, femmes et sociétés**, Paris, n. 22, p. 2-16, 2005.

RED INTERNACIONAL POR LA DESPATOLOGIZACIÓN TRANS. Disponível em: <<http://www.stp2012.info/es/manifiesto>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

SAGE Publications. Disponível em: <http://www.sage-ereference.com/hdbk_lgs/Article_n12.html>. Acesso em: 24 abr. 2010.

SCHILT, Kristen. Transsexual. In: Encyclopedia of Gender and Society. Disponível em: <http://www.sage-ereference.com/gender/Article_n427.html>. Acesso em: 24 abr. 2010.

STEINBERG, Sylvie. L'histoire du travestissement féminin à l'épreuve de la pluridisciplinarité. In: LEDUC, Guyonne. **Travestissement féminin et liberté(s)**. Paris: L'Harmattan, 2006.

SUESS, Aimar. Análisis del panorama discursivo alrededor de la despatologización trans: procesos de transformación de los marcos interpretativos en diferentes campos sociales. In: MISSÉ, Miquel; COLL-PLANAS, Gerard (ed.). **El género desordenado: críticas en torno a la patologización de la transexualidad**. Barcelona-Madrid: Egales, 2010.

ZIELINSKI, Ger J. Z. Queer theory. In: ANDERSON, Gary L.; HERR, Kathryn G. (Ed.). Encyclopedia of activism and social justice. Disponível em: <http://www.sage-ereference.com/activism/Article_n713.htm>. Acesso em: 24 abr. 2010.

Submissão em: fevereiro de 2011
Pareceres favoráveis em: maio de 2011

Filosofia e Sala de Aula: propostas de um diálogo possível¹

PATRÍCIA DEL NERO VELASCO*

MARÍLIA MELLO PISANI **

CAIO GONÇALVES BEZERRA SERENO***

Resumo: Este artigo tem como objetivo inicial apresentar respostas às questões acerca da identidade e da finalidade da Filosofia. São discutidas, igualmente, as vantagens e desvantagens das duas maneiras de se utilizar a história da Filosofia na sala de aula, a saber, como referência às temáticas trabalhadas ou como orientadora da própria aula. Esta discussão preliminar oferece subsídios para o objetivo principal do presente trabalho: fundamentar uma sugestão de metodologia de ensino que busca conciliar o rigor da reflexão filosófica com o incentivo ao estudo da Filosofia – apontando para o diálogo possível entre Filosofia e sala de aula. A fim de ilustrar a referida metodologia, são propostas duas aulas de Filosofia para o Ensino Médio.

Palavras-chave: Filosofia, Educação, Ensino, Metodologia, Plano de Aula.

* Doutora em Filosofia (PUC-SP). Professora da Universidade Federal do ABC.

** Doutora em Filosofia (UFSCAR). Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade São Judas Tadeu.

*** Licenciado em Filosofia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da rede pública do Estado de São Paulo.

¹ Os Autores do texto e o Editor da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos manifestam agradecimentos à Revista Páginas de Filosofia, v. 2, n. 1, p. 139-174, jan.-jun. 2010, pela composição do texto.

1 INTRODUÇÃO

Discussões acerca do ensino da Filosofia e produções de textos sobre a mesma temática ganharam um maior destaque após os debates referentes ao retorno da Filosofia à grade curricular do Ensino Médio. No que concerne a essas discussões, são muitas as questões que podem ser levantadas; entretanto, há algumas que são imprescindíveis e, por serem o âmago da referida temática, serão aqui apresentadas.

Trabalhar-se-á, em um primeiro momento, com a questão acerca da identidade da Filosofia, buscando elucidar desde o seu significado etimológico à sua atividade reflexiva. Em seguida o foco será explicar por que o ensino de Filosofia é imprescindível, como a Filosofia e Educação se relacionam e de que maneira a autonomia do educando pode ser alcançada. Uma vez trabalhados os três referidos aspectos da temática do ensino da Filosofia, o ponto central passará a ser as duas maneiras como o professor poderá utilizar, em suas aulas, a história da Filosofia – evidenciando os pontos vantajosos e também os desvantajosos de seus usos. Ademais, será indicado um percurso de aula ao professor que lecionará a disciplina Filosofia e, por fim, serão sugeridos dois planos de aula de Filosofia para o nível médio de ensino, elaborados a partir do percurso supramencionado. As propostas em questão ilustram a aqui defendida possibilidade de um diálogo entre Filosofia e sala de aula.

2 O QUE É FILOSOFIA?

Eis uma das perguntas mais famosas da Filosofia: o que é Filosofia? Famosa exatamente pelo fato de ser um dos questionamentos que mais os alunos fazem a seus professores de

Filosofia². Dada a constante presença em sala de aula da referida questão, faz-se preciso oferecer elementos para uma possível resposta, munindo os professores para saciar a provável curiosidade dos alunos sobre a identidade da Filosofia.

Partindo da etimologia da palavra “Filosofia”, tem-se sua significação como sendo a relação de amizade (*Philo*) com a sabedoria (*Sophia*). Isso significa que a Filosofia busca conhecer (amorosamente) a(s) verdade(s) acerca da realidade na qual o indivíduo se encontra inserido. Muitos filósofos se valem de aspectos que transcendem o plano físico para justificar o seu pensamento. Talvez daí tenha se originado a comparação da Filosofia com o popular “viajar na maionese” tão comumente proferido pelos alunos. Apesar disso, se se analisar a maneira pela qual a Filosofia se movimenta, notar-se-á que essa viagem não é simplesmente especular ou expor opiniões e debater acerca disso. É uma viagem que necessita de segurança sobre o que se fala, e para tal há um processo reflexivo, que segue um método e abrange outras áreas do conhecimento.

Saviani (1980, p. 20), conceitua a Filosofia como uma “reflexão (radical, rigorosa e de conjunto) sobre os problemas que a realidade apresenta.”. Todavia, quais são os problemas sobre os quais a Filosofia se debruça? Um tipo de problema que tem como característica fundamental a necessidade de ser solucionado. Os chamados problemas filosóficos se caracterizam por exigirem que se posicionem sobre temas fundamentais como, por exemplo, o ser humano, a realidade, o conhecimento, os valores, a liberdade, etc. Cabe à Filosofia, assim, investigar de modo reflexivo, profundo, sistemático e crítico sobre tais questões.

Chauí (2006) também traz uma interpretação da identidade da Filosofia que se assemelha àquela supracitada, apresentada por Saviani (1980). E, ao mesmo tempo, traz um conceito a respeito do que viria a ser a *atividade filosófica*, sendo, portanto, válido destacar:

A atividade filosófica é, portanto, uma *análise* (das condições e princípios do saber e da ação, isto é, dos conhecimentos, da ciência, da religião, da arte, da moral, da política e da história), uma *reflexão* (volta do pensamento sobre si mesmo para conhecer-se como capacidade para o conhecimento, a linguagem, o sentimento e a ação) e uma *crítica* (avaliação racional para discernir entre a verdade e a ilusão, a liberdade e a servidão, investigando as causas e condições das ilusões e dos preconceitos individuais e coletivos, das ilusões e dos enganos das teorias e práticas científicas, políticas e artísticas, dos preconceitos religiosos e sociais, da presença e difusão de formas de irracionalidade contrárias ao exercício do pensamento, da linguagem e da liberdade) (CHAUÍ, 2006, p. 23) (Grifos nossos).

² Talvez a que mais seja feita pelos alunos é a da utilidade da Filosofia, a ser abordada posteriormente.

Nesse sentido, a atividade filosófica é um processo inerente à Filosofia. E essa atividade é realizada subsequentemente à descoberta da necessidade de se analisar e solucionar um determinado problema da realidade. Após a sensibilização com o problema, o segundo passo é conhecer o contexto e as *raízes* desse problema filosófico, isto é, buscar nas suas origens percorrendo desde o que possibilitou o seu nascimento e o seu desenvolvimento até ter se tornado um problema filosófico. Essa radicalidade consiste em se estabelecer uma relação investigativa com o problema tratado, visando responder as questões que se relacionam com *o que é, por que é e como é* tal problemática.

Essa investigação é orientada por uma *rigorosa* forma de abordagem do problema, visto que se trata de uma reflexão que segue uma metodologia, isto é, uma sistemática previamente determinada. A função essencial dessa sistematicidade da reflexão filosófica é evitar que o problema trabalhado se perca nesse processo reflexivo, conduzindo-nos a outros problemas de menor importância.

Além dessas duas exigências, é importante que essa reflexão radical e rigorosa seja, também, *de conjunto*, visto que não é um tipo de conhecimento fechado em si mesmo; pelo contrário, é muito próximo das outras áreas do conhecimento pelo fato de buscar nelas sustentabilidade na argumentação, seja refutando, seja confirmando suas afirmações. E destaca-se aí a necessidade do contexto em que o problema se insere. Todo problema está ligado à sua realidade histórica e a reflexão filosófica não isola o problema do seu contexto, objetivando-o. Pelo contrário, dialoga com o problema, com o seu contexto e com a relação daquele com este. E para tal, a Filosofia busca estabelecer relações com as outras áreas do conhecimento, isto é, com as ciências, com a arte e, até mesmo, com o senso comum.

É possível que, a partir da exposição anterior, surja a seguinte questão: “qual, então, a hierarquia dessas exigências da reflexão filosófica?” E a resposta seria: “não há hierarquias na reflexão filosófica”. A radicalidade, a sistematicidade e a abrangência da reflexão filosófica ocorrem de maneira simultânea. Enquanto se buscam as raízes de um determinado problema, o rigor evita que essa reflexão radical se perca no meio do processo reflexivo devido às suas exigências com relação aos procedimentos de pesquisa; ao mesmo tempo, a capacidade de buscar fundamentação nas outras áreas do conhecimento (abrangência) permite que essa radicalidade se concretize, pois fornece as respostas para as questões: *o que é, por que é e como é* tal problema.

O que destaca, especifica e diferencia a Filosofia das outras formas de conhecimento (como o senso comum, as ciências, a religião, etc.) é a maneira com a qual ela aborda

suas temáticas. Apesar da atividade reflexiva ser movida a partir de uma sensibilização com o problema, é a racionalidade que fornece à Filosofia o suporte para a sua dinâmica. E este suporte racional é tão significativo que Filosofia e Racionalidade às vezes se confundem. Como atesta Porta (2002, p. 42): “A filosofia não é outra coisa que a consumação plena da racionalidade. Uma razão que não culmine em filosofia é uma razão mutilada; um discurso filosófico irracional, uma contradição de termos.”

Essa racionalidade parece tornar o pensamento filosófico, em certo sentido, destituído de subjetividade. Na Filosofia, além da racionalidade, outros dois aspectos são imprescindíveis para a sua realização, a saber, a *imaginação* e a *criatividade*, aspectos que são, essencialmente, subjetivos e que são responsáveis pela geração de ideias.

Apesar de muitos filósofos se valerem de um estilo de linguagem que apresente aspectos estéticos interessantes, se se montar toda a estrutura lógica do pensamento, todo o recurso artístico se perde e o que se destaca é a pura racionalidade. O mesmo autor, na obra supracitada, afirma: “Nem o discurso filosófico sobre arte é artístico, nem o discurso filosófico sobre política é político; ambos são filosóficos: arte e política são seus objetos, não seus meios.” (PORTA, 2002, p. 45).

Há, na racionalidade filosófica e, portanto, na própria Filosofia, características essenciais que também especificam seu tipo de reflexão e que diferenciam significativamente as ciências da Filosofia, já que ambas seguem por um suporte racional semelhante. Saviani, como anteriormente comentado, menciona a radicalidade, o rigor e a globalidade característicos da reflexão filosófica. Três características são também atribuídas por (2007): a Filosofia apresenta um pensamento conceitual, de caráter dialógico e que fornece uma postura de crítica radical. O autor afirma que, no que diz respeito ao pensamento conceitual: “enquanto saber, ela [a Filosofia] é sempre produto de pensamento, é uma experiência de pensamento [...] que procede por conceitos, que cria conceitos.” (GALLO, 2007, p. 22). O caráter dialógico se assemelha àquele tipo de reflexão que Saviani (1980, p. 17) denominou de conjunto, que constantemente dialoga com as outras áreas do conhecimento. A terceira característica, que Gallo (2007, p. 29) denomina como *investigativa*, assemelha-se àquele tipo de reflexão radical cuja conformação com a realidade inexistente e há sempre o anseio de aprofundamento dos problemas até haver o contato com suas raízes. Gallo (2007, p. 31) ainda afirma que é a primeira característica (pensamento conceitual) que fornece à Filosofia toda essa especificidade, além de caracterizá-la como um excelente potencializador de engajamento.

Se se pensar na questão da identidade da Filosofia e na atividade filosófica, torna-se nítida a dificuldade em se apresentar aos alunos do Ensino Médio o que seria a identidade da Filosofia, uma vez que o que se destaca na Filosofia é o seu processo e não a sua identidade. O “término”³ do processo ou o término de um momento da atividade filosófica é o que se chama Filosofia.

A sensibilização, a identificação de um problema, a elaboração de uma sistemática, a busca das raízes do problema filosófico bem como do seu contexto, o diálogo com as outras áreas do conhecimento, a criação de conceitos e a elaboração de novas perguntas ou de uma resposta à problemática é o que se entende por atividade filosófica. É esse o processo que deve ser ensinado, o qual requer que o professor tenha uma prévia concepção de Filosofia, ainda que não a inclua como conteúdo programático.

A Filosofia, portanto, é uma atividade reflexiva, que se fundamenta em três pilares: na racionalidade, na imaginação e na criatividade; cujo processo é sistemático e tem como finalidade, a partir do estudo das estruturas de um determinado problema e do diálogo com as outras áreas do conhecimento, fornecer respostas possíveis para esse problema e/ou outras questões que o circundam. E, para tanto, cria conceitos.

3 POR QUE ENSINAR FILOSOFIA?

Uma grande dificuldade dos professores de Filosofia se encontra nessa questão. Como responder a um aluno que, diferentemente de algumas ciências, a Filosofia não visa aplicar os produtos de sua reflexão, de maneira técnica, à criação de mecanismos que tornam a vida confortável? Deve-se, pois, abordar a temática da utilidade sob outro prisma. A pergunta sobre o porquê de se ensinar Filosofia encontra suporte, por exemplo, se se pensar na relação da educação com a sociedade, pois a Filosofia é ponto central para a realização final do processo educativo de encaminhar o indivíduo para a sua autonomia.

Pergunta-se, então, sobre a educação: o que é a educação? E qual é a sua finalidade? Há uma concepção de educação que muito contribui à primeira pergunta: “Evidentemente não a assim chamada modelagem de pessoas, porque não temos o direito de modelar

³ Entre aspas pois, efetivamente, não há um término do processo filosófico. A reflexão filosófica, ou o contínuo repensar o já pensado, aparentemente é cíclica. E não o é, visto que a retomada do pensamento ocorre a partir de novas problemáticas, novas necessidades inseridas num novo contexto. Nesse sentido, a reflexão filosófica é espiralada.

peças a partir do seu exterior; mas também não a mera transmissão de conhecimentos [...], mas a produção de uma consciência verdadeira.” (ADORNO, 2006, p. 141) (Grifos nossos).

Os dois caminhos negados por Adorno são caminhos dogmáticos cujo objetivo é a adaptação do indivíduo à sociedade. A “produção de uma consciência verdadeira” pressupõe a autonomia do indivíduo. Porém, há que se buscar um caminho que seja caracterizado tanto pela adaptação quanto pela autonomia. Se a educação visar apenas à adaptação do sujeito, constrói-se uma sociedade de classes, na qual tais classes são marionetes do sistema econômico e político vigente exatamente por serem destituídas de autonomia. Por outro lado, se a educação visar apenas à autonomia do sujeito, tem-se uma sociedade não adaptada e, portanto, deficiente economicamente. O próprio Adorno já apontou isso:

De um certo modo, emancipação significa o mesmo que conscientização, racionalidade. Mas a realidade sempre é simultaneamente uma comprovação da realidade, e esta envolve continuamente um movimento de adaptação. [...] A educação seria impotente e ideológica se ignorasse o objetivo da adaptação e não preparasse os homens para se orientarem no mundo (ADORNO, 2006, p. 143).

Ou seja, educar é um processo pelo qual o educando entra em contato com um ambiente que propiciará sua adaptação e sua emancipação. Sendo assim, a educação tem como papel tanto a adaptação do indivíduo à sociedade quanto a construção de sua autonomia. E construir a autonomia de um indivíduo significa lhe oferecer ferramentas intelectuais capazes de modificar a sua realidade.

Todos os seres humanos têm o direito de decidir nos rumos das suas vidas. Também crianças e jovens têm esse direito, como cabe-lhes o direito de aprender a dominar o uso das ferramentas intelectuais que lhes possibilitem as decisões. Têm direito de ser educados para a autonomia. Nesse sentido, uma iniciação filosófica relativa aos bons procedimentos do filosofar deve ser iniciada quanto antes (LORIERI, 2002, p. 43) (Grifos nossos).

O que quis dizer Lorieri apontando a iniciação filosófica como possível parte de uma educação para a cidadania? Se se pensar na Filosofia não só como crítica à cultura, mas também como a atividade reflexiva fundamentada na racionalidade, a “produção de uma consciência verdadeira” citada por Adorno (2006) torna-se viável. É possível tornar mais lúcida ainda a importância da Filosofia como crítica à cultura e atividade reflexiva, se se pensar no que Silva entende por base cultural e de que maneira a Filosofia se relaciona com ele:

Há, portanto, pelo menos três condições para o estabelecimento disto a que chamamos base cultural:

- 1) adestramento de raciocínio na prática do aprendizado das ciências exatas;
- 2) conhecimento da diversificação histórico-cultural e da variabilidade de critérios fundamentadores da esfera ético-política, através da familiaridade com os conteúdos do núcleo humanístico;
- 3) relativa ampliação do imaginário e domínio da linguagem através dos conteúdos de língua e literatura (SILVA, 1992, p. 162).

Essa base cultural é a faculdade de raciocinar extraída das ciências exatas que, juntamente com os conhecimentos adquiridos nas ciências humanas e tendo um código que possibilita a comunicação, fornecerá as ferramentas intelectuais necessárias para a realização do trabalho da Filosofia no Ensino Médio.

E, ainda conforme Silva (1992, p. 162) apresenta, a Filosofia, então, trabalharia com a articulação dessa base cultural que, conseqüentemente, envolve também a articulação do próprio indivíduo – levando-o a não só levantar problemáticas acerca do meio social, político e ético, mas, também, sobre o próprio ser humano quando inserido nesse meio.

Vale destacar, contudo, que os alunos podem não ter uma capacidade intelectual muito bem desenvolvida, sendo incapazes, em um primeiro momento, de analisarem as problemáticas por eles levantadas de forma radical, rigorosa e de conjunto. Como afirma Favaretto (1993), caberia, então, ao professor provocá-los para que passe a ser possível, cada vez mais, que os alunos desenvolvam a capacidade de formular questões acerca do seu ambiente, tirando-os do senso comum:

A crítica pode ser avaliada pela capacidade dos alunos em formular questões e objeções de maneira organizada, estruturada (rigorosa). A prática, sempre interessante, de intrigar os alunos – provocando-os para a dúvida, a produção de inferências e a articulação de experiência e teoria – é útil, principalmente naquelas situações em que os alunos não têm condições de aplicar imediatamente uma regra pelo exercício de uma retórica já desenvolvida (FAVARETTO, 1993, p. 81-82).

E a Filosofia se torna cada vez mais importante na medida em que o mercado exige profissionais especializados, dificultando a reflexão, o levantamento de questões acerca do meio em que vivem; uma vez que o Ensino Médio não fornece, como afirma Silva (1992, p. 164-165), as bases para que o aluno possa equilibrar as exigências do mercado com a sua formação cultural, estes profissionais, cada vez mais, não se reconhecem na sociedade e se transformam em meras peças de uma gigantesca máquina.

Ademais, é (ou deveria ser) objetivo de todas as disciplinas tornar possível a emancipação do aluno. Isso é viável quando as disciplinas trabalham em conjunto, pois, se elas fornecem as ferramentas necessárias para o processo de emancipação do indivíduo, cabe à Filosofia, a partir de sua reflexão radical, rigorosa e de conjunto, utilizar essas ferramentas para que seja, então, possível essa emancipação. Isso não significa afirmar que a Filosofia está acima das outras disciplinas; ocorre que elas não têm como potencialidade prioritária emancipar o sujeito, enquanto, em algum sentido, a reflexão filosófica busca ativar essa potencialidade. De todo modo, a Filosofia torna-se “inútil” quando as outras disciplinas não fornecem a base cultural para que a Filosofia possa articulá-la, pensá-la e repensá-la.

E, pelo fato da Filosofia não ser fechada em si mesma, há – no que diz respeito aos seus conteúdos – uma história de como as problemáticas foram surgindo, ganhando formas, respostas e contra-respostas e a questão a ser colocada agora é como essa história da Filosofia deve ser trabalhada.

4 MANEIRAS DE SE UTILIZAR A HISTÓRIA DA FILOSOFIA

A Filosofia, diferentemente das ciências, não apresenta um sistema final de conceitos, de maneira que um filósofo sempre trabalharia com os últimos conceitos aceitos e qualquer mudança se daria em um sentido progressivo. Por conseguinte, a história da Filosofia é diferente da história das ciências. Enquanto estas têm uma história progressiva que identifica o desenvolvimento e evolução do saber, naquela não há esse progresso, mas diferentes maneiras de levantar, afrontar e solucionar problemas.

Sendo assim, a Filosofia prende-se ao seu contexto e não é possível afirmar que as teorias da atualidade são correções das teorias anteriores. Na realidade, são retomadas de problemas, conceitos e ideias já desenvolvidos. São maneiras diferenciadas de abordar problemas que o contexto histórico proporciona e, devido a isso, a história da Filosofia é inseparável da própria Filosofia.

Fica a pergunta: de que maneira deve-se utilizar a história da Filosofia nas aulas? Tomando-a como referência às temáticas abordadas ou como o centro, de maneira a selecionar autores de uma determinada época e seguir adiante respeitando as ordens sucessivas de acontecimentos e autores? Veja-se de forma pormenorizada cada uma das possibilidades em questão, tomando como principal referência o texto *História da Filosofia: centro ou referencial?*, de Franklin Leopoldo e Silva (1986).

4.1 A História da Filosofia como Centro

Nesse tipo de ensino, os sistemas e autores são abordados respeitando a ordem cronológica de seus surgimentos. Silva (1986, p. 156-158) explica as duas vantagens e as duas desvantagens dessa maneira de lecionar Filosofia. Começa-se, pois, pelas vantagens.

A primeira vantagem está relacionada à maior facilidade de compreensão por parte dos alunos acerca dos problemas e soluções levantados e elaborados pelos autores numa determinada época quando confrontados com autores anteriores.

A segunda vantagem diz respeito à facilidade que o aluno teria em compreender as questões centrais, uma vez que, por serem recolocadas por autores de diferentes épocas e apontadas possíveis soluções ou novos problemas a partir delas, a questão em si passa a ser mais bem compreendida. Além disso, o entendimento acerca da maneira como cada autor as soluciona também seria mais bem interpretado.

No que concerne às desvantagens, há uma enorme dificuldade com relação a cobrir os mais de dois mil e quatrocentos anos de história em, no máximo, três anos letivos. Há, pois, a necessidade de se fazer recortes, priorizando determinados autores e/ou certos períodos. E um novo problema se impõe: quais seriam os critérios para tal recorte? A discussão e fundamentação dos parâmetros a partir dos quais serão selecionados fragmentos da história da Filosofia passam a ser de crucial importância.

A segunda desvantagem refere-se à importância de se resguardar a originalidade de cada filósofo e de cada época. Se o professor não souber como trabalhar com o recorte das questões e com o reaparecimento em épocas e filósofos subsequentes aos já trabalhados, pode ser cristalizado na mente do aluno um eterno recomeço da Filosofia. Isto é, se não for elucidado que um determinado problema numa determinada época ressurge de uma maneira diferente, devido ao contexto histórico, cada filósofo e cada época parecerão fechados em si mesmos. E, também, corre-se o risco de o aluno acreditar numa ideia equivocada de uma progressão filosófica.

4.2 A História da Filosofia como Referencial

Nesse método de ensino, a história da Filosofia é utilizada de maneira a ilustrar as temáticas que são as bases da aula. Os autores e sistemas filosóficos aparecem na medida em que são discutidas as temáticas trabalhadas. Há, também, para esse tipo de perspectiva duas vantagens e duas desvantagens.

No tocante às vantagens, o professor se depara com uma liberdade acerca da escolha das temáticas e dos autores a serem estudados sem necessitar respeitar a cronologia.

Há uma maior possibilidade de ser despertado no aluno o interesse pela aula, principalmente quando o professor utiliza temáticas da atualidade e que, de alguma forma, estão presentes na realidade dos alunos. E, nesse sentido, o professor recorre à história da Filosofia para extrair dela autores que trabalharam com as temáticas (que estão sendo abordadas em aula) e as soluções ou novos problemas propostos pelo autor são apresentados aos alunos.

Já no que concerne às desvantagens, tem-se que o professor encontrará uma dificuldade de organização, visto que terá que ser tomado um cuidado maior na escolha das passagens da história da Filosofia – o que exige, evidentemente, um conhecimento significativo por parte dele acerca desta história. E caberá ao docente conferir alguma ordenação às temáticas escolhidas.

Outra dificuldade se encontra na contextualização do problema e até das soluções apontadas pelos filósofos de acordo com a temática abordada. Sabe-se que há autores que só são compreendidos se se tomar como ponto de partida a situação histórica em que se encontram inseridos. Por isso, há outro cuidado a ser tomado pelo professor, pois pode haver uma confusão de conceitos por não ter sido contextualizada a realidade histórica da época dos filósofos apresentados.

As duas maneiras de se trabalhar com a história da Filosofia (como centro ou como referencial) têm como fim último que o alunado compreenda os conteúdos lecionados. Diferem, pois, nos meios para efetuar tal finalidade. Escolher a história da Filosofia como centro tem como característica fundamental, em relação ao seu ensino, a garantia do rigor filosófico. Apesar disso, e ao mesmo tempo, apresenta uma grande possibilidade de perder o alunado nesse percurso exaustivo e, muitas vezes, entediante. Em contraposição a esse meio, há aquele que utiliza a história da Filosofia como referencial. Escolher esse tipo de método tem como característica a garantia de aulas mais dinâmicas e dialógicas no sentido de manter os alunos atentos à aula. Todavia, esse tipo de método apresenta uma grande possibilidade de perda do rigor filosófico. A pergunta que fica é: de que maneira se pode lecionar tendo como objetivos manter o alunado interessado nas aulas e manter o rigor filosófico?

A proposta da seção subsequente visa tentar indicar um caminho possível ao professor para que não sejam perdidos nem o rigor filosófico e nem a atenção discente, apesar de se saber que, inevitavelmente, ocorrerão oscilações nestes quesitos.

5 METODOLOGIA DE ENSINO

O método é um dos aspectos mais importantes relacionados ao ensino, uma vez que um método de ensino bem elaborado só tem a contribuir com a aula, diminuindo a distância, quando se lê: “o ponto de partida cultural do aluno e as exigências inerentes ao saber filosófico.” (RODRIGO, 2007, p. 42).

A partir disso, qual a proposta de percurso pelo qual o professor necessita passar que se considera importante? Amparar-se-á a resposta nos textos de Nunes (1986) e Gallo (2007).

Nunes propõe um percurso viável para aulas de Filosofia cujos momentos são seis; todavia, utilizar-se-ão apenas os quatro primeiros, a saber: o propedêutico, o interrogativo, o dialógico e o textual. Os dois últimos, chamados de diversificado e gradual, referem-se, respectivamente, à importância da variação de programas a partir das temáticas utilizadas e à importância da continuação do ensino de Filosofia nas séries seguintes. Estes passos não serão adotados na proposta aqui delineada por serem prescindíveis para o objetivo da parte final deste artigo, qual seja, a elaboração de aulas que possam, sem perder o rigor filosófico, tornar a Filosofia didática e interessante aos alunos.

Gallo (2007), por sua vez, propõe um percurso similar, cujos momentos pelos quais as aulas passarão são: sensibilização, problematização, investigação e conceituação. Embora nomeadas distintamente, as fases propostas por Gallo guardam semelhanças com aquelas supramencionadas, como ficará claro na sequência. A fim de ordenar a comparação desejada, seguir-se-á o percurso proposto por Gallo (2007) – tendo em vista, sempre, os aspectos que auxiliarão na elaboração das aulas.

O primeiro momento corresponde à etapa introdutória da aula. Nesse momento o professor se depara com a dificuldade de tornar o tema não só interessante como, também, curioso aos seus alunos. Ao mesmo tempo, Nunes (1986, p. 122), que denomina tal momento de *propedêutico*, anexa a esse primeiro momento a problematização do tema, diferentemente de Gallo (2007, p. 27-29), que distingue a problematização desse momento por ele denominado de *sensibilização*. Sensibilizar o aluno para o tema posto é lhe mostrar a relação da temática com as vivências dele.

Após ser apresentada a temática, parte-se para o segundo momento da aula, que corresponde à necessidade da sua problematização. Conforme mencionado anteriormente,

enquanto Gallo⁴ considera o primeiro momento da aula como exclusivo da motivação, isto é, aproximação do tema trabalhado com o contexto do aluno, Nunes considera a problematização juntamente com o momento de apresentação da temática. Ao mesmo tempo, as características desse momento de problematização são semelhantes àqueles segundo e terceiro momentos propostos por Nunes, a saber, o *interrogativo* e o *dialógico*.

Nesse segundo momento, Gallo propõe que haja o diálogo dentro da aula e o levantamento de questões como o queria, separadamente, Nunes. No referido momento da aula, recorre-se à atitude reflexiva da Filosofia de buscar conhecer as raízes dos problemas. E, necessariamente, deve-se identificar as relações que a temática estabelece com tudo que a circunda. Há, também, uma tomada de posição com relação às soluções para os problemas que a temática apresenta. Pode acontecer de duas formas: ou os alunos apresentam suas interpretações, sejam contraditórias ou não, e estabelecem um diálogo entre seus colegas de classe tendo o professor como mediador (evitando tornar o diálogo um debate ou uma mera conversa); ou o professor pode, a partir das colocações dos alunos, elaborar uma série de questões visando testar até que ponto seus alunos conseguem sustentar suas posições.

No terceiro momento da aula, enquanto Gallo o denomina de *investigação*, Nunes o chama de *textual*. Apesar de haver uma diferença conceitual, ambos propõem a busca de soluções apresentadas pelos filósofos no decorrer da história da Filosofia. Aqui há uma importância significativa do professor em orientar seus alunos, apresentando-lhes os filósofos que trabalharam com a temática apresentada em aula. Nesse sentido, cabe ao professor oferecer aos alunos os autores que, de alguma forma, apresentam ideias semelhantes e sistematizadas para que seja possível a leitura das obras dos filósofos. A história da Filosofia, portanto, seria usada como referência às temáticas trabalhadas.

No último momento da aula, após todo esse percurso, a partir do diálogo e da fundamentação extraída dos autores trabalhados, deve-se criar ou recriar conceitos que tragam soluções para a temática. Nunes não explicita sobre essa criação de conceitos, todavia, ela se encontra subentendida no processo de aula. Por outro lado, Gallo quer reservar um momento da aula para a recriação de conceitos que possam trazer soluções para os problemas apresentados e, para tanto, busca na história da Filosofia autores que trabalharam com determinados conceitos que possam ser repensados e reconstruídos. Conceitos estes que:

⁴ A fim de não sobrecarregar o texto, não se fará uso das menções às referências bibliográficas nas demais passagens comparativas, ficando claro serem aquelas já mencionadas, a saber, Gallo (2007) e Nunes (1986).

[...] são ferramentas, e podem ser armas, dependendo do uso que deles fazemos. [...] os conceitos podem ser armas de transformação ou armas de conservação, dependendo das intenções de quem os usa. A aula de filosofia como oficina de conceitos está longe, portanto, de ser um empreendimento ingênuo ou alienado. Pode ser arma de luta; o conceito pode ser ferramenta de engajamento (GALLO, 2007, p. 31).

Neste momento, faz-se possível apresentar a metodologia a ser usada nos planos de aula sugeridos na seção precedente. Metodologia esta que se fundamenta prioritariamente a partir da proposta de Gallo (2007), mas que traz também contribuições extraídas da sugestão metodológica de Nunes (1986).

PLANO DE AULA 1. Sensibilização. A partir de diferentes materiais (livros, jornais, revistas, filmes, músicas, etc.), o professor aproxima seus alunos da temática a ser trabalhada, buscando o reconhecimento da importância desta à vida daqueles. Nesse momento, caberá a utilização de materiais didáticos que trabalhem a história da Filosofia como referencial. **2. Problematização dialógica.** Com uso do diálogo com seus alunos, o professor transforma a temática trabalhada em um problema filosófico a ser resolvido. Vale ressaltar que em outros momentos o diálogo se fará igualmente presente. Todavia, ele é destacado nessa segunda fase de problematização devido à importância do professor efetuar-la juntamente – e dialogicamente – com seus alunos. **3. Investigação textual.** Considerando o rigor filosófico, não se poderá deixar de buscar nas fontes originais as possíveis soluções apresentadas pelos diferentes filósofos no decorrer da história. Nesse sentido, no momento de *investigação textual* caberão os recortes de textos dos próprios filósofos. **4. Conceituação.** Este momento é imprescindível para uma boa aula de Filosofia, dado o caráter essencial desta de “formação de conceitos”⁵: serão apresentados os conceitos que trazem possíveis soluções para a problemática e, mediante a aquisição desses conceitos elaborados pelos filósofos, serão feitas recriações conceituais que atendam às necessidades da problemática. **5. Avaliação.** Por fim, haverá um momento de *avaliação* no qual o professor poderá apresentar propostas de atividades para seus alunos que circundem tudo o que foi discutido na aula. Deve-se observar que os momentos assinalados podem apresentar variabilidade quanto à ordem de ocorrência.

⁵ Para compreender a tarefa propriamente filosófica de construção conceitual o leitor poderá recorrer à clássica obra de Deleuze e Guattari (1992).

6 AS AULAS

Apresentar-se-ão, na sequência, dois planos de aula. O primeiro versa sobre a identidade e a finalidade da Filosofia; o segundo, sobre o suicídio. Ambos foram pensados de modo a perpassar a metodologia sugerida na seção precedente.

6.1 1.^a Aula – Temática: o que é e para que “serve” a Filosofia?

É válido abordar essas duas questões logo no início das atividades escolares para que o aluno se situe com relação à identidade e à importância do estudo da Filosofia. Nada impede os professores de se valerem dessa aula no decorrer do ano letivo ou em outras séries cujo conhecimento filosófico já esteja, em certo sentido, avançado.

Calculam-se duas aulas para esta temática. A primeira aula será constituída da apresentação e discussão de toda a parte teórica, finalizando com a proposta de uma avaliação. A segunda aula, por sua vez, consistirá na discussão a partir da síntese que o professor poderá fazer das respostas que os alunos forneceram no momento da avaliação.

6.1.1 Problematização dialógica

Além de dialógica, a problematização que se propõe neste Plano de Aula é, essencialmente, expositiva. Inicialmente – aproveitando que na troca de professores os alunos dispersam – o professor pode passar um resumo que servirá de caminho para a explicação do tema abordado. Uma vez apresentado o pequeno resumo na lousa, o professor aclara cada item mencionado e o diálogo se estabelece nos exemplos que ele apresenta.

A caracterização da Filosofia exposta no resumo foi extraída do texto de Saviani (1980). Utilizou-se, também, o livro de Chauí (2006). Segue o resumo em questão:

O que é Filosofia?

A Filosofia é uma reflexão radical, rigorosa e de conjunto.

- É reflexão, isto é, é pensar o que já foi pensado (repensar) com o objetivo de buscar outras perspectivas.
- É radical, isto é, busca identificar as raízes de um problema.
- É rigorosa, isto é, não é “falar ou escrever de qualquer jeito”, mas seguir um caminho preciso.
- É de conjunto, isto é, busca trabalhar com conteúdos diferentes, por exemplo, os conteúdos da Biologia, da Física, da Matemática, da História, etc.

É importante que o professor explique cada item apresentado: o caráter de profundidade, sistematicidade e abrangência da reflexão filosófica. Este último talvez seja o mais complicado de ser explicado, mas exemplificações podem auxiliar. Por exemplo, trabalhar como cada uma das diferentes disciplinas cursadas pelos alunos concebe o ser humano.

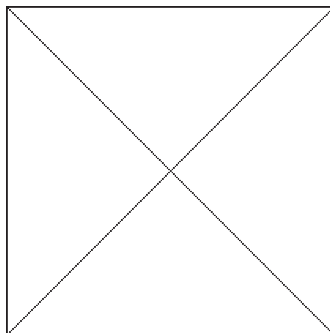
O professor pode provocá-los a pensar se a Biologia afirmaria que o ser humano é um todo vivo cuja constituição é estruturada por órgãos com funções específicas, as quais possibilitam a vida. A Física, por sua vez, conceberia o ser humano como um ser dotado de extensa energia potencial que pode vir a se transformar em energia cinética dependendo da força que se aplica. Já a Matemática poderia conceber o ser humano como um ser mensurável, isto é, que pode ser quantificado. A História imaginaria o homem como um ser produtor e produto da sua própria história, seja ela tanto individual como coletiva. A Geografia, especificamente a Geopolítica, poderia compreender este ser humano como um ser capaz de organizar o mundo politicamente. A Educação Artística poderia compreender o indivíduo como um ser dotado de capacidade fruitiva e que pode exteriorizar essa capacidade por intermédio da pintura, do cinema, da poesia, da literatura, da música, etc. E a Educação Física poderia, por fim, afirmar que o ser humano é um ser apto a encontrar prazer com a movimentação do seu próprio corpo.

Ou seja, cabem diversos exemplos baseando-se numa temática específica.

6.1.2 Sensibilização

Talvez o que instigue mais os alunos não seja a identidade da Filosofia, mas sim a sua “utilidade”, isto é, essa reflexão radical, rigorosa e de conjunto “serve” para alguma coisa? Essa é uma difícil questão para ser respondida, visto que a Filosofia, em certo sentido, não tem utilidade alguma, isto é, não tem utilidade se se a concebe como uma técnica para produzir inúmeros objetos em pouco espaço de tempo, sendo eles passíveis de se tornarem mercadorias para serem vendidas. Ademais, a própria pergunta constantemente posta pela própria Filosofia acerca de sua identidade pode causar certa desconfiança nos alunos: como se pode estudar uma disciplina que não sabe nem o que ela mesma é?

A seguir, elabora-se uma possível maneira de explicar a “utilidade” da Filosofia, de tal modo que os alunos possam valorizá-la a partir de seu aspecto reflexivo. O professor pode, ao introduzir que se discutirá a “utilidade” da Filosofia, desenhar o seguinte quadrado com duas retas diagonais internas, que foi extraído da obra de Lopes (2008).



A partir deste desenho elaborado na lousa, o professor pode instigá-los a pensar e imaginar que é necessário que eles encontrem outros significados deste desenho para melhor compreendê-lo.

Talvez, um dos significados mais básicos seja o matemático, isto é, os alunos podem de imediato afirmar que é um quadrado com duas retas diagonais internas. Ou que são dois triângulos com suas respectivas retas identificando sua altura, ou ainda, quatro triângulos que juntos formam um quadrado. Também é possível. Cabe, portanto, estimulá-los a pensar em outros significados deste desenho. Mediante as dificuldades que eventualmente surgirão, cabe ao professor provocar a imaginação deles ao afirmar que pode ser um envelope na forma quadrangular. É possível que eles captem a intenção do professor e tragam outros exemplos parecidos.

No caso dos alunos não apresentarem outros exemplos, o professor pode ir oferecendo os outros sentidos que ele imaginou que os alunos pudessem encontrar no desenho dado: uma ampulheta num espaço em forma de quadrado; uma pipa (vista na diagonal); uma pirâmide (vista de cima); ou um corredor (fixando o olhar no ponto de encontro entre as duas diagonais).

6.1.3 Conceituação

É bem possível que, encontrando estes significados incomuns do desenho apresentado, os alunos possam considerar a Filosofia como uma reflexão sem estrutura. Cabe ao professor explicar que a Filosofia, longe de ser uma divagação sem sentido, é um processo reflexivo rigoroso que busca, a partir da razão, imaginação e criatividade, compreender um determinado problema de diferentes perspectivas. É importante que o professor, a partir do resumo e do desenho, mostre que a Filosofia pensa o não-pensado, repensa o já pensado e desbanaliza o que foi banalizado. O conceito de Filosofia poderia então ser recriado pelos alunos a partir das diretrizes dadas na aula.

6.1.4 Investigação textual

Considerando que essa seria uma aula para alunos que estão tendo contato com o pensamento filosófico pela primeira vez, talvez seja mais didático trabalhar neste momento inicial com textos encontrados em manuais de Filosofia. Nada impede, contudo, que o professor busque, dentro da história da Filosofia, filósofos que pensaram sobre a identidade desta última.

Dentre os manuais que trabalham com esta temática, vale destacar quatro deles. O primeiro compreende a já citada obra *Convite à filosofia* (2006), de Marilena Chauí. Em sua *Introdução: para que filosofia?* a autora tece um caminho viável para ser trabalhado em sala e traz um significado de Filosofia que pode ser mais bem compreendido pelos alunos. Dada a dificuldade de se encontrar nos alunos um gosto pela leitura, o professor pode fazer um recorte apresentando para a sala o item *Em busca de uma definição da Filosofia*, o qual se encontra nesta mesma *Introdução*.

Outro material que pode ser utilizado nessa aula é a de Maria e Martins. No capítulo 8 (*A reflexão filosófica*) da Unidade II (*Conhecimento*), as autoras sistematizam a definição de Saviani já trabalhada em seções precedentes.

O terceiro manual, é também de Aranha e Martins (2005) e traz, na *Introdução: por que filosofia?*, uma didática apresentação do assunto.

Uma quarta obra que pode ser usada como base para essa aula sobre a identidade da Filosofia compreende a obra de Nicola (2005). Nesse livro, o autor apresenta as conceituações dadas por alguns filósofos: Sócrates, Platão, Aristóteles, Kant, Hegel e Nietzsche.

6.1.5 Avaliação

Existem diversas perguntas avaliativas que o professor poderá fazer partindo das duas questões (“O que é Filosofia?” e “Para que ela serve?”) trabalhadas neste plano de aula. Alguns dos livros apresentados na subseção anterior fornecem algumas direções nesse sentido. Tomando o percurso aqui sugerido, uma proposta interessante a ser trabalhada seria justamente: “Com suas palavras, explique o que é a Filosofia e qual a sua importância”.

Em se tratando de uma aula que tenta justificar e explicar a importância da Filosofia na vida dos alunos, é imprescindível a compreensão por eles da própria Filosofia. Neste sentido, a segunda aula será de reflexão e diálogo a respeito das respostas dos alunos acerca da identidade da Filosofia. Uma vez que é esperado que o professor tenha lido, entre uma aula e outra, as respostas dos alunos, ele poderá discuti-las com uma percepção maior sobre a compreensão (ou não) dos discentes, avaliando a si mesmo, pois, nesse processo.

6.2 2.^a Aula – Temática: o que é o Suicídio?

Imagina-se que esta aula terá um bom efeito se for apresentada perto do final do ano letivo e nos terceiros anos do Ensino Médio, em função da importância de se ter trabalhado com diferentes temáticas e filósofos até então, possibilitando aos alunos um conhecimento relativamente amplo da Filosofia.

Esta temática é pouco discutida tanto pela imprensa quanto pelas escolas. Há um certo tabu a esse respeito. Numa aula de Filosofia – e para a própria Filosofia – esta temática se faz necessária, principalmente porque considera duas outras temáticas importantes de serem discutidas com os alunos: a morte e a vida.

Calculam-se seis aulas. Na primeira, discutir-se-á a temática sobre a morte com utilização de texto. Na segunda, uma vez que a morte incita a pensar sobre a vida, será este o tema a ser trabalhado – fundamentando-o em texto. Na terceira aula, o professor efetuará a introdução à temática do suicídio dialogando com seus alunos, a partir de citações de texto e cenas de filme. Na quarta aula, serão debatidos com os alunos os filósofos que o professor selecionar para fundamentar o assunto em questão. Na quinta aula, haverá a problematização do sentido objetivo do conceito de suicídio e a apresentação de uma avaliação. Na sexta e última aula, haverá uma síntese que o professor efetuará a partir da leitura das respostas apresentadas pelos alunos. É importante que o professor ofereça um retorno aos alunos, atentando à forma com a qual eles trabalharam os pensadores e se a leitura que eles fizeram não é equivocada.

6.2.1 Sensibilização

Num primeiro momento, é importante oferecer aos alunos um arsenal teórico para se pensar o suicídio. Tal respaldo será formulado quando houver um convite para se pensar sobre a vida e a morte, uma vez que o suicídio se insere entre essas duas temáticas e, ao mesmo tempo, encontra-se com elas interligado.

Não há uma ordem necessária para ser trabalhada; contudo, sugere-se começar pela morte, pois, ao pensá-la, inevitavelmente se reflete sobre a vida. Para tal temática, indica-se a obra de Savater (2001), que – num estilo de escrita voltado para iniciados ou que se encontram em vias de ser iniciados no pensamento filosófico – faz um convite, no primeiro capítulo (*A morte, para começar*), para se pensar sobre a morte. Oferece, igualmente, uma série de questões que o professor pode trabalhar num diálogo com os alunos.

Das treze questões que Savater (2001, p. 26) propõe para se pensar, extraem-se três essenciais. São elas: (1) em que sentido a morte nos torna realmente humanos?; (2) por que se pode dizer que a morte é intransferível?; (3) por que a morte pode nos despertar para um pensamento que depois irá se centrar na vida?. Não obstante, nada impede que o professor trabalhe a totalidade de questões propostas por Savater. O recorte aqui realizado apenas pretende viabilizar o tratamento das temáticas subsequentes, a saber, a vida e o suicídio.

Uma vez discutidas as três questões supracitadas, pode-se problematizar a temática da vida. Talvez esta temática não desperte tanto interesse quanto a anterior; mesmo assim – e é exatamente por isso que se escolhe trabalhar primeiramente com a morte –, seu interesse decorrerá da própria discussão sobre esta. Pensar na morte remete, com efeito, a se refletir sobre a própria vida.

Sobre a temática da vida, recomenda-se a obra de Comte-Sponville (2007). Nesta obra, o professor pode selecionar quais capítulos achar melhor para trabalhar em aula. Não há um capítulo direcionado apenas para esta temática, pois é ela própria que orienta toda a obra. O objetivo desta parte da aula é apresentar a vida não como o oposto à morte (já que seu oposto é o nascimento), mas tentar entendê-la como um processo de realização humana. A morte já está determinada como algo que acontecerá e o nascimento já aconteceu. Não seria, portanto, a vida esse aspecto anterior à morte e posterior ao nascimento? Cabe uma longa discussão sobre o sentido da vida.

Uma vez apresentadas as temáticas da vida e da morte, começa-se a trabalhar com o tema do suicídio. Para introduzir o assunto, pode ser passada uma cena do filme *Mar Adentro* (2004). Claro que o filme todo tem a contribuir para esta discussão, mas existem três cenas particularmente interessantes: uma ocorre logo no início do filme, no qual a advogada que irá defender o direito à morte do personagem principal, Ramón San Pedro, pergunta-lhe por que ele deseja morrer; a segunda cena é a discussão entre Ramón e um padre, também tetraplégico, que defende a vida enquanto Ramón luta pela morte; e a

terceira é uma das últimas cenas do filme, na qual Ramón, prestes a se suicidar, grava um vídeo explicando o que o leva ao suicídio. Talvez a primeira cena e a última sejam de importância significativa: na primeira há as temáticas da vida, da vida digna ou indigna, e da morte; na última perpassa a questão do direito à morte.

6.2.2 Problematização dialógica

Para iniciar uma discussão, o professor pode apresentar aos alunos uma citação bastante conhecida do escritor Albert Camus que, a partir do problema do suicídio, faz um convite explícito para se pensar sobre o sentido da vida: “Só existe um problema filosófico realmente sério: o suicídio. Julgar se a vida vale ou não vale a pena ser vivida é responder à pergunta fundamental da filosofia.” (CAMUS, 2008, p. 17).

Se o suicídio é um problema filosófico, como, então, trabalhá-lo filosoficamente? Há aqui um desafio, visto que a aula pode deixar de ser filosófica, tornando-se psicológica ou sociológica. O grande desafio talvez seja utilizar essas e outras áreas para fundamentar a aula e não direcioná-la. O debate, portanto, centrar-se-á na escolha de antecipar a morte. Sabe-se – em função da própria vida e conforme foi apresentado aos alunos nesse percurso aqui proposto – que não há remédio para a morte, e, neste sentido, conforme afirma Comte-Sponville (2005, p. 79), o suicida não escolhe morrer, mas escolhe morrer no “agora”.

6.2.3 Investigação textual

Dentro da Filosofia, têm-se diversos autores que trabalharam com esta temática. De qualquer forma, por questões didáticas, para esta investigação textual, recomendam-se os textos traduzidos e publicados na obra organizada por Puente (2008). Nesta obra são apresentados os pensamentos de alguns filósofos importantes que debateram sobre essa temática.

Alguns dos textos são excessivamente curtos e possíveis de serem lidos e discutidos em sala de aula. Pode-se também – até mesmo para não oferecer apenas defesas ou ataques ao suicídio – apresentar dois ou mais autores que se contrapõem. Dentre os filósofos que se opõem categoricamente ao suicídio estão Platão e Tomás de Aquino. Dentre aqueles que são a favor do suicídio tem-se Sêneca e Mainländer. Há, contudo, o filósofo Plotino que, por mais que se posicione contra, faz algumas concessões ao ato suicida. Montaigne, por sua vez, apesar de não apresentar restrições ao ato suicida, está muito mais preocupado

em compreendê-lo quando ocorre em algumas circunstâncias específicas e busca, também, extrair desse ato o seu pecado adquirido. Hume, seguindo um caminho semelhante ao de Montaigne, não está tão preocupado em se posicionar contra ou a favor do suicídio, mas de extrair dele o seu pecado ao qual é qualificado pelas religiões. Schopenhauer concorda com Hume e não faz restrições ao ato suicida; contudo, apresenta um argumento a partir do qual não o recomendaria. Um dos textos que se julga imprescindível nessa aula é o de Rousseau, que, ao escrever duas cartas, apresenta os dois posicionamentos e pode contribuir muito para a compreensão do suicídio. E, por fim, há o texto do filósofo brasileiro Raimundo de Farias Brito, que busca propriamente compreender o suicídio.

A vantagem de se utilizar essa obra organizada por Puente é que esses textos já estão selecionados e apresentados separadamente. Cabe ao professor, portanto, efetuar as combinações conforme julgar conveniente.

6.2.4 Conceituação

A proposta apresentada neste momento de conceituação pode ser efetuada tanto como avaliação para composição de nota quanto como uma atividade dialógica. Recomenda-se que se utilize esta última, visto que há uma proposta de avaliação mais interessante de ser efetuada com os alunos exposta no tópico *Avaliação*.

Inicialmente, o professor apresenta aos seus alunos a definição objetiva de suicídio que, inclusive, pode ser encontrada nos dicionários: colocar fim na própria vida. A partir disso, o professor pensa com os alunos alguns casos que, se se orientar por essa definição, serão considerados como suicídio e, ao mesmo tempo, se os avaliar dentro de um contexto próprio, também não serão considerados como suicídio.

Primeiro Caso: um indivíduo que costuma fumar demasiadamente, ou ingerir bebidas alcoólicas com frequência ou se comportar de tal maneira que sabe que estará prejudicando a própria vida, pode ser considerado um suicida? (O professor pode, também, utilizar a vida de Jesus Cristo como provocação: uma vez que Ele previu o que iria lhe acontecer e aceitou o fato, sua aceitação pode ser considerada como suicídio?).

Segundo Caso: alguém que é condenado a se envenenar ou acabar com a própria vida e efetua a ação conforme foi mandado estará cometendo suicídio? Caso haja a recusa em respeitar às ordens estabelecidas, tal pessoa será, de qualquer forma, assassinada. (O professor pode utilizar como exemplo a vida e condenação de Sócrates. Pode, também, a partir dela, efetuar a questão: Sócrates se suicidou?).

Terceiro Caso: estará cometendo um suicídio alguém que deixa avisado para a sua família que, no caso de se encontrar num estado vegetativo (em coma a partir do qual não há saída), deve ter os aparelhos desligados?

6.2.5 Avaliação

Para avaliar uma temática como a do suicídio é importante efetuar uma proposta de atividade que perpassasse não só as temáticas da vida e da morte como, também, os filósofos trabalhados em sala. Para provocar essa reflexão, vale destacar um excerto extraído do romance epistolar de Goethe (2007), no qual os personagens Werther e Alberto discutem sobre o suicídio.

O professor pode trabalhar com seus alunos toda a passagem da discussão. Ela se encontra na primeira parte do romance, na correspondência cujo título é *12 de agosto*. Aqui, transcrever-se-á a parte em que são apresentados os argumentos de Werther e Alberto:

[...] parei de prestar atenção às suas palavras, comecei a devanear, e então, com um gesto repentino, apontei a arma para o meu olho direito. “Irra!”, exclamou Alberto, abaixando o cano da pistola, “o que é isso?” “Ela não está carregada”, respondi. “Mesmo assim, para que isso?”, retrucou impaciente. “Não posso imaginar como uma pessoa possa ser tão tola, a ponto de querer matar-se com uma arma; a simples idéia causa-me repulsa. [...] Hás de concordar comigo [...] que certas ações são imorais, quaisquer que sejam os seus motivos [...] só podemos considerá-lo [o suicídio] como uma fraqueza. Porque realmente é mais fácil morrer do que suportar corajosamente uma vida sofrida”.

[...] Controlei-me, porém, porque já tinha me aborrecido outras vezes, ouvindo essas trivialidades. Respondi, portanto, com alguma vivacidade: “Chamas a isso de fraqueza? Peço-te que não te deixes enganar pelas aparências. [...] A natureza humana”, prossegui, “tem seus limites: pode suportar, até certo ponto, alegrias, tristezas e dores; se ultrapassar este limite, sucumbirá. Não se trata, portanto, de discutir se um homem é fraco ou forte, e sim de saber se ele pode suportar a medida dos seus sofrimentos, sejam eles morais ou físicos. E no meu entender é tão absurdo dizer que um homem é fraco por suicidar-se quanto seria inadmissível chamar de covarde aquele que morre vítima de uma febre maligna” (GOETHE, 2007, p. 60-63).

A partir deste excerto, o professor pode solicitar aos alunos que, utilizando os textos dos filósofos trabalhados em sala, discutam o suicídio, procurando entender os posicionamentos e, se assim o desejar, posicionar-se em relação à temática.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Filosofia está nos currículos escolares do Ensino Médio. Mas, a legitimação da disciplina por professores, alunos, instituições ainda está acontecendo – e depende do que se faz e do que se pensa dela pedagogicamente. (E, por conseguinte, acaba por criar a necessidade de uma filosofia do ensino de Filosofia.). Se por um lado a Filosofia no nível médio de ensino não forma filósofos, por outro, deve permitir ao aluno se apropriar do modo filosófico de pensar: conceitual-reflexivo-argumentativo-problematizador.

A história da Filosofia, nesse cenário, gera “afrescos”, “painéis” para serem usados como base (central ou referencial), mas não encerra a Filosofia. As estratégias de sala de aula demandam amplo conhecimento do imaginário e da cultura dos alunos. Cabe ao professor se perguntar qual o tipo de abordagem filosófica é desejável para ser educativo. Deve, pois, definir o lugar de aonde fala e para aonde quer ir – o trânsito que fará, as estratégias didáticas.

O presente artigo, tendo em vista as preocupações supracitadas, pretendeu trazer uma módica contribuição para a construção de possíveis planos de aula para a disciplina Filosofia no Ensino Médio. Espera-se igualmente que o leitor vislumbre, a partir da proposta apresentada, um diálogo possível – e desejável – entre Filosofia e sala de aula.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. Educação – para quê? In: ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

_____. **Temas de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2005.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Tradução de Paulina Watch e Ari Roitman. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. **Bom dia, angústia!** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A vida humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia?** Tradução de Pento Prado Júnior e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Ed. 34, 1992.

FAVARETTO, Celso F. Sobre o ensino de filosofia. **Revista da Faculdade de Educação**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 97-102, jan.-jun.1993.

GALLO, Sílvio. A filosofia e seu ensino: conceito e transversalidade. In: SILVEIRA, Renê José Trentin; GOTO, Roberto (Org.). **Filosofia no ensino médio:** temas, problemas e propostas. São Paulo: Loyola, 2007.

LOPES, Roberto. **O livro da bruxa.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2008.

LORIERI, Marcos Antônio. **Filosofia:** fundamentos e métodos. São Paulo: Cortez, 2002

MAR ADENTRO. Direção: Alejandro Amenábar. Produção: Fernando Bovaira; Alejandro Amenábar. Roteiro: Alejandro Amenábar; Mateo Gil. Intérpretes: Javier Bardem; Belén Rueda; Lola Dueñas e outros. 2004. 1 DVD (125 min).

NICOLA, Ubaldo. **Antologia ilustrada de filosofia:** das origens à idade moderna. São Paulo: Globo, 2005.

NUNES, Benedito. Proposta para o ensino da filosofia no segundo grau. In: NIELSEN NETO, Henrique (Org.). **O ensino da filosofia no 2.º grau.** São Paulo: SEAF/Sofia, 1986, p. 153-162.

PORTA, Mário Ariel González. **A filosofia a partir de seus problemas:** didática e metodologia do estudo filosófico. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

PUENTE, Fernando Rey. **Os filósofos e o suicídio.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.

RODRIGO, Lúcia Maria. Uma alternativa para o ensino de filosofia no nível médio. In: SILVEIRA, Renê José Trentin; GOTO, Roberto (Org.). **Filosofia no ensino médio: temas, problemas e propostas**. São Paulo: Loyola, 2007.

SANFELICE, José Luís. O ato pedagógico e o ensino da filosofia. In: NIELSEN NETO, Henrique (Org.). **O ensino da filosofia no 2.º grau**. São Paulo: SEAF/Sofia, 1986, p. 101-109.

SAVATER, Fernando. **As perguntas da vida**. Tradução de Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SAVIANI, Dermeval. **Educação: do senso comum à consciência filosófica**. São Paulo: Cortez, 1980.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Por que filosofia no segundo grau?. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 6, n. 14, 1992.

_____. História da filosofia: centro ou referencial? In: NIELSEN NETO, Henrique (Org.). **O ensino da filosofia no 2.º grau**. São Paulo: SEAF/Sofia, 1986, p. 153-162.

VON GOETHE, Johann Wolfgang. **Os sofrimentos do jovem Werther**. Tradução de Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Submissão em: janeiro de 2011

Pareceres favoráveis em: junho de 2011

Constituição e Utopia e o Exemplo da Constituição Brasileira¹

PAULO FERREIRA DA CUNHA*

“Esta Constituição terá o cheiro de amanhã, não do mofo”
Ulysses Guimarães²

Resumo: As Constituições são por vezes acusadas de ser “utópicas”. Nem sabem os que assim as apodam de como estão quase certos, mas por contrárias razões às que pensam avançar. Utopia não é quimera, não é algo impossível e inatingível. Utopia é o mito da cidade ideal. Entretanto, se essas cidades ideais, na literatura, frequentemente se voltam em infernos concentracionários (distópico) a verdade é que nas Constituições (e especialmente nas constituições cidadãs, como a Portuguesa de 1976 e a Brasileira de 1988, entre muitas outras já) há um sopro renovador do princípio esperança, vizinho da utopia: utopista. O utopismo é asa que não esquece as raízes. E assim devem ser as constituições. Neste artigo se dá o exemplo da Constituição cidadã brasileira de 1988 como ilustração desse anelo que deve congrega os cidadãos, e fazê-los escrever glórias no Futuro.

* Doutor em Direito das Universidades Paris II (1992) e Coimbra (1995). Licenciado e Mestre pela Faculdade de Direito de Coimbra. Agregado (livre-docente) pela Universidade do Minho (2000). Em estudos de Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professor Catedrático e Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); da Universidade Católica de Santos; da Univ. Paris XIII; da Universidade de Direito de Kiev; da Academia Nacional das Ciências da Ucrânia, inter alia.

Professor associado da Univ. Laurentienne / Laurentian Univ., Canadá, e Professor Honorário da Univ. Mackenzie, entre outras.

¹ Quisera ter tido tempo para escrever umas laudas em temática mais próxima dos estudos do Senhor Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, por ocasião da justa homenagem que se lhe presta. A avassaladora vida de labores em que se tornou o ofício universitário, *hic et nunc*, não me permitiu concretizar desejo. Não querendo deixar de lhe prestar o justo tributo, aqui deixo o fruto de algumas reflexões constitucionais e jurisfilosóficas, mais próximas do meu quotidiano de investigação e docência, associando-me jubilosamente à celebração académica.

Para ulterior documentação sobre as bases teóricas fundamentais deste estudo, designadamente conceituais, aqui apenas evocadas, cf., Cunha, 2002 e Cunha, 1996. Para a elaboração deste texto contribuíram ainda a memória e os tópicos da nossa Conferência de Encerramento do IV Encontro Anual da Associação Nacional de Direitos Humanos ANDHEP, subordinada ao tema “Democracia, Pluralismo e Tolerância: Cultura dos Direitos Humanos nos 20 anos de Vigência da Constituição Federal de 1988”, na Faculdade de Direito de Vitória, Espírito Santo, no dia 10 de outubro de 2008, com o título Utopia e Utopismo na Constituição Brasileira de 1988, a amável convite do Prof. Doutor Eduardo Bittar, da Faculdade de Direito da USP, Presidente daquela Associação. E finalmente este texto comunga em boa parte de um artigo a editar na revista do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

² Palavras de Ulysses Guimarães sobre a Constituição brasileira em curso de elaboração, *apud* SILVA, 2009, p. 22 e p. 466.

I A QUESTÃO CONCEITUAL

1 CONSTITUINTES, MITO E UTOPIA

Em tempos mais ou menos revolucionários, como são sempre os de constituintes que, como a última constituinte brasileira e a última constituinte portuguesa, devolvem a palavra ao poder constituinte³ originário do povo, após hiatos autoritários e até ditatoriais, em tempos revolucionários como esses, as vozes mais conservadoras (ou mais prudentes) desconfiam das promessas sem freio dos idealistas, e sobretudo dos demagogos⁴.

³ Cf., sobre esta matéria clássica, de entre uma imensidão de estudos, Friedrich e Schmitt, In: Jellinek, 1991; Mueller, 1995; Mueller, 2004; Ferreira Filho, 2005; Pinto, 1994; Brito, 2000; Martins, 1990; Sanches Viamonte, 1957; Mortati, 1972; Vega, 1985; Tarantino, 1980; Negri, 1994; Héraud, 1946; McWHINNEY, 1981; Barnett, 1993; Klein, 1996; Blaustein, 1986, p. 699ss; Duhamel, 1992, p. 777-778; Berlia, 1945, p. 353-365; Coni, 2006.

⁴ Talvez se possa dizer que dificilmente as condições de exercício pleno do poder constituinte raramente existirão, ou serão mesmo uma utopia. No caso português, apesar de o resultado – a Constituição de 1976 – ter sido um texto muito progressivo (e compromissório entre correntes intrinsecamente mais socialistas e mais conservadoras), a verdade é que houve dois tipos de compressão do poder constituinte originário, que resultariam em fórmulas menos democráticas (designadamente de poder castrense: contudo exercido com exemplar moderação pelo Conselho da Revolução, de composição exclusivamente militar) e mais carregadas na linguagem marxista. Essas compressões consistiram no poder da rua e dos media, pressões externas de circunstância, que culminaram simbolicamente com o efectivo cerco (e sequestro) da Assembleia Constituinte, por um lado, e, por outro, nos pactos constitucionais entre o Movimento das Forças Armadas (MFA) e dos partidos, nos quais se impunham nomeadamente instituições como o referido Conselho Militar, que poderia ter sido, “constitucionalmente”, o principal órgão político na época. Também o recente (e não concluído) processo de constitucionalização europeia pecou por negligenciar no início dos processos a audição popular, designadamente na constituição da convenção europeia. Parece que é um pecado original das “revoluções” o não serem isentas de mácula no exercício do poder constituinte. Já o compreendera Sieyes. Cf., v.g., sobre esta última questão, CUNHA, 2005.

Uns e outros afinal exageram, sem dúvida – se virmos o seu discurso à luz de uma análise mais serena, e menos revolucionária. Só possível, realmente, quando as revoluções dão lugar ao *Enrichissez-vous* (Guizot) niilista das descidas da encosta histórica.

E há quem, muito sábio, como Agostinho da Silva (*apud* DACOSTA, 2001, p. 318-319), tenha profetizado uma encosta revolucionária descendente muito espinhosa:

Só se deve cercar o palácio do Poder se houver decisão de o tomar. [...] Se não, é um erro fazê-lo. As coisas voltam-se, depois, contra. Regride-se. Vão dar-se, como consequência, recuos graves para os trabalhadores portugueses. Eles irão sofrer provações dolorosíssimas. Muitas das suas regalias serão esvaziadas. O desemprego disparará em proporções inimagináveis. O que se jogou e se perdeu aqui, é indizível. A democracia pode não resistir ao liberalismo selvagem, à corrupção generalizada, à exclusão massiva, à miséria crescente, à neoescravidão, ao neocolonialismo, ao neofeudalismo ao neoterrorismo que se perfilam, na fase agora iniciada, no horizonte.

São palavras publicadas em 2001, e para meditar ainda hoje.

As mentalidades revolucionária e reaccionária vivem na alta tensão da política, com categorias, aspirações e lógicas diversas do viver habitual dos tempos mornos. E uma espécie de lei da gravidade impele as sociedades para um certo viver habitual, acomodado, apenas com momentos de erupção.

Depois das revoluções vem sempre um novo Estado (e depois das contra-revoluções, por vezes, um Estado dito “novo”⁵). E seguidamente *o estado das coisas* – *o statu quo*. Que alguns dizem ser, em tempos cinzentos, “o estado a que se chegou”. Por vezes até de uma tepidez deprimente.

Alguns entre o sonho sem possibilidade de realização, e o acanhado balanço do já estabelecido, a Constituição nova encontrará, como *law in action*, um caminho em que possa conciliar raiz e asa (para lembrar um MACHADO, 1985), ou raiz e utopia (como a iconoclasta revista homónima). Ou ainda, se se preferir, com Ruyer (1950) (grande teorizador da matéria), a Constituição nova estará, certamente, deverá estar, nesse algures de promessa e ordem, entre mito e utopia. Porquanto o mito é raiz, é dado, é seiva, e a utopia é asa, é sonho, é anelo, é florescimento futuro.

⁵ Sobre o “Estado Novo” português e a sua Constituição, cf., por todos, Cunha, 2006, p. 363ss. E ainda, sinteticamente, Cunha, 2007a, p. 196ss. (e sobre o “Estado Novo” brasileiro, breve menção a p. 201 ss.).

Quando se elaborava a Constituição cidadã brasileira, o Prof. Doutor Rogério Ehrhardt Soares proferiu no Rio de Janeiro uma conferência notabilíssima, que é ao mesmo tempo um epítome da teoria essencial da Constituição, com um profundo mas sucinto embasamento histórico, e um “aviso à navegação”, prudente chamada de atenção para a contextualização e a própria “humanidade” do procedimento constituinte e para os limites de todas as Constituições (SOARES, 1986, p. 36ss.; p. 69ss.). Algumas fórmulas ficaram na memória de quem escutou essa palestra – o que não foi, infelizmente, o nosso caso – nomeadamente aquela passagem em que com muita graça se chama a atenção para o perigo de uma confiança exagerada numa dada fórmula constitucional, como aquela moça namoradeira, que mudando embora frequentemente de par, jura sempre, com cada um, que aquele é mesmo o único e eterno... É esse, realmente, o grande problema de um certo ucronismo constitucional.

Mas se o Professor Soares falara há mais de vinte anos das precauções e das raízes perenes do Conceito Ocidental de Constituição, hoje é mister falar, pelo contrário, do extraordinário legado da Constituição cidadã de 1988. Sublinhando o que nela é perene. Para verificar que nela acabaria por haver cláusulas fátuas (o que todavia não toca a sua perenidade geral e o seu legado para o Constitucionalismo universal) basta-se-á recordar as imensas Emendas Constitucionais a que foi sujeita, grande parte em matéria de índole económico-financeira-fiscal. O que não deixa de ser sintomático dos perigos de constitucionalizar em excesso fórmulas do domínio da “terceira função dos indo-europeus”⁶, ou seja, matérias pouco ligadas, afinal, com o cerne da política e da sua sacralidade (matérias da primeira função, como se sabe, por alguma razão dita, embora anacronicamente, “soberana”).

2 O GÉNERO LITERÁRIO CONSTITUIÇÃO

Apesar da imensidão dos estudos que, todos os anos, todos os meses, todos os dias, superabundam sobre Constituição, Direito Constitucional e afins, ainda não foi tudo dito nem tudo problematizado sobre estas matérias. É evidente. A própria hiperprodução acelerada nos atuais dias o prova. Mas, é mais que isso. Há alguns mistérios no mundo da Constituição que estão longe de ser desvendados, e alguns problemas que nem sequer foram ainda equacionados.

⁶ Cf., por todos, as obras de Dumézil, 1992; Benveniste, 1969. Numa clave mais cultural, pode ver-se desde Von Jhering, 1895, até, mais recentemente, Lazzeroni, 1998, Lazzeroni, 1999. Cf. ainda Cunha, 2007b, p. 52ss. e p. 67ss.

Um desses problemas prende-se com a incoerência das Constituições dos países ditatoriais, antidemocráticos, etc. É normal uma Constituição nominal ou semântica nesses casos. Tal foi considerado assim para a constituição portuguesa de 1933 por Adriano Moreira (1977), que falou mesmo em *inautenticidade*.

Mas, por que será que, com trabalhos preparatórios tão antiliberais, antidemocráticos e antiparlamentares, a Constituição de 1933, se bem que a prática política haja sido com tal projecto político coerente (*law in action*), já em contrapartida “nos livros” (*law in the books*), no seu texto, enquanto constituição formal, acabou aqui e ali por ceder um tudo-nada aos “monstros” que pretendia abater, aos “fantasmas” que queria afugentar? Tal foi sintetizado, de algum modo, por José Adelino Maltez:

a Constituição de 1933, marcada por um programático *corporativista*, não cortou todas as ligações formais às tradições demoliberais, iniciadoras de uma legitimidade, segundo a qual *a soberania reside essencialmente em a nação*. A *Assembleia Nacional* continuou a ser eleita por sufrágio universal e directo e não deixou de estruturar-se um sistema de direitos individuais que só a prática política e a legislação ordinária vieram minimizar e, em muitos casos, suprimir. Por seu lado, a *Câmara Corporativa*, nunca veio a passar o nível de órgão consultivo de carácter técnico.⁷

Estamos persuadido de que uma explicação metafórica (a esperar uma outra, mais profunda) se prende com as leis da imitação (TARDE, [S.d]) do arquétipo literário ou subgénero literário [em grande medida mítico – (FREYE, 1971, p. 489ss) – e utópico (CUNHA, 1996)] “Constituição”.

O género ou arquétipo “Constituição” *vem a galope*, é uma atracção magnética para qualquer constituinte, mesmo “anti-constitucionalista”. E esse género, na sua formulação constitucionalista moderna, está presente, como é bem sabido, numa tríade mítica para que aponta o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa. Como se sabe, dois dos traços essenciais do arquétipo estão explícitos nesse artigo (separação dos poderes e direitos humanos/fundamentais) e o terceiro é aí um pouco presuposto (a sacralidade textual, apontando para alguma rigidez constitucional e prevalência da Constituição sobre as demais fontes, numa hierarquia normativa). Mas, mesmo que não se considere aí presente, ele está vivo no imaginário constitucional, e traduzido até pela expressão estadunidense “Sacred instrument” para designar a Constituição.

⁷ Disponível em:

<http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/regimes_politicos/estado_novo.htm>. Acesso em: 21 dez. 2010.

Ora estes três elementos, a que a breve trecho se juntarão a democracia, o sufrágio, a representação, etc., são traços dificilmente iludíveis numa qualquer Constituição. Mesmo que depois a prática (a Constituição real) os esqueça, os subverta, os espezinhe até.

3 UTOPIA E CONSTITUIÇÃO

As relações entre utopia e Constituição são muitas. Não no sentido dos excessivamente conservadores, ou mesmo reaccionários, que veem qualquer anelo de futuro como uma utopia (como sinónimo de impossibilidade de realização, quimera), mas no sentido de que as Constituições, se não forem simples folhas de papel com a regulação dos órgãos do poder, as cores da bandeira e o local da capital dos países (pouco mais ou pouco menos que isto), têm um espírito e um conteúdo mais ou menos utópico. Utópico no sentido de almejarem descrever, com a minúcia possível, uma sociedade que consideram melhor, planificada, racional, com traços de geometrismo, de uniformidade, certa igualitarização, etc.

Por outro lado, as utopias, não sendo escritas em articulados legais, normalmente, contudo encerram projectos de mudança constitucional (e por vezes mais profundos ainda: civilizacionais e até antropológicos).

A constituição é, assim, uma utopia (mais ou menos: a sua outra dimensão é, como aforámos, o mito) vertida no género “decretório” legalista; e a utopia é uma constituição, moldada ao género ficcional, como narrativa, conto, romance, etc. O seu espírito aproxima-se muito. E tal não tem nada de pejorativo e de desqualificador (antes pelo contrário) para a ática seriedade do constitucionalismo e dos constitucionalistas. Nem, simetricamente, deve perturbar a independência, a autonomia e a qualificação artística, e especificamente literária (ou dramática, cinematográfica, etc.) dos autores de utopias.

Hoje, os estudos de Direito e Literatura, felizmente empreendidos com pujança e grande qualidade nos EUA (que é para muitos decisivo exemplo educativo), não podem deixar de incomodar a sisudez de alguns, demonstrando à sociedade que o Direito é Literatura (como afirmava já, com clareza, por exemplo um Goodrich, 1986). E, nesse contexto, dizer-se que a Constituição é utopia não passa de um caso particular dessa tese, hoje já nem sequer chocante para quem tenha levantado os olhos dos artigos do códigos e de velhas doutrinas e jurisprudências e visto em volta o mundo do Direito vivente, pulsante, criador...

4 CATEGORIAS

Não pode, porém, haver confusões sobre algumas diversas categorias que nem sempre estão claras nos espíritos dos que participam até nesta discussão.

4.1 Os Grandes Paradigmas ou Épocas (Tempos) do Direito

Dir-se-ia que, antes de mais, esta reflexão sobre a utopia e o Direito repugna a muitos, porque ela é visceralmente, essencialmente avessa ao direito engravatado, ao direito-poder e legitimação do poder, discurso legitimador (MACHADO, 1985), que anima muitos, inclusivamente juristas. Os tempos do direito servo do poder e instrumento, aparelho ideológico do Estado (ALTHUSSER, 1974) revestido de uma aura de *auctoritas* especialmente persuasiva acabaram – *rectius*, estão acabando.

Não que o Direito tenha mudado essa sua função. Mas é hoje visto já criticamente, e autocriticamente. Já não se pode, sem mais, sem discussão, sem vozes alternativas, incensar a juridicidade num altar de unanimismo e confundir Direito com Justiça. E entretanto não ligar Direito a poder.

A época presente é ainda incerta na sua conformação, ainda titubeante nos seus primeiros passos. Expressões como Direito Pós-Moderno, Direito Altruísta, Direito Fraternal, Direito Humanista, etc. são anúncio de que algo está para mudar nos grandes paradigmas do Direito⁸.

Como se sabe, anteriormente o Direito passou por apenas duas grandes fases, épocas, tempos, sob o império de dois paradigmas diferentes: o primeiro, logo após a criação epistémica do Direito, em Roma, o *ius redigere in artem*, foi o Direito Objectivo – manifesto na sua própria concepção como *ipsa res iusta*, e na análise do direito como *ius utendi, fruendi et abutendi*, direito *ex iure quiritium*⁹.

⁸ Resta, 2002; Brito, 2006, p. 216 ss.; Brito, 2007; Carducci, 2003. Mais recentemente, cf. ainda (ao que se afigura numa perspectiva diversa) Sousa; Cury; Caso, 2008.

⁹ Cf., v.g., Bretone, 1988 ; Churruca; Mentxaka, 1987; Cruz, 1980.

4.2 AS GRANDES FORMAS DE PENSAMENTO CRÍTICO

Contra o simples discurso legitimador, amigo ou conformado, conformista e resignado com o *statu quo*, têm-se erguido ao longo dos tempos (e depois simultânea e alternativamente) vários tipos de discurso.

Não cabe aqui fazer um inventário literário dessas formas de manifestação do descontentamento. Mas, sabe-se que de alguns escribas egípcios a profetas hebraicos clamaram, mais ou menos no deserto, contra os maus costumes (sobretudo os primeiros) e os abusos dos príncipes (sobretudo os segundos). Não se ignora que o Antigo Testamento contém, sobretudo nessas passagens proféticas, abundante material com que inflamar a consciência crítica e de revolta. E efectivamente tal veio a suceder, com monges e clérigos pobres, que durante a Idade Média não deixariam de alimentar esperanças e até fomentar revoltas. Heresias e milenarismos puderam ter um fundo de revolta social, inspirada nos textos sagrados, e nas condições sociais vividas.

De qualquer modo, vai ser sobretudo no Renascimento que se vê nascer, quase simultaneamente, alguns tipos de discurso que vieram para ficar (espera-se) na crítica social e política: o discurso afirmativo do tratado político com uma mensagem claramente para o presente e para o futuro, de que *O Príncipe*, de Maquiavel, é o exemplo; o discurso mais subtil, e jocoso, da sátira social e política, de que é exemplo *O Elogio da Loucura*, de Erasmo de Roterdão; e finalmente na *Utopia*, de Tomás Moro, incluem-se dois tipos de discurso: na primeira parte, uma crítica social do presente; e na segunda, o discurso utópico, de idealização de uma sociedade perfeita – a utopia.

Com o rodar dos tempos, é claro que o discurso crítico por excelência passaria a ser o de um Marx e de um Engels, que para mais reivindicariam para si uma filosofia e um método científico. A retórica da cientificidade para o marxismo teve a eficácia que teve, mas não há dúvida de que a máquina de pensar marxista ainda hoje (cada vez mais hoje, na verdade) é um caso muito sério na história do pensamento, e em particular do pensamento crítico. Em Maquiavel há ainda muita erudição e eloquência, mas as de Marx estão muito partilhadas ao serviço da ideia de intervenção política, sem esperar um príncipe libertador. O messianismo passa, como se tem repetido, nem sempre lisonjeiramente, para o povo.

Nos tempos actuais, pode-se, sobretudo, contemplar a biblioteca crítica por três pontos de vista.

De um lado, o pensamento crítico-ideológico (por exemplo, do marxismo). E nesse pensamento não se pode esquecer que há uma assimilação do socialismo francês, da economia política inglesa e da filosofia alemã, mas, também, uma recusa do dito “socialismo utópico”. E sintomaticamente Marx afirmará não fazer as ementas para as tasquinhas do futuro...

Com ementas pormenorizadas para todas as mesas está o pensamento utópico, a utopia propriamente dita. A utopia liga-se ao mito, sem qualquer dificuldade. Só que é um mito “ao contrário”, um mito não na raiz, no passado, na origem ou na essência, mas um mito projectado para o futuro, a possibilidade. Como diz Mucchielli (1960), é a utopia é o mito da cidade ideal. Ou do Estado ideal, ou da República ideal, se se preferir.

Falar-se-á mais tarde na terceira via, o utopismo... Que, em termos sintéticos, é uma utopia criticada permanentemente pelo pensamento ideológico ou filosófico, o que permite autocrítica e progresso: traços que se não encontram no mito da cidade ideal estático.

5 O LUGAR E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

A pergunta que assim se deve colocar é: perante todos estes modelos de renovação social, onde está a Constituição, se não é, manifestamente, mera reprodução do real, mero “balanço” (lembrando Estaline)?

Na prática, a Constituição pode ser várias coisas, desempenhar diversos papéis.

Recordando a importantíssima classificação sobre a relação entre Constituição formal e Constituição real, a Constituição pode ser normativa, ou nominal, ou semântica segundo Loewenstein (1983). Ou seja, pode ser (mais ou menos) mera folha de papel (como diria Lassalle), nestes últimos casos, mas também pode representar uma tensão interessante e renovadora entre a realidade em que está juridicamente implantada (e da qual deve decorrer democraticamente pelo poder constituinte originário) e a mensagem ou proposta que o seu texto encerra. Claro que Constituição não é apenas Constituição formal, não é somente o texto constitucional. É acção. É a aplicação no real, a vida social e política do projecto constitucional.

No limite, todas as Constituições têm um programa: pode é ser do *quieta non movere*. Ou seja: se todas as Constituições têm um programa, nem todas, porém, se podem dizer programáticas.

A Constituição, sendo sempre portadora de um modelo, pode seguir vários caminhos: pode aproximar-se mais do modelo estático (dito não programático) de um Joseph de Maistre – que a vê como uma espécie de tradução do *Volksgeist* de cada povo. Mas, é claro que o faz numa veste tradicionalista, aristocrática, colorindo o povo das suas tintas romantizadas de “bom povo”, afinal submisso.

Alternativamente, a Constituição pode conter um programa de reformas e mesmo de revolução social, que, sem atentar contra a idiosincrasia do mesmo povo (mas visto aqui numa perspectiva muito mais dinâmica, como construtor do seu próprio futuro, numa “terra sem amos”), busque a cidade ideal, ou, no mínimo a cidade ideal possível.

Evidentemente que uma Constituição programática que não tenha mesmo em nenhuma atenção nem o povo a que se destina, e de que deve emanar, nem sequer aquelas verdadeiras constantes da natureza humana, ou da sua condição, uma Constituição que force a maneira de ser de uma nação, ou que descure o *modo de funcionamento* normal de todos os homens, não só terá muitos problemas de afirmação, de força normativa, como, na verdade, mesmo querendo construir um paraíso, será inevitável fabricante de inferno. A utopia tem esses dois traços possíveis. A utopia-distopia, que, na sua regularidade, excesso de previsão, burocracia, etc., é, afinal, um inferno limpo e bem organizado no papel (na prática nem sempre), e o princípio esperança, ou utopismo, que pelo contrário aponta para uma justiça (*lato sensu*, incluindo, naturalmente a justiça social) cada vez mais perfeita. Constante e perpétua vontade de aperfeiçoamento, de superação.

Numa síntese, poder-se-á pensar na Constituição como simples balanço, defensora do *status quo* ou como utopia (na verdade utopia-distopia), em que a Constituição não atenta na natureza humana e nacional ou da comunidade a que se destina, e vai por soluções pré-concebidas, por vezes racionais, mas não necessariamente adequadas.

E, finalmente, a Constituição pode funcionar como utopismo ou princípio esperança. Neste caso, a Constituição não abdica de conformar e de transformar a realidade, mas quer fazê-lo com as pessoas e não contra elas, de forma gradual, imaginativa, sem recorrer à força como regra, e sempre apta a reconhecer os erros e a corrigi-los, compreendendo que a sociedade ideal não é um ponto de chegada, não é um fim da História, mas uma revolução permanente.

II UTOPIA E UTOPISMO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ BRASILEIRA

1 OS VALORES E O PREÂMBULO

Não se pode ser exaustivo, mas apenas exemplificativo nesta parte.

A Constituição brasileira, a grande constituição cidadã, é mais um dos espantosos milagres de que o Brasil é capaz.

Não é, evidentemente – tal coisa não existe – uma Constituição perfeita. Mas... é uma das grandes sínteses do tempo atual, com um pé no futuro, e o outro bem fincado na terra firme do presente. Evidentemente que tem havido necessidade de reformular o sistema, com “Emendas” Constitucionais. Mas, o corpo essencial aí está. E desde logo o bilhete identidade da Constituição, o seu Preâmbulo, é um marco.

Depois de a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola terem avançado os valores superiores da política, a Liberdade, a Igualdade e a Justiça (a constituição espanhola vai um pouco mais longe, por cuidado com a ditadura de que saíra a Espanha, incluindo ainda no rol o “pluralismo político” – que é uma faceta do valor da Liberdade), a Constituição federal brasileira vai mais longe. Equilibra e matiza os valores. Assim, recorda-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

O Estado democrático não é um estado democrático formal, mas com um fim: o de assegurar direitos. Os direitos são de vários tipos, ou “gerações” (ou melhor: dimensões). Assim, logo se fala em direitos sociais, mas junto destes se vem aludir aos individuais. Portanto, o social e o individual não se devem opor, mas equilibrar. Liberdade é logo equilibrada com segurança. Mas, ambas com bem-estar e desenvolvimento. À liberdade e à igualdade se junta a justiça (completando a tríade essencial) – mas se explicam ainda pela segurança, o bem-estar e o desenvolvimento, que são uma espécie de valores agregados à tríade – como valores supremos. Valores esses que contudo não vogam desenraizados no céu dos conceitos, mas antes se baseiam numa sociedade que é também constitucionalmente caracterizada: fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada

na harmonia social e, tanto internamente como internacionalmente, propugnando a solução pacífica dos conflitos – sendo este direito à paz, segundo Bonavides (2008, p. 579ss), a última grande geração de direitos.

Este Preâmbulo da Constituição brasileira afigura-se a grande cláusula pétrea por detrás das cláusulas pétreas elencadas expressamente. E não se deve esquecer que estas cláusulas têm de existir, sob pena de banalização e rebaixamento constitucionais: são as muralhas que defendem a cidadela constitucional contra as investidas dos poderes fugazes e o turbilhão do momento, de cada momento.

Este Preâmbulo constitui um grande momento do princípio esperança, do utopismo. Ele não é utópico. Relembrando Marx, ele não estabelece os cardápios para nenhum boteco do futuro. Mas, estabelece, isso sim, um regime muito geral e pluralista (mas indicativo, indicador) de uma tabela de calorias. Isso é projecto, é asa, é sonho, mas sonho, asa e projecto concretizáveis: e com respiração possível, com latitude humana, pluralista, para diversas soluções possíveis...

2 ALGUNS TRAÇOS DE UTOPISMO CONSTITUCIONAL

Permita-se que se salientem alguns traços que se considera especialmente marcantes, por originais, positivos, interessantes, neste caminho de utopismo, ou seja, sonho com os pés e raízes na terra. Mas, nem sequer todos os mais importantes. Quase apenas por amostragem.

Antes de mais, como grande concretização do princípio republicano, avulta o instituto da improbidade administrativa, assim:

Art. 37. [...]

XXII [...]

§ 4.º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

E sobre esta matéria há uma importante doutrina já (assim como, aliás, em matéria de infrações particularmente anti-éticas do poder e da administração)¹⁰.

¹⁰ Por todos, v.g., nesta rede de questões, Cammarosano, 2006; Figueiredo, 1999; Dal Bosco, 2004; Del Bosco, 2007; Freitas, 2007.

Esta justa exigência dos funcionários está a par de uma invejável estabilidade dos seus empregos públicos:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1.º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2.º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3.º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Esta estabilidade dos funcionários públicos é também um elemento de robustecimento do Estado e da sua credibilidade. Apesar de o discurso neoliberal, e, já antes dele, a oratória simplesmente populista, se devotar a caluniar os funcionários públicos como parasitas do orçamento, etc., em muitos casos para lisonjear os que pagam impostos para supostamente “os suspentar”, etc. – esquecendo-se que os funcionários também pagam impostos, e, curiosamente, apesar de ganharem geralmente pouco, ao contrário de muitos, não podem fugir ao fisco.

Jamais se terá um Estado respeitado e funcionários empenhados se estiverem sempre sob a espada de Dâmocles do agradar ou desagradar a superiores, nem sempre os mais competentes, muitas vezes de nomeação política, etc. E uma vez que há uma grande responsabilização, não há que temer autocracia ou laxismo. Fala-se, evidentemente, da lei. A realidade pode ter as suas habilidades e os seus desvios. Mas, sempre a lei perseguirá esse contornar da lei... melhorando-se. E importa o princípio. Como princípio o funcionário público não é um “colaborador” do Estado. É rosto do Estado.

Outro aspecto relevante da Constituição Federal é o seu multiculturalismo assumido. Veja-se, por exemplo, o tratamento dos Índios:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1.º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as

imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2.º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

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

§ 4.º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5.º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6.º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7.º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3.º e 4.º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

É sabido como os índios sofreram e sofrem pelo impacto da civilização euro-ocidental na sua vivência e identidade. Como hoje ocorrem até suicídios de índios, como última solução para a sua vida e cultura sem lugar. Pelo que é importantíssimo que se reconheça o lugar e o papel do índio e das comunidades índias como sujeitos também da Constituição.

E sendo professor universitário, e conhecendo as agruras legais e constitucionais do problema em Portugal, não deixa de ser (para nós) muito reconfortante a determinação da gratuidade do ensino público oficial, sem dúvidas, inequivocamente:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais [...].

E este artigo, ao contrário do seu gémeo na Constituição portuguesa (contudo menos generosa: e aí é que está o problema), aplica-se mesmo.

3 O PARADIGMA DA CLÁUSULA GERAL E O PARADIGMA DETALHISTA

Uma das razões por que, num primeiro momento, fomos um crítico do projecto da Convenção Europeia de uma Constituição codificada para a Europa tinha a ver com aquilo a que considerávamos (e ainda, de certo modo, e em certo contexto, continuamos a considerar...) a má técnica legislativa do projecto: minucioso, repetitivo, exemplificativo, “administrativístico” quando deveria ser plenamente e exemplarmente constitucional.

O contacto mais directo com a realidade burocrática da União Europeia e o reconhecimento de que os juristas, hoje, já não saem das universidades (não podem sair de universidades de massas e com a presente aplicação do processo de Bolonha) com aquela *souplesse*, ductilidade, visão alargada e *savoir faire* que outrora era apanágio dos juristas, fez mudar de opinião. Os textos constitucionais, hoje, não podem ficar pelas generalidades de uma constituição hiper-sintética como a dos EUA, ou pela sedimentação histórica de uma Constituição tradicional britânica. São, na verdade, chamados a suprir muitas funções administrativas, embora se procure a solução normativa em sede constitucional.

As críticas à Constituição federal brasileira pelo seu detalhismo e programatismo não parecem, assim, proceder. É certo que juristas refinados, de alto nível, poderão chocar-se pelo “barbarismo” da repetição, pela não utilização de subtis fórmulas e técnicas normativas que permitiriam sintetizar. Simplesmente, estamos, na Europa como fora dela, em tempo de letras grandes e gordas. E é preciso, para esta fase de expansão do Direito, que sejamos muito claros, e muito explícitos. Sob pena de não sermos entendidos.

Não vale, pois, o purismo jurídico, mas algum pragmatismo normativo.

É a mesma razão por que o Direito Natural também não tem grandes hipóteses de triunfar. Porque, como dizia Villey, ele só é entendido por alguns¹¹.

Estamos numa fase global de difusão dos Direitos, sobretudo dos Direitos do Homem, *lato sensu*, cuja mensagem não pode ser esotérica, mas muito aberta e óbvia. Mesmo assim, tais Direitos já são muito violados.

¹¹ “Le droit naturel *n’est pas* la philosophie des juristes – seulement des meilleurs d’entre eux. – (le *droit naturel* inclut du reste le positivisme – et il explique le succès du positivisme – car de notre point de vu mieux vaut élever le juge médiocre dans cet excès plus que dans l’autre qui serait contraire; l’arbitraire, la fantaisie, le rationalisme –). Je ne recommande pas à tous le droit naturel, mais à ceux-là seulement qui peuvent comprendre [...]”. (VILLEY, 1995, p. 45).

A Constituição cidadã deve ser ensinada nas escolas, conhecida pelos cidadãos, utilizada e amada. Ora, ninguém conseguiria ler um texto selecto e *cryptico*. Melhor as repetições, os detalhismos. Para que se saiba bem, todos saibam, todos os Direitos. Pela primeira vez, decerto, começa a haver razão naquele dito populista segundo o qual as leis têm de ser legíveis. Sim, legíveis. Ao menos para os juristas... Ainda que essa legibilidade importe em recuo técnico.

E mesmo assim há que ensinar que os Direitos todos não estão no livro, que há muito mais além dos contidos nele. E que, sobretudo, não é o livro que cria os Direitos: mas que eles são próprios dos Homens. Os Direitos, os principais Direitos (não alguns instrumentais, de criação segunda, que existem pelos e para os primeiros) não são outorgados, são reconhecidos. E isso é muito, muito importante. Por isso, o livro só os guarda. Guardemos o livro porque ele nos protege a nós e aos nossos Direitos. E, hoje, especialmente, guardemo-lo e celebremo-lo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. DE NOVO OS CONCEITOS E AS COISAS: UTOPIA E UTOPISMO

E chega-se ao tema anunciado no título, que contudo, preparado por tudo o já referido, quase se limita ao enunciado de uma tese.

Há utopia, que é detalhismo, racionalização, por vezes uma uniformização excessiva, e até sufocante. Traços de utopia têm todas as Constituições; contudo, Constituições de raiz liberal e democrática (com coloração social, obviamente) como a brasileira ou como a portuguesa, nunca terão, na sua essência, na sua globalidade, feições verdadeiramente de utopia. Contudo, princípio esperança (BLOCH, 1979), abertura programática e “dirigente” para o futuro, ainda que, como é óbvio, sob a reserva do possível, mas sem perder o *élan*, esse tem de ser o utopismo de uma Constituição que verdadeiramente o seja. Porque o projecto constitucional, o projecto de haver e de fazer valer uma Constituição, desde o constitucionalismo moderno, não é somente (como alguns liberais hipocritamente afirmaram: mas fizeram-no bem, para não assustar os absolutistas) (CARVALHO, 1982; GARRETT, [S. d.]) o de pôr em ordem a gramática dos poderes. É o de instaurar uma sociedade de Liberdade, Igualdade e Fraternidade: com estes ou outros nomes.

Ora, esse projecto está bem vivo nas Constituições do tempo atual e para o tempo atiaç, aí tendo lugar de destaque utopista, mas não *utópico*, a Constituição cidadã brasileira.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1974. Título original: *Idéologie et appareils idéologiques d'Etat, La Pensée*.

BARNET, Anthony et al (Ed.). **Debating the constitution: new perspectives in constitutional reform**. Cambridge: Polity Press, 1993.

BENVENISTE, Emile. **Le vocabulaire des institutions indo-européennes**. v. 1. Paris: Minuit, 1969.

BENVENISTE, Emile. **Le vocabulaire des institutions indo-européennes**. v. 2. Paris: Minuit, 1969.

BERLIA, Georges. De la compétence des assemblées constituantes. In: **Revue du Droit Public**, 1945.

BLAUSTEIN, Albert. The making of constitutions. In: **Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart**, v. 35, 1986.

BLOCH, Ernst. **El principio esperanza**. Tradução de Felipe Gonzales Vicens. v. 1. Madrid: Aguilar, 1979. Título original: *Das prinzip hoffnung*.

BLOCH, Ernst. **El principio esperanza**. Tradução de Felipe Gonzales Vicens. v. 2. Madrid: Aguilar, 1979. Título original: *Das prinzip hoffnung*.

BLOCH, Ernst. **El principio esperanza**. Tradução de Felipe Gonzales Vicens. v. 3. Madrid: Aguilar, 1979. Título original: *Das prinzip hoffnung*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein S. Shooja. Lisboa: Estampa, 1988. Título original: *Storia del diritto romano*.

BRITO, Carlos Ayres de. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BRITO, Carlos Ayres de. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte**: ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Forum, 2006.

CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CARVALHO, José Liberato Freire de. **Memórias da vida de...** 2. ed. Lisboa: Assírio e Alvim, 1982.

CHURRUCA, Juan de; MENTXAKA, Rosa. **Introduccion historica al derecho romano**. 4. ed. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1987.

CONI, Luís Cláudio. **A internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, direito e utopia**: do jurídico-constitucional nas utopias políticas. Coimbra: Ed. Faculdade de Direito de Coimbra; Studia Iuridica; Coimbra Ed., 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral**: uma perspectiva luso-brasileira. São Paulo: Método, 2007a.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Raízes da república**: introdução histórica ao direito constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Repensar a política: ciência & ideologia**. 2. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2007b.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da constituição: mitos, memórias, conceitos**. v. 1. Lisboa: Verbo, 2002.

CRUZ, Sebastião. **Direito romano: introdução**. 3. ed. Coimbra: [S.n.], 1980.

DACOSTA, Fernando. **Nascido no estado novo: narrativa**. Lisboa: Editorial Notícias, 2001.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DUHAMEL, Olivier. Pouvoir constituant. In: DUHAMEL, Olivier; MENY, Yves. **Dictionnaire constitutionnel**. Paris: PUF., 1992.

DUMÉZIL, Georges. **Mythes et dieux des indo-européens**. Paris: Flammarion, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREYE, Northrop. Littérature et mythe. In: **Poétique**, Paris, n. 8, 1971.

FRIEDRICH, Carl; SCHMITT, Carl. In: JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GARRETT, Almeida. **Obra política**: escritos do vintismo (1820-1823). Lisboa: Estampa, 1985.

GARRETT, Almeida. **Obras de...** v. 1. Porto: Lello, [S. d.].

GARRETT, Almeida. **Obras de...** v. 2. Porto: Lello, [S. d.].

GOODRICH, Peter. **Reading the Law**. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

HÉRAUD, Guy. **L'ordre juridique et le pouvoir originaire**. Paris: Sirey, 1946.

KLEIN, Claude. **Théorie et pratique du pouvoir constituant**. Paris: PUF, 1996.

LAZZERONI, Romano. **A cultura indo-europeia**. Tradução de Isabel Teresa Santos. Lisboa: Estampa, 1999.

LAZZERONI, Romano. **La cultura indoeuropea**. Roma: Bari, Laterza, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Yallego Anabitarte. Barcelona: [S. n.], 1983. 3.^a reimpressão.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985.

MARTINS, Afonso d'Oliveira. O poder constituinte na génese do constitucionalismo moderno. In: **Estado & Directo**, n. 5-6, 1990.

McWHINNEY, Edward. **Constitution-making**: principles, process, practice. Toronto: University of Toronto Press, 1981.

MOREIRA, Adriano. **O novíssimo príncipe**: análise da revolução. Braga / Lisboa, Intervenção, 1977.

MORTATI, Costantino. **Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato**. Milão: Giuffrè, 1972.

MUCCHIELLI, Roger. **Le mythe de la cité idéale**. Brionne: Gérard Monfort, 1960.

MUCCHIELLI, Roger. **Le mythe de la cité idéale**. 2. ed. Paris: P.U.F., 1980.

MUELLER, Friedrich. **Fragment (ueber) verfassunggebende: gewaltdes volkes**. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

MUELLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRI, Antonio. **El poder constituyente**: ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Tradução de Clara de Marco. Madrid: Libertarias/Prodhufi, 1994. Título original: *The constituent power*.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma/Bari, Laterza, 2002.

RUYER, Raymond. **L'utopie et les utopies**. Paris: P.U.F., 1950.

SANCHES VIAMONTE, Carlos. **El poder constituyente**. Buenos Aires: [S.n.], 1957.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, n. 3743-3744, p. 36 ss.; p. 69 ss., 1986.

SOUSA, Carlos Aurélio Mota de; CURY, Munir; CASO, Giovanni. **Direito e fraternidade**. São Paulo: LTr., 2008.

TARANTINO, Antonio (Ed.). **Legittimità, legalità e mutamento costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1980.

TARDE, Gabriel de. **As Leis da Imitação**. Porto: Rés, [S. d.]. Título original: *Les lois de i'imitation*.

VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985.

VILLEY, Michel. **Réflexions sur la philosophie et le droit**. Paris: P.U.F., 1995.

VON JHERING, Rudolf. **Les indo-européens avant l'histoire**. Tradução de O. de Meulenaere. Paris: A. Maresq, 1895.

Submissão em: abril de 2011

Pareceres favoráveis em: maio de 2011

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para [<eltondx@hotmail.com>](mailto:eltondx@hotmail.com) ou [<eltondx@uol.com.br>](mailto:eltondx@uol.com.br), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpi. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração seqüencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências. Resenhas deverão ter, no máximo, 5 páginas.
- 7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:
 - 7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
 - 7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;
 - 7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
 - 7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
 - 7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
 - 7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

Publicações impressas

Publicações avulsas:

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

Artigos em publicações avulsas:

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

Artigos em publicações periódicas:

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet:

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova**. São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <www.abnt.org.br> referentes à publicação acadêmica.

7.12 – As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

8. A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS JK

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK
Montes Claros - MG
(38) 3690-3600

CAMPUS SHOPPING

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
Montes Claros - MG
(38) 3224-7900

CAMPUS FASASETE

Av. Villa Lobos, 730 -
Mangabeiras
Sete Lagoas - MG
(38) 3771-8178



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005