

OS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ricardo Cavedon

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduado lato sensu em Direito Civil e bacharel pela mesma Instituição. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Assessor jurídico de desembargador no TJPR desde 2007. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5682648172792984>>. rcavedon@pop.com.br.

Resumo

Analisar-se-á neste artigo a construção histórica do direito racionalista europeu, procurando demonstrar inicialmente as primeiras noções na linha da história de cosmopolitismo e justiça universal e, com a ruptura das estruturas medievais, como se deu a idealização do instrumental jurídico que temos hoje, baseado no individualismo e na apropriação dos recursos naturais como meio para o desenvolvimento capitalista. A construção do pensamento jurídico racionalista e o individualismo como fundamento para a centralização do Estado-Nação e da economia de mercado, e a imposição soberana deste pensamento cultural eurocêntrico, redundou na construção de um regime jurídico monocultural na Europa e a transposição deste direito liberal individualista e da economia de mercado para os países periféricos e para as sociedades multiculturais e pluralistas da América Latina e África, fazendo com que houvesse a perpetuação das desigualdades e injustiças sociais profundas existentes no dito mundo subdesenvolvido. Empreender-se-á a análise da inegável interdependência e inter-relação que possuem todos os seres vivos, as coletividades e a natureza, e a necessária reconstrução de alguns conceitos fundamentais, delineando como o novo constitucionalismo latino-americano vem incorporando a natureza como sujeito de direitos, no intuito de promover e fomentar o cuidado necessário à preservação e manutenção dos recursos naturais e da biodiversidade existentes no planeta, delineando a construção histórica das dimensões dos direitos fundamentais e da técnica legislativa que sustenta sua aplicabilidade, no intuito de analisar a natureza dos bens jurídicos de terceira dimensão e da técnica legislativa utilizada para tal desiderato.

Palavras-chave

Direitos socioambientais. Novo Constitucionalismo latino-americano. Pluralismo jurídico. Meio ambiente. Natureza. Pachamama. Buenvivir. Sumakkawai.

DIREITO em Debate

REVISTA DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIJUI
<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>

Ano XXII nº 40, jul.-dez. 2013 – ISSN 2176-6622

p. 193-241

ENVIRONMENTAL RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Abstract

Will examine in this article the historical rationalist European law, initially seeking to demonstrate the rudiments on the story line of cosmopolitanism and universal justice, and the breakdown of medieval structures, how was the idealization of the legal instruments we have today based on individualism and ownership of natural resources as a means for capitalist development. The construction of legal thinking and rationalistic individualism as a foundation for the centralization of the nation state and the market economy, and the imposition of this sovereign Eurocentric cultural thinking resulted in the construction of a monocultural legal in Europe and the implementation of this right and the liberal individualist economy market for peripheral countries, and multicultural and pluralistic societies in Latin America and Africa, making there the perpetuation of deep social inequalities and injustices existing in that underdeveloped world. Will undertake the analysis of the undeniable interdependence and interrelatedness that possess all living beings, collectivities and nature, and the necessary reconstruction of some fundamental concepts, outlining how the new Latin American constitutionalism has been incorporating nature as a subject of rights, in order to promote and foster the necessary care to the preservation and maintenance of natural resources and social diversity on the planet, outlining the historical dimensions of fundamental rights and the legislative technique that supports its applicability in order to analyze the nature of the legal rights third dimension, and the legislative technique used for this aim.

Keywords

Environmental rights. New Latin American Constitutionalism. Legal Pluralism. Environment. Nature. Pachamama. Buenvivir. Sumakkawai

Sumário

1 Introdução. 2 As primeiras noções na linha da história de cosmopolitismo e justiça universal, e a ruptura das estruturas medievais. 3 A construção do pensamento jurídico racionalista e o individualismo como fundamento para a centralização do Estado-Nação e da economia de mercado. 4 O transporte do direito liberal individualista para os países periféricos, e a perpetuação das desigualdades e injustiças sociais. 5 A interdependência entre os homens, as coletividades e a natureza, e a necessidade de reconstrução de alguns conceitos fundamentais. 6 Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Abordar-se-á neste texto a construção do pensamento jurídico sob uma perspectiva histórica, inicialmente identificado como um instrumental dialético retórico sem conotação de sistema, mais aproximado à *práxis* do cotejamento de casos concretos com suas soluções. Este período engloba a construção do pensamento jurídico romano e a atividade da escolástica no *medievo*, perpassando por um direito natural embasado, em um primeiro momento, nas determinações cíclicas da natureza e, após, nas emanações e determinações divinas.

Somente com a revolução científica, capitaneada pelo pensamento de Galileu Galilei e René Descartes, é que o direito se desvinculou do pensamento teocêntrico e alcançou fundamentação embasada unicamente na razão humana. O ser humano foi lançado ao centro do pensamento científico, e o antropocentrismo ajudou a construir o pensamento científico e jurídico nas primeiras teorizações e concepções de sistema, tendo a aplicação metódica de seus preceitos abstratos nos casos concretos, como meta percuciente para se extrair soluções já previamente antevistas pelo legislador na técnica legislativa casuística de incidência normativa. O destinatário social único do direito racionalista passa a ser unicamente o indivíduo nas suas relações com a propriedade.

Com o processo de massificação social, pós-revolução industrial, houve o surgimento de novos sujeitos sociais e a emersão de novos bens jurídicos diferenciados, não passíveis de apropriação, como a natureza e a cultura, e se construiu a noção de direitos coletivos e notadamente de direito difusos, os quais não pertencem a ninguém, nem ao particular nem ao Estado, mas ao mesmo tempo pertencem a todos indistintamente, inclusive às futuras gerações.

O objetivo do presente trabalho então é delinear a recepção (ou não recepção) pelo direito destes bens jurídicos diferenciados, notadamente de natureza difusa, e indicar como o novo constitucionalismo latino-americano vem tratando esta categoria diferenciada de bens jurídicos, bem como tentando indicar qual técnica legislativa seria mais adequada para a incorporação des-

tes novos interesses coletivos no interior do sistema jurídico vigente, no que contribui demasiadamente a instituição de princípios normativos e das cláusulas gerais na sua dimensão operativa, que reenvia o intérprete a elementos extranormativos, os quais são paulatinamente reinseridos no sistema jurídico por intermédio da fonte jurisprudencial.

2 AS PRIMEIRAS NOÇÕES NA LINHA DA HISTÓRIA DE COSMOPOLITISMO E JUSTIÇA UNIVERSAL E A RUPTURA DAS ESTRUTURAS MEDIEVAIS

Na Antiguidade clássica, notadamente na Grécia,¹ com o estoicismo,² surgido por volta de 300 a.C., no que se denominou período helenístico,³ caracterizado pela expansão da cultura grega para toda a Europa em razão das conquistas de Alexandre Magno, é que se observam as primeiras definições acerca de cosmopolitismo e pertencimento e inter-relacionamento do homem com a natureza. Os estoicos aproximavam as noções de direito – tido como

¹ Na Grécia já existia uma concepção de justiça universal na atuação dos tribunais populares. Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária.

² “A escola estoica foi fundada por Zenão de Cício (334-264 a.C.) e continuada por Cleanto de Assos (331-232 a.C.) e Crisipo de Solis (280-210 a.C.). Posteriormente, a escola transformou-se, tendendo para uma posição eclética, com Panécio de Rodes (185-112 a.C.) e Possidônio de Apaméia (135-51 a.C).” (in Epicuro, Lucrécio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19. (Coleção os Pensadores)).

³ O período helenístico retrata a época desde as conquistas de Alexandre Magno (356-323 a.C.) até a incorporação da península grega por Roma em 146 a.C., em que houve a expansão da cultura grega com as conquistas. Raquel de Souza, na obra organizada por Antonio Carlos Wolkmer, aponta as épocas da Grécia antiga nos seguintes termos: “Quando se discute a Grécia antiga, é comum dividir sua história em vários períodos: o arcaico – do oitavo ao sexto século a.C., quando se iniciam as Guerras Pérsicas; o clássico – quinto e quarto séculos a.C.; o helenístico – desde Alexandre Magno até a conquista romana do Mediterrâneo oriental; o romano – fixado a partir da derrota de Antônio e Cleópatra por Augusto. Para o estudo do direito grego é particularmente interessante o período que se inicia com o aparecimento da pólis, meados do século VIII a.C., e vai até o seu desaparecimento e surgimento dos reinos helenísticos no século III a.C. Esse período de cinco séculos corresponde aos convencionalmente denominados época arcaica (776 a 480 a.C., datas dos primeiros Jogos Olímpicos e batalha de Salamina, respectivamente) e período clássico (quinto e quarto séculos a.C.).” (Wolkmer, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história de direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 49).

universal – da natureza, notadamente em razão da sua concepção de que todo ser corpóreo está adstrito ao fatalismo dos ciclos e às leis da natureza como fator impondível.⁴ Para o estoicismo, tudo o que é corpóreo é semelhante a um ser vivo, ao sopro vital, e se relaciona à noção de pertencimento como “parte” da mesma razão universal (ou “logos”). A inter-relação do homem com a natureza possui ligação com a virtude, e está determinado por uma espécie de sucessão periódica das fases oriundas do determinismo que dirige o universo, tudo sendo absorvido pela razão universal. A primeira concepção de direito natural veio desta Filosofia; tratava-se de um direito que advinha da natureza, fundado no inter-relacionamento e dependência que tinha o ser humano de seu destino natural e do eterno ciclo universal.⁵

A origem do direito natural, tal como advindo da natureza, então, teve suas primeiras concepções surgidas da Filosofia estoiciana – período helenístico de expansão da cultura grega para toda a Europa. A Filosofia estoica, mais tarde, teria inclusive grande importância para a formação da cultura romana, trazidas notadamente por pensadores como Sêneca e Epicuro, na concepção de que todas as pessoas, partes da mesma razão universal, ou “logos”, constituíam elemento integrante e essencial do modelo universal, cujo desdobramento e necessário delineamento integrava os ciclos inevitáveis e fatais dirigentes do universo.

⁴ “A racionalidade do processo cósmico manifesta-se na idéia de ciclo, que os estóicos adotam e defendem com rigor. Herdeiros do pensamento de Heráclito de Éfeso (séc. VI a.C), os estóicos concebem a história do mundo como feita por sucessão periódica de fases, culminando na absorção de todas as coisas pelo Logos, que é Fogo e Zeus. Completado um ciclo, começa tudo de novo: após a conflagração universal, o eterno retorno” (in Epicuro, Lucrecio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 20. (Coleção os Pensadores)).

⁵ Sobre estas ponderações ver: Epicuro, Lucrecio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19-23. (Coleção os Pensadores)).

O império romano, surgido por volta de 27 a.C., expressou um direito construído como privativo dos cidadãos romanos,⁶ somente aplicável aos descendentes dos *quirites*,⁷ integrantes das famílias patriarcais, na imposição de um direito que tinha como destinatário apenas estes únicos sujeitos sociais, dominantes na época do império, para a tutela e proteção de seus interesses privados como finalidade essencial, notadamente na manutenção e tentativa de perpetuação do sistema centrado no poder patriarcal, cujo *pater família* concentrava a propriedade no mesmo círculo familiar durante séculos.

Com a expansão significativa do império, no contexto das invasões dos povos bárbaros, a civilização do Lácio teve de se adaptar a uma fusão de usos e costumes da gente germânica;⁸ novos hábitos e culturas diferenciadas passam a integrar a realidade dos destinatários deste direito, tendo havido a necessidade, sob o embasamento teórico-filosófico do pensamento estoico,⁹ de se proceder à expansão jurídica deste direito privativo dos romanos aos estrangeiros, direito construído sob o embasamento da retórica-dialética, abstraído pelo cotejamento dos casos com suas soluções, alargou-se, segundo Miguel Reale, no intuito de integração jurídica dos povos conquistados.

⁶ Em sua primeira concepção, o direito proposto pelos romanos era denominado de *jus civile*, sendo privativo de seus cidadãos. Seus destinatários eram tão somente os cidadãos romanos, não se estendia aos estrangeiros (conquistados) porque era um direito exclusivo dos que pertenciam às organizações familiares descendentes dos *quirites*.

⁷ A única classe detentores de direitos pertencia às organizações familiares patrícias e tinham como chefe o *pater familiae*. A aceção *quirites* (cuja tradução literal do latim é “lançeiros”, de *quiris*, “lança”) era o nome dado aos cidadãos da Roma Antiga, e significou, durante um período expressivo, a cidadania romana integral.

⁸ Ver neste sentido: Reale, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. São Paulo: Ed. Ed. Saraiva, 2004. p. 148-149.

⁹ As primeiras noções de universalismo e cosmopolitismo trazidas para Roma por pensadores como Sêneca e Epicuro, vieram dos estoicos. Para o estoicismo tudo o que é corpóreo é semelhante a um ser vivo, ao sopro vital, e se relaciona à noção de pertencimento como “parte” da mesma razão universal (ou “logos”). A inter-relação do homem com a natureza possui ligação com a virtude, e está determinado por uma espécie de fatalismo dos ciclos que dirige o universo. A primeira concepção de direito natural veio desta filosofia, era o direito que advinha da natureza, fundado na inter-relação e dependência que tinha o ser humano de seu destino natural (Sobre este pensamento ver: Epicuro, Lucrécio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19-23. (Coleção os Pensadores)).

Este alargamento do direito romano com uma noção mais acentuada de valor universal,¹⁰ fez com que o império realizasse a integração jurídica dos povos conquistados, alterando a concepção do *jus civiles* (direito dos cidadãos), para a noção de um *jus gentium* (direito das gentes), que se estendia também aos estrangeiros. Mais se tratou de uma necessidade do que efetivamente preocupação com valores humanos, porquanto se perquiria um direito mais apropriado aos estrangeiros e ao comércio, sem formalidades extremadas, capaz de se expandir por todas as nações estrangeiras ditas civilizadas.

A tentativa de fomentar as trocas comerciais e o desenvolvimento da atividade econômica, que se tornou bastante significativo a partir de determinada época, fez com que o direito privativo dos romanos se tornasse limitado e incapaz de regular toda a complexidade social surgida com a expansão do império. Daí porque os estrangeiros, em razão das trocas comerciais, passaram a ter direitos e prerrogativas na sociedade do lácio, alargando-se o direito peculiar e próprio dos romanos (*jus civiles*) numa noção do que veio a se denominar *jus gentium* (direito das gentes). Ainda, contudo, o referido direito, construído sob as bases estruturais da *práxis* romana, e fomentado pela retórica-dialética oriunda do pensamento de Aristóteles, apenas representou uma tentativa não bem-sucedida de unificação jurídica e homogeneização de uma população extremamente heterogênea, não logrando frear a crescente fragmentação que vinha se constituindo já a partir do século 4º (ano 300 d.C.).

Por certo, não obstante as tentativas de regulação jurídica centralizadora, esta miscigenação de novos usos e costumes da gente germânica, paulatinamente, entrou em atrito com a cultura patrimonialista e familiar enraizada do povo do lácio. Passou-se a espelhar em poucas épocas um processo de fragmentação do direito existente no império do ocidente, expressando-se já a partir do século 4º as ordens jurídicas autônomas e autossuficientes. A queda do Império Romano do Ocidente, ocorrida por volta de 476 d.C., significou

¹⁰ Ver neste sentido: Reale, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2004. p. 148-149.

para muitos historiadores o marco do início da Idade Média. Apesar disto, como referido, já no século 4^o d.C., ou seja, cem anos antes do marco histórico da queda de Roma, já havia naquela região feudos autônomos como expressão de ordens jurídicas fragmentadas, com os seus senhores e vassalos.¹¹

Não obstante o feudalismo reinasse na Europa ocidental desde muito cedo, o império do oriente, que passou a se denominar Império Bizantino, com a compilação jurídica feita pelo imperador Justiniano (527 d.C.- 565 d.C.), lançou bases para uma materialização legislativa que viria a se tornar célebre, o *Corpus Iuris Civiles*, notadamente porque seria resgatado e praticamente reinventado a partir do século 16 pela escola dos glosadores, comentadores e humanistas. O império oriental expressaria seu poder ainda por quase mil anos, apenas vindo a ter seu termo com a queda de Constantinopla em 1453, o que viria a simbolizar o início da idade moderna.¹²

Paralelamente, já havia se instaurado a perpetuação do poderio político da Igreja Católica, cujo interesse pela expansão do comércio e das navegações marcou a passagem do feudalismo da Idade Média para a Idade Moderna, com a ascensão dos Estados-Nação europeus. Surgiriam as universidades e o renascimento daria as bases filosóficas para a elevação do conhecimento científico, logrando afastar o pensamento científico das noções teocêntricas de legitimação do saber; a centralização do pensamento científico na pessoa

¹¹ Estruturas regionalizadas começaram a aparecer com as diferentes culturas existentes entre os povos germânicos e a gente do lácio. Eram costumes de gentes que ainda não haviam alcançado o grau de evolução histórica atingido pelos romanos; e isto contribuiu para a fragmentação cada vez mais acentuada da ordem jurídica anteriormente existente (início do feudalismo).

¹² Os glosadores no século 16 teriam resgatado o *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano para transformá-lo em expressão da razão escrita; os comentadores (século 14 a 15), influenciados pela escolástica, buscariam adaptar as glosas aos costumes da época. E ainda os humanistas (século 15), influenciados pelo renascimento, viriam a aplicar métodos históricos na interpretação do direito justinianeu. Aqui aparece a escola histórica de Savigni (que contribuiu para os estudos do desdobramento da posse e da propriedade), e, mais tarde, a partir do século 18, o aparecimento do movimento da jurisprudência dos interesses, cuja principal expressão era encontrar os valores que substanciavam a lei por meio de uma interpretação eminentemente vinculada à época de sua instituição (*mens legis* – valores por trás da lei utilizados pelo legislador).

humana passaria a adotar a maior expressão de elevação e conhecimento; abandonar-se-iam quaisquer conotações coletivistas ou divinas, para se adotar o modelo hegemônico de construção científica antropocêntrica, embasada na pessoa humana como centro do saber.

3 A CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO RACIONALISTA E O INDIVIDUALISMO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO-NAÇÃO E DA ECONOMIA DE MERCADO

Por volta do século 15, elaborar-se-ia, com o embasamento teórico filosófico de pensadores como Jean Bodin (1530-1596) e Thomas Hobbes (1588-1679), as bases para a sobreposição do regime monárquico absolutista entre as sociedades europeias. A partir do início do século 16, ainda, a reforma protestante, capitaneada por Lutero, viria a contribuir de modo bastante significativo para a superação do pensamento de um direito natural oriundo exclusivamente das emanações divinas e das noções teocêntricas de explicação do mundo. Não mais se falaria no cristianismo primitivo (com a moralidade contundente de São Basílio,¹³ de que a propriedade somente se justificaria quando circunscrita ao necessário), mas serviria o direito natural agora – mais ligado à razão humana do que ao poder de Deus – para trazer a conotação de que o trabalho justifica a propriedade e a acumulação do não perecível, como testificou John Locke (1632-1704), em sua obra Segundo Tratado do Governo Civil.¹⁴

¹³ ¿Es que se va a llamar ladrón al que desnuda a quien está vestido, y va a haber otro nombre al que no viste al desnudo, pudiendo hacerlo? (Eduardo Rubianes apud Carlos Marés. *Função social da terra*. Ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 2003. p. 20).

¹⁴ Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil, Capítulo V – de la propiedad, Colección Clásicos del Pensamiento, Ed. Tecnos. España, 1998.

O Estado moderno, na expressão do absolutismo monárquico, legitimou-se como instituição política sob o auspício de um direito natural oriundo eminentemente da vontade divina, legitimado por Deus e pelas emanações de um direito natural oriundo unicamente da autoridade divina. A elaboração de um pensamento eminente arraigado às explicações dos fenômenos naturais pelas emanações divinas, pelo poder de Deus, viria a legitimar a imposição do regime soberano absolutista, agregando temperos de um racionalismo ainda contido, mas que viria a se desenvolver paulatinamente por pensadores como Jean Bodin (1530-1596), Thomas Hobbes (1588-1679), Hugo Grocio (1583-1645),¹⁵ Samuel Pufendorf (1632-1694),¹⁶ e Cristian Wolf (1679-1754).¹⁷

Com a revolução científica, embasada no discurso metódico de René Descartes (1596-1650), que formulou o conhecimento global do mundo externo, matematizando a natureza, reduzindo-a à dimensão sujeito-objeto do eu pensante, quedou-se superando definitivamente qualquer explicação teocêntrica do saber científico. O reducionismo científico, embasado na consumação da matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia, tornou sistematizável a experiência científica, dotando-a de uma nova visão mecanicista do mundo, tendo definitivamente, com Descartes, sido reduzido o conhecimento do mundo à dimensão sujeito-objeto; tudo quedou-se passível de ser medido e confinado nas estruturas limitadas do “sujeito eu pensante” e do “mundo objetivo extenso”; o que não era visto como Sujeito, como, por exemplo, a natureza, seria passível de apropriação, coisificação e incorporação ao patrimônio individual do ser humano.

¹⁵ Hugo Grocio, baseado em Francisco de Vitória, elaborou o conceito de que o direito das nações deveria ser universalmente reconhecido, dando às normas básicas a necessidade de serem aceitas por todas as civilizações.

¹⁶ Samuel Pufendorf elaborou um sistema metodológico autônomo para o direito, baseado na dedução e observação. Seu livro mais expressivo é denominado direito da natureza e das gentes. Simbolizou aqui a desvinculação definitiva da ordem divina (dos dogmas da Igreja) com a explicação do direito.

¹⁷ Cristian Wolf elaborou ainda mais o pensamento de Puffendorf, dando a conotação de que os princípios do direito somente poderiam ser estabelecidos pelo método científico.

Galileu Galilei (1564-1642),¹⁸ na mesma época, ainda haveria de alcançar a nova imagem fiscalista do mundo, expulsando a qualidade da ciência, restringindo-a ao estudo dos fenômenos que podiam ser medidos e quantificados, passando-se a reescrever a natureza em critérios matemáticos.¹⁹

¹⁸ Segundo Fritjof Capra: “Nos séculos XVI e XVII, a visão de mundo medieval, baseada na filosofia aristotélica e na teologia cristã, mudou radicalmente. A noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela noção do mundo como uma máquina, e a máquina do mundo tornou-se a metáfora dominante da era moderna. Essa mudança radical foi realizada pelas novas descobertas em física, astronomia e matemática, conhecidas como Revolução Científica e associadas aos nomes de Copérnico, Galileu, Descartes, Bacon e Newton. (...) Galileu Galilei expulsou a qualidade da ciência, restringindo esta última ao estudo dos fenômenos que podiam ser medidos e quantificados (...) René Descartes criou o método do pensamento analítico, que consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir das propriedades das suas partes. Descartes baseou sua concepção da natureza na divisão fundamental de dois domínios independentes e separados – o da mente e o da matéria. O universo material, incluindo os organismos vivos, era uma máquina para Descartes, e poderia, em princípio, ser entendido completamente analisando-o em termos de suas menores partes. O arcabouço conceitual criado por Galileu e Descartes – o mundo como uma máquina perfeita governada por leis matemáticas exatas – foi completado de maneira triunfal por Isaac Newton, cuja grande síntese, a mecânica newtoniana, foi a realização que coroou a ciência do século XVII. (...)”. Logo após, no século XVIII, com o contributo da química dado por Antoine Lavoisier, ainda segundo Capra, “... os modelos mecânicos simplistas de organismos vivos foram, em grande medida, abandonados, mas a essência da idéia cartesiana sobreviveu. Os animais ainda eram máquinas, embora fossem muito mais complicados do que mecanismos de relojoaria mecânicos, envolvendo complexos processos químicos. Portanto, o mecanicismo cartesiano foi expresso no dogma segundo o qual as leis da biologia podem, em última análise, ser reduzidas às da física e às da química. Ao mesmo tempo, a fisiologia rigidamente mecanicista encontrou sua expressão mais forte e elaborada num polêmico tratado, *O Homem uma Máquina, de Julien de La Mettrie, que continuou famoso muito além do século XVIII, e gerou muitos debates e controvérsias, alguns dos quais alcançaram até mesmo o século XX*” (in CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Ed. Cultrix. 2002, p. 24-25).

¹⁹ Elucida a este respeito Miguel Reale: “Na Época Moderna cresce desmedidamente a confiança nos poderes da razão. Para os grandes metafísicos do século XVII, como Descartes e Malebranche, Espinosa e Leibniz, “a razão é a região das verdades eternas, verdades comuns ao espírito humano e ao divino”, encontrando a sua máxima expressão nas Matemáticas. Daí aparecer, na doutrina de Hugo Grócio, um dos fundadores do novo jusnaturalismo, o problema do Direito enlaçado com o da Matemática. Na mesma linha de pensamento, consoante nos lembra Ernst Cassirer, declara Leibniz que a Ciência do Direito pertence às disciplinas que não dependem de experiências, mas de definições; não de fatos, mas de demonstrações rigorosamente lógicas” (in REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98-99).

A ciência jurídica começaria a esboçar a concepção de sistematização autônoma e abstrata, desvinculada portanto dos dogmas da Igreja e da imagem teocêntrica do mundo, e também dos estamentos e enclaves coletivos existentes na sociedade (tal como os povos indígenas, organizações não estatais coletivas, etc.), posto que para esta nova imagem científica e reducionista do mundo tudo o que não fosse sujeito haveria de se tornar mero objeto, de modo que tudo e todos que não pertencessem à nação europeia pretensamente superior eram passíveis de se coisificarem e serem escravizados e apropriados

A concepção da nova ciência jurídica se criou a partir daí pela materialização da razão pura, completamente desvinculado do poder de Deus e das explicações teocêtricas para a ciência, podendo, no direito, pela sistematização matemática dos processos de aplicação da lei, retratados pela elaboração de requintados processos metódicos de aplicação da lei, com a lógica subsuntiva reduzindo a aplicação do direito à subsunção do fato à norma (materialização da razão escrita). Os pensamentos de Samuel Pufendorf (1632-1694), Cristian Wolf (1679-1754), e, mais tarde, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) seriam decisivos para este mister.

Este período expresso durante os séculos 16 a 19 alcançaria forte representação pelo que viria a se denominar Escola da exegese, cujas concepções criam, a partir de então, uma nova identidade ao direito, não mais ligado à natureza, como na Antiguidade clássica, nem à ordem divina, ou aos dogmas da Igreja, como na Idade Média, mas sendo visto, a partir deste ponto, apenas como expressão única da razão humana. Métodos legislativos eminentemente lógico-subsuntivos auxiliariam a extração da solução previamente antevista pelos textos legais para todos os fatos da vida social que podiam ser regulados e previamente idealizados.

A lei, produto hermético da racionalidade científica, somente viria a tutelar o sujeito social único, as aspirações sociais em ascensão da burguesia, na sua relação com a propriedade, o indivíduo proprietário, único sujeito social merecedor de tutela estatal na concepção individualista, passando o direito a se estruturar na noção de contratualismo e de propriedade derivada de uma

relação contratual. Os pilares do direito privado racionalista, então, passam a ser o contratualismo, e a propriedade absoluta, legitimada pelo contrato, expressão dos novos ideais de liberdade e igualdade abstrata ante a lei criada pelas revoluções liberais.

A técnica legislativa dominante durante esta época seria denominada de casuística, que antevia os fatos da realidade que interessavam ao sujeito destinatário deste direito, e os estabelecia abstratamente em textos herméticos, tutelando, assim, o sujeito social único, o sujeito burguês na sua relação com a propriedade, logrando-se com isto desvincular o intérprete-aplicador do direito de qualquer critério subjetivo, tendo este sistema lançado as bases para a construção do princípio da segurança jurídica, expresso pela teoria da repartição dos poderes, que outorgava ao direito estabilidade e previsibilidade²⁰ na regulamentação dos interesses sociais únicos dos sujeitos proprietários.

As revoluções liberais, talhadas pelos interesses da ascendente classe burguesa-proprietária, assumiria a tarefa de incorporar as noções de liberdade e igualdade abstrata perante a lei do sujeito destinatário do direito; era a expressão dos direitos fundamentais de primeira geração (direitos individuais), marcados pela necessidade de exigir uma abstenção pelo Estado, caracterizada pela ausência de intervenção no desenvolvimento do mercado, tornando-se a economia autorregulável. Neste período, portanto, se elaborou uma ciência do direito sistematizada, com a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que teve influência para o vindouro movimento das codificações. O

²⁰ Segundo Canotilho, são essas – estabilidade e previsibilidade – as ideias nucleares do princípio da segurança jurídica. No primeiro caso, revela-se a importância da intangibilidade das decisões, pois que, “uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, (...) não devem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoáveis alterações das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Já o segundo caso se reconduz, fundamentalmente, “à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos” (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 372).

casuísmo legislativo teve a pretensão de antever todos os fatos da realidade social e de previamente catalogá-los em textos expressos e definidos previamente. Os destinatários destes códigos eram unicamente os sujeitos proprietários.

O direito individualista e racionalista, fulcrado no contratualismo e na propriedade absoluta, então, seria construído e idealizado para servir de instrumentalização da manutenção e perpetuação das relações capitalistas, na medida em que se procurou, em um primeiro momento, afastar o homem de sua terra, ou seja, afastar o ser humano da sua base fundiária, para que ele fosse obrigado a vender sua mão de obra no mercado, tornando-se a terra uma garantia para o sistema financeiro e, ao mesmo tempo, uma forma de exploração de renda fundiária para o proprietário contratual, e o dinheiro uma representação não exata do padrão-ouro. Para que a economia pudesse se tornar autorregulável, se precisava ter muita mão de obra; para se justificar uma exacerbada superprodução de bens, e para que houvesse a acumulação capitalista, fundada no lucro, se necessitava que o ser humano fosse separado da terra (criando-se o desdobramento da posse e da propriedade, no sentido de que, somente se tem propriedade com um contrato); aquele que cultivava a terra e por ali estabeleceu durante séculos a sua moradia e base da família, apenas terá propriedade se a terra a ele for concedida por meio de um contrato, tendo-se criado, com isto, segundo a lição de Karl Polanyi,²¹ as bases para uma economia autorregulável, mediante as três ficções, quais sejam, a terra (com a apropriação da natureza), o trabalho (com a mercantilização da mão de obra), e o dinheiro (com uma aproximação inexata do padrão-ouro).

A concepção de Estado liberal – em que permite ao mercado se autorregulamentar – sem qualquer necessidade de intervenção no desenvolvimento do capital, foi talhada e construída para a promoção e proteção dos interesses do

²¹ Cf. Polanyi, Karl. *A grande transformação*: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000. p. 161-257.

sujeito social único,²² a classe burguesa ascendente. Ignorar-se-ia toda a heterogeneidade das relações sociais reinante-dominante no inter-relacionamento entre diferentes culturas que vinham ocorrendo no processo de colonização; ignorar-se-ia também qualquer direito preexistente à ordem estatal daí derivada, sob as bases de uma falaciosa pretensão de superioridade da raça europeia, e de que as relações sociais seriam homogêneas, outorgando-se à humanidade a simetria liberal, que viria a se perpetuar até os dias de hoje na concepção de que em um Estado só há um direito e para cada direito há apenas um Estado.

A ideia de Estado soberano, constituído pela expressão do poder hegemônico, foi estabelecida sob as bases do contexto filosófico e científico desenhado à época do racionalismo. Dalmo de Abreu Dallari define o Estado como uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo em determinado território”.²³ Constrói-se a noção de soberania como expressão de poder centralizador, a de finalidade, pela promoção do bem comum do sujeito destinatário do direito vigente, necessitando-se ainda do elemento Povo. O Estado sendo a expressão da vontade de um só povo, ao qual pertence uma única nação; e um único território, cuja jurisdição estatal passa a ser limitada pelo contexto geográfico, como que circunscrita à ação jurídico/política de um Estado pretensamente homogeneizador das relações sociais.²⁴

²² Segundo Carlos Marés, a sociedade feudal que previa leis especiais para determinados estamentos da sociedade foi definitivamente abandonada e superada, passando a ser inconcebível no estado liberal burguês a jusdiversidade, porquanto o direito tem de ser uno e gerador de sua própria fonte (cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 63).

²³ Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria do estado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

²⁴ “(...) A cultura constitucional procurou encerrar o universalismo no Estado: um Estado único, com uma única fonte de Direito, emanada diretamente da Constituição, com leis organizadas em Códigos, que encerrariam todas as possibilidades das relações jurídicas, em sistema sem lacunas. Esta organização social que não admite fissuras nem diferenças, não pode aceitar o índio com uma vida e organização social fundada em outros princípios que não sejam os enunciados constitucionais que se efetivam pelo Direito civil. Dito em outras palavras, não pode este sistema sem lacunas aceitar povos que prescindam do Estado e da propriedade privada” (Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 83).

A economia de mercado, elaborada por uma espécie de artificialismo reinante na dominação dos grupos detentores do poder econômico, necessitava separar o homem da terra e da natureza. A ideia de um mercado imobiliário foi uma necessidade para o desenvolvimento fabril e do próprio liberalismo, pois havia a pretensão de se ter mão de obra livre e em excessiva proporção para se perpetuar o intento capitalista, o que Karl Marx denominaria posteriormente de exército industrial de reserva. A criação do mercado de trabalho, derivada da assertiva de que o trabalho deveria encontrar seu preço no mercado, a criação do padrão-ouro, com a constituição do crédito como uma ficção, justamente porque em um determinado momento passou a existir mais dinheiro (crédito) do que efetivamente o ouro poderia garantir, foi uma necessidade a fazer com que a economia se tornasse autorregulável.

O dinheiro deveria sujeitar-se a um mecanismo automático, e os bens deveriam ser livres para fruírem de um país para outro no livre-comércio, sem empecilhos ou privilégios, segundo Karl Polanyi, e o trabalho seria a expressão da liberdade baseada no contrato, vindo a se constituir os dogmas artificiais do liberalismo, utilizados para alcançar o ideal do *laissez faire*. No sistema capitalista, então, o homem, sob o nome de mão de obra, e a natureza, sob o nome de terra, seriam colocados à venda, e o preço da força de trabalho era regulado pelos salários, enquanto o preço do uso da terra era idealizado como renda fundiária, comumente conhecido como aluguel.²⁵

Entre o final do século 18 e durante todo o século 19, então, com o desenvolvimento do sistema capitalistas e as mazelas geradas pela grande revolução industrial, os estados europeus viriam a enriquecer de modo muito acentuado, financiados pelos recursos naturais e matérias-primas extraídos das colônias de exploração, servindo de base para a estruturação de uma economia

²⁵ Cf. Polanyi, Karl. *A grande transformação*: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000. p. 161-257.

autorregulável e do ideal capitalista, justificador da acumulação e do lucro, ao mesmo tempo em que a miséria e a desigualdade viriam a se acentuar cada vez mais, perpetuando as injustiças e a concentração dos benefícios do capital.

O estado liberal foi elaborado, segundo Carlos Marés,²⁶ para que não houvesse definitivamente qualquer reconhecimento de estamentos intermediários entre o cidadão e o Estado, o que corresponde a dizer que pretensamente se buscou desconsiderar e acabar com quaisquer organizações coletivas, corporações ou grupos homogêneos existentes anteriormente a este Estado. A cultura do individualismo e o império da vontade individual, expressa pela liberdade do contrato, fez com que este estado liberal se tornasse, ele mesmo, em um ser individual (pessoa jurídica de direito público), uma pessoa de natureza especial, singular. Ainda que tentasse encarnar a vontade de todos indistintamente, passaria a ser visto unicamente como sujeito singular, individualmente, sem se conceber os “*enclaves de grupos humanos com direitos próprios da coletividade*”, os quais não seriam reconhecidos nem integrados à simetria do Estado liberal.²⁷

Daí porque não haveria de se reconhecer quaisquer corporações dentro do Estado, apenas o interesse individual e a soma dos interesses individuais; o interesse coletivo viria a se tornar tão somente aquele que correspondesse exatamente à soma dos interesses individuais.

Nesta concepção de Estado liberal, impor-se-ia ao Estado único a assimilação das culturas diferenciadas, como organizações indígenas, ciganas ou negras, tornando-as simplesmente pobres não integradas no regime hegemônico; deliberadamente, e talvez no único intuito de despojá-los de seus

²⁶ Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 62.

²⁷ Na segunda metade do século 18 ainda ocorreria a primeira revolução industrial, financiada pela enorme riqueza que a Europa levou da América, segundo Enrique Dussel apud Vieira, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur, Rev. int. direitos human*. São Paulo, vol. 4, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em: 3 maio 2013.

bens naturais, que fazem parte da estrutura constitutiva dos povos tradicionais, criou-se a dicotomia do público-privado, do individual e do coletivo, este sendo unicamente aquilo que pertencesse ao ente estatal. O que não viria a se retratar como individual, portanto, seria de propriedade do Estado, ou seria patrimônio público, ou particular. Ao mesmo tempo, o que não seria patrimônio estatal, público, haveria de ser com certeza individual. O que é público é de propriedade do Estado, e todo o resto é privado. Para a representação dos grupos, cria-se a ficção da personalidade jurídica individual, como se indivíduo abstrato fosse, sendo o Estado ele mesmo uma personalidade individualizada. Tal construção na verdade mascara a afirmação do espaço privado na legitimação do lucro, e qualquer direito à cultura passa a não mais do que o exercício de uma simples liberdade pertencente a um indivíduo ou a alguns indivíduos vistos como únicos em si mesmos considerados.²⁸

4 O TRANSPORTE DO DIREITO LIBERAL INDIVIDUALISTA PARA OS PAÍSES PERIFÉRICOS, E A PERPETUAÇÃO DAS DESIGUALDADES E INJUSTIÇAS SOCIAIS.

Boaventura de Sousa Santos constrói uma análise sociológica dos estágios de sociabilidade entre culturas multiformes, agregando a qualificação como um primeiro estágio de sociabilidade, de “violenta”, quando a cultura dominante reivindica o controle total (intenta-se suprimir, marginalizar e destruir a cultura subalterna). Define o autor, como um segundo estágio de sociabilidade, a “coexistência”, estágio em que a sociabilidade descamba para um *apartheid* cultural, quando se permite que se desenvolvam as culturas em separado com ordens jurídicas paralelas; contudo, proíbe-se desde logo qualquer contato e interação entre ambas. O terceiro estágio é denominado de “reconciliação”; neste ocorre uma espécie de justiça restaurativa, desequilí-

²⁸ Nesse sentido ver: Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 70.

brios do passado continuam se reproduzindo, direito comunitário ou indígena possuem apenas uma sobrevivência residual. Há ainda o último estágio, que se denomina de “convivência”, e consiste numa reconciliação orientada ao futuro. Diferentes universos jurídicos coexistem, há intercâmbios interculturais, autoridades compartilham o poder, resolvem-se os conflitos segundo o *modus vivendi* estabelecido em regras constitucionais consensuais.²⁹

Afirma este autor que a concepção de Estado marcada pela simetria liberal somente é capaz de produzir um estágio de sociabilidade até no máximo um processo de reconciliação, mas jamais chegará ao estágio necessário da convivência.³⁰

As circunstâncias relevantes deste processo de expansão e imposição cultural europeia, cujas teorias foram elaboradas sob as bases do racionalismo jurídico produzido sob a realidade social de cinco países hegemônicos – Alemanha, França, Itália, Inglaterra e Estados Unidos – podem ser estruturadas da seguinte maneira: em um primeiro momento, é preciso ser considerado que já no século 18 e 19 havia a noção de Estado soberano, seja com o absolutismo monárquico, seja posteriormente com a já ascendência dos ideais burgueses de liberdade e igualdade abstrata ante a lei materializados pelo contrato; a construção conceitual do Estado moderno, e do direito racionalista, tinha como foco único o indivíduo, e a lei constituída como razão pura do direito tinha a única finalidade de proteção dos interesses do sujeito proprietário, na pretensão de apropriação pelo homem de tudo o que pudesse ser catalogado como bem jurídico. A estruturação do conceito de bem jurídico se deu então

²⁹ Santos. Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010. p. 80 et seq.

³⁰ Santos. Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010. p. 80 et seq.

sob este critério, de tudo aquilo que pode ser apropriado pelo homem, por se constituir como objeto, sendo sujeito apenas o indivíduo livre e igual abstratamente diante da lei.³¹

Outra consideração necessária para definir a construção conceitual eurocêntrica do direito e a concepção de sujeito de direito individualista, idealizada sob o auspício do racionalismo jurídico, é o fato de esta construção fundamentar-se também no empreendimento da Colonização da América Latina, África e Ásia, com a exploração da mão de obra escrava e indígena, e o arrazogue de um regime imposto de modo a ignorar e destruir as realidades sociais e culturais muito diferenciadas da construção europeia individualista pretensamente superior.

Diz-se que a construção conceitual de Descartes do sujeito eu pensante, como indivíduo pessoa, espelhada principalmente no ideário renascentista, não teria nenhum significado se sugerido, por exemplo, a um nativo integrante de uma população tradicional da África, dado que não poderia ele cultural ou racionalmente se considerar como indivíduo pessoa, distanciado da comunidade à qual pertencia. Este pensamento ainda hoje nos remete à pretensão de entender as culturas coletivas como inferiores na concepção civilizatória. Se pensarmos, contudo, principalmente no relacionamento dos povos tradicionais com a natureza, e a relação de respeito e pertencimento em uma dimensão de autointegração dos nativos com os ciclos naturais da biodiversidade e ecossistemas naturais, possivelmente viríamos a nos questionar acerca do primeiro pensamento de inferioridade civilizatória, notadamente por pensar que a razão não mais é o centro do pensamento avançado, mas a necessidade de o homem entender justamente esta dimensão de inter-relação para com a natureza a que

³¹ A construção do ideal capitalista fulcrado no individualismo e no contratualismo entre iguais fazia com que todos os indivíduos fossem iguais e livres, pois podiam contratar e exigir do Estado a abstenção, no livre-desenvolvimento da economia de mercado. O sufrágio censitário representou grande expressão desta época, porquanto iguais eram somente aqueles detentores de capital, a contradição é óbvia: *mulheres não eram iguais, escravos não eram iguais, colonizados não eram iguais, pobres não eram iguais.*

pertence e dela é parte integrante.³² Outro ponto a se considerar, é a dimensão que estas populações tradicionais possuem da concepção de coletivismo e direitos coletivos, uma vez que os nativos só se consideravam indivíduos enquanto pertencentes a sua coletividade. A noção de sujeito de direitos subjetivos e centro de imputação, então, para as populações tradicionais, pensando-se em uma possível analogia,³³ sempre permanecia substancialmente diferente, pois albergada por racionalidades fundamentalmente diferentes.

Sem embargo desta realidade, a imposição desse sistema abstrato e racionalista, desenhado para a proteção e promoção dos interesses capitalistas e individualistas às sociedades coloniais eminentemente plurais e culturalmente diferenciadas, permitiu que se desenhasse uma estrutura jurídica e social que perdura até hoje com graves incongruências e incoerências.

A apropriação das terras tradicionais pertencentes já há séculos às populações tradicionais das Colônias se deu de modo impiedoso. O sujeito eu pensante, individualista, enquanto senhor proprietário, detinha como carta de interesses a integração e dominação dos povos tradicionais e a apropriação da natureza como objeto; a idealização da construção conceitual do instituto da propriedade, tal como oriunda de uma relação contratual, e não de um estado de fato, de proximidade com a natureza, foi o símbolo desta empresa. Daí porque foi formulada para que a anterior posse e cultivo, já anteriormente existente e consolidada pelos povos tradicionais da América Latina e da África, fossem completamente desconsideradas.

³² Nesse sentido, ver temas como a ecologia profunda, a teoria de gaia e a teia da vida de Fritjof Capra.

³³ A Constituição Federal Brasileira assim dispõe a respeito dos índios: Artigo 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. (...) Artigo 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.

As Revoluções liberais serviram assim para a promoção e proteção dos interesses unicamente do sujeito social dominante – o sujeito proprietário. As leis (e constituições) foram elaboradas para um destinatário único, o sujeito individualista e senhor da natureza e dos objetos técnicos. O sujeito social dominante, o proprietário, considerado em sua individualidade, elaborou um contexto filosófico e científico propício para a centralidade e superioridade das concepções racionalistas europeias, elaboradas de modo localizado e para a promoção de interesses únicos legitimados pela ideia de raça superior e dominante.³⁴

³⁴ “Europa corporativizó sus sociedades, aprovechó inventos chinos y árabes, desarrolló una tecnología de punta en materia de navegación y guerra y emprendió una empresa de dominio planetario, llevando a cabo horribles crímenes contra la humanidad en América y en África, aniquilando poblaciones, reduciendo al mínimo otras y transportando esclavos, para obtener bienes que eran escasos en su territorio, especialmente materias primas y medios de pago. De esta forma se fue consolidando una civilización industrial, con centro dominante y periferia dominada. Sus pensadores le cantaron sutiles racionalizaciones en el entendimiento de que el éxito material de este mismo proceso indicaba sin ninguna duda su superioridad. (...) La razón como exclusividad fue sinónimo de capacidad de dominio, cuando no del deber de dominar como obra humana. Kant se dio cuenta claramente de que la propia razón imponía límites, pero de inmediato Hegel le dio un carácter motor. Un torpe como Spencer, en el máximo esplendor de la mayor grosería del pensamiento, le dio forma vulgar para popularizarlo y romper los pocos límites del motor humano superior. Hegel fue sin duda el ideólogo más fino y sofisticado del dominio centro nórdico europeo del planeta. Para este filósofo el Geist – el espíritu –, lejos de estar en todo, es un impulso que avanza sólo en la humanidad y lo lleva adelante una parte de ella. La historia es una suerte de flecha que sube y, naturalmente, en la punta se halla su propia cultura – es el máximo exponente del etnocentrismo – y no toma en cuenta los que sólo parecen ser accidentes (hoy se los llamaría efectos colaterales), como los genocidios cometidos por el Geist en su siniestro ascenso triunfal, que más lo asemeja a un espectro. Esa encarnación del Geist en su raza y clase no es muy diferente de la teoría legitimante de las castas indias, según la cual los espíritus superiores reencarnan en la casta superior. Más aún: podría perfectamente constituir una escatología complementaria de la tesis del Geist. En su imparable progreso el fantasmagórico y criminal Geist hegeliano no sólo mató a millones de personas, sino que también fue dejando a su vera a todas las culturas que sometió o subestimó: por supuesto, nuestra América no tiene historia, es inferior en todo – incluso geográfica y zoológicamente, hasta la carne vacuna aquí es despreciable, nuestras montañas corren equivocadas, nuestros animales son débiles, nuestros leones son calvos, etc. – y nuestros indios son estúpidos, fallecen al ponerse en contacto con el conquistador y los que sobreviven deben ser tratados como niños; los africanos están en estado de naturaleza, no tienen moral y practican los peores crímenes; los árabes, mestizos o aculturados musulmanes son fanáticos, decadentes y sensuales sin límites; los judíos tienen una religión que les impide alcanzar la auténtica libertad, pues están sumergidos en

O sujeito não proprietário (o proletário) tinha de vender sua força de trabalho e servir aos interesses do sujeito dominante, o explorador capitalista. Ou seja, não poderia se apossar de uma terra e viver para seu sustento (porque a propriedade é somente oriunda do contrato);³⁵ os povos tradicionais foram expulsos de suas terras ou flagelados pelas escravaturas, quando não dizimados e mortos pelos interesses do povo hegemônico. Esta foi a realidade do empreendimento das colonizações.

Outra concepção relevante a considerar foi que o casuísmo legislativo, como técnica de legislar, impôs aos estados a proteção e promoção dos interesses destes sujeitos proprietários na América Latina, o que redundou num processo de concentração originária da terra e das riquezas monetárias, espelhado no Brasil pelos latifúndios e pela desigualdade social profunda.

el servicio riguroso ; los asiáticos apenas están un poco más avanzados que los negros y los latinos nunca alcanzaron el período del mundo germánico, que es ese estadio que se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí. Cabe observar que todas las culturas que fueron descartadas en el curso del avance del dominio que legitimaba Hegel, respondían a reglas éticas que siempre en alguna medida – mayor o menor – hubiesen impedido protagonizar la inconmensurable destrucción provocada por el colonialismo y el neocolonialismo. Entre éstas se hallaban – por supuesto – nuestras culturas originarias, consideradas infantiles.(...) Pocas décadas después de Hegel y por el lado del biologismo organicista se desplazó la versión más torpe de la legitimación del dominio europeo, que fue la de Herbert Spencer (...). *Hegel y Spencer fueron diferentes*, en cuanto a que el primero era un finísimo filósofo virtuoso como pocos de su instrumento y el segundo algo así como un borracho en La Scala de Milán, *pero ninguno de ambos dudaba de su posición en la punta de la evolución (sea espiritual o biológica) y era esto lo que legitimaba el colonialismo y el neocolonialismo*. Fueron dos caminos diferentes para festejar y legitimar a una civilización que practicó los peores crímenes de la historia y que promovió un sistema de producción que depreda el planeta y que en menos de un siglo alteró las relaciones de equilibrio de Gaia en mucha mayor medida que en todos los milenios anteriores (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, 25-137. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. Disponível em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-LaPachamamaYElHumano>>. Acesso em: 5 abr. 2013).

³⁵ No Brasil a propriedade somente viria a ser transformar em propriedade privada em duas situações: a) concessão de terras devolutas pelo Estado, ou concessão de sesmarias pelo sesmeiro nomeado por Portugal. Ambas as situações dependiam da concordância estatal e da necessidade de se efetuar o pagamento de altos preços os quais nem os povos tradicionais nem os imigrantes, quem dirá escravos libertos, poderia pagar. Os imigrantes tinham de se submeter antes a alienar sua mão de obra, fomentando a produção do capital, para poder um dia juntar suficientemente a adquirir a terra (ver neste sentido: Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. *Função social da terra*. Ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 2003.

Os direitos fundamentais de 1ª geração então – direitos individuais – como expressão da abstenção estatal, materializados pela declaração de direito do homem e do cidadão, seriam utilizados para a proteção e promoção do desenvolvimento mercantilista nas Américas coloniais, redundando em processos de concentração de renda e capital que geraram uma incipiente e originária marca no início do desenvolvimento econômico e social das sociedades latino-americanas e africanas.

5 A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS HOMENS, AS COLETIVIDADES E A NATUREZA, E A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO E ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Marés ensina que a partir do início do século 20³⁶ o direito passa a regular coisas intangíveis, ou seja, as coisas destinatárias da tutela do direito, o bem jurídico a ser tutelado, passa cada vez mais a se tornar intangível, imaterial, afastando-se paulatinamente do patrimônio individual e da coisificação material como sustentáculo.³⁷ Os bens de maior valor nesta época passam a ser o saber e o conhecimento “sempre que eles possam se tornar em um produto de consumo de massas”;³⁸ outras intangibilidades como o meio ambiente, a cultura, a memória, e as necessidades coletivas, passam a ser tratados como bens jurídicos passíveis de proteção pelo Estado; o autor identifica o bem jurídico *peçoal* (que pode ser inserido na esfera do patrimônio individual) ainda que

³⁶ Marés cita como marco o Decreto-Lei 25/37, que instituiu o tombamento de bens culturais no Brasil, o Código Florestal, Lei 4.717/65, e 20 anos após, o surgimento da lei procedimental, que permite ao judiciário apreciar estes direitos coletivos, a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.357/85 (Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011. p. 172).

³⁷ Assenta este autor: “Vale mais o potencial do que o produto em si, remédio, cosmético, sabonete, sanduíche. As grandes empresas da atualidade não vendem coisas, mas a marca da coisa, o seu sabor, odor ou criador.” Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 173.

³⁸ Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011. p. 173.

imaterial, como o dano moral e os direitos do autor, estando, portanto, adstrito à noção de direito subjetivo que possui o sujeito. Em contraposição, identifica o bem jurídico *não pessoal*, que se subdivide, por sua vez, naqueles que podem ser *realizados individualmente* (por exemplo, os direitos do consumidor, as necessidades coletivas e humanas, como alimentação, moradia, educação), e naqueles que *não podem ser realizados individualmente* e, portanto, não atingem qualquer esfera do patrimônio individual (como a poluição e o mau uso da propriedade, que viola o patrimônio cultural e ambiental).³⁹

Os bens coletivos não pessoais que não podem ser individualizados passam a se estruturar legislativamente mediante conceitos abertos normativos que se realizam unicamente com políticas públicas, quer dizer, dada sua natureza não coisificada não encontram realização individual, apenas se materializam mediante atuação estatal de caráter geral, políticas públicas,⁴⁰ o que corresponde a dizer, na lição do autor, que “não são fruto de uma relação jurídica precisa, *mas apenas de uma garantia genérica*, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais”.⁴¹ Resumem-se destarte a direitos sem sujeitos, ou dito de outra forma pelo autor, “*se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém dele pode dispor, contrariando-*

³⁹ Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Ob. cit., p. 173.

⁴⁰ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011, p. 174. “Deve ficar claro, segundo Marés, que o que interessa ao Direito Socioambiental é o caráter coletivo destes direitos e não sua realização individual. É claro que se realiza o direito coletivo à moradia garantindo direito a todos e a cada um, mas com políticas públicas e não com soluções individuais. Isto quer dizer que o Direito Socioambiental transforma políticas públicas em direitos coletivos, porque a política estatal que viola direitos coletivos está violando direitos garantidos legalmente e não apenas contrariando grupos de interesse.”

⁴¹ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 174.

-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros".⁴² Como assevera Marés, uma eventual divisibilidade do objeto do direito difuso fará com que "todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes".⁴³

Assim, separa este autor entre direitos pessoais e não pessoais. Os direitos intangíveis não pessoais passaram a ser recepcionados pelo direito, inclusive aqueles que se denominam de intangibilidades coletivas,⁴⁴ posto que possuem objeto indivisível e titularidade indeterminada, denominando-se de difusos, que representam *direitos intangíveis não pessoais*, que não podem ser realizados individualmente, por possuírem seu objeto indivisível e sua titularidade indeterminada.⁴⁵ Se lesionados a lesão gerada é *indivisível*, o que significa dizer que, por não se tratarem de direitos subjetivos, não surge uma pretensão individualizada de reparação sujeita à prescrição, mas, por se tratarem de

⁴² Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 174.

⁴³ Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 177.

⁴⁴ "Aquilo que podia fazer parte de um patrimônio individual foi facilmente assimilado, mas aqueles bens que não se realizam em um patrimônio individual têm maior dificuldade de aceitação. Os direitos imateriais de caráter pessoal, como o dano moral e os direitos de autor se concretizam juridicamente como qualquer bem material, apresentando apenas dificuldade de valoração, resolvida pela aritmética. *Os não pessoais, mas que podem se realizar individualmente, tampouco encontram grande dificuldade de assimilação pelo sistema, como os direitos do consumidor.* Já direitos coletivos de suprir necessidades humanas, como direito à alimentação, moradia, educação, cuja realização pode ser individual mas afronta a política estatal, ainda quando estão reconhecidos como direitos, têm gerado inadimplência dos Estados Nacionais. Há ainda direitos coletivos cuja violação não atinge nem afeta patrimônio individual e tampouco podem ser realizados individualmente, como a poluição, o mau uso da propriedade que viola o patrimônio cultural ou ambiental. Em todas estas situações há um direito geral, de todos, de muitos ou de alguns protegidos, e por isso é direito coletivo, a diferença existente é que na última o direito jamais se realiza individualmente" (Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 173).

⁴⁵ Quanto aos não pessoais que para este autor possam ser realizados individualmente, não encontram eles grande dificuldade de assimilação pelo sistema, ainda que seu objeto seja indivisível e os sujeitos sejam determinados ou determináveis (ex. direitos do consumidor). Cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*; ob. cit., p. 173.

interesses a uma atuação do Estado, surge unicamente uma expectativa de sua observância ou instituição, mediante a exigência em face do Estado de instalação da política pública adequada.⁴⁶

Há então direitos intangíveis que geram lesão e possuem objeto divisível (individuais homogêneos) ou indivisível (coletivos *stricto sensu* e difusos), e cujos sujeitos destinatários são determinados ou determináveis (individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*), e indetermináveis (difusos), não sendo estes sujeitos indeterminados todos os habitantes do planeta porque também o serão as futuras gerações. Se houver uma lesão a um direito, cujo objeto seja divisível, e sendo seus sujeitos determináveis ou determinados, estar-se-á tratando de direitos individuais homogêneos; se a lesão e objeto forem indivisíveis, e os sujeitos destinatários indeterminados, aí se estará tratando de um bem jurídico difuso, relacionado geralmente a uma situação de fato. Agora pode existir também a possibilidade de haver um direito cujo objeto e lesão sejam indivisíveis, porém seus sujeitos sejam determinados ou determináveis, como, por exemplo, uma cláusula nula em um contrato por adesão e uma propaganda enganosa ou abusiva. Nestes casos, se trata de um direito coletivo *stricto sensu* (possui como titular um grupo vulnerável, e é realizado individualmente).

Desse modo, para além das questões individuais, passa-se a questionar o relacionamento das pessoas e das coletividades entre si, e, em especial, com a natureza, no sentido de uma convivência profunda capitulada como um “bem viver”, traduzido pela expressão de inter-relacionamento e interdependência

⁴⁶ A intervenção do Estado na política pública, mais precisamente do poder judiciário, pensamos somente ser possível quando esteja em jogo algum valor social albergado pelo sistema como sustentáculo estrutural socialmente típico (expressão empregada por Cláudio Luzzati, a delinear as valorações reiteradamente observadas no seio social, e a que são reenviadas o intérprete de uma cláusula geral na sua dimensão operativa). Nesse sentido, ver: Velluzi, Vito. *Le Clausole Generali*. Semantica e Política Del Diritto. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 46-47. (Quaderni Filosofia Analítica Del Diritto, v. 12).

existente entre os homens, as coletividades e a natureza.⁴⁷ Na esteira da lição de Zaffaroni, não se trata do tradicional bem comum reduzido ou limitado aos humanos, senão do bem de todo o ser vivente, incluindo, por consequência, os humanos, entre os quais se exige complementariedade e equilíbrio, valores que não são alcançáveis individualmente.⁴⁸

Haveria a necessidade de superação do que veio a se denominar simetria liberal, cuja concepção enxerga apenas um Estado com um único direito, construído para ter como destinatário apenas um único povo em uma única comunidade. A existência de um povo somente e de uma nação apenas, na

⁴⁷ Esta perspectiva de inter-relacionamento do homem com a natureza é expressa de modo bastante elucidativo na obra de Fritjof Capra, *A Teia da Vida*, que desenvolve a superação da ciência racional trazida por René Descartes e Galileu Galilei e nos leva a raciocinar não mais relevando apenas as partes de um todo de modo isolado, mas levando em consideração que *cada parte do todo é como se fosse algo interligado* e jamais se encontrará o sentido da parte se não for conectando-a com o todo. Ou seja, a lógica cartesiana de que cada parte pode ser analisada isoladamente e juntando-as dará o sentido do todo, passa a ser superado; porquanto apenas se considerando o todo e sua inter-relação com as partes se entenderá que as partes na verdade formam *o todo de modo indissociável*. A vida no planeta Terra então é angariada de uma *auto-organização em equilíbrio* que não tem significado se não analisada dentro de um sistema de autopoiese. A nova racionalidade não pode analisar as partes isoladamente, sob pena de não conseguir compreender o todo. Há então uma inequívoca *interdependência entre todos os fatores da natureza, neles inserido o ser humano*. Ver neste sentido: Capra, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

⁴⁸ “La invocación de la *Pachamama* va acompañada de la exigencia de su respecto, que se traduce en la regla básica ética del *sumakkawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética – no la moral individual – que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente. Siendo una regla de convivencia que en modo alguno niega la utilización de la naturaleza y ni siquiera de la técnica, sino que exige respeto a todo lo humano y no humano, tiene implicancias de todo orden en el plano político y económico y, naturalmente, enfrenta decididamente al suicida festival del mercado encarnado en un capitalismo desenfrenado” (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política, 25-137. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. Disponível em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-LaPachamamaYEIHumano>>. Acesso em: 5 abr. 2013, item 11, el paso al derecho en el constitucionalismo andino: la pachamama y el *sumakkawsay*).

realidade social heterogênea latino-americana, é pretensão falaciosa de um instrumental teórico criado para homogeneizar as relações sociais, e de imposição do sistema eurocêntrico de pensar a Filosofia, a Sociologia e o Direito.

O contexto da refundação do Estado, portanto, proposto pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, se expressa como um forte argumento para impedir que as relações capitalistas globais determinem “a lógica, a direção e o ritmo do desenvolvimento nacional”;⁴⁹ porque, segundo Zaffaroni, trata-se de “uma civilização depredadora, identificada há mais de meio século como portadora de uma espécie de neurose civilizatória, traduzida pela acumulação ilimitada de bens, e sintetizada na incapacidade premente de incorporar a morte como estágio natural da vida (...) uma civilização que praticou os piores crimes da História, e que promoveu um sistema de produção que depreda o planeta e que em menos de um século alterou as relações de equilíbrio de Gaia em muito maior medida que em todos os milênios anteriores”. Dita este respeitável doutrinador:

Contra este modelo civilizatorio, el nuevo constitucionalismo latinoamericano opta por proclamar una convivencia con todos los seres vivientes dentro de la Tierra, denunciando coyunturalmente al fundamentalismo de mercado de las últimas décadas del siglo pasado, aunque desde una perspectiva mucho más amplia y universal.

De este modo, Gaia, que entre nosotros se llama Pachamama y no llega de la mano de elaboraciones científicas, sino como manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia en la naturaleza, se incorpora al derecho constitucional como otro aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, así como en Querétaro – en 1917 – se inauguró nada menos que el constitucionalismo social. Más de quinientos años de colonialismo, neocolonialismo, genocidio y dominación, no pudieron borrar de las culturas de los pueblos andinos el culto a la Tierra y el ideal

⁴⁹ Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010.

de convivencia armoniosa del sumakkawsay, que hoy – removidas las capas que lo oprimían – vuelve a la superficie como mensaje al mundo y en especial a la especie humana en riesgo de colapso y extinción.”⁵⁰

As bases argumentativas desta nova cosmovisão se encontram nas concepções andinas de desenvolvimento da sociodiversidade, cujos recentes textos constitucionais lançaram evoluídas noções sociais e estruturais e novos parâmetros hermenêuticos para a reconstrução da institucionalidade estatal. Nestes países ocorreu uma insofismável separação entre a legalidade liberal e a legalidade cosmopolita, tecendo veios de recepção pela estrutura estatal à notória e inescandível heterogeneidade das relações sociais existenciais, na medida em que se aceita a existência de autodeterminação⁵¹ de mais de uma única nação no seio social, que igualmente deve ser respeitada, no sentido de convivência social profunda entre as culturas diferenciadas.

Os recursos naturais, por sua própria constituição ontológica, devem ser vistos como bens não passíveis de apropriação pelo homem (nem pelo Estado, nem pelo particular). Tornam-se parte integrante e interdependente da visão cosmopolita, inclusive alcançando a noção de subjetividades específicas. Tal concepção deriva das novas análises científicas que vêm sendo realizadas no campo da ciência socioambiental, embasada notadamente no que vem se denominando de ecologia profunda, junto a compreensão de que o homem e a natureza (compreendendo-se como seres vivos todos aqueles pertencentes ao mundo natural) ostentam íntima relação cotidiana, devendo viver em ampla harmonia, na medida em que formam partes de um todo e, neste sentido, são indissociáveis uns dos outros. Nesta concepção não se poderia analisar o

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En la naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. Disponível em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-LaPachamamaYEIHumano>>. Acesso em: 5 abr. 2013, item 11, el paso al derecho en el constitucionalismo andino: la pachamama y el sumakkawsay.

⁵¹ E é questão de somente se aceitar mesmo, porque autodeterminação estes povos sempre tiveram, quer o Estado aceite quer não.

homem sem a natureza que o abriga e sustenta; da mesma forma que não se pode pensar em perpetuação da vida sem uma íntima correlação entre a natureza e todos os seres que a habitam e integram, junto a noção de ecossistemas.

Não obstante estas certezas inerentes ao inconsciente coletivo dos povos tradicionais desde muito tempo, a ciência moderna, desenvolvida notadamente por René Descartes, Galileu Galilei, Bacon, e Issac Newton, fulcrada na concepção racionalista do ser humano como parte dissociada do todo, e independente por si mesma da natureza, fez com que o homem se tornasse superior a qualquer meio que habita e por consequência, aspirasse a pretensão de poder possuir ou dominar, se assim quisesse, todas as criaturas (oriundas do mesmo criador) que com ele formavam partes indissociáveis do todo. Isto faz com que se perca a noção de inter-relacionamento recíproco e com esta desagregação destrói-se a natureza sem capacidade de recuperação, posto a apropriação cada vez maior dos recursos naturais esgotáveis e finitos desde sua origem.⁵² O homem destrói e destrói-se a si mesmo quando destrói a natureza e, sem perceber, perde-se em seu próprio desequilíbrio, gerado por ele mesmo na ânsia de possuir o que não lhe é destinado. O desequilíbrio gerado é manifesto. Assim sendo, não obstante o entendimento dominante de que o homem e a natureza não se confundam, notadamente com o desenvolvimento da tecnologia, hoje, retoma-se o conceito de que Gaia, considerada como a Terra-viva, deve ser respeitada e sentida efetivamente como um ser vivo com suas peculiaridades, cuja parte integrante e indissociável é o homem, não lhe sendo possível possuir ou se apropriar do que não pode ser possuído ou apropriado. A idealização jurídica do bem ambiental retrata bem esta si-

⁵² Ver nesse sentido: Foster, John Bellamy. *O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 118-128, “a teoria da falha metabólica em Marx”, subitem do capítulo 5º.

tuação, pois o bem não interessa a um só indivíduo isoladamente, tampouco pertence a todos os habitantes do planeta conjuntamente, porquanto também interessa às futuras gerações.⁵³

Zaffaroni,⁵⁴ aliás, assevera ser muito claro que nas novas constituições latino-americanas os recursos naturais e as comunidades indígenas assumem a condição de sujeitos de direitos,⁵⁵ no sentido de que qualquer um pode reclamar por seus direitos sem que possa rotular-se pessoalmente afetado, pois não se tratam de direitos exclusivos do homem, ou passíveis de apropriação por qualquer que seja.

(...) Es clarísimo que en ambas constituciones (boliviana e ecuatoriana) la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en

⁵³ Ver neste sentido: Harding, Stephan. *Terra viva: Ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*, tradução Mário Molina, São Paulo, Cultrix, 2008, p. 21-76.

⁵⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En la naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137.

⁵⁵ Na constituição equatoriana constou de modo expreso: Artigo 10. – Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. (...) Na constituição da Bolívia de 2009 também constou: Artículo 171 I. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones. II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. (...)⁵⁶

A proposta de reestruturação do Estado, portanto, passa pela recepção de uma cosmovisão arraigada ao multiculturalismo e à plurinacionalidade reinante nos países latino-americanos, no sentido de construção de um pluralismo jurídico bastante significativo. O direito oriundo da sociedade plural latino-americana, do pluralismo jurídico e social desta região e da legalidade cosmopolita aspirada socialmente, ou melhor, de várias legalidades que atendam aos interesses plurissociais e plurinacionais existenciais,⁵⁷ passa a recepcionar os arquétipos existenciais,⁵⁸ oriundos do inconsciente coletivo e das peculiaridades existenciais de cada ente social pertencente à esfera cosmopolita.

Antônio Carlos Wolkmer, acerca dos pressupostos do pluralismo, assenta:

⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. Disponível em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-LaPachamamaYEIHumano>>. Acesso em: 5 abr. 2013, item 11, el paso al derecho en el constitucionalismo andino: la pachamama y el sumakkawsay.

⁵⁷ Carlos Marés leciona que para o universo pluralista e cosmopolita cada povo tem a liberdade de construir seus próprios direitos humanos, sustentando que “não existem direitos humanos universais, mas existe um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos e não violar dos outros povos” (cf. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Juruá, Curitiba, 2006. p. 83-84).

⁵⁸ Carl Jung vê a definição de arquétipo como uma forma preexistente no inconsciente coletivo, algo em muito similar aos instintos, oriundos não de uma individualidade, mas como herdadado do meio. “O conceito de arquétipo, que constitui um correlato indispensável da idéia do inconsciente coletivo, indica a existência de determinadas formas na psique, que estão presentes em todo tempo e em todo lugar (...) à diferença da natureza pessoal da psique consciente, existe um segundo sistema psíquico, de carácter coletivo, não-pessoal, ao lado do nosso consciente, que por sua vez é de natureza inteiramente pessoal e que – mesmo quando lhe acrescentamos como apêndice o inconsciente pessoal – consideramos a única psique passível de experiência. O inconsciente coletivo não se desenvolve individualmente, mas é herdado. Ele consiste de formas preexistentes, arquétipos, que só secundariamente podem tomar-se conscientes, conferindo uma forma definida aos conteúdos da consciência” (Jung, Carl Gustav (1875-1961). *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 53-54).

(...) a formulação teórica do Pluralismo designa “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si (Wolkmer, 2001, p. 171-172). Dentre alguns de seus princípios valorativos, assinala-se: 1) a autonomia, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a descentralização, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a participação, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o localismo, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a diversidade, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação” (Wolkmer, 2001, p. 175-177); (...) O Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários.⁵⁹

Os instrumentos legislativos, notadamente as constituições, por conseguinte, passam a se estruturar não mais como puro e simples referencial estanque para o sistema, mas também como centros de sentidos para as legalidades cosmopolitas, passando a incorporar valorações sociais dos inúmeros sujeitos por intermédio de cláusulas gerais⁶⁰ que remetem o intérprete, reenviam o

⁵⁹ Wolkmer, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 9. *Anais...* Academia Brasileira de Direito Constitucional. p. 144-145. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antonio-wolkmer.pdf>>. Acesso: 30/10/2013.

⁶⁰ Vito Velluzzi define o elemento que é reenviado o intérprete da cláusula geral constituída como vagueza socialmente típica, e, citando a definição de Cláudio Luzzati, testifica “(...) *Ecco la definizione: 'si ha vaghezza socialmente tipica (o da rinvio) di un termine quando questo, secondo una certa interpretazione, esprime un concetto valutativo i cui criteri applicativi non sono neppure parzialmente determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili para me-*

aplicador das legalidades cosmopolitas, às diversas opções valorativas externas ao sistema aberto e plural, oriundo das relações existenciais plurais, na identificação de arquétipos ou *standars* valorativos, incorporados perenemente no inconsciente coletivo da população e identificados como valorações sociais reiteradamente observadas no seio social.

Zaffaroni, por exemplo, coloca de modo muito claro a ideia da *pachamama*, ou Gaia, derivada da ética de considerar o planeta em que vivemos como uma grande mãe que nos acolhe, necessitando-se explicar que a natureza também tem seus direitos de ser respeitada e bem-cuidada, dada a inter-relação dos elementos naturais e de todos os seres vivos que nela habitam, como um arquétipo universal, que estaria “escrito” no inconsciente de todos os seres humanos que acolhem e se identificam com esta ideia de proteção e inter-relação do homem com a natureza.

No nos parece difícil sustener que la Pachamama sea un arquetipo conforme al concepto de Jung, quien expresamente se refirió a la Gran Madre en un sentido muy amplio y tan abarcativo como Gaia: para Jung materia era una versión racional o científica de Madre (Mater), la esencia del todo.

Lejos de minimizar su significación, la tesis de Jung le otorga la jerarquía universal de pertenencia al inconsciente colectivo común a toda la humanidad.

*tridigiudizio e allemutevoli tipologie del Ia morale sociale e del costume. Si ha invecevaghezza comune neicasiordinari, quando Il richiamoalleregole e ai valorietico-sociali (o extragiuridici) non è necessario per l'applicabilità di um concetto al besperienza'. I tratti salienti della definizione sono, dunque, i seguenti: a) Ia vaghezza socialmente típica riguarda concetti (e quindi termini) valutativi; b) i criteri di applicazione del concetto sono (e quindi Ia determinazione dei significato del termine dipende da) variabili parametridigiudizio etico-sociali (o extragiuridici); c) ciò rende tale indeterminatezza una forma di vaghezza, ma diversa dália vaghezza comune (...)" (Velluzi, Vito. *Le Clausole Generali*. Semantica e Política Del Diritto. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 46-47). (Quadernidi Filosofia Analítica Del Diritto, v. 12).*

De aceptar se la discutida tesis de Jung sobre el inconsciente colectivo – acerca de la que no abrimos juicio –, la Pachamama sería la manifestación concreta de un vestigio de la evolución humana marcado en forma indeleble en todos los humanos, que por algo fundamental – como pueden ser las experiencias elementales de supervivencia – habría quedado tan profundamente sellado en todos nosotros.

La incorporación de la Pachamama al derecho constitucional sería nada menos que la de un arquetipo universal existente en todo humano como resultado de las experiencias de supervivencia de la especie a lo largo de la evolución. Lejos de provocar una subestimación de esta incorporación, esta tesis – de ser correcta – la exaltaría.”⁶¹

O novo constitucionalismo latino-americano, neste contexto, pelo menos na lição de Alejandro Médici,⁶² logra propor que a Constituição, diante do contexto plural e heterogêneo da sociedade que a legitima, não mais seja vista de modo absoluto como o ápice do ordenamento jurídico, no sentido kelseniano de ordem jurídica, mas deve, ao contrário, ser recepcionada pelas diferentes ordens sociais como um núcleo de sentidos (parâmetro hermenêutico) para o estabelecimento da ligação entre os valores e princípios existentes na sociedade pluralista. Tal pretensão passaria pelo estabelecimento de uma hermenêutica pluritópica, no sentido de coordenação e cooperação entre os valores sociais e culturais das diferentes heterogeneidades de concepções socioexistenciais.

O que o professor argentino Alejandro Médici propõe então, é a ideia da Constituição horizontal, tecendo a fórmula de que a constituição seja vista como um holograma (princípio holográfico), tal como um centro de sentido para a junção de saberes e práticas de uma pluralidade cultural, devendo ser

⁶¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. item 12 ¿La Pachamama es un arquetipo?

⁶² Médici, Alejandro. *Teoría constitucional e giro decolonial, narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador*. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político. *Decolonialidad e Interculturalidad*, Universidad Nacional del Comahue, año I, n. 1. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0001/Medici.pdf>>. Acesso: 30/10/2013.

vista como núcleo de referência para a interpretação e a aplicação de outras normas que vão além do direito positivo estatal (como, por exemplo, a aceitação da jurisdição indígena e a aceitação definitiva da natureza como sujeito de direitos e não passível de apropriação).

A constituição serviria então para, tão somente, estabelecer competências, formas de coordenação, reconhecimento de uma pluralidade de direitos coexistentes, o que iria reconduzir a Constituição a uma unidade completa (e não meramente simbólica) de centro de sentidos para a recepção de todas as camadas sociais e existenciais.

Aliado a estas ideias, ainda, seguindo-se a lição de Boaventura de Souza Santos,⁶³ está-se a propor uma reformulação da institucionalidade estatal construída sob os auspícios do racionalismo jurídico e da concepção liberal de direito, na medida em que o contexto plurissocial e plurinacional não mais permite que se sustente o Estado baseado em uma única nação e em um único povo. Há de se pensar então em situações pluriestatais e plurinacionais (com mais de uma nação alcançando o grau de incorporação de convivência social baseado na convivência profunda, e não mais na imposição cultural); e também com a incorporação definitiva dos direitos da natureza e de todos os seres vivos como elementos centrais do sistema, como centros de imputação, reais sujeitos de direito merecedores de tutela e proteção pelo Estado tal qual o ser humano.⁶⁴

⁶³ Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de derecho y sociedad, julio 2010.

⁶⁴ Não quer dizer isto que tenham eles capacidade processual, mas é preciso assegurar que o bem cultural e ambiental, por exemplo, tenha livre-determinação no sentido de permitir que tanto a natureza quanto as culturas ou coletividades se desenvolvam livremente de acordo com seus normais processos ecológicos ou culturais, não podendo o Estado ou o particular interferir no livre desenvolvimento dos processos ecológicos ou das manifestações culturais, porque também necessitam da harmonia e equilíbrio para seus livres-desenvolvimentos. Isto não quer dizer, por outro lado, que estarão os recursos naturais intocáveis, mas apenas que a livre-determinação deles seja afeta ao livre-desenvolvimento do ser humano, de modo harmonioso, e equilibrado, e não egocêntrico e individualista como hoje tem se percebido na maior parte do mundo. As formas como o capitalismo lidam com, por exemplo, a crise ambiental, é exemplo desta questão, porquanto a utilizam para fundamentar economica-

Esta reestruturação da institucionalidade estatal passa também pelo estabelecimento de um *novo regime político*, com uma *democracia intercultural* e comunitária, na tentativa de estabelecimento de uma comunicação e convivência mais profunda entre as diferentes manifestações culturais existentes no tecido social, bem como com a instauração de grades autonomistas em relação aos direitos da natureza e dos seres vivos, tanto quanto a premente deliberação ante os Estados de subcidadania, como, por exemplo, as diversidades existenciais constituídas pelas favelas nas periferias das grandes metrópoles, neste último tópico sendo relevante a concepção da subpolitização lançada em suas bases por Ulrich Beck (2002).

O novo constitucionalismo latino-americano propõe desse modo a institucionalização de uma nova legalidade, paralela à legalidade da sociedade hegemônica, no intuito de que seja efetivamente constituído um estágio de convivência profunda entre as diferentes manifestações culturais (notadamente no que concerne aos direitos indigenistas), recepcionado pelo direito à dimensão ontológica do pluralismo jurídico, diante da constatação de que pode haver Estado que não seja de direito, e pode haver direito que não seja do Estado.⁶⁵ Outra discussão é, tal como ocorre na constituição boliviana, se

mente uma maior exploração da própria natureza, é o caso do que vem se denominando economia verde, pelo que se mercantiliza a proteção ambiental no intuito de obtenção de maior lucro; ora, quanto mais a humanidade utilizar a proteção da natureza como forma de obtenção de lucro, mais se sustentam e fundamentam as teses ora tratadas neste trabalho.

⁶⁵ Para o insigne professor colombiano Rosember Ariza Santamaria essa ideia é clara, verbis: “(...) Existe una idea clara de los modos clásicos de producción del derecho (por lo menos desde el positivismo jurídico) y hasta aquí hemos podido dilucidar desde que otros lugares se produce regulación y su incidencia en el gran campo jurídico, la más relevante es la que se denomina en la presente investigación como manierismo (forma propia de entender y aplicar el derecho en cada contexto socio cultural de un lado, o maneras de realización social de lo justo de otro) este manierismo y por supuesto sus maneras no son siempre “prácticas jurídicas propiamente dichas” pues se auto constituyen en una categoría no propiamente jurídica. Dentro de los teóricos del derecho existe aquellos que lo quieren librar del peso de lo social, pues tener una “ciencia jurídica” implica estar ausente de los hechos perturbadores de la producción del conocimiento objetivo. No obstante algunos juristas consideran que el “derecho protege los individuos y los diferentes grupos e intereses sociales, considerando esta como la dimensión social o emancipatoria del derecho” bastante reduccionista esta apreciación, puesto que la práctica social de las relaciones entre individuos y grupos sociales

esta categoria poderia ou não ter como parâmetro de balizamento o conceito de bloco de constitucionalidade, no qual se outorga autonomia legal a outras ordens culturais, mas se estabelece o parâmetro do respeito aos direitos humanos já incorporados ao país por tratados internacionais.⁶⁶

Seria necessário, ainda, uma nova organização territorial das diversidades culturais e do bem ambiental, porquanto estes bens possuem uma territorialidade com autonomia assimétrica, o que corresponde a dizer que aos povos tradicionais ou reservas ambientais não se pode estabelecer parâme-

no está determinada siempre por normas jurídicas El derecho no nace solamente de las normas; emerge de los operadores e intérpretes fundamentalmente, pero cada comunidad libremente lo determina o modifica a pesar de la eficacia simbólica del derecho y de sus nombradores, existen grietas del sistema jurídico que no son cubiertas por ningún tipo de parche que evite la entrada de los virus sociales que se suscitan por la no realización de lo justo; los detentadores del aparato jurídico no resuelven las necesidades sociales solo mantienen el statu quo. La manera como el derecho se libra de lo social, es reconociendo al sujeto individual y salvaguardado por un procedimiento que garantiza los derechos de dicho sujeto.” (Santamaría, Rosember Ariza. *El Derecho Profano y otras Maneras de Realizar lo Justo*. Texto que recoge elementos de varios capítulos del Libro el Derecho profano publicado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

⁶⁶ Não se desconhece as relevantes críticas a este posicionamento adotado pelas constituições andinas. Por todos, ver Souza Filho, Carlos Frederico Marés: “Os direitos humanos, enquanto garantias individuais de liberdade contra a opressão, de vida, de dignidade e integridade pessoais, são valores que podem ser realizados dentro do sistema jurídico concebido pelo Estado contemporâneo na medida em que as constituições ganharam caráter normativo e impositivo, tornando-se assim uma universalidade. Por outro lado, quando pensamos em sociedades inteiras que estão fora dos sistemas jurídicos nacionais, que se regem por leis próprias, temos de reconhecer que aquela universalidade criada pela Constituição impositiva é parcial, porque não alcança toda a população, mas somente a que está integrada, ainda que de forma relativa, ao sistema. E o que fazer com esta outra ou outras sociedades que vivem à margem do Estado e da Constituição, representados especialmente pelos povos indígenas? Se fizermos esta mesma análise em relação aos direitos humanos de última geração, os direitos econômicos e sociais, sua parcialidade surge com mais clareza, os direitos econômicos não são mais do que o Direito a gozar o desenvolvimento segundo padrões capitalistas, isto é, sob a concepção da cultura dominante, o que é uma forma de colonialismo. Cada povo há de ter um conceito de direitos econômicos e sociais vazados segundo sua cultura, crença e sonho que coletivamente acalenta. Poderiam existir, então, princípios universais? O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita a cada povo viver segundo seus usos e costumes e transformá-los, quando necessário, em Constituições rígidas, após inventar sua própria forma estatal de organização” (Souza Filho, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 2006. p. 84).

tros lineares de limitações territoriais, na medida em que o desenvolvimento da biodiversidade e da cultura não podem ser taxados a ocorrer em pontos determinados arbitrariamente com limites rígidos, mas devem alcançar fins de proteção independentemente da área que se expandirem (por exemplo, não se pode impor limites à expansão da biodiversidade ou da fauna). Aqui a noção é algo como a impossibilidade de se delimitar o território em que se encontra o bem ambiental situado, por não haver como, quando se envolve o bem ambiental e/ou cultural, se estabelecer limites territoriais para seu desenvolvimento.

De fato, este contexto de reestruturação jurídica ganha sentido quando pensamos no bem ambiental. A estrutura racionalista que constitui o direito, criado sob o ideário de René Descartes e Galileu Galilei, logrou por formar uma bipolaridade entre os bens tutelados pelo direito, no sentido de que tudo pode ser apropriado pelo sujeito destinatário do direito (pois a natureza é apenas objeto, existindo somente um sujeito pensante que é o ser humano), tudo sendo passível de ter um proprietário individual, inclusive a natureza,⁶⁷ o que corresponde a dizer que, mesmo a natureza, se não for propriedade privada, será necessariamente propriedade pública, ou se não for bem público, será necessariamente um bem privado,⁶⁸ e se for um bem público afetado a uma finalidade pública, pode posteriormente vir a ser desafetado e, por consequente, alienado, o que não mais parece passível de se admitir, dado o conceito já

⁶⁷ Prevê o artigo 98 do Código Civil Brasileiro de 2002: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Mesmo o que a doutrina civilística entende por *res nullium* (coisa sem dono) ou *res derelicta* (coisa abandonada) tratam-se bens sujeitos à apropriação individual, inclusive os bens imóveis ainda não apropriados (terras devolutas) são domínio dos Estados.

⁶⁸ O artigo 99 do Código Civil Brasileiro prevê: São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. (...) Artigo 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, *enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar*.

existente de bem ambiental, cujo suporte material pode até ser alienado, mas o bem ambiental como a abstração que o subjaz, não pode jamais ser dividido nem muito menos alienado.

Veja-se que o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil⁶⁹ estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso comum do povo, mas não sob a concepção de bem afetado aos interesses primários do Estado; porque, se pensarmos nesta concepção, poder-se-á deixar de ser destinado a uma finalidade utilitarista pela coletividade, e pode vir a ser posteriormente objeto de mercantilização. Ora, não é esta a melhor interpretação da norma constitucional. O suporte material do bem ambiental não se confunde com o bem ambiental em si mesmo considerado.⁷⁰ Se tratarmos o bem como inapropriável, seja pelo Estado, seja pela iniciativa privada, corresponde a dizer que o bem ambiental não pode sofrer qualquer apropriação, por corresponder a uma nova categoria jurídica, de inter-relacionamento existencial simultâneo entre as novas concepções subjetivas verificadas na nova institucionalidade ora em análise. Se lesionado, o bem ambiental ostentará uma lesão de objeto indivisível, que não pode ser fracionada, e interessará a sujeitos indeterminados, que não se resumem a todos os habitantes contemporâneos do planeta, mas abrangem também as futuras gerações e inclusive os outros seres vivos presentes e futuros. Ou seja, não se trata efetivamente de categoria passível de individualização, nem de apropriação mesmo que coletivamente, posto que impossível de ser fracionado, e acaso perca sua substancialidade, perde-se como categoria, ou seja, desaparece, restando apenas seu suporte material já sem significado ambiental ou cultural.

⁶⁹ Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁷⁰ As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios *são bens da união* (artigo 20, XI, da CF), cuja eventual exploração e aproveitamento de recursos hídricos, pesquisa e lavra de riquezas minerais devem ser autorizados pelo Congresso Nacional (artigo 49, XVI, CF). A manifestação cultural que representam, contudo, se trata de um bem jurídico de natureza difusa.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios,⁷¹ como suporte material que estrutura a proteção da cultura em si mesma considerada, tratam-se de bens da União (artigo 20, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil), cuja eventual exploração e aproveitamento de recursos hídricos, ou mesmo pesquisa e lavra de riquezas minerais, devem ser autorizados pelo Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, assegurando-se-lhes participação no produto da lavra (artigo 49, XVI, CF e 231, §3º, CF).⁷² A manifestação cultural que representa os índios, reconhecida pelo *caput* artigo 231 da CF,⁷³ trata-se de um bem jurídico de natureza difusa, não pessoal e não realizado individualmente, insuscetível, pois, de qualquer apropriação, e cuja ocupação, domínio ou posse por ventura existentes, são nulas e não produzem qualquer efeito jurídico.⁷⁴

⁷¹ Artigo 231 (...) §1º – 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.

⁷² “(...) É do Congresso Nacional a competência exclusiva para autorizar a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (CF, art. 49, XVI, e 231, § 3º), *mediante decreto-legislativo*, que não é dado substituir por medida provisória. 2. Não a usurpa, contudo, a medida provisória que – visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação” (STF, ADI 3352 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 2/12/2004, DJ 15-4-2005). Cita o artigo 231, §3º, da CF: 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.

⁷³ Artigo 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.

⁷⁴ Artigo 231 (...) § 6º – 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 à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

O bem ambiental, outrossim, não pode ser visto como circunscrito a um conjunto de interesses individuais de objeto indivisível, derivados de uma situação de fato, porquanto não parece possível se enquadrar assim um bem que não pode ser individualizado ou apropriado.⁷⁵ Se o considerarmos como conjunto de interesses individuais de objeto indivisível, pela racionalidade das instituições civilísticas, teríamos de aceitar que seria passível de divisão com a alteração de sua substância, porque o bem indivisível apenas assim o é, para a racionalidade civilística, enquanto não possa ser dividido sem alterar sua natureza ou substância, o que corresponde a dizer, se alterada sua substância ou natureza com a divisão, que se altera sua rotulação de bem jurídico, mas mantém-se sua proteção patrimonial, apenas identificando-se outro objeto ou coisa. Por exemplo, se dividirmos um papel representativo de moeda, perde-se a qualidade de moeda, mas mantém-se a natureza de papel. Passa-se então a se ter apenas dois papéis rasgados sem nenhum valor de moeda, mas com clara natureza de papel e seu valor correspondente. Por outro lado, se dividirmos uma construção representativa de patrimônio cultural, imóvel tombado, destrói-se a noção e abstração histórica representativa, e não se fala mais em patrimônio cultural, restando apenas o suporte material da construção fragmentada sem mais nenhuma significação cultural. Não se tem mais o bem ambiental, que é impassível de qualquer divisão, tampouco apropriação individualizada (que somente é possível do seu suporte material, o qual não se confunde com o bem ambiental). Não se trata, portanto, de um bem que seja a somatória de interesses individuais, ainda que de objeto indivisível, visto que os interesses que o subjazem não são passíveis de individualização, por não pertencerem a ninguém em especial, mas a toda a coletividade e às futuras gerações, também interessando, numa relação de interdependência, aos demais seres vivos que com ela se inter-relacionam.

⁷⁵ A floresta amazônica, a mata atlântica, a serra do mar, o pantanal mato-grossense e a zona costeira são patrimônio nacional, mas não pertencem à União (artigo 225, §4º, da CF); todos os entes federativos (competência comum – artigo 23, IV, CF) e também a coletividade tem o dever de preservá-lo (STF, RE 300244-9-SC).

Veja-se que, nessa concepção, o bem ambiental confunde-se realmente em muitos aspectos com o próprio ser humano. Este também não é passível de divisão, posto que apenas seu suporte material poderá ser dividido, o corpo humano; mas quando assim o for feito, não mais restará o ser humano, apenas o seu cadáver – que pertence aos familiares do falecido – podendo ser alienado ou disponibilizado.⁷⁶ Antes da morte, contudo, não é passível o ser humano de ser apropriado individualmente, porque se garantem a eles direitos indisponíveis da personalidade, de autodeterminação e liberdade.⁷⁷ Assim também à natureza dever-se-á garantir o direito de autodeterminação para os processos ecológicos e o desenvolvimento do equilíbrio e necessária perpetuação das espécies; tanto quanto às outras coletividades, como as tribos indígenas ou populações quilombolas, podendo ser vistas como novas subjetividades (distintas da individual), que possuem indubitável direitos de perpetuação e autodeterminação.⁷⁸

Estas novas subjetividades tendem a ser recepcionadas como verdadeiros sujeitos de direito, em uma nova concepção de centros de imputação jurídica. Ou seja, indivíduos, comunidades, nações plurais, povos e inclusive a própria natureza (animais e biodiversidade), se fundam em uma dimensão de inter-relacionamento recíproco, sob a dimensão do que os latino-americanos estão denominando de “*La pachamama*” (os direitos da natureza) e do princípio para o “*buen viver*” (paradigma normativo da nova ordem social e econômica pluralista).

⁷⁶ Dita o artigo 14 do Código Civil de 2002: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

⁷⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XLI, estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁷⁸ A Constituição garante inclusive a legitimidade ativa das comunidades indígenas para o ajuizamento de demandas para a defesa dos seus interesses, verbis: artigo 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.

Zaffaroni aventa as possibilidades de um sistema similar a este, sendo incontáveis as dificuldades, mas também hauridos os benefícios de proteção das espécies de seres vivos no planeta Terra:

La naturaleza puede ser usada para vivir, pero no suntuariamente para lo que no es necesario. La infinita creación de necesidades artificiales que sostienen el crecimiento ilimitado del consumo estaría acotada por el criterio del sumakkawsay. Y lo más importante es que, al reconocerle a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos, adquiere ésta la condición de tercero agredido cuando se la ataque ilegítimamente y, por ende, habilita el ejercicio de la legítima defensa en su favor (legítima defensa de terceros). Sentadas, colocación de obstáculos al avance de maquinarias de desmonte y – por lo menos – todos los medios de lucha no violenta, serán conductas lícitas en la medida en que sean defensivas de agresiones ilegítimas a la naturaleza.

En el ámbito del derecho civil, la propiedad de animales necesariamente sufrirá restricciones. Sus titulares incurrirán en un abuso ilícito cuando ofendan a la Tierra haciendo sufrir sin razón a sus hijos no humanos, con lo cual por esta vía ingresan todos los planteamientos razonables de los animalistas.

También sufrirá limitaciones la propiedad fundiaria, cuando la conducta del propietario altere los finos procesos regulativos (quemazones, deforestación, pesticidas altamente tóxicos, etc.) o cuando con monocultivos perjudiquen la biodiversidad, pongan en peligro especies o agoten a la tierra.

En el plano de la propiedad intelectual será menester replantear el patentamiento de animales y plantas, porque éstos no pertenecen a ningún humano, sino a la naturaleza.

No pocos serán los conflictos que deban definir los jueces para precisar los límites del derecho de la naturaleza en cada caso concreto. ¿Tienen los ríos el derecho a conservar sus cauces naturales o pueden ser desviados? ¿Tienen las montañas el derecho a preservar sus laderas o pueden ser lesionadas con extracciones ilimitadas o rasuradas extinguiendo la vegetación natural? ¿Hasta qué límite se las puede horadar?

La necesidad – eterna Celestina de todas las matanzas y guerras – deberá evaluarse conforme a las condiciones humanas de supervivencia digna y al uso no abusivo respecto de todos los entes naturales, y no a la conveniencia de pura obtención de mayores réditos. La explotación artesanal pocas veces tendrá problemas, pero la industrial será siempre un semillero de pleitos, donde se harán jugar valores encontrados.

Una nueva jurisprudencia deberá iniciarse, cuyas consecuencias prácticas son de momento difíciles de prever, pero lo cierto es que no responderá a los criterios que hasta el presente se vienen manejando.⁷⁹

Enfim, para uma sociedade plural e ambientalmente equilibrada deve-se outorgar à sociedade o direito de produzir uma reconstrução ou reestruturação da institucionalidade estatal, revisando conceitos criados sob paradigmas estanques, e reestruturando patamares institucionais que se sirvam de concepções superadas, devendo-se pensar no novo tal como um produto reconstruído e melhor elaborado, sob as bases fortes das ruínas de antigas concepções. É possível se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano avança onde o neoconstitucionalismo parou, sendo necessário à espécie humana, diante às inevitáveis catástrofes ambientais a que estamos expostos, começar a levar a sério as necessárias mudanças no pensamento que fomenta o capitalismo desenfreado, porque o que se está arriscando é a vida em todo o planeta; e não se tratam de perdas limitadas, mas de descalabros que não poderão ser contidos, capazes de trazer a extinção da humanidade tal como a conhecemos hoje.

6– CONCLUSÃO

Uma das conclusões parciais a que se chega com o presente trabalho é a de que o bem socioambiental é uma nova categoria jurídica que não pode ser individualizada, e tampouco se enquadra como passível de apropriação

⁷⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-137. ítem 15, Consecuencias prácticas: casos y dudas, perspectivas.

individual, nem pelo particular nem pelo próprio estado, não se resumindo, portanto, a um bem público, nem tampouco a um bem privado, mas a uma terceira categoria que não se insere nesta dicotomia público/privado.

A natureza *sui generis* do bem socioambiental, pelo menos perante o direito brasileiro, também se afasta da dicotomia sujeito/objeto, precursora do paradigma científico racionalista oitocentista, porquanto a natureza e a cultura não são vistos atualmente no Brasil como sujeitos de direito, nem tampouco como objetos passíveis de apropriação pelo ser humano, mas como categoria diferenciada de interesse coletivo e difuso.

Nessa perspectiva, procurou-se empreender uma construção histórica das dimensões dos direitos fundamentais e da técnica legislativa que sustenta sua aplicabilidade, no intuito de analisar a natureza dos bens jurídicos de terceira dimensão, e da técnica legislativa utilizada para tal desiderato.

As cláusulas gerais poderiam ser relevantes para a incorporação destes bens jurídicos socioambientais porque exatamente operam com o intérprete um reenvio, no caso do constitucionalismo latino americano, o intérprete seria reenviado para o que vem se denominando “*pachamama*” (os direitos da natureza), que na lição de Zaffaroni inspirada em Carl Jung, poderiam ser identificados como um arquétipo estrutural das relações sociais, incorporados ao inconsciente coletivo dos latinos americanos.

Deste modo, pelo menos nesta concepção parcial os direitos da natureza poderiam ser incorporados no sistema jurídico latino americano como elementos extra-sistemáticos que reiterados no inconsciente coletivo dos povos, seriam reinseridos no sistema mediante a *práxis* da atividade jurisprudencial. Deste modo, como o objetivo deste trabalho não é esgotar o assunto mas apenas lançar ideias e implementar a discussão, alcançou-se apenas conclusões parciais que haverão de ser a partir de então aprimoradas e melhor explicitadas.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Traducción Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Ed. Cultrix, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria do estado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

EPICURO, Lucrécio, Cícero, Sêneca, e Marco Aurélio. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19-23. (Coleção os Pensadores)).

FOSTER, John Bellamy. *O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 118-128, “a teoria da falha metabólica em Marx”, subitem do capítulo 5º.

GENRO, Tarso. Crise democrática e democracia direta. *Revista de Direito Social*, ano 1, nº 4, 2002, p.11-23.

Harding, Stephan. Terra viva: Ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta, tradução Mário Molina, São Paulo, Cultrix, 2008.

JUNG, Carl Gustav (1875-1961). *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil, Capítulo V – de la propiedad, Colección Clásicos del Pensamiento, Ed. Tecnos. España

MARÉS, Carlos. *Função social da terra*. Ed. Sergio Fabris, 2003.

MEDICI, Alejandro. Teoria constitucional e giro decolonial, narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. *Decolonialidad e Interculturalidad*, Universidad Nacional del Comahue, Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, año I, n. 1. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0001/Medici.pdf>>. Acesso: 30/10/2013.

NEWIG, Jens. Symbolic environmental legislation and Societal Self-Deception. *Environmental Politics*, vol. 16, n. 2, p. 276-296, apr. 2007.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed., 2002. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SANTAMARÍA, Rosebert Ariza. *El Derecho Profano y Otras Maneras de Realizar lo Justo*. Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. (Texto que recoge elementos de varios capítulos del libro *El Derecho Profano* publicado por la Universidad Externado de Colombia).
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006.
- VELLUZI, Vito. *Le Clausole Generali*. Semantica e Política Del Diritto. Milano: Giuffrè Editore, 2010 (Quadernidi Filosofia Analítica Del Diritto, V. 12).
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur; Rev. int. direitos human.*, São Paulo, vol. 4, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em: 3 maio 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: EdicionesAbya-Yala, 2011. p. 25-137. Disponível em: <<http://archive.org/details/ZaffaroniEugenioRal-aPachamamaYEIHumano>>. Acesso em: 5 abr. 2013.
- Wolkmer, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 9. Anais... Academia Brasileira de Direito Constitucional. p. 144-145. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso: 30/10/2013.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história de direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Recebido em: 6/8/2013

Revisado em: 3/9/2013

Aceito em: 6/9/2013