



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FRONTEIRAS E DIREITOS HUMANOS
MESTRADO ACADÊMICO**

**DIÁLOGOS ENTRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO,
BUEN VIVIR, SOCIEDADE DE RISCO E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS
ASSOCIADOS: CRUZANDO FRONTEIRAS ENTRE SABERES DO NORTE E DO
SUL**

RAFAEL DE OLIVEIRA LUNA

DOURADOS/MS

2018



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FRONTEIRAS E DIREITOS HUMANOS
MESTRADO ACADÊMICO**

**DIÁLOGOS ENTRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO,
BUEN VIVIR, SOCIEDADE DE RISCO E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS
ASSOCIADOS: CRUZANDO FRONTEIRAS ENTRE SABERES DO NORTE E DO
SUL**

Dissertação apresentada à banca de defesa do Programa de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos, sob orientação do Prof. Dr. Alaerte Antônio Martelli Contini.

DOURADOS/MS

2018

RAFAEL DE OLIVEIRA LUNA

**DIÁLOGOS ENTRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO,
BUEN VIVIR, SOCIEDADE DE RISCO E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS
ASSOCIADOS: CRUZANDO FRONTEIRAS ENTRE SABERES DO NORTE E DO
SUL**

Dissertação julgada e aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da FADIR/UFGD.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Alaerte Antônio Martelli Contini – UFGD

Prof.^a Dra. Loreci Gottschalk Nolasco – UEMS

Prof. Dr. Pedro Pulzatto Peruzzo – PUC Campinas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

L961d Luna, Rafael De Oliveira

DIÁLOGOS ENTRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO, BUEN VIVIR, SOCIEDADE DE RISCO E
CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS: CRUZANDO
FRONTEIRAS ENTRE SABERES DO NORTE E DO SUL / Rafael De
Oliveira Luna -- Dourados: UFGD, 2018.

110f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Alaerte Antônio Martelli Contini

Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) - Faculdade de
Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. 2. Povos indígenas. 3.
Conhecimentos Tradicionais Associados. 4. Sociedade de Risco. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, acredito que é necessário um maior espaço para a gratidão em nossas vidas. Quando digo gratidão, me refiro para algo muito além de um “muito obrigado”. Gratidão é mais do que um bocado de palavras, gratidão é sentimento, é o que nos permite enxergar algo positivo mesmo em situações desastrosas. É importante que saibamos fazer como a Pollyana e jogarmos o jogo do contente, mas gratidão vai além disso. Gratidão não é contentamento diante de crises ou desavenças, não é se calar diante de violências que sofremos por acreditarmos que há alguém muito pior do que nós mesmos. Gratidão nos preenche com o que chamo – talvez por causa de influências da infância – de luzinhas de natal. São pequeninos pontos brilhantes dentro de nós: se soubermos acendê-los todos de uma vez, nos sentimos preenchidos por uma sensação que nos acalenta por inteiro.

Não penso que haja uma hierarquia de gratidões, portanto não acho que agradecer alguém em primeiro ou segundo lugar diminua a importância desse sentimento para os que vêm em seguida. Desse modo, primeiramente gostaria de explicitar minha gratidão a Deus/Universo/Destino, seja lá qual for o nome que se adote para essa energia que me levou até aqui e me guiou durante todo esse processo.

Também não posso deixar de agradecer à minha família por toda a compreensão ao longo desse período de muita carga emocional. À minha mãe, me faltam palavras para agradecer à sua preocupação constante com meu bem estar biológico e psicológico; obrigado pelas visitas, pelas comidas e principalmente pelo amor e pelo carinho. À Tati, sou grato por servir de ponte e de apoio para mim e também para nossa querida mãe; obrigado por ter se preocupado, pelas caronas, pelo computador emprestado quando o meu parou de funcionar. Ao Wesley, sou grato pelo amor, pelo companheirismo e pelo apoio; obrigado por respeitar meu espaço, meu tempo e alguns dramas infundados.

Obviamente, agradeço ao meu orientador, professor Alaerte, que me direcionou durante a escrita, entendendo minhas excentricidades e sabendo como e onde eu poderia melhorar, editar ou deixar o texto mais leve. Sou grato pela compreensão e por não ter desistido de um sujeito um tanto quanto excêntrico, um pouco obsessivo e avesso a reuniões de orientação.

Sou imensamente grato ao meu amigo Tiago e à minha amiga Vivian com os quais acabei dividindo não só os espaços de trabalho, mas também parte das preocupações e inquietações antes do ingresso no programa. À Vivian, sou grato por ter nos apresentado, por

ter me apoiado e acreditado com tanta certeza em mim e em meu potencial. Ao Tiago, sou grato por ter auxiliado com dicas quando da elaboração do projeto, por ter acordado cedo para conversar comigo e me dizer como eu poderia melhorar o que havia feito, mesmo não me conhecendo direito. Sou grato por ambos terem dividido parte dessa empreitada comigo e agradeço à vida por tê-los colocados em meu caminho e por permitir que florescessem essas belas amizades.

Falando em amizades, sou grato por todos aqueles colegas de turma que acabaram se tornando bons amigos. Em especial, agradeço por ter conhecido minha grande amiga Elaine Dupas, companheira de perrengues, de reclamações, de almoços, de seminários, de artigos... Sou grato por ter tido a oportunidade de te conhecer e conhecer também sua família repleta de pessoas maravilhosas, assim como você. Obrigado por ter dividido os fardos e ter ajudado a diminuir a pressão e por ser uma pessoa prestativa que torce pela felicidade daqueles que tem no coração.

Aos demais amigos, mas mais particularmente à querida Joselma, à querida Paola e ao querido Elvis, com os quais tive mais proximidade, agradeço por me proporcionarem uma sensação de pertencimento, mesmo que fosse pertencimento diante do desespero com prazos e trabalhos (risos). Obrigado por me ajudarem a não me sentir sozinho, pelas conversas e desabafos.

Não posso deixar de agradecer à professora Loreci e ao professor Pedro pelas considerações e comentários feitos na qualificação. Obrigado por trazerem outros pontos de vistas e informações pertinentes que possibilitaram a melhoria deste trabalho. À querida e absurdamente inteligente e competente Katiúscia, agradeço por um bilhetinho com algumas palavras de alento em um dos momentos em que mais precisei. Sou grato pela oportunidade de troca de saberes e por terem disponibilizado seu tempo e energia para me ajudar.

Gratidão a todos e todas vocês por serem minhas luzinhas de natal.

RESUMO

Esta pesquisa buscou tratar do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, mais especificamente dos conceitos de Bem Viver, presentes na maioria dos textos que abordam o assunto, bem como apresentar a teoria da sociedade de risco e como temas aparentemente distintos podem dialogar. A exploração dos povos indígenas no continente iniciou-se há centenas de anos atrás e, contrariamente ao que pode parecer, ainda existe. Atualmente, ela ocorre de diversas formas: o foco da análise reside na expropriação dos conhecimentos tradicionais associados; essa exploração indevida ou ilegal foi o que justificou este trabalho. Em termos gerais, os objetivos buscados foram analisar o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, mais especificamente o Bem Viver, de modo a comprovar que esse ideal é capaz de fortalecer a proteção legal aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Realizou-se pesquisa bibliográfica em obras, artigos e dispositivos legais referentes aos assuntos abordados; foram utilizados os métodos histórico e monográfico, com vistas a aprofundar e contextualizar os dados compilados e comprovar as hipóteses estabelecidas. Ao final, os resultados obtidos por meio das leituras e análises realizadas mostraram que os ideais e as propostas contidas no Bem Viver são passíveis de reforçar a proteção legislativa aos conhecimentos tradicionais associados e também servem como uma nova forma de se pensar o desenvolvimento dentro dos Estados.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Povos indígenas. Conhecimentos Tradicionais Associados. Sociedade de Risco.

ABSTRACT

This research sought to talk about the New Latin American Constitutionalism, more specifically about the concepts of Living Well, present in most of the texts that approach the subject, as well to present the risk society theory and how apparently distinct themes can dialogue. The exploitation of indigenous peoples in the continent begun hundreds of years ago and, contrary to what it might seem, it still exists. Currently it occurs in diverse ways: the focus of the analysis resides on the expropriation of the associated traditional knowledges; this improper or illegal exploitation was what justified this work. In general terms, the objectives sought were to analyze the New Latin American Constitutionalism, more specifically the Living Well, to prove that this ideal is able to strength the legal protection to the traditional knowledges associated with the biodiversity. A bibliographic research on books, articles and legal provisions was carried out; the historical and monographic methods were used, seeking to deepen and contextualize the data obtained and to prove the hypothesis established. In the end, the results obtained through the readings and analyses showed that the ideals and proposals contained in the Living Well are able to reinforce the legal protection to the traditional knowledges and also serve as a new way of thinking the development inside the States.

Keywords: New Latin American Constitutionalism. Indigenous peoples. Associated Traditional Knowledges. Risk Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O CAMINHO PERCORRIDO E SUAS CARACTERÍSTICAS	15
1.1 Entendendo o Constitucionalismo	15
1.1.1 Apontamentos sobre o constitucionalismo.....	15
1.2. Compreendendo o Novo Constitucionalismo Latino-Americano	26
1.2.1 Contextualização Histórica	26
1.2.2 O papel dos movimentos indígenas nas mudanças constitucionais	33
1.3 Delineando os contornos e estabelecendo características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano	42
1.4 O <i>Buen Vivir</i>	48
CAPÍTULO 2 – ESTABELECCENDO LIGAÇÕES ENTRE A SOCIEDADE DE RISCO, O <i>BUEN VIVIR</i> E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	56
2.1 Sociedade de Risco: uma breve exposição	57
2.2 Desdobramentos e evolução da Sociedade de Risco a partir de outras óticas	64
2.3 Enxergando a Sociedade de Risco sob a ótica sul-americana que permeia o Novo Constitucionalismo: qual o ponto em comum entre conceitos e teorias aparentemente tão distintos?	72
CAPÍTULO 3 – CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS: EXPLORAÇÃO E INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO (?)	76
3.1 Considerações acerca da bioprospecção, conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético e biopirataria	80
3.2 Instrumentos legais que regulam a matéria	86
3.2.1 Instrumentos internacionais.....	86
3.2.2 Instrumentos nacionais.....	90
3.3 Bem Viver: como tais propostas podem reforçar as proteções legislativas	98
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e a proteção dos saberes indígenas, mais especificamente, o estudo do *Buen Vivir/Vivir Bien* – Bem Viver – do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e a sua capacidade para proteger ou reforçar as proteções já existentes aos conhecimentos tradicionais associados. Para tanto, com vistas a unir saberes do Norte e do Sul, busca também ligar o estudo junto à teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck, de modo a demonstrar que há elos de ligação entre percepções aparentemente tão distintas geográfica e cronologicamente.

Como objetivo geral, buscou-se estudar o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e delinear os contornos do *Buen Vivir/Vivir Bien*, perpassando a análise pela sociedade de risco, demonstrando como tais propostas são (ou foram) capazes de reforçar a proteção aos conhecimentos tradicionais associados.

Para tanto, foram delineados três objetivos específicos. O primeiro foi estudar o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e apresentar suas características como lutas e movimentos sociais que levaram às mudanças dos textos constitucionais em alguns países sul-americanos, aprofundando a compreensão dos conceitos e das ideias que envolvem o *Buen Vivir/Vivir Bien* inseridos nas constituições boliviana e equatoriana. Em segundo lugar, decidiu-se discorrer sobre a teoria da sociedade de risco e analisar se existem pontos de imbricação entre a mesma e o constitucionalismo supramencionado. Por último, a partir das discussões e debates surgidos com as denúncias feitas por Beck no que tange às questões ambientais, aprofundar os conceitos referentes aos conhecimentos tradicionais associados, bioprospecção e a pilhagem realizada por empresas – na maior parte das vezes multinacionais estrangeiras –, analisando a evolução legislativa a nível internacional e nacional, demonstrando que para além da legislação, as propostas do *Buen Vivir/Vivir Bien* também são capazes de garantir maior segurança a esses saberes e são compatíveis com o alcançado nos dois primeiros objetivos.

A preocupação com o meio ambiente, embora tenha ganhado maior relevância na academia e nos meios midiáticos nos últimos anos, não é assunto recente e tampouco novidade para a maioria dos Estados. Em 1972 a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano na cidade de Estocolmo, na Suécia. Foi a primeira grande tentativa a nível global de se tratar das questões que envolvem a relação do homem com o meio ambiente.

Desde 1972, houve uma série de outros encontros, tais como a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente no Rio de Janeiro, mais conhecida como ECO-92 e a Rio+20, permitindo notar que a questão ambiental passou a fazer parte da agenda política de diversos países. Trazendo, então, a preocupação com a preservação ambiental para uma análise que envolve fronteiras e direitos humanos, é pertinente interligar esse estudo dentro de uma pesquisa fruto de um programa de mestrado em Fronteiras e Direito Humanos.

Para tanto, optou-se por abordar o referido Novo Constitucionalismo, pois o mesmo perpassa por e engloba temáticas atinentes a questões fronteiriças e também a direitos fundamentais das populações indígenas, historicamente relegadas ao esquecimento e/ou à marginalização.

A apropriação de conhecimentos dos povos tradicionais ocorreu ao longo da história do desenvolvimento dos Estados desde o seu “descobrimento”. Os colonizadores perceberam que aquela sabedoria passada entre gerações era passível de exploração e fizeram uso da mesma para gerar riquezas, não dando parcela dos lucros e muito menos os devidos créditos àqueles que cunharam esse tipo de saber, negando, ainda, a utilização dos conhecimentos dos “homens brancos” sob a acusação de aculturação.

Pode-se pensar que com o desenvolvimento dos países e a evolução da ciência e da tecnologia não existe mais essa apropriação indevida da sabedoria sobre a natureza acumulada por esses sujeitos, no entanto, isso não é verdade. A tomada desse conhecimento se tornou assunto discutido a nível global diante das vantagens que países desenvolvidos conseguiram obter explorando aqueles em desenvolvimento.

Diante dessa exploração, os povos indígenas que resistiram e resistem desde a chegada dos colonizadores nas suas terras ainda se veem vítimas de tal realidade. Além de terem seus saberes pilhados, têm sua cultura desvalorizada, esquecida e desrespeitada; suas terras sagradas são palco de violação perpetrada em nome do desenvolvimento econômico.

A exploração desses recursos é feita principalmente por países desenvolvidos em países em desenvolvimento. O Brasil e países da região da América Latina, cuja biodiversidade é rica e vasta, são locais em que grandes corporações extraem esse conhecimento, comumente de forma irregular ou até mesmo ilegal.

Como exemplo, em região próxima à localização do programa ao qual esta pesquisa está vinculada, pode-se citar o caso da Stevia¹ – planta que tem propriedades adoçantes e é mais saudável que o açúcar – que ganhou a atenção de grandes empresas multinacionais,

¹ <https://www.bbc.com/portuguese/geral-38407924>. Acesso em 05 de junho de 2018.

como as fabricantes de refrigerantes. Comunidades tradicionais guaranis Pa'í Tavyterã e Kaiowa do Paraguai e do Brasil contestaram tal uso judicialmente e lutam pela justa e equitativa repartição dos benefícios obtidos com essa exploração, haja vista que muito antes das empresas já sabiam dessas propriedades.

Tal apropriação espalha-se por todo o continente e em diversas partes do Brasil e, por vezes, não é realizada de forma direta por empresas. Ainda a título exemplificativo, é possível citar o caso dos Krahô, habitantes do Estado de Tocantins: alegaram que a Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) não obtivera consentimento prévio de todas as comunidades para a realização de pesquisa acerca de seus conhecimentos tradicionais associados. A Universidade buscava celebrar parcerias para realizar pesquisas para conseguir novos processos químicos e/ou princípios ativos e para produção de fármacos. (ÁVILA, 2004, p. 19-20)

O avanço do sistema de produção contra a natureza levantou debates acerca dos efeitos colaterais que surgiram ao longo do tempo. O conhecimento científico e tecnológico progrediu em grande escala, surpreendendo, todavia, a humanidade com consequências ou desastres imprevisíveis, que levaram a uma maior preocupação a nível mundial com tais questões. Nesse quadro, o sociólogo alemão Ulrich Beck foi pioneiro ao cunhar a sua teoria da sociedade de risco, a qual permitiu enxergar as mazelas ambientais sob um olhar sociológico e abriu caminho para discussões internacionais sobre danos e proteção ambientais.

Embora distante de uma realidade ideal, hodiernamente é possível falar que houve avanços no que se refere à proteção legal dessa sabedoria tradicional e da natureza; muito além disso, houve também o reconhecimento internacional, regional e constitucional do modo de ser e viver indígena. Por exemplo, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 216, determina que são patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, individual ou conjuntamente, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, aí inclusos: as formas de expressão, os modos de criar, viver e fazer, as criações científicas, artísticas ou tecnológicas, dentre outros.

Ademais, houve uma série de mudanças e reformas constitucionais na América Latina que iniciou o que a doutrina denominou de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, resultado de diversas lutas e movimentos indígenas para ter sua existência, sabedoria, cultura e costumes reconhecidos constitucionalmente.

Ainda, passou-se a se discutir internacionalmente mais sobre a proteção à biodiversidade e ao patrimônio genético proveniente de recursos naturais, com o

estabelecimento de normativas que buscam assegurar o respeito à fauna, à flora e ao conhecimento carregado por esses povos. Fala-se, então, em “biopirataria” e há preocupação em elaborar instrumentos e meios de coibi-la.

Com isso em vista, no primeiro capítulo do presente trabalho busca-se apresentar inicialmente a proposta do *Buen Vivir/Vivir Bien* do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e mostrar as conquistas alcançadas no que se refere ao reconhecimento legal dos direitos indígenas e sua forma de viver com a natureza. Para tanto, primeiro é feita uma contextualização histórica para permitir um melhor entendimento.

O segundo capítulo procura trazer os contornos da sociedade de risco e se aprofundar nos escritos de Beck e demais autores que buscaram desenvolver sua teoria. Além disso, apresentam-se elementos de ligação com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, o *Buen Vivir/Vivir Bien* e a própria Sociedade de Risco, mostrando, desde já, a relação que todos eles guardam com o desenvolvimento biotecnológico, patrimônio genético e a proteção aos conhecimentos tradicionais associados.

No terceiro capítulo, inicialmente procura-se apresentar os conceitos referentes a bioprospecção, biopirataria e conhecimentos tradicionais associados para, em seguida, realizar uma análise dos dispositivos legais internacionais que regulam a matéria. Posteriormente, estuda-se a legislação brasileira que busca proteger esses saberes e regular a justa e equitativa divisão dos benefícios oriundos de sua exploração. Por último, pretende-se demonstrar como os ideais e conceitos que envolvem o Bem Viver são capazes de reforçar a proteção legal existente.

Trata-se de pesquisa qualitativa que fez uso do método histórico e monográfico para coletar os dados por meio de revisão bibliográfica em obras, periódicos e textos legais referentes à temática apresentada. Após as devidas leituras, tentou-se atingir os objetivos adrede mencionados utilizando-se o método hipotético-dedutivo, sem prejuízo de outros métodos ou aproximações metodológicas que porventura se mostraram necessários.

As pesquisas que envolvem o Novo Constitucionalismo Latino-Americano em sua grande maioria envolvem as questões de plurinacionalidades e inclusão dos povos indígenas nas constituições e na vida política. Pouco ou quase não se fala acerca de como os conceitos que esses saberes apresentam são passíveis de ligação com a proteção legal aos conhecimentos tradicionais associados e também não buscou-se ligar a teoria da sociedade de risco com tais temáticas com vistas a demonstrar como saberes cunhados a partir de uma ótica eurocêntrica podem dialogar com aqueles cunhados por alguns dos grupos mais

marginalizados e vulneráveis do Sul. Nesse sentido é que reside a inovação do presente trabalho.

Com esta pesquisa, pretende-se contribuir para uma ampliação dos estudos realizados no que se refere ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano, estendendo-se para além das análises até então priorizados e/ou realizadas. Ademais, também é de fundamental importância que se dê maior visibilidade aos povos indígenas e que suas reivindicações e pautas sejam atendidas e consideradas, haja vista toda exploração histórica e sofrimento aos quais foram submetidos, tendo seus direitos humanos negados e violados ao longo de centenas de anos.

CAPÍTULO 1 – O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O CAMINHO PERCORRIDO E SUAS CARACTERÍSTICAS

A palavra “novo” por si só já permite depreender que existia ou existe algo anterior que foi superado, melhorado ou seguido por uma inovação. Ao falar-se de um Novo Constitucionalismo Latino-Americano, infere-se a existência de um Constitucionalismo que, de certo modo, o precedeu. Além do Constitucionalismo, existe o referido Novo Constitucionalismo.

Há diversos autores, como Rubén Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor, além de obras e escritos que tratam dos temas acima, sendo conteúdos muito amplos, vastos e densos, dignos de trabalhos que podem se dedicar exclusivamente a cada um deles sem esgotá-los. A presente pesquisa não tem o intuito de se alongar e se aprofundar acerca do Constitucionalismo, todavia é essencial que sejam apresentadas suas características e um pouco de sua evolução de modo a contextualizar e permitir melhor compreensão do presente trabalho, de modo que procurar-se-á discorrer sobre isso no tópico seguinte.

1.1 Entendendo o Constitucionalismo

1.1.1 Apontamentos sobre o constitucionalismo

Discorrer sobre o constitucionalismo requer que se volte no tempo e se entenda os problemas jurídicos e políticos que o movimento constitucional moderno buscou solucionar. Tal movimento não teve um nascedouro único e tampouco um marco temporal específico, pode-se falar em constitucionalismos com origens geográficas e períodos diversos, como o constitucionalismo inglês, o americano e o francês, todos ocorrendo em momentos constitucionais distintos. (CANOTILHO, 2003, p. 51)

O termo é de uso relativamente recente dentro da cultura jurídica ocidental, datado de cerca de 200 anos, possuindo relação com os processos de revolução francesa e (norte) americana, significando “limitação do poder e supremacia da lei”. (BARROSO, 2010, p. 4-5)

Canotilho define constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Seria, então, uma técnica de limitação do poder com fins de garantia. O autor considera que se trata de uma teoria normativa da política. (CANOTILHO, 2003, p. 51)

Quando se fala de constitucionalismo moderno, é necessário entender que o termo se refere aos movimentos políticos, sociais e culturais que principalmente a partir da metade do século XVII questionam as formas e traçados de organização do domínio político e simultaneamente apresentam propostas de reformas no que tange à ordenação e à fundamentação do poder político. (CANOTILHO, 2003, p. 52)

Todavia, afirmar que existe um chamado constitucionalismo moderno implica dizer que há um constitucionalismo antigo. Nesse sentido, Canotilho defende que esse último seria um “conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”. (CANOTILHO, 2003, p. 52)

Para Barroso, as origens do constitucionalismo remontam da Antiguidade Clássica, mais especificamente na Grécia. Em Atenas, já se identificavam intenções de limitação do poder político através da máxima “governo de leis, e não de homens”. O exemplo foi seguido por Roma quando da implantação da República em 529 a.C. Dando um salto no tempo, viu-se que o surgimento do Estado Moderno no início do século XVI foi marcado por seu caráter absolutista, no qual o monarca era detentor do poder divino, o que lhe permitia perpetuar uma série de abusos. (BARROSO, 2010, p. 6-9)

O despotismo dos governos que não encontravam freios e limitações gerava insatisfações na parcela da população que não era acobertada por os privilégios que cercavam algumas minorias. Esse sentimento de revolta foi sentido por aqueles que eram oprimidos. Foi assim que as revoluções burguesas do final do século XVIII deram à constituição um sentido normativo, depois de derrubarem o poder monárquico, tradicional e autolegitimado, atribuindo-se a tarefa de erigir uma nova e legítima forma de poder. (CARVALHO, 2015, p. 35)

A constituição passou a ser identificada como um conjunto de normas que regula a organização e o exercício do poder estatal e as relações entre o Estado e a sociedade, em outras palavras, passou a ser o direito produzido pelo soberano que vincula os órgãos estatais, possuindo posição hierarquicamente superior, estando consubstanciado num documento e apresentando dificuldades para sua modificação. (CARVALHO, 2015, p. 35)

Carvalho considera que o constitucionalismo seria um conjunto de doutrinas que por volta da metade do século XVII se dedicaram a recuperar no horizonte das constituições modernas o aspecto do limite e da garantia. Segundo o autor, o constitucionalismo moderno se apresentará como uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. (CARVALHO, 2015, p. 36)

Destaca-se que no conceito moderno de constituição e constitucionalismo, é necessário que os textos constitucionais estejam escritos e nota-se que há preocupação com a limitação do poder político como, por exemplo, ao instituir-se a separação dos poderes e garantia de direitos. Nesse sentido entende-se que a ideia de Estado constitucional é inerente ao constitucionalismo moderno ao limitar os poderes com fins de garantia. (CARVALHO, 2015, p. 37-38)

O constitucionalismo moderno com o modelo de Estado limitado deu origem à concepção moderna de direitos humanos ao reconhecer-se que as instituições governamentais devem estar a serviço dos governados e não dos governantes; tal limitação foi o primeiro e decisivo passo para o reconhecimento de direitos inerentes à condição humana em si. (CARVALHO, 2015, p. 40)

Ao se analisar a herança constitucional e suas transformações históricas, sistematizando em ciclos ou etapas evolutivas do constitucionalismo, há quase consenso em assinalar o final da Segunda Guerra Mundial como um momento de significado especial. Ele marca o eixo diretor do desenvolvimento do princípio de constitucionalidade frente ao princípio da legalidade, a soberania parlamentar se submetendo à soberania da constituição, expressada, em partes, pelas garantias constitucionais que garantem a sua supremacia. (LÓPEZ e MUSTELIER, 2010, p. 96)

No entanto, para Carvalho o constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra) possui a mesma definição do constitucionalismo moderno: hodiernamente o constitucionalismo continua sendo concebido como “técnica específica de limitação do poder com finalidade de garantia”. (CARVALHO, 2015, p. 52)

Detalhando um pouco melhor, o Estado de direito que inicialmente era assentado na ideia de limitação do poder, não foi além de um Estado meramente jurídico, ou legislativo, sendo que esse modelo foi característico do período que vai do liberalismo clássico ao início do segundo pós-guerra. Houve, então, a substituição do absolutismo do monarca pelo poder absoluto da assembleia; redução do direito à lei; as constituições eram consideradas meras cartas políticas que visavam organizar o poder, sendo apenas documentos formais de estabelecimento de competências incapazes de limitar o arbítrio do legislador. Em suma, a lei não possuía limite de ordem material. (CARVALHO, 2015, p. 82-83)

Tal situação foi superada apenas com o surgimento das constituições rígidas surgidas após a Segunda Guerra Mundial, juntamente com o fenômeno denominado pós-positivismo/constitucionalismo contemporâneo:

[...] em virtude do flagelo provocado pela segunda grande guerra, o constitucionalismo da segunda metade do século XX, ou seja, a emergência das constituições rígidas significou a superação do Estado legislativo, ocorrendo, em consequência, o que se pode denominar de constitucionalização do Estado, surgindo, daí, a expressão ainda não recorrente 'Estado constitucional', cuja característica mais relevante foi o reconhecimento de força normativa à constituição. Com reconhecimento do seu caráter normativo, as constituições passaram a constituir um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível: 'O "velho" direito não tinha condições de atender as demandas de um mundo traumatizado por duas Grandes Guerras. Eis aí o nascimento do novo paradigma.' (CARVALHO, 2015, p. 87)

Essa constitucionalização do Estado levou a um redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional: por causa da supremacia constitucional, a lei passou a submeter-se a um juízo de validade material; no plano institucional, a supremacia do parlamento cedeu espaço ao poder Judiciário, cuja responsabilidade passou a ser garantir o conteúdo substancial da constituição. (CARVALHO, 2015, p. 88-89)

Do exposto, é possível entender que houve o surgimento de um paradigma do Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição adquiriu papel de suma importância no que tange à limitação do poder estatal e ao fornecimento de garantias para que a mesma ocorresse. Ao falar-se de garantia, é primordial que minimamente apresentem-se os contornos da teoria do garantismo, cunhada por Luigi Ferrajoli.

Partindo do modelo penal italiano, Luigi Ferrajoli elaborou sua teoria e afirmou que o garantismo compreenderia três significados distintos que podem ser estendidos a todos os campos do direito: um modelo normativo de direito; uma teoria jurídica da validade e da efetividade das normas que permitiria separar o "ser" do "dever ser" dentro do direito; e, por último, seria uma filosofia política que demanda do direito e do Estado que externem justificativas baseadas nos bens e interesses que correspondem à finalidade da tutela ou da garantia. (FERRAJOLI, 2002, p. 683-684)

Os direitos plasmados nas constituições passam a ser entendidos como salvaguardas de todas aquelas liberdades que foram conquistadas através de lutas históricas; são proibições e inviolabilidades que agem como mandamentos que devem ser respeitados não apenas pela população em geral, mas também pelo legislador. Isso ocorre tendo-se em vista o objetivo de impedir que novas leis hierarquicamente inferiores à constituição se insurjam contra as garantias constantes do texto constitucional.

Em suma, o poder que o povo como legítimo titular delega aos representantes políticos não é absoluto; existem limites que devem ser observados por todos, constantes do rol de direitos e garantias individuais e coletivos constitucionalmente previstos. Posteriormente,

maiores apontamentos sobre o garantismo serão apresentados quando da análise da constituição brasileira.

Retomando, então, conforme afirmado por Canotilho no início do presente tópico, é possível se falar em vários constitucionalismos que ocorreram em momentos constitucionais distintos. De modo a melhor apresentar a evolução dessa teoria/ideologia, é pertinente apresentar brevemente os trajetos percorridos nos Estados que acabaram por servir de modelo aos demais.

1.1.1.2 O constitucionalismo inglês

Para que se compreenda o Constitucionalismo Inglês, é necessário estudar o constitucionalismo medieval em cuja tradição o primeiro estava inserido: havia uma verdadeira constituição medieval que possuía características próprias e, para compreendê-las, tem-se que ter em mente seu contexto histórico. (CARVALHO, 2015, p. 95-96)

Na Idade Média, os poderes eram fragmentados, divididos entre eclesiástico e imperial, possuindo, porém, um traço comum: não eram soberanos, pois desenvolviam-se fora das previsões normativas, baseavam-se nos costumes. Essa fragmentação durou muitos séculos, pois os atores da constituição medieval sabiam da impossibilidade de sair do lugar e da função aos quais correspondiam dentro da ordem jurídica vinculante. (CARVALHO, 2015, p. 96-97)

Em suma, ao contrário da constituição dos antigos, que podia ser concebida como um ordenamento político ideal, a constituição medieval pode ser entendida como um ordenamento jurídico dado, a ser preservado e defendido diante de toda e qualquer pretensão de introduzir modificações arbitrárias em relação ao equilíbrio existente. Isso significa dizer que, se entre os antigos vigorava a ideia de um constitucionalismo político, entre os medievais prevalecia a ideia de um constitucionalismo jurídico. (CARVALHO, 2015, p. 97)

A sociedade na Europa medieval dividia-se em três grupos sociais que possuíam estatuto jurídico próprio, o qual era ligado às suas condições pessoais, sendo eles: nobreza, clero e povo. A nobreza e o clero eram dotados de privilégios hereditários, ao passo que a classe do povo gozava apenas da vantagem do *status libertatis*, que permitia que seus componentes não se confundissem com os servos dos mais variados tipos. (COMPARATO, 2013, p. 86-87)

Todavia, é pertinente destacar minimamente as mudanças ocorridas no sentido do avanço de reconhecimento de direitos e limitação do poder estatal: com os movimentos do

monaquismo² e da revitalização urbana, começou a ocorrer uma transformação desse quadro. O primeiro foi impulsionado principalmente com as inovações trazidas pelas Regras de São Bento – ora e trabalha – que compreendiam a valorização do trabalho e a racionalização da cultura da terra, aplicando novos métodos para um melhor aproveitamento dos recursos naturais. Essa revolução agrícola foi responsável por trilhar o caminho que permitiu a ocorrência da Revolução Industrial posteriormente. (COMPARATO, 2013, p. 89)

Os monastérios fundiam os três estamentos citados ao reunir, numa mesma instituição e sob as mesmas diretrizes, uma série de jovens de famílias nobres, que se misturavam com os demais na vida consagrada à oração e ao trabalho. A revitalização urbana tornou mais atrativa a vida nas cidades, porém foi somente a partir da Revolução Francesa que a estrutura estamental foi encerrada completamente. (COMPARATO, 2013, p. 89-90)

A reforma protestante também auxiliou na extinção da ordem eclesiástica e da posição do clero e é nesse contexto que reside a importância da *Magna Carta*. Expedida em 1215, buscava garantir paz, no entanto acabou por gerar conflitos, embora procurasse consolidar legalmente o direito consuetudinário. De início, foi prevista para vigor por somente três meses, porém várias de suas disposições não foram executadas. (COMPARATO, 2013, p. 89-90)

Apesar de parecer uma promessa unilateral feita pelo rei, na realidade tal documento mostrou-se uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, através da qual eram reconhecidos aos últimos certos foros e privilégios especiais. Tratou-se do reconhecimento de que a soberania do monarca tornava-se limitada por franquias ou privilégios estamentais, beneficiando, assim, todos os integrantes de uma determinada ordem de modo coletivo. (COMPARATO, 2013, p. 91)

Inicialmente com pouca força, posteriormente foi reafirmada nos anos de 1216, 1217 e 1225, sendo que nesse último ano tornou-se direito permanente, deixando implícito de modo inédito na história medieval que o monarca também estava vinculado e deveria se submeter às leis que o mesmo editara. Nesse sentido, se num primeiro momento não auxiliou para acabar com o regime feudal, com o decurso do tempo atingiu tal objetivo e se tornou base para a construção da democracia moderna. (COMPARATO, 2013, p. 91-92)

Feitos esses breves apontamentos sobre diploma de suma importância no que tange à história do(s) Direito(s), é imprescindível retomar o ponto abordado no início do presente tópico. Assim, traz-se algumas diferenças do modelo historicista britânico em relação aos

² Referente aos monastérios; não se trata de monarquismo.

outros: na Idade Média, não se reconheciam direitos e liberdades aos indivíduos considerados em si mesmos; apresentavam característica corporativa: somente seriam garantidos enquanto as pessoas fizessem parte do feudo, do vale, da cidade, da aldeia, fazendo referência também às ordens e estamentos nos quais era dividida a sociedade. No que se refere à indisponibilidade dos direitos e liberdades frente aos detentores do poder, no medievo os mesmos eram confiados à força de uma ordem natural das coisas historicamente fundada. (CARVALHO, 2015, p. 102-103)

Apesar do exposto, é somente num esforço de aproximação que pode-se considerar que a noção de Estado de direito se originou com a instauração da monarquia constitucional inglesa. O direito costumeiro ainda é primado em detrimento do direito positivo: o que fora positivado seria válido até onde não contrariasse o direito comum. (CARVALHO, 2015, p. 105)

1.1.1.3 O constitucionalismo (norte) americano

Antes de tecer apontamentos sobre o constitucionalismo da América do Norte, é primordial destacar que a independência das treze colônias representou o primeiro ato da democracia moderna, em conjunto com um regime constitucional, representação popular e limitação do poder do governo, sem olvidar do respeito aos direitos humanos. Todavia, como se deu esse processo? (COMPARATO, 2013, p. 111)

A independência americana esteve muito ligada à identidade cultural da população que fazia parte das colônias; é a especificidade cultural que diferencia uma nação da outra e, no caso em tela, não foi diferente: a sua cultura formou-se já no início da colonização, contrapondo-se àquela da Inglaterra. Os costumes e valores sociais britânicos já não correspondiam aos dos colonos. (COMPARATO, 2013, p. 111-112)

O cerne da sociedade da América do Norte se mostrou composto por proprietários que buscavam garantir a livre concorrência por meio da igualdade legal; tratava-se, então, de uma democracia burguesa. As classes dominantes do novo Estado que se formaria seriam compostas por proprietários rurais, comerciantes e profissionais liberais. O espírito empresarial e a paixão pelo lucro se instalaram na semente que se tornaria os Estados Unidos posteriormente. (COMPARATO, 2013, p. 113)

A luta em defesa de liberdades individuais e a limitação do poder governamental através consentimento popular decorreram da cidadania igualitária pregada pelos

revolucionários – com exceção daqueles que eram favoráveis à escravidão. Essa rebeldia já era intrínseca aos colonos que haviam vindo à América devido à perseguição aos calvinistas ocorrida durante o século XVI. (COMPARATO, 2013, p. 114-115)

O surgimento de uma guerra entre França e Inglaterra pelo território canadense fez com que o governo inglês aumentasse as cargas tributárias de modo a obter mais dinheiro das colônias para financiar as despesas do conflito. Em 1763 foi expedida uma determinação do rei que proibia os colonos de realizar transações comerciais com os povos indígenas diretamente; as mesmas deveriam ser feitas por funcionários da coroa. Em 1765 o governo britânico criou novo imposto sobre o selo e em 1767 o comércio exterior foi afetado por novos direitos e tarifas que passaram a ser cobrados. (COMPARATO, 2013, p. 115)

Tais mudanças geraram sentimento de insatisfação naqueles colonos cujos espíritos mercantis se mostraram fortes desde o início, sendo que houve uma sucessão de revoltas em diversas cidades, culminando em uma reunião das colônias em Congressos Continentais. O primeiro ocorreu em 1774 na Filadélfia e deu luz à “*A Summary View of the Rights of British America*”³, documento no qual já se viam alguns pensamentos que se desenvolveriam mais tarde no projeto da Declaração de Independência, e. g., o direito de autodeterminação dos povos livres, fundado na igualdade entre todos os homens. (COMPARATO, 2013, p. 116)

O período compreendido entre 1776 a 1788 foi o momento histórico de máximo interesse para formação do constitucionalismo moderno, pois foi tempo de edição de diversas Constituições, mas, sobretudo, pelo aperfeiçoamento da técnica de elaboração e legitimação das mesmas. (CARVALHO, 2015, p. 106-107)

Em 1776 o Congresso Continental aprovou a Declaração de Independência Americana, suprimindo alguns trechos originariamente escritos por Thomas Jefferson – mais especificamente aquele em que era condenado o tráfico negro. Tal documento merece atenção pelo fato de ser o primeiro que afirmou os princípios democráticos na história política moderna. Com ela, os monarcas deixavam de ter poderes absolutos e o poder de julgar os atos políticos foi colocado nas mãos de todos os homens indistintamente.⁴ (COMPARATO, 2013, p. 117-118)

Comparato se utiliza do Segundo Tratado do Governo escrito por John Locke para reforçar o direito de revolução segundo o qual “os governos são instituídos entre os homens para garantir seus direitos naturais, de tal forma que ‘seus poderes legítimos derivam do

³ Uma visão sumária dos direitos da América britânica (tradução nossa).

⁴ Aqui deve-se desconsiderar as populações escravizadas, que não gozavam do status de homens livres e por isso não eram protegidas pelo direito.

consentimento dos governados’. E ‘toda vez que alguma Forma de Governo torna-se destrutiva [...] é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la [...]’” (COMPARATO, 2013, p. 118)

Resumindo a importância histórica da Declaração de Independência norte-americana: foi o documento pioneiro a reconhecer formalmente a legitimidade da soberania popular, a existência de direitos naturais, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. (COMPARATO, 2013, p. 119)

Em 1803 o Juiz Marshall reconheceu a competência da Suprema Corte para examinar as leis emanadas do Parlamento para verificar sua conformidade com a Constituição, estabelecendo as premissas para a afirmação do controle de constitucionalidade e o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária. As colônias já concebiam suas próprias assembleias e não se sentiam representadas pelo parlamento; assim, invocaram os princípios mais sagrados da tradicional constituição inglesa e máxima da *no taxation without representation*⁵. (CARVALHO, 2015, p. 107-108)

O ponto chave a ser destacado é que a revolução americana nasceu sobre o signo da oposição da Constituição à lei emanada do parlamento inglês. Foi a primeira vez na história que o conceito de constituição foi empregado num sentido plenamente normativo com a intenção de afirmar a invalidade de uma lei e, em decorrência disso, sua incapacidade para legitimamente obrigar. Os argumentos utilizados foram a inconstitucionalidade da lei, afirmação da força normativa da constituição e o pensamento lockeano de resistência (o poder do povo de, numa situação extrema, abolir o legislativo que houvesse traído sua confiança). (CARVALHO, 2015, p. 108)

Tais argumentos serviram para sustentar a efetiva superioridade da constituição sobre dois fundamentos, o primeiro de cunho histórico diante da força da tradicional constituição inglesa, somada aos direitos absolutos dos homens britânicos. Por outro lado, também se levou em consideração a existência do poder constituinte juntamente com os direitos naturais dos indivíduos. (CARVALHO, 2015, p. 109)

Com a Declaração de Independência Americana, se afirmou o direito do povo soberano de abolir governo injusto que não garantisse os direitos dos indivíduos – invocava a doutrina do direito natural –, mas somente após esgotadas as tentativas de evitar ruptura. Em outras palavras, desejavam manter-se no paradigma historicista da tradicional constituição inglesa; ao mesmo tempo em que romperam com a tradição constitucional, em certo ponto mantiveram-se vinculado a ela. Tal ruptura se deu por causa da afirmação do poder

⁵ Nenhuma tributação sem representação (tradução nossa)

constituente e do princípio democrático da soberania popular, ausentes naquele modelo. (CARVALHO, 2015, p. 110-111)

O texto constitucional americano de 1787 é solidamente fundado sobre o poder constituente do povo. O movimento revolucionário americano não foi um movimento restaurador dos antigos direitos e liberdades da constituição inglesa, haja vista que a constituição fora concebida como lei superior, destinada à garantia dos direitos dos cidadãos. A diferença principal entre o constitucionalismo inglês e o americano é que o americano “transporta uma filosofia garantística; a constituição não é fundamentalmente um projeto para o futuro, é uma forma de garantia de direitos e de limitar poderes.” (CARVALHO, 2015, p. 111)

Com isso, é pertinente estabelecer um contraponto: na Revolução Francesa o poder constituente foi concebido como um poder supremo, tendo como titular o povo ou a nação. Na Revolução Americana tal poder foi apenas um instrumento funcional para redefinir a Lei Superior. (CARVALHO, 2015, p. 111-112) A Convergência da matriz de pensamento democrática e constituente (jusnaturalista) com a tradicional britânica, historicista configuraram um modelo constitucional de governo limitado. (CARVALHO, 2015, p. 113)

Num esforço de síntese, percebe-se no constitucionalismo americano aqueles elementos que fazem parte do conceito de constitucionalismo moderno entendido como técnica de limitação do poder com fins de garantia, quais sejam, os direitos fundamentais e a separação de poderes. Mas, além disso, inclui também o sistema de freios e contrapesos e o controle de constitucionalidade individualizado e delimitado. Concebe a interpretação como ato de conhecimento e não como ato de vontade; há uma preocupação em manter o juiz (assim como o legislador) dentro dos limites estabelecidos pela constituição. (CARVALHO, 2015, p. 124)

1.1.1.4 Constitucionalismo Francês-Europeu Continental

O movimento que eclodiu no ano de 1789 na França transformou enormemente a própria semântica da palavra “revolução”. A partir dela, o termo passou a expressar a ideia de uma renovação total das fundações sociopolíticas e não meramente a instauração de governo ou regime político, mas sim de uma nova sociedade, compreendendo as relações de poder que a estruturam. (COMPARATO, 2013, p. 141)

Tratou-se, pois, de uma convicção de se estruturar um mundo novo que não era continuidade do antigo e sim uma oposição radical ao mesmo – vide, por exemplo, a destruição de monumentos históricos e obras de arte, considerados contravalores ou despidos de qualquer propriedade cultural. (COMPARATO, 2013, p. 142) Sua principal diferença em relação às declarações norte-americanas residiu no seu estilo abstrato e generalizante que buscava expandir o ideal de liberdade para outros povos. (COMPARATO, 2013, p. 145)

Os deputados na Assembleia Nacional Francesa por várias vezes afirmavam que se dirigiam a toda a humanidade, e não apenas ao povo francês. (COMPARATO, 2013, p. 146) Em pouco tempo, a Revolução Francesa gerou a extinção de desigualdades entre indivíduos e grupos sociais de modo nunca visto anteriormente, sendo a igualdade considerada valor central do movimento. Liberdade correspondia à extinção dos estamentos e divisões sociais, ao passo que fraternidade era entendida como uma virtude cívica, resultante necessariamente da abolição dos privilégios. (COMPARATO, 2013, p. 148)

No entanto, logo foi possível perceber que a intenção do movimento se encontrava majoritariamente em suprimir as desigualdades estamentais, ao invés de consagrar liberdades individuais a todos. A ideia de separação de poderes foi olvidada com brevidade, pois, para que se extinguissem os privilégios, era necessária uma pungente centralização de poderes, sem rígidas separações entre os ramos estatais e concessão de autonomia federativa. (COMPARATO, 2013, p. 148)

A luta contra as desigualdades aboliu as servidões feudais, emancipou os judeus e acabou com os privilégios religiosos. A única barreira que o movimento não foi capaz de superar foi a desigualdade entre os sexos. Diversas mulheres se queixavam contra as situações de inferioridade às quais eram submetidas. Diante disso, a escritora e artista Olympe de Gouges escreveu e publicou a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã” com base na Declaração de 1789, porém foi morta pela guilhotina posteriormente. (COMPARATO, 2013, p. 149)

A despeito dos comentários acima, é possível resumir que a defesa dos direitos na Revolução Francesa significava não só a proteção da liberdade e da propriedade privada em face do poder político, mas também um gesto de revolta contra os privilégios. Os ingleses desenvolveram a ideia de um governo limitado e moderado, portanto, de uma constituição mista. Franceses partiram da ideia de que a ordem dos homens livres é um artifício humano, resultado de um ato de vontade pactuado pelos indivíduos. (CARVALHO, 2015, p.126)

O Constitucionalismo europeu-continental também se afastou do modelo inglês, embora tenha tomado caminho completamente diferente do dos americanos. O paradigma

adotado foi a Revolução Francesa, que possuiu um modelo individualista de constituição. Para os revolucionários franceses os direitos eram concebidos como direitos individuais no sentido de que todos nascem livres e iguais em direitos, e não naturalmente desiguais por integração. (CARVALHO, 2015, p. 125)

No modelo francês a nação detém o poder de instituir uma nova ordem político social. Emmanuel Sieyès idealizou a fórmula constituinte que buscava lutar contra a monarquia absoluta e tal fórmula continha os seguintes pressupostos fundamentais: a) poder constituinte é um poder originário e soberano que tem como titular a nação; b) a nação desfrutava de plena liberdade para estabelecer uma constituição que já não estava sujeita a formas, limites ou condições preexistentes (teoria desconstituinte e reconstituinte ao mesmo tempo). (CARVALHO, 2015, p. 127)

Segundo Carvalho, Canotilho entende que no constitucionalismo francês a ideia de Estado de direito assentou-se na proposta de uma ordem jurídica hierarquizada, em cujo vértice se achava a Declaração de Direitos de 1789. Para ele, essa ainda é a estrutura que serve de paradigma para os Estados constitucionais contemporâneos. Pelo fato da lei ser genérica, é necessária a afirmação do princípio da igualdade formal (a de todos perante a lei – repúdio aos privilégios do antigo regime). (CARVALHO, 2015, p. 128)

“[...] a Constituição de 1791 assentou-se na primazia do legislativo, privada quase que totalmente de contrapesos, restando, por isso mesmo, a impossibilidade de alguma forma de contraposição àquele poder, tanto no que diz respeito ao plano legal quanto no [...] constitucional.” (CARVALHO, 2015, p. 136) Em outras palavras, o constitucionalismo francês não contemplou a doutrina dos freios e contrapesos, como o constitucionalismo inglês e americano. E tal estratégia de declarar de forma abstrata os direitos na constituição para depois limitá-los através de lei infraconstitucional dominou o ambiente europeu-continental até a introdução do controle concentrado de constitucionalidade após a 2ª Guerra Mundial.

Terminadas as observações sobre o constitucionalismo e suas evoluções históricas, cabe agora discorrer sobre nuances e características de modo a entender o que é e porque se fala em um “Novo” Constitucionalismo Latino-Americano.

1.2. Compreendendo o Novo Constitucionalismo Latino-Americano

1.2.1 Contextualização Histórica

Grande parte das constituições fundacionais de países latino-americanos foram fruto de pactos entre as elites liberais e conservadoras que forjaram uma estrutura de poder contramajoritária, tendenciosa e contrária à intervenção maciça dos cidadãos na política. (GARGARELLA, 2010, p. 32) Os acordos entre esses dois grupos implicou na adoção de um esquema constitucional que combinou características benquistas por ambos: na maioria dos países adotou-se um sistema híbrido, do tipo liberal, organizado a partir da ideia de freios e contrapesos, porém desequilibrado em decorrência do Poder Executivo ter mais autoridade. (GARGARELLA, 2010, p. 34)

A maioria dos países latino-americanos entrou no século XX com constituições liberal-conservadoras, diplomas resultantes de uma composição política de ambas vertentes promulgadas majoritariamente na segunda metade do século XIX, época em que o liberalismo e o conservadorismo representavam as duas principais forças políticas da região. As cartas magnas apareceram como sínteses imperfeitas das aspirações legais de ambos os grupos, mais especificamente, refletiram, por um lado, o compromisso com um sistema de freios e contrapesos – aspirações do grupo liberal – e, por outro, representaram o compromisso com um sistema de autoridade concentrado, centralização regional e perfeccionismo moral – aspirações do grupo conservador. (GARGARELLA, 2014, p. 10)

Em suma, foram constituições que estabeleceram tolerância religiosa sem necessariamente afirmar a neutralidade estatal; definiram sistemas de freios e contrapesos que eram, na verdade, desbalanceados e com tendência a favorecer o presidente; estabeleceram o federalismo centralizado como modo de organização territorial. Somado a isso, rejeitaram a incorporação de cláusulas sociais que favoreceriam aqueles em situações de vulnerabilidade bem como negaram iniciativas políticas que favoreceriam a participação massiva da esfera pública. (GARGARELLA, 2014, p. 11)

Depois de ocorridos os processos de independência desses Estados, mantiveram-se os fundamentos anteriormente citados por boa parte de sua história. Todavia, a partir da década de 1980 diversos países da América Latina passaram por processos de reforma ou promulgação de novos textos constitucionais; em sua maioria, os novos diplomas apresentaram inovação ao admitir explicitamente a presença dos povos indígenas em seus Estados como grupos culturalmente diferenciados e não como grupos a serem integrados à dita comunhão nacional a qualquer custo. (RAMOS, 2012, p. 7)

Esse período foi caracterizado pelo fim dos últimos ciclos de governos militares e onze países dotaram-se de novas constituições. (ARMENGOL, 2010, p. 55) As modificações trouxeram uma modernização do próprio direito constitucional no continente cujo ciclo

permitiu visualizar um direito constitucional diferente na América Latina, resultado das transformações resultantes de um somatório de fatores. Dentre eles, destaca-se a aplicação de uma forte política neoliberal que causou a deterioração social, a recuperação das forças de esquerda após a derrubada do socialismo no leste europeu, o surgimento de novos líderes, o amadurecimento de um sentimento nacionalista e patriótico que germinou nos horrores das ditaduras civil-militares e o desgaste dos partidos e forças políticas tradicionais. (ARMENGOL, 2010, p. 55-56)

O quadro começou a mudar próximo à chegada do século XXI e as mudanças vieram por diversas razões: crescente e grande mobilização da classe trabalhadora e aumento da insatisfação com os níveis de desigualdade e autoritarismo. O primeiro sinal radical de transformação apareceu com a Revolução Mexicana de 1910, que teve resultado espetacular: foi um texto robusto e longo na sua declaração de direitos e fortemente comprometido com direitos sociais. À época, foi uma completa inovação e, de fato, foi o diploma pioneiro a nível mundial no desenvolvimento do constitucionalismo social. (GARGARELLA, 2014, p. 12)

Cabe, aqui, apenas a título de nota, tecer uma observação que alguns doutrinadores deixam de fazer: a Constituição Soviética de 1918 também foi marcada por esse cunho social; enquanto a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana de 1917 abordavam questões atinentes à função social da propriedade, o texto soviético colocava fim na própria propriedade privada. Em seu art. 3º determinava ser

[...] sua tarefa fundamental a abolição de toda a exploração do homem pelo homem, a completa eliminação da divisão da sociedade em classes, a impiedosa repressão da resistência dos exploradores, o estabelecimento de uma organização socialista e o atingimento da vitória do socialismo em todos os países, o III Congresso de Deputados Trabalhadores, Soldados e Camponeses de Toda a Rússia resolve:

a. Visando à concretização da socialização da terra, fica abolida a propriedade privada da terra. Todos os imóveis agrícolas são declarados propriedade de todo o povo trabalhador e entregues, sem qualquer indenização, aos trabalhadores, com base no princípio da utilização igualitária da terra.

O texto mexicano mudou decisivamente a história do constitucionalismo latino-americano. Seguindo sua adoção, aos poucos muitos países na região começaram a mudar suas estruturas constitucionais básicas. Começaram a incluir longas listas de direitos sociais em suas cartas: o Brasil modificou sua constituição em 1937; Bolívia em 1938; Cuba em 1940; Uruguai em 1942; Guatemala e Equador em 1945; Argentina em 1949. Foi desse modo que as constituições do continente expressaram, por meio legal, as principais mudanças sociais que ocorreram na região durante a primeira metade do século XX, mais precisamente a incorporação da classe trabalhadora como decisivo ator econômico e político. (GARGARELLA, 2014, p. 12-13)

Após essas reformas, a região passou por um segundo período de mudanças constitucionais impactadas pela emergência de uma nova onda de ditaduras que afetou o continente e pela adoção de reformas neoliberais e programas de ajuste econômicos no final dos anos 1980. O tempo de governos militares teve efeito profundo na região, obrigando diversos países a reconstruir sua organização constitucional depois de recuperada sua democracia. (GARGARELLA, 2014, p. 13)

Com essa mudança contextual, os governos de direita se viram obrigados a mudar o discurso e incorporar às suas agendas temas de cunho social. É nesse cenário que se pode afirmar que toma forma no continente um novo constitucionalismo que, do ponto de vista estritamente documental, iniciou com a Constituição Brasileira de 1988 e, mais incisivamente, com os textos da constituição colombiana de 1991, venezuelana de 1999, equatoriana de 2009 e boliviana de 2009. (ARMENGOL, 2010, p. 56)

O fim do cruel período para os direitos humanos veio com reformas constitucionais baseadas em direitos humanos: as mudanças implicavam fornecer status especial, por vezes constitucional, a diferentes tratados sobre direitos humanos que os países haviam assinado ao longo das últimas quatro ou cinco décadas. Tais tratados eram designados para proteger os mesmos direitos humanos básicos que foram sistematicamente violados pelos governos ditatoriais. Os países acima citados tentaram garantir maior proteção àqueles direitos que haviam sido violados pelos governos autoritários. (GARGARELLA, 2014, p. 14)

A decisão de fornecer status legal especial a diversos tratados de direitos humanos gerou resultados interessantes. Em parte, essas iniciativas expressavam a reconciliação de certas partes da esquerda política com questões de direitos e constitucionalismo, que a esquerda frequentemente resistia. Além disso, o novo status legal conferido aos direitos humanos por muitas dessas constituições teve um efeito interessante sobre os conservadores. Por exemplo, após as mudanças constitucionais, muitos juízes conservadores começaram a considerar argumentos mais sérios com base no valor dos direitos humanos. (GARGARELLA, 2014, p. 14)⁶

Outra fundamental mudança constitucional produzida no continente no final do século XX veio como consequência da aplicação dos chamados programas de ajuste social – políticas econômicas severas – resultantes de decisões dos governos democráticos pós-

⁶ Tradução nossa. Texto original: *The decision to provide special legal status to diverse human rights treaties created interesting results. In part these initiatives expressed the reconciliation of certain parts of the political left with issues of rights and constitutionalism, which the left had frequently resisted. In addition, the new legal status given to human rights by many of these constitutions had an interesting effect on conservatives. For instance, after the constitutional changes, many conservative judges began to consider more seriously arguments based on the value of human rights.*

ditatoriais. Essas políticas monetárias majoritariamente implicavam a redução dos gastos públicos e eliminação de programas sociais. (GARGARELLA, 2014, p. 14)

As mudanças na economia somadas à crise social foram fatores que introduziram as reformas legais; os programas neoliberais geraram insatisfação e, como consequência, milhões de pessoas se viram em situação de completo abandono. O Estado, que lhes garantiria trabalho e proteção social nos últimos 40 anos, estava encolhendo. Resultado: a América Latina começou a experimentar um processo de mobilização exigindo a proteção social que muitos textos prometiam. (GARGARELLA, 2014, p. 15)

Muitas das mais relevantes reformas sócio-legais das últimas décadas seguiram a crise econômica dos anos 1990. As mudanças constitucionais podem ser vistas como uma resposta direta à crise social dos anos anteriores; ao final do século XX, a maioria dos países da região havia adotado constituições extremamente fortes, ao menos no que se refere aos direitos sociais, econômicos e culturais. (GARGARELLA, 2014, p. 15)

Cervantes também partilha do entendimento de que as políticas neoliberais foram impostas constantemente na região nas últimas décadas do século XX, fortalecendo a relação entre capitalismo, desenvolvimento e direito. Porém, a história demonstrou que nem o capitalismo e nem as referidas políticas puderam construir uma hegemonia total, pois sempre houve resistências e mobilizações sociais que, em alguma medida, também fizeram uso da interpretação e utilização do discurso do direito. (CERVANTES, 2015, p. 111)

Em uma primeira análise desses textos, as declarações de direitos permitem reconhecer a dimensão que o fenômeno obteve. As atuais constituições latino-americanas protegem o meio-ambiente, a cultura, a saúde, a educação, a alimentação, a moradia, o trabalho, dentre outros. Algumas ainda incluem igualdade de gênero, mecanismos de participação democrática – tais como referendo ou consulta popular – e ações afirmativas. Ainda mais digno de nota, alguns dos diplomas afirmaram a existência de pluri ou multinacionalidades, garantindo proteção aos grupos indígenas e estabelecendo o dever de consultar as comunidades tradicionais antes de se realizar projetos que lhes podem afetar sua organização. (GARGARELLA, 2014, p. 15-16)

Alguns exemplos que podem ser retirados da Constituição boliviana:

Artigo 30, II: No marco da unidade do Estado e de acordo com esta Constituição, as nações e povos indígenas originários campesinos gozam dos seguintes direitos: [...]

10. A viver em um meio ambiente sadio, com manejo e aproveitamento adequado dos ecossistemas. [...]

17. À gestão territorial indígena autônoma, e ao uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis existentes em seu território sem prejuízo dos direitos legitimamente adquiridos por terceiros. [...]

Artigo 33. As pessoas têm direito a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício desse direito deve permitir aos indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, bem como outros seres vivos, desenvolver-se de maneira normal e permanente.⁷

No mesmo sentido, algumas disposições da constituição do Equador:

Art. 14. – Se reconhece o direito da população a viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, que garante a sustentabilidade e o *buen vivir*, *sumak kawsay*. [...]

Art. 57 – Se reconhece e se garantirá aos grupos, comunidades, povos e nacionalidades indígenas, em conformidade com a Constituição e com os pactos, convênios, declarações e demais instrumentos internacionais de direitos humanos, os seguintes direitos coletivos:

1. Manter, desenvolver, fortalecer livremente sua identidade, sentido de pertencimento, tradições ancestrais e formas de organização social. [...]

7. A consulta prévia, livre e informada, dentro de um prazo razoável, sobre planos e programas de prospecção, exploração e comercialização de recursos não renováveis que se encontrem em suas terras e que podem lhes afetar ambiental ou culturalmente; participar nos benefícios que esses projetos percebam e receber indenizações pelos prejuízos sociais, culturais e ambientais que lhes causem. A consulta que as autoridades competentes devem realizar será obrigatória e oportuna. Se não se obtiver o consentimento da comunidade consultada, se procederá conforme a Constituição e a lei.⁸

O texto constitucional brasileiro é mais tímido do que o boliviano, todavia é possível citar o art. 231, § 3º:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...]

§ 3º 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.

José Afonso da Silva entende que apesar de o texto legal não enfatizar explicitamente as questões indígenas em seu corpo, a Constituição de 1988 se mostrou como um grande esforço para se pré-estabelecer um conjunto sistemático de normas que fosse capaz de efetivar e proteger os direitos de tais indivíduos. No entanto, afirma que não foi obtido um nível de proteção tão satisfatório como teria ocorrido com a adoção do texto do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos – mais equilibrado e justo. (SILVA, 2012, p. 855)

O anteprojeto acima continha um capítulo inteiramente dedicado às populações indígenas, contendo um rol mais amplo de direitos e garantias do que o previsto pelo texto de 1988. Seguem, abaixo, alguns trechos dignos de destaque:

Art. 380 – O Governo Federal, reconhecendo as populações indígenas como parte integrante da comunidade nacional, proporá legislação específica com vista á proteção destas populações e de seus direitos originários.

⁷ Tradução nossa.

⁸ Idem.

Parágrafo único – Esta legislação compreenderá medidas tendentes a:

a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação brasileira assegura aos demais setores da população, sem prejuízo dos seus usos e costumes específicos; [...]

Art. 381 – As terras ocupadas pelos índios são inalienáveis e serão demarcadas, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, do subsolo e de todas as utilidades nelas existentes. [...]

§ 3º – Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de atos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse, o uso, a ocupação ou a concessão de terras ocupadas pelos índios ou das riquezas naturais do solo e do subsolo nelas existentes.

Art. 382 [...]§ 3º – Os contratos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de suas organizações federais protetoras e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

A despeito de o texto promulgado ter sido diferente daquele do referido anteprojeto, não se pode negar que a Constituição de 1988 representou grande passo no sentido de se tratar das questões indígenas ao abordá-las em determinados artigos, por exemplo, art. 20, XI; 22, IV; 49, XVI; 109, XL; 129, V; 176, §1º; 210, §2º; 215, §1º e, de modo mais especial, arts. 231 e 232. (SILVA, 2012, p. 855)

Assim, a partir dos dispositivos apresentados, é possível verificar que a Constituição Federal de 1988 possui traços garantistas ao prever direitos às populações indígenas e modos de assegurá-los ou protegê-los. Fala-se, pois, de uma constituição garantista – não somente – no que tange às populações tradicionais: o texto ampliou o rol de direitos fundamentais que são extensíveis a todos humanos.

Ademais, ao prever que “são reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, mesmo que timidamente, o texto brasileiro apresenta características que permitem se falar em um Estado Constitucional do Bem Viver – em espanhol, *Vivir Bien* ou *Buen Vivir*, que será abordado mais especificamente no tópico 1.4. Diz-se timidamente, pois, a situação dos povos indígenas no País é maciçamente de vulnerabilidade, miséria e esquecimento.

Do exposto, percebe-se que com maior ou menor ênfase, o reconhecimento dos povos tradicionais está presente na maioria das obras e publicações que dizem respeito ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Nesse sentido, compreende-se que muito além de movimentos que buscavam assegurar direitos sociais, tais diplomas foram feitos por meio de esforços coletivos e lutas com o objetivo de ampliar a participação daqueles sujeitos ou grupos que foram vilipendiados pelo colonialismo.

Essa compreensão é de fundamental importância para que se compreenda a presente pesquisa. Nos próximos capítulos, procurar-se-á abordar questões que possuem o mesmo cerne: a luta de populações contra formas de exploração geradas pela busca de riquezas ou

sob a justificativa de desenvolvimento. Porém, de modo a continuar e permitir entender melhor a ligação entre esse novo constitucionalismo e, mais especificamente, os conhecimentos tradicionais associados (CTA)⁹, é primordial que seja apresentado o papel dos movimentos indígenas e como eles influenciaram os processos de transformação.

1.2.2 O papel dos movimentos indígenas nas mudanças constitucionais

Como dito inicialmente, para discorrer acerca do Novo Constitucionalismo Latino-Americano é importante mencionar o papel fundamental exercido pelos povos tradicionais para que as mudanças ocorressem. É dificultoso dissociar o tema das lutas dos movimentos indígenas que foram as forças motrizes das transformações constitucionais. Nesse sentido, é pertinente a seguinte observação:

As conquistas políticas advindas dessas constituições ou emendas constitucionais não resultaram da boa vontade nem do sentido de justiça por parte dos Estados-Nações. Ao contrário e apesar deles, são fruto do movimento pan-indígena que se espalhou por todo o continente, especialmente nos anos de 1970, e ganhou foro internacional quando organismos como a ONU (Organização das Nações Unidas) e a OEA (Organização dos Estados Americanos) passaram a acolher as demandas indígenas por justiça étnica contra os desmandos dos Estados-Nações a que estão adstritos. (RAMOS, 2012, p. 8)

Assim, evidencia-se a necessidade de realizar uma breve contextualização desse movimento e dessas mudanças em alguns dos países expoentes desse novo constitucionalismo de modo a se identificar semelhanças e particularidades em seus processos de transformação. Em todos eles os povos indígenas não gozam de efetiva representatividade ou poder político.

Não será objeto deste tópico estudar as políticas implementadas pelos Estados para garantir e concretizar os direitos constitucionais previstos aos povos tradicionais, haja vista tratar-se de tema amplo e repleto de imbricações, digno de um trabalho específico para tanto. Abordar-se-á, em primeiro lugar, alguns dos processos que levaram às mudanças constitucionais na América Latina. Para tanto, primeiramente far-se-á uso da obra *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*, organizada por Alcida Rita Ramos; trata-se de trabalho composto por diversos estudiosos e representantes indígenas que narram e contextualizam as lutas e transformações que ocorreram em seus países.

Nesse sentido, Ramos aponta como característica comum a todos os países apresentados em sua obra – Venezuela, Colômbia, Chile, Argentina e Brasil – o fato de que os seus povos indígenas sofreram devastação física e cultural causada pela conquista europeia e

⁹ A abreviação “CTA” é muito utilizada nos dispositivos legais que regulam a matéria, motivo que levou ao uso da mesma em partes deste trabalho.

posteriormente pela nacional. Em contrapartida, destaca que houve divergências relevantes acerca do modo como foram construídas as relações interétnicas em cada um. (RAMOS, 2012, p. 9-10)

Outra observação imprescindível é que as novas constituições ou as emendas trouxeram alguns ganhos aos indígenas, todavia não se trataram de concessões desinteressadas dos Estados, ao contrário, foram frutos de diversos anos de lutas e organização para que fossem reconhecidos e tivessem sua presença legitimada, bem como seus direitos humanos reconhecidos. Pertinente, porém, a crítica no sentido de que as concessões feitas a esses povos “revelaram-se mais como uma lamentável condescendência para com o dominado do que um autêntico reconhecimento das diferenças.” (RAMOS, 2012, P. 10)

Ainda conforme Ramos, o que fica aparente após o exposto até aqui é o seguinte: os povos tradicionais têm que lutar contra o universalismo, individualismo e igualitarismo presentes no discurso hegemônico dos Estados que os oprimem. Ainda, reforça a imputação de que apesar das novas perspectivas e inclusões trazidas pelos novos textos constitucionais, na realidade ainda há uma enorme incomplacência em relação a essas populações. Os Estados sul-americanos possuem, segundo ela, talento para criar constituições e burlá-las ao mesmo tempo. (RAMOS, 2012, p. 11-12)

Iniciando a análise pela Venezuela, traz-se que o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas foi realizado mais tardiamente em relação aos outros países. A Constituição Bolivariana da Venezuela outorgou status constitucional a tais direitos. Porém, conforme aponta Simeón Jiménez Turón dentro da obra organizada por Ramos, a luta indígena venezuelana foi expropriada em parte devido aos seus representantes que sucumbiam ao individualismo materialista que destrói os valores da solidariedade presente na cultura indígena. (RAMOS, 2012, p. 22)

Em 1990, criou-se a coordenação nacional para unificar e posicionar nacionalmente a luta na Venezuela contra o projeto bolivariano que tinha como objetivo distorcer o simbolismo indígena e criar seu significado próprio. Essa situação causou o fortalecimento do movimento e gerou sua hierarquização, o que acabou por enfraquecer as lideranças locais e regionais autênticas. Assim, os seus representantes políticos não foram capazes de resumir, de fato, as reivindicações, e as políticas indigenistas foram incapazes de garantir efetivamente os direitos fundamentais dos mesmos. (TURÓN, 2012, p. 22-23)

Em suma, a Constituição Bolivariana trouxe mudanças e reconheceu direitos aos povos indígenas, no entanto os mesmos foram e continuaram sendo utilizados como

justificativas para se lutar contra o imperialismo e a globalização, havendo pouca ou nenhuma preocupação no sentido de se gestar novas formas de convivência que levem à pluralidade cultural, bem como à coexistência pacífica dos diferentes povos que são unidos em sua diversidade. (ARVELO-JIMÉNEZ, 2012, p. 32)

Na Colômbia, a mudança constitucional ocorreu com o texto de 1991, porém é necessário entender o caminho das lutas indígenas para melhor contextualizá-la: em 1890 foi criada a Lei n. 89, que estabeleceu um prazo de 50 anos para que os indígenas se integrassem à outra sociedade, deixando-os à mercê da extinção caso não o fizessem. Isso demonstra que o Estado se negava a reconhecer sua existência e seus direitos. (HURTADO, 2012, p. 36-37)

“As mudanças no âmbito jurídico nacional a respeito dos índios foram fruto de, pelo menos, duas décadas de organização, demandas, argumentos e mobilizações a que confluíam indígenas, ativistas políticos e intelectuais de muitas partes do mundo” (JIMENO, 2012, p. 56). Os indígenas colombianos, até 1961, viviam dentro de um regime colonial de terra composto pelos chamados *resguardos* que foram ampliados a partir da implementação da Lei de Reforma Agrária, responsável por aumentar seu espaço territorial através da criação de reservas indígenas em regiões periféricas (JIMENO, 2012, p. 63)

Sua luta foi auxiliada inicialmente pela transformação da ideologia do governo contra o que considerava “atraso rural”, bem como com a criação de *Organización Nacional indígena* (ONIC), uma federação composta por organizações indígenas regionais em 1980. (JIMENO, 2012, p. 63)

Em 1990, ano anterior à promulgação da nova Constituição, as reivindicações indígenas já haviam sido organizadas e seus representantes estavam mobilizados ao longo de anos de lutas. O cerne da reforma constitucional foi o que chamaram de “foro indígena”, conjunto de direitos cujo objetivo principal era reconhecê-los como sujeitos coletivos de direitos coletivos. (JIMENO, 2012, p. 63-64)

Dentre 72 participantes da Assembleia Nacional Constituinte colombiana que levou à promulgação da Constituição Política de 1991, apenas dois eram indígenas, eleitos por meio de uma grande luta política cultural. A constituição buscou estabelecer o respeito pela diversidade cultural na nação colombiana, ou seja, não levou em consideração apenas o indígena ou o ameríndio. (JIMENO, 2012, p. 55)

Passados mais de cem anos do surgimento da Lei n. 89, em 1996 – após a promulgação do texto constitucional em 1991 – a Corte Constitucional colombiana a anulou, considerando-a inconstitucional; foi dado um passo muito importante na direção do reconhecimento dos povos indígenas. (HURTADO, 2012, p. 38) Todavia, as lideranças

tradicionais denunciam que os partidos políticos costumavam usá-los durante os momentos eleitorais para depois esquecê-los, sendo que grande parte desses sujeitos é alheia ou ignorante a esse fato, gerando, então, a desmobilização e desarticulação de todo o movimento indígena colombiano (HURTADO, 2012, p. 49-50).

A constituição não reconheceu todos os direitos almejados, parte deles foi prevista, incluindo o reconhecimento de seus territórios – os quais não foram efetivamente concedidos por ausência de vontade política (HURTADO, 2012, p. 41). Os povos indígenas da Colômbia denunciam que as leis promulgadas pelos brancos não passam de pontos pretos no papel, pois são frequentemente alteradas e sozinhas não conseguem resolver seus problemas essenciais (HURTADO, 2012, p. 47).

Quanto ao Chile, com a promulgação, em 1980, da constituição que legalizou a ditadura de Pinochet, houve a abertura do país para a exploração das empresas estrangeiras em grande parte das terras indígenas ou naquelas que os mesmos reivindicavam. Carentes de uma legislação protetiva, os povos tradicionais se viram à mercê da força do capital, tendo suas terras exploradas e destruídas por empresas madeireiras e com a construção da hidrelétrica Ralco, causadoras de grandes danos ambientais e também sociais ao violar e desrespeitar a cultura e a relação que os indígenas têm com a terra. (AYLWIN, 2012, p. 118-119)

Assim, a situação encontrada no Chile diverge da dos demais países até aqui citados, pois os direitos dos povos indígenas não são reconhecidos na constituição vigente promulgada em 1980: o texto constitucional reconhece a existência de apenas um povo, qual seja, o chileno.

Anos depois, em 1993, surgiu a Lei n. 19.253 que criou a Corporação Nacional de Desenvolvimento Indígena que ficou responsável por tratar das questões pertinentes a essa temática no país. No entanto, esse diploma legislativo “não reconhece os povos indígenas como povos, apenas como ‘etnias’, não reconhece suas organizações tradicionais, seus direitos políticos (autodeterminação, autonomia e sistemas de justiça indígena), nem seus direitos territoriais (como recursos naturais).” (AYLWIN, 2012, p. 94)

A lei acima foi apelidada de “Lei Indígena”, resultado das lutas indígenas, principalmente das dos mapuches e, além disso, houve um grande número de tentativas de realizar a reforma constitucional visando o reconhecimento de seus direitos, todas elas frustradas até o presente. (AYLWIN, 2012, p. 97-98)

O Estado chileno não conseguiu retirar os indígenas das margens econômica e social, e tampouco foi capaz de promover políticas para acabar com a sua discriminação pessoal e

também cultural. Suas línguas restam desvalorizadas e sem visibilidade e reconhecimento, segundo Rodolfo Stavenhagen, relator da ONU para os direitos indígenas, embora tenham surgido alguns avanços, “os indígenas continuam vivendo uma situação de marginalidade e negação, que os mantêm, significativamente, afastados do resto do país” (AYLWIN, 2012, p. 116-117).

Nesse sentido, a política promovida pelo Estado chileno resultou numa grave violação de diversos direitos reconhecidos dos povos indígenas na Convenção 169¹⁰ e na Declaração da ONU, em especial ao direito à livre determinação, ao impor-lhes um esquema de desenvolvimento econômico rejeitado por eles e que atenta contra elementos essenciais de suas culturas, cosmovisões e espiritualidades. (AYLWIN, 2012, p. 121)

Ainda, Aylwin denuncia também a morosidade do poder Legislativo chileno em reconhecer no texto constitucional os povos indígenas e a truculência do Executivo ao fazer uso da repressão policial, perseguição judicial e criminalização das reivindicações. As mobilizações foram violentamente reprimidas e seus participantes tiveram direitos fundamentais violados pelo Estado. Quanto ao Judiciário, suas atitudes têm sido no sentido de produzir sentenças desfavoráveis ao povo mapuche. (AYLWIN, 2012, p. 122-123).

[...] Tal discriminação – que, em última instância, repousa em preconceitos culturais arraigados na sociedade chilena, e sua elite governante e na proteção do Estado aos investimentos privados nos territórios indígenas, no contexto de globalização econômica – resultou não apenas no desconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, mas também na violação de seus direitos individuais básicos, como a vida, a integridade física e o devido processo da lei, constatados pelos relatórios de direitos humanos referidos acima. (AYLWIN, 2012, p. 125)

Em suma, a situação do Chile mostra-se incoerente e contraditória ao apoiar a globalização meramente como processo econômico, ignorando, todavia, os aspectos culturais e os direitos dos sujeitos que fazem parte de seu território. Nesse sentido, sua realidade é diversa dos demais estados que, mesmo com avanços e retrocessos e em meio a certas contradições, apresentaram evolução no que se refere ao reconhecimento constitucional da pluralidade de etnias e dos direitos dos povos indígenas. (AYLWIN, 2012, p. 128)

A respeito da Argentina, com a redemocratização do país em meados da década de 1980, as organizações indígenas que já haviam se organizado desde 1970 e as organizações pró-direitos humanos contribuíram para levar a luta à reforma constitucional que ocorreu em 1994. A nova constituição reconheceu a existência indígena de modo prévio à formatação do

¹⁰ Referido documento se converteu em um dos poucos instrumentos internacionais relevantes e que são destinados à proteção dos direitos dos povos indígenas. Inclui disposições destinadas a garantir o respeito à cultura, forma de vida e instituições indígenas, bem como outras no sentido de assegurar o direito de consulta efetivo aos povos tradicionais quando se tome decisões que os podem afetar. (GARGARELLA, 2013, p. 26-27)

Estado em si e buscou consertar o triste legado deixado pela ditadura militar. (MELILAN, 2012, p. 140-141)

O mérito da Assembleia Constituinte e do novo texto foi fornecer visibilidade pública às identidades indígenas, reconhecendo seus direitos especiais de modo que pudesse se falar, então, em um novo sujeito político, qual seja, o Povo Indígena. Porém, embora o tal reconhecimento represente marco importante, não houve grande evolução no que tange à implementação de políticas capazes de garantir participação efetiva desses sujeitos. “Nesse sentido, o Estado fraqueja no cumprimento dos direitos reconhecidos aos povos originários.” Tais direitos correspondem a uma via a ser trilhada na direção do reconhecimento da identidade desses povos que têm o desejo de ser responsáveis pela sua própria história e destino. (MELILAN, 2012, p. 142-144)

Sobre o Brasil, conforme exposto, o texto da Comissão Afonso Arinos poderia ter sido muito mais positivo para a causa indígena, no entanto, o texto de 1988 não foi totalmente desprovido de inovações relevantes. Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 quebrou o paradigma anterior que pregava pela integração dos índios à comunhão nacional ou pelo seu extermínio em benefício do desenvolvimento econômico e territorial. O novo diploma trouxe transformação ao superar o tratamento de tutela que era destinado aos indígenas por parte do Estado, ao abandonar a política integracionista e ao reconhecer a autonomia de sua sociedade e seu direito à cidadania do ponto de vista nacional, étnico e global. (BANIWA, 2012, p. 206-207)

Para Duprat:

A Constituição brasileira, na linha do direito internacional, rompe a presunção positivista de um mundo preexistente e fixo, assumindo que fazer, criar e viver se dão de formas diferentes em cada cultura, e que a compreensão de mundo depende da linguagem do grupo. Nesse cenário, a Constituição reconhece, expressamente, direitos específicos a índios e quilombolas, em especial seus territórios, mas não só a eles. (DUPRAT, 2012, p. 232-233)

O histórico da evolução do movimento indígena e de como o Estado brasileiro lidava com esses povos pode ser dividido em três períodos. O primeiro período foi chamado de Indigenismo Governamental Tutelar e era caracterizado pela presença marcante do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) – posteriormente transformado na Fundação Nacional do Índio (FUNAI). A SPI se fundava na ideia da incapacidade dos indígenas no sentido de que os mesmos deveriam ser tutelados pelo Estado. (BANIWA, 2012, p. 207-208)

De forma concorrente, o governo brasileiro também promovia processo de integração e assimilação cultural de modo a se apropriar de suas terras e negar suas identidades; em outras palavras, tratava-se de um processo de extermínio indígena revestido de política

pública. Nota-se, assim, situação minimamente paradoxal nas atividades exercidas pelo SPI e pela FUNAI, pois buscavam ao mesmo tempo proteger e tutelar, mas para dominar, integrar e emancipar. (BANIWA, 2012, p. 208)

Por volta de 1970 iniciou-se o segundo período, conhecido como Indigenismo Não Governamental, trazendo consigo novos atores: a Igreja Católica e organizações civis ligadas à área acadêmica. A primeira criou o Conselho Indigenista Missionário, pastoral específica voltada a tais questões. Seguindo o caminho trilhado por esses dois novos atores, diversas organizações não governamentais surgiram e acabaram com o monopólio estatal e passaram a questionar as doutrinas civilizatórias implantadas anteriormente. Esse período proporcionou o enriquecimento das discussões e do aprendizado a respeito do movimento indígena brasileiro. (BANIWA, 2012, p. 208-209)

O terceiro período foi inaugurado com a Constituição de 1988, chamado de Indigenismo Governamental Contemporâneo: passou-se por uma ampliação da relação Estado-indígenas por meio da criação de uma série de órgãos e ministérios – para além de exclusivamente a FUNAI – destinados a lidar com essa política. Houve, também, maior protagonismo dos movimentos indígenas através de sua liderança política. Todavia, o que mais marcou foi a superação – ao menos teórica, haja vista que ainda não houve implementação efetiva e suficiente do que fora previsto – da ideologia da tutela dos povos e o reconhecimento de suas diversidades culturais e organizações políticas em um texto legal. (BANIWA, 2012, p. 208-209)

Desse modo, é pertinente a denúncia de Baniwa no sentido de que é digno de preocupação o fato de que o movimento indígena brasileiro tenha se submetido sua agenda à do governo e perdido sua coerência política, tendo que batalhar para ver seus direitos básicos garantidos e também a aplicação de políticas públicas que lhes foram destinadas. Assim, reforça-se a ideia de que a questão central que assola os povos indígenas brasileiros é a falta de efetividade dos direitos previstos e a ausência de suas garantias (BANIWA, 2012, p. 213-215)

Diante dessa quase inexistência de processos de transformação sociais, Dalmau e Pastor corroboram com o entendimento de que algo que caracteriza o Novo Constitucionalismo não é sua capacidade social integradora, sua força normativa e tampouco sua ampla legitimidade democrática, mas sim a falha da aplicação do constitucionalismo em territórios colonizados. Ressaltam que o constitucionalismo revolucionário, cujas bases remontam às teses positivistas do século XIX, não conseguiu avançar além da configuração

do Estado Democrático e, posteriormente, do Estado Social de Direito. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 8)

Afirmam, ainda, que esse movimento tem se tornado mais útil desde pouco tempo atrás, a partir da segunda metade da década de oitenta até o final do século XX, tendo-se visto mudanças que trazem um prognóstico no sentido da conciliação entre constituição formal e material, bem como em direção a processos de democratização. O panorama constitucional latino-americano experimentou mudanças significativas nos últimos anos, capazes de configurar a existência de um novo constitucionalismo. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 8-9)

Desse modo, procurou-se demonstrar as mudanças sofridas ao longo da história constitucional ocorreram em momentos históricos com contextos bem delineados; passou-se pelo constitucionalismo liberal revolucionário, constitucionalismo liberal nominalista, constitucionalismo democrático e constitucionalismo social. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 9)

Diante de uma constituição fraca, adaptada e retórica, típica do constitucionalismo latino-americano tradicional - historicamente incapaz de ativar processos políticos de avanço social -, o novo constitucionalismo, resultado de assembleias constituintes comprometidas com processos de regeneração social e política, propõe um novo paradigma de Constituição forte, original e vinculativa, necessária em algumas sociedades que confiaram na mudança constitucional a possibilidade de uma verdadeira revolução.¹¹ (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 9)

O constitucionalismo como um processo político de transformação social passa por uma constituição que é adequada à força com a qual esse processo emerge. Assim, caso o constitucionalismo seja incapaz de promover transformações, produz meramente textos nominais que mantêm o poder nas mãos das elites dominantes. Ao contrário, um constitucionalismo forte, socialmente amplo e com maior participação popular e transparência, gera constituições transformadoras, fundamentadas em uma base de legitimidade democrática. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 9)

Com o triunfo de propostas de esquerda, programas comprometidos com o antineoliberalismo e anti-imperialismo, ocorreram os processos constituintes da Venezuela, da Bolívia e do Equador, verdadeiros exemplos de exercício democrático genuíno. O poder constituinte originário foi ativado expressando uma vontade original vontade constituinte

¹¹ Tradução nossa. Texto original: *Frente a una Constitución débil, adaptada y retórica, propia del constitucionalismo latinoamericano tradicional – historicamente incapaz de activar procesos políticos de avance social –, el nuevo constitucionalismo, fruto de las asambleas constituyentes comprometidas con procesos de regeneración social y política, plantea un nuevo paradigma de Constitución fuerte, original y vinculante, necesaria en unas sociedades que han confiado en el cambio constitucional la posibilidad de una verdadera revolución.*

popular, acarretando a reconstrução do conceito de poder constituinte que a burguesia havia construído anteriormente. (LÓPEZ e MUSTELIER, 2010, p. 99)

Os países acima são apontados como expoentes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, pois os demais não conquistaram mudanças substanciais no que se refere ao conceito de desenvolvimento, modelo de acumulação e também nos seus sistemas jurídicos. Bolívia, Venezuela e Equador promulgaram textos que impulsionaram transformações no modo de pensar uma transformação mais profunda incluindo, por exemplo, os direitos dos povos indígenas, direitos da natureza, intensificação dos direitos sociais e formas de garanti-los, bem como inclusão de novas formas de democracia. (CERVANTES, 2015, p. 112)

A centralidade que a questão indígena teve no desenrolar dessas transformações constitucionais demonstrou uma tendência a se sensibilizar sobre as demandas e anseios dos povos tradicionais: questão que havia sido deixada de lado por décadas passou a ser explicitamente mencionada. Passou-se a falar em direitos indígenas, tratava-se de recuperar uma temática constantemente proposta e comumente rejeitada; o novo constitucionalismo Latino-Americano recuperou os excluídos dos excluídos. (GARGARELLA, 2013, p. 22)

Para Gargarella, cabe a observação no sentido de que a expansão dos direitos dos grupos mais esquecidos – mais especificamente aqueles que têm reclamos de autonomia, auto-organização e autocontrole tão intensos como os grupos indígenas – acaba por ameaçar, questionar e criar tensões junto aos sistemas políticos verticalistas de autoridade concentrada, como os que são marcantes na América Latina. (GARGARELLA, 2013, p. 23)

Cabe também destacar que as demandas indígenas são muito particulares e incluem temas muito variados, diversos e por vezes radicais para a cultura ocidental, como os relacionados à língua, religião, uso da terra, práticas alternativas de resolução de conflitos. O ponto a ser observado é a dificuldade em se querer traduzi-las em linguagem liberal dos direitos; os problemas são amplos: a ideia de direitos não só tende a simplificar ao extremo um conjunto que é profundamente complexo, mas também promove a judicialização de questões dignas de soluções que são primordialmente extrajudiciais. (GARGARELLA, 2013, p. 23)

Desse modo, é digno de nota que os interesses e as necessidades dos grupos tradicionais colidem com aqueles próprios das comunidades dominantes. Assim, levar a sério os direitos indígenas não implica simplesmente em tolerá-los em seu modo de ser e de viver considerados “exóticos”, mas sim pautar políticas que assegurem o respeito à sua religião, a concessão de territórios ou a não utilização e exploração em territórios que lhes são sagrados, práticas muito habituais na América Latina (GARGARELLA, 2013, p. 23-24)

Apesar da existência dos contrapontos apresentados nos parágrafos acima, foi assim que desde a mudança constitucional colombiana em 1991 até a promulgação da nova constituição equatoriana tem-se visto experiências mais democráticas que hão de ser referências no constitucionalismo do futuro. Está-se diante de um novo paradigma constitucional, digno de maior análise e aprofundamento. Desse modo, o próximo item abordará de modo particular os contornos e características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

1.3 Delineando os contornos e estabelecendo características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

Os Estados Unidos e países da América latina se tornaram independentes ao final do século XVIII e início do século XIX a partir de movimentos motivados por correntes ideológicas similares que cunharam constituições que plasmaram a vitória do liberalismo. No entanto, a semelhança acaba aí, pois, embora as constituições pelas Américas tenham sido designadas para instituir o governo republicano, os Estados Unidos desfrutaram de um resultado político diferente dos demais países, pois os primeiros conseguiram implementar o governo republicano, ao passo que os últimos se viram diante de oligarquias ou ditaturas (SCHOR, 2006, p. 2)

Com o passar do tempo, os países latino-americanos foram democratizados, porém ainda existem questões preocupantes a respeito da qualidade do governo democrático ao longo da região. Nesse sentido, o seu direito constitucional é intencionalmente formalizado para limitar o poder político, se comportando de forma muito diferente daquela norte-americana devido à enorme facilidade com a qual as provisões constitucionais podem ser ignoradas ou modificadas. (SCHOR, 2006, p. 3)

Segundo Dalmau e Pastor, os textos constitucionais da América Latina anteriores aos processos de transformações foram exemplos de mau funcionamento constitucional, comprovando a existência de um constitucionalismo pouco útil. A aposta no constitucionalismo liberal a princípio correspondeu às necessidades decorrentes dos momentos pós-independência, porém, com o passar do tempo, essas constituições de caráter tradicional falharam em solucionar os problemas internos, não sendo capazes de promover debate efetivo entre os povos, continuando a ser produto das vontades das elites dominantes. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 10)

Ao invés do governo de leis, diz-se que a América Latina sofreu com um desgoverno de leis, havendo um grande número de estudiosos que afirmam que as constituições operaram de modo diverso na região porque foram plantadas em um solo infértil para a democracia. Constituições não são enraizadas porque os líderes políticos não temem a mobilização popular quando violam regras fundamentais e atuam em desacordo com as leis e as próprias constituições. (SCHOR, 2006, p. 6-7)

As constituições não eram fontes de poder, e sim os caudilhos ou líderes fortes cujo suporte de base popular lhes forneceu os elementos para manter a união. Um ponto de vista de destaque dentre os que estudam o assunto é que as constituições não funcionaram bem porque foram emprestadas e falharam ao se adaptar às realidades social, política, econômica e cultural da região. Explicando melhor: os textos foram adotados com o intuito de se instituir o liberalismo, todavia falharam devido à desigualdade, ao controle que o estado colonial exercia sobre a economia e à falta de experiência em se autogovernar. (SCHOR, 2006, p. 15)

Afirma-se que as constituições não foram adotadas para se instituir o liberalismo, sendo, na verdade, fachadas para as ditaduras. Em outras palavras, a independência teria sido simplesmente uma tomada de poder pelas elites locais que buscavam manter a ordem anterior se utilizando de textos liberais para esconder suas verdadeiras intenções. (SCHOR, 2006, p. 15)

Diante da duvidosa efetividade desse constitucionalismo adaptado, procurou-se demonstrar na presente pesquisa que a partir da metade da década de 1980, as mudanças constitucionais passaram a recuperar o conceito de constituição na direção de um novo paradigma constitucional. Tais mudanças foram compostas por modificações e atualizações das leis fundamentais latino-americanas e marcaram o ganho de importância que é outorgada a tais diplomas dentro de cada um desses Estados. “Se tratava do anúncio do fim de uma era constitucional nominalista e pouco original e do início de novas luzes no constitucionalismo latino-americano”¹² (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 11)

Foi na América Latina que se produziu um giro constitucional na direção de um novo constitucionalismo com nome próprio, dotado de mais práxis do que teoria, que se baseou no constitucionalismo que se tinha até então, mas que o fez com os pés bem colocados no continente. Houve um verdadeiro novo momento constituinte que abriu o caminho para um novo paradigma constitucional necessário e vital para os povos da região. (LÓPEZ e MUSTELIER, 2010, p. 98)

¹² Tradução nossa. Texto original: *Se trataba del anuncio del fin de una era constitucional nominalista y poco original y del inicio de nuevas luces em el constitucionalismo latinoamericano.*

Não há dúvidas de que os processos constituintes foram utilizados como mecanismos de transformação da realidade social e deles surgiram textos constitucionais que contemplam conteúdos inéditos. Foi deixada para trás a ideia da democracia ligada à representação política, desenhada como condição de existência da soberania nacional, que se distancia cada vez mais o representante eleito do eleitor e acarreta, por vezes, processo de desentendimento e desconexão pós-eleitoral. (LÓPEZ e MUSTELIER, 2010, p. 99-100)

Os novos diplomas anunciaram as características que se consolidaram nos processos constituintes rupturais que vieram a seguir, sendo: a efetiva preocupação e proteção dos direitos, junto com uma aposta por maior integração regional e/ou a incorporação de novas formas de se organizar o Estado. O processo ocorrido na Colômbia serviu para demonstrar os traços do movimento que seguiria, com uma clara ativação da soberania popular por meio do processo constituinte. No continente, essas transformações se tratavam de uma real necessidade, sendo frutos de movimentos sociais/civis. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 11-12)

É característica intrínseca ao constitucionalismo a existência do poder constituinte e do poder constituído, sendo que este último obtém sua legitimidade do primeiro. Essa noção acerca do potencial revolucionário do poder constituinte que havia sido esquecido pelas constituintes das elites esteve presente no movimento de transformações constitucionais latino-americanas, considerado constitucionalismo sem pares, no qual somente o povo é capaz de ser o progenitor da Constituição por meio de sua participação legitimadora. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 13)

Desde a própria ativação do poder constituinte, através de um referendo até a votação final para sua entrada em vigor, através da introdução participativa de seus conteúdos, os processos estão cada vez mais se afastando daqueles encontros de elite do **antigo** constitucionalismo para entrar, com suas vantagens e desvantagens, em seu próprio caos, a partir do qual se obterá um novo tipo de Constituição: mais extensa e detalhada, de maior originalidade, destinada a servir ao povo, próxima do objetivo revolucionário.¹³ (grifos do autor. DALMAU e PASTOR, 2010, p. 13)

Nesse sentido, é possível afirmar que a América Latina necessitava e ainda necessita de um constitucionalismo transformador e de uma Constituição real. Esses processos permitiram a convergência entre a teoria e a prática constitucional, do modo realizado quando da sua origem, após um longo período de divergências. A evolução constitucional latino-

¹³ Tradução nossa. Texto original: *Desde la propia activación del poder constituyente, a través de referendum hasta la votación final para su entrada em vigor, pasando por la introducción participativa de sus contenidos, los procesos se alejan cada vez más de aquellas reuniones de elites del viejo constitucionalismo para adentrarse, con sus ventajas y sus inconvenientes, en su propio caos, del que se obtendrá un nuevo tipo de Constitución: más amplia e detallada, de mayor originalidad, pensada para servir a los pueblos, cercana de nuevo al objetivo revolucionario.*

americana passou pela questão da necessidade de um diploma real e viu-se que os novos textos passaram a se preocupar com as necessidades das sociedades, suas culturas e possibilidade de mudança de vida. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 13-15)

Foi, então, na América Latina que teve lugar o último momento constituinte, capaz de modernizar o constitucionalismo regional, se despindo dos traços e princípios presentes no velho constitucionalismo. A ausência de uma real experiência de um Estado Social e a necessidade de se buscar novamente a dignidade estiveram presentes nas manifestações constitucionais e esses diplomas passaram a ser o que deveriam – e ainda devem – ser para romper com o sistema anterior. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 16)

Embora a Constituição brasileira seja de 1988, Dalmau e Pastor entendem que a primeira manifestação constituinte que deu início à evolução constitucional latino-americana foi o processo colombiano, cuja culminação se deu com a promulgação da *Constitución Política de Colombia* de 1991. Segundo ambos, nesse diploma apareceram alguns dos traços que permeariam os processos constituintes que viriam a seguir, por exemplo, ativação direta do poder constituinte pelo próprio povo, movido pela necessidade social. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 16-17)

Do seu início ao seu resultado final, o processo constituinte colombiano iniciou uma revolução constituinte que resgatou os princípios da soberania popular e reivindicou a doutrina clássica do poder constituinte. Algumas das características materiais dessa nova constituição que a diferem do constitucionalismo anterior foram a inclusão de mecanismos de democracia participativa, o aprimoramento no reconhecimento e na proteção de direitos fundamentais e a necessidade de uma assembleia constituinte. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 17-18)

O resultado final do processo colombiano foi o exemplo mais contundente do que passou a se chamar Novo Constitucionalismo Latino-Americano; a Constituição Bolivariana de 1991 foi, antes de tudo, um diploma necessário, pois desde as primeiras manifestações populares em 1989 o povo colombiano se lançou às ruas para protestar contra um sistema corrupto, elitista e marginalizante. O povo colombiano foi capaz de impor sua vontade de se aprofundar em uma democracia mais participativa e, apesar de ter sido processo difícil, foi capaz de consolidar um avanço democrático no país e também em toda a região. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 20)

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano aposta no resgate do conceito de soberania, na busca pelo aprofundamento e reconhecimentos dos direitos e de suas garantias, bem como no avanço em direção a uma democracia participativa. (DALMAU e PASTOR,

2010, p. 24) Nesse sentido, ficam poucas dúvidas sobre seu caráter revolucionário para que pudesse se implantar transformações sociais nas sociedades latino-americanas por meio da mudança constitucional. Assim, as manifestações constituintes do final dos séculos XX e XXI apontam na direção de um momento constituinte ancorado na América Latina. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 26)

Cabe destacar a importância das manifestações que levaram, de certo modo, à recuperação da doutrina democrática do poder constituinte e à sua revitalização prática, quando o cenário europeu parecia ter esquecido que o povo é soberano e é quem legitima o poder constitucional. Os casos da América Latina resgataram esses conceitos que permitiram surgir processos políticos transformadores através de assembleias constituintes reais e ativadas pelo povo em pleno uso de sua soberania. (DALMAU e PASTOR, 2010, p. 26)

Os direitos conquistados por essas forças e movimentos de luta apontam a sua capacidade para se despertar e se ativar, da mesma forma ocorrida com os direitos sociais que foram incorporados às novas constituições. Esses direitos, anteriormente relegados ao silêncio por décadas, começaram a adquirir força e criaram as pressões sociais que levaram às transformações. (GARGARELLA, 2010, p. 37-38)

A criação de “novos direitos” e/ou o reconhecimento de direitos a sujeitos que antes não os tinham garantidos implica entender que as maiorias perderam parcela do poder de dizer e decidir livremente sobre aspectos relevantes da vida política de um país. Ademais, a extensão e ampliação do rol de direitos constitucionais causaram impactos também na própria forma dos diplomas: mais direitos possibilitam expandir o poder dos órgãos jurisdicionais como encarregados de custodiar aqueles que passaram, então, a ser previstos. (GARGARELLA, 2010, p. 38)

A grandiosidade das mudanças introduzidas por essas constituições permite distinguir o novo constitucionalismo Latino-Americano como um movimento que celebra a continuidade daquele constitucionalismo revolucionário que surgiu na França e nos Estados Unidos no século XVIII e na Europa no século XX, após a Segunda Guerra Mundial. Analisando as constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia, países expoentes desse movimento, é possível assinalar os traços característicos do mesmo.

Tais diplomas foram marcados por seu detalhismo, abertura e inclusão de conteúdos de sociedades particulares (tais como as indígenas) que não foram previstos no direito constitucional de carga liberal, aumento da carga ideológica com criação de normas-princípio e ampliação do número de direitos. Ainda, foram inseridos mecanismos de controle de

constitucionalidade misto e houve a mutação das formas de governo. (ARMENGOL, 2010, p. 55)

Diante das transformações ocorridas, os textos constitucionais passaram a ser dotados de preâmbulos que lhes fornecem uma carga de espiritualidade ao ligá-los com a história dos países, dando-lhes conteúdo programático. Passou a existir um grande número de capítulos que trazem conceitos e princípios considerados bases do pacto constitucional; essas inúmeras normas-princípio foram dotadas de preceitos teleológicos e axiológicos que são anunciados como valores superiores ou princípios ético-morais. (ARMENGOL, 2010, p. 58)

A supremacia constitucional foi reconhecida e, em muitos dos países, foi configurado um novo modelo de Estado: a constituição da Bolívia, por exemplo, o define como um Estado unitário social de direito plurinacional e comunitário; a Venezuela foi classificada como um Estado democrático e social de direito e justiça; o Equador como Estado constitucional de direito e justiça. (ARMENGOL, 2010, p. 58-59)

Essas transformações não foram de caráter meramente nominal, passou a existir uma proteção social do Estado, com ênfase na função social e ambiental em relação à propriedade privada e sua convivência com outros tipos de propriedade, como a coletiva, a individual, a estatal, a comunitária e outras. Assim, Bolívia e Equador foram configurados como plurinacionais e interculturais, onde há ampla proteção às minorias étnicas e povos tradicionais. As suas constituições plasmaram o reconhecimento da existência da cultura indígena, depositária de conhecimentos, saberes e valores imbuídos de espiritualidade e cosmovisões. (ARMENGOL, 2010, p. 59) Ademais, também legitimaram uma postura de integração latino-americana e deram respaldo à estruturação de instituições supranacionais de caráter regional com base nos princípios de solidariedade, equidade, igualdade e respeito. (ARMENGOL, 2010, p. 62)

Introduziram-se novos deveres constitucionais para além das típicas obrigações que regulavam o constitucionalismo, e. g., difundir a prática dos valores e princípios proclamados pela constituição, proteger e resguardar o patrimônio natural, econômico e cultural, proteger os recursos naturais e contribuir para seu uso sustentável. Desse modo, ampliou-se a proteção dos direitos por meio de uma série de mecanismos, instrumentos e dispositivos. (ARMENGOL, 2010, p. 61)

Diante disso, reconheceu-se o protagonismo do Estado e sua incidência nos aspectos sociais e econômicos, dando visibilidade à sua responsabilidade de garantir o acesso das pessoas a direitos como saúde, educação, trabalho e outros necessários e capazes de constituir uma sociedade justa e harmoniosa. (ARMENGOL, 2010, p. 62)

Nesse sentido, Wolkmer discorre que o objetivo da construção crítica no campo do Direito deve ser superar as patologias que recaem sobre os destituídos e aqueles que são excluídos e marginalizados, resgatando-os na história junto com os processos de luta para satisfação de suas necessidades. Assim, aponta que esse movimento latino-americano é a retomada do sujeito frente a filosofias que o negam – e que entendem que a solução se encontra no livre mercado. Esse sujeito, então, procura satisfazer seus anseios em um modo de vida diferente, em uma convivência que contemporaneamente se chama *Buen Vivir* na cosmovisão andina. (WOLKMER, 2015, p. 96)

1.4 O *Buen Vivir*

O ano de 1492 representou para a América Latina o início de tempos de exploração pelo sistema capitalista. A missão dos “descobridores” europeus era desarticular as formas de organização e de luta das culturas locais, afetar sua economia e modo de produção social, reorganizando seu mundo à sua semelhança. O principal impacto do feito colonial foi a perda da memória histórica dos povos indígenas e uma profunda crise existencial da ideia civilizatória que fora imposta. (BENALCÁZAR, 2009, p. 117-118)

Deve-se entender a conquista e a colonização da América Latina como pontos de partida que sedimentaram a exploração cruel dos recursos naturais, o conseqüente genocídio das populações indígenas e posterior incorporação de escravos africanos no mercado global. Desde então se deflagrou um esquema de exportação extrativista da natureza a partir das colônias instaladas. Mesmo depois da independência, os países continuaram a serem explorados. (ACOSTA, 2010, p. 17)

Para os povos indígenas, suas terras não correspondem apenas a um espaço geográfico, ao contrário do que acreditam os Estados. Elas são muito mais: representam seus recursos naturais, suas fronteiras, sua organização; é um espaço onde se vive e se convive. Eles possuem princípios construídos com base nas leis da natureza, sendo sujeitos que vivem em comunidade, praticando a reciprocidade, dualidade e complementariedade. (CAOI, 2010, p.7-8)

Não têm conhecimento arquivado em computadores e papéis, mas os passam entre as gerações. Acreditam¹⁴ que a humanidade precisa da ética do *Buen Vivir* para equilibrar a

¹⁴ Cabe, aqui, uma nota explicativa: não se pretende, com essa frase, afirmar que todos os diversos povos indígenas acreditam e/ou vivem de acordo com o Bem Viver, pois não é possível homogeneizar pessoas tão distintas e plurais cujas culturas e características são extremamente ricas e vastas. O que se busca, nesse tópico, é

natureza e a sua cultura e apontam que a educação que ensina que o único meio de medir o crescimento econômico é por meio de estatísticas financeiras é irracional, pois se está destruindo a natureza. (CAOI, 2010, p.8-9)

As transformações constitucionais ocorridas na América Latina que incorporaram a ótica dos povos indígenas originários inauguraram um novo paradigma para se enxergar a relação homem-natureza. Trouxeram novidade para as discussões ao questionar a forma como se dá o crescimento econômico mundial em detrimento do meio-ambiente e também ao questionar a visão antropocêntrica com a noção do biocentrismo.

Transformar a natureza em sujeito de direitos à primeira vista pode parecer impensável, mas o mesmo ocorreu quando escravizados, mulheres e crianças tiveram seu reconhecimento e proteção legal. O ponto central dessa mudança é o resgate do direito de existência dos próprios seres humanos. Isso traz modificações profundas que demandam um processo plural de organização tanto da sociedade como da economia para preservar a integridades dos ecossistemas. (ACOSTA, 2010, p. 18-19)

Esse pioneirismo é uma resposta de vanguarda aos problemas acarretados pelo modelo depredador baseado na luta do homem contra a natureza. O conhecimento de matriz colonial e eurocêntrica que determina e identifica o que é bem estar foi superado com a noção do *Buen Vivir*, implantada com as reformas ou promulgações constitucionais latino-americanas. (ACOSTA, 2010, p. 19)

Buen Vivir (Equador) ou *Vivir Bien* (Bolívia) são os termos espanhóis utilizados para designar o *suma qamaña* (povos Aymara) ou *sumak kawsay* (povos Quéchuas). De acordo com a cosmovisão dos povos indígenas tradicionais, em primeiro lugar está a vida em relações de equilíbrio e harmonia; nesse sentido, “*suma qamaña*” poderia ser traduzido como viver bem, porém tal conceito ainda seria muito restrito. *Suma* corresponde a plenitude, sublime, excelente, magnífico, enquanto *qamaña* corresponde a viver, conviver, ser ou estar. Assim, uma melhor tradução dos termos seria vida em plenitude, o que atualmente se traduziu em *Vivir Bien* (Viver Bem). A tradução de *sumak kawsay* é a mesma. (CAOI, 2010, p. 13)

Importante destacar que esses ideais foram plasmados nas constituições da Bolívia e do Equador de forma explícita. A constituição boliviana de 2009 estabelece em seu art. 8 que o Estado assume e promove como princípio ético-moral da sociedade plural – dentre outros – o *Vivir Bien*. O texto constitucional equatoriano de 2008 apresenta em seu preâmbulo a

um estudo focado nas populações indígenas latino-americanas no sentido de que pregam – ao menos em sua maioria, de acordo com os materiais consultados – essa ética ou modo de vida. Nesse sentido, o texto do presente trabalho deve ser lido a partir dessa localização geográfica e sem uma ótica generalizante.

sabedoria ancestral como uma nova forma de convivência e cidadania, na diversidade e em harmonia com a natureza, para alcançar o *buen vivir*, o *sumak kawsay*.

No texto equatoriano não há hierarquia entre os direitos do *Buen Vivir* e outros conjuntos de direitos previstos. As propostas trazidas por esse ideal não são uma novidade que surgiu especificamente nesse diploma, mas sim alternativas que nasceram a partir de diversas lutas populares, principalmente as indígenas. Desde o início foi apresentado como oportunidade de se construir coletivamente uma nova forma de vida que não se restringe às previsões constitucionais plasmadas. Não se trata de um novo regime de desenvolvimento, mas sim constitui um passo importante para que se avance do conceito tradicional de progresso para uma visão diferente, muito mais completa e rica em conteúdo. (ACOSTA, 2010, p. 6-7)

Na cosmovisão indígena não há um conceito de desenvolvimento entendido na concepção de um processo linear que estabelece um estado anterior e posterior; não há visão de um estado de subdesenvolvimento a ser superado, tampouco um estágio a ser alcançado forçando a destruição das relações sociais e a harmonia com a natureza. Não existe a dicotomia que explica a maioria dos processos de desenvolvimento atuais e também não se tem a concepção tradicional de pobreza que é associada à carência de bens materiais em oposição à riqueza que se vincula com a abundância dos mesmos. (ACOSTA, 2010, p. 11)

Embora as demais constituições latino-americanas não façam tal previsão, todos os povos originários concebem esse conceito por meio de expressões próprias. Existe uma série de aspectos comuns entre elas que podem ser citados: ao se falar de bem viver, faz-se uma referência a toda a comunidade que abrange não só os seres humanos, mas tudo que existe; há um profundo respeito pela “Mãe Terra” que recebe variadas nomenclaturas, como *Pachamama*, *Madre Tierra*, *Madre Selva*. Nesse sentido, viver bem significa compreender que a deterioração de uma espécie é a deterioração de todo o conjunto. (CAOI, 2010, p. 49)

Sem a intenção de minimizar o papel dos povos indígenas andinos, é necessário destacar que a sua visão não é a única fonte de inspiração para levar em frente o *Buen Vivir*. O conceito possui fundamento histórico nos modos indígenas de vida, mas se sustenta também nos princípios filosóficos que rodeiam o cooperativismo, o feminismo, o humanismo e tantos outros. Reiterando: essa proposta em constante construção não deveria ser circunscrita exclusivamente à realidade dos indígenas andinos, e sim ser projetada nos debates que ocorrem ao redor do mundo. (ACOSTA, 2010, p. 13-15)

Surgindo a partir desse entendimento e práticas dos povos tradicionais, independentemente da denominação adotada, seu aspecto central pode ser encontrado na

necessidade universal de se estabelecer relações de solidariedade, complementariedade e reciprocidade entre as pessoas com a natureza. Assim, implica deixar de ver a natureza como algo externo e como um objeto, bem como no questionamento da própria ideia de desenvolvimento e crescimento. (CÓRDOVA, 2014, p. 101)

O *Buen Vivir* serve como base do Estado plurinacional e intercultural e se relaciona com os direitos da natureza que estão cada vez mais imbricadas aos direitos humanos, permitindo a construção de uma sociedade realmente sustentável pensada a partir do enfoque ambiental, e não antropocêntrico. (ACOSTA, 2010, p. 21)

O viver bem não pode ser concebido sem a comunidade; ele rompe com a lógica capitalista e o individualismo que a cerca, com a monetarização da vida em todas suas esferas e com a desnaturalização do ser humano e a visão da natureza como meramente um recurso a ser explorado. (CAOI, 2010, p. 51) Se apresenta como oportunidade para se construir coletivamente um novo regime de desenvolvimento. (ACOSTA e MARTÍNEZ, 2009, p. 7)

O planeta se encontra numa situação em que já se percebe claramente uma crise civilizatória frente à impossibilidade de se continuar com o modelo industrialista depredador que se funda da luta do homem para conquistar e dominar a natureza. Restou claro que o ideal de bem estar baseado na ideia de acumulação de bens materiais não é possível de se atingir sem que os seres humanos condenem a si mesmos. Utiliza-se não somente a totalidade da capacidade que o planeta pode repor, mas também aquilo que seria destinado às próximas gerações. (LANDER, 2009, p. 31-32)

O Bem Viver como objetivo do desenvolvimento reúne uma abordagem que é parte da cosmovisão indígena, todavia as constituições da Bolívia e do Equador não imprimem somente essa visão, mas a integram com a necessidade de se viabilizar a vigência de direitos econômicos, sociais e culturais para que se atinja esse objetivo. As previsões constitucionais dão forma a um regime de desenvolvimento que fornece destaque à importância de se ter um ecossistema saudável sem que se interfira fatalmente nos sistemas naturais. Busca-se modificar o ponto de vista tradicional que põe o crescimento econômico como fim último do desenvolvimento. (WRAY, 2009, p. 56-57)

Em outras palavras, funda-se numa cosmovisão de harmonia das comunidades humanas com a natureza, sendo o ser humano parte dessa natureza à qual cultura ocidental se nega pertencer. O Bem Viver se afasta da noção do meio ambiente como algo a ser dominado pelo homem, pelo contrário, o homem está inserido e faz parte desse meio ambiente; deve viver e conviver com ele, ao invés de buscar dominá-lo e subjugá-lo.

Suárez corrobora com o entendimento acima ao discorrer que esse princípio praticado pelas comunidades indígenas é sustentado em um modo de vida no qual as pessoas são parte da natureza e vivem de acordo com princípios milenares que determinam que não se retire dela mais do que o necessário. Isso fica evidenciado na utilização de plantas e animais presentes nos ecossistemas somente para satisfação das necessidades frugais. (SUÁREZ, 2009, p. 105)

O Bem Viver implica, então, em livrar-se das aparentemente novas visões de sustentabilidade que mais visam à preservação do capital do que da natureza. O desenvolvimento sustentável reduz a ecologia a uma busca pela eficiência: se produzir mais com menos e com maior racionalidade. Nesse contexto, a biotecnologia surge como ferramenta para garantir a devida utilização desses recursos. Nos últimos anos as comunidades locais e os movimentos sociais passaram a ser incluídos como guardiões do capital social e natural que lhes dizem respeito. (BENALCÁZAR, 2009, p. 138)

Porém, apesar da inclusão, os discursos que envolvem biotecnologia e proteção legal à biodiversidade auxiliam o capital na conquista do território: os povos tradicionais – ao menos aqueles que sobreviveram à colonização e à exploração – passaram a ser reconhecidos como donos legítimos dos recursos naturais, mas somente na medida em que aceitem enxergá-los como capital a ser acumulado por aqueles que os exploram. (BENALCÁZAR, 2009, p. 138-139)

A título de exemplo, os povos amazônicos que se inseriram na dinâmica dos intercâmbios comerciais tradicionais acabaram presos dentro da economia de mercado. Não houve reciprocidade por parte daqueles que lhes exploram em busca de mão de obra ou de matéria prima. Assim, se viram sem escapatória diante da sua desvantagem tecnológica e tiveram seus recursos naturais depredados e sua vida cotidiana transformada em forma de entretenimento. (CAOI, 2010, p. 27)

As propostas do *Buen Vivir* inseridas nos textos constitucionais da Bolívia e do Equador vão à contramão dessa apropriação desenfreada da natureza pelas atividades econômicas. A cosmovisão indígena permite que se tire a figura do homem como proprietário de tudo que faz parte do meio ambiente, pois nessa ótica ele é inserido como parte dessa natureza com a qual trave esse embate.

A constituição equatoriana traz expressamente trechos que consolidam o entendimento anterior:

Art. 14.- Se reconhece o direito da população a viver em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que garanta sustentabilidade e o bem viver, *sumak kawsay* . Se declara de interesse público a preservação do meio ambiente,

a conservação dos ecossistemas, a biodiversidade e a integridade do patrimônio genético do país, a prevenção de danos ambientais e a recuperação de espaços naturais degradados.

Art. 22. **As pessoas têm o direito** de desenvolver sua capacidade criadora, o exercício digno e sustentado das atividades culturais e artísticas, e **de beneficiar-se da proteção dos direitos morais e patrimoniais** que lhes correspondam pelas produções científicas, literárias ou artísticas de obras de sua autoria

Art. 25.- **As pessoas têm o direito de usufruir dos benefícios e aplicações do progresso científico e do conhecimento ancestral.**¹⁵ (Grifos nossos)

É necessário fazer uma síntese do exposto até aqui de modo a entender melhor a relação que o *Buen Vivir* do Novo Constitucionalismo Latino-Americano tem com a apropriação – na maioria das vezes ilegal ou irregular – dos conhecimentos dos povos tradicionais. No início deste capítulo demonstrou-se a evolução histórica do(s) constitucionalismo(s) e restou claro que o ponto principal desse movimento residia na luta contra o abuso de poder estatal.

Passou a falar-se em noções de constituição material e constituição formal, expandindo-se a eficácia jurídica da primeira e aumentando as formas de controle e proteção jurisdicional no que se refere à otimização e concretização dos direitos.

Indo além da preocupação em coibir os abusos perpetrados somente pelo poder do Estado, inaugurou-se a ideia de barrar abusos praticados por particulares. Não somente os governantes investidos devem respeitar as garantias constitucionais, mas também os indivíduos nas suas relações a nível particular; surgiram direitos que visam proteger grupos vulneráveis e minorias sociais. O Estado ganhou o papel de protagonista para materializa-los através de políticas públicas.

Ressalvadas as particularidades que cercam os processos de descobrimento, colonização e independência de cada país, a América Latina como um todo foi local de exploração e extração de recursos naturais desde a chegada dos europeus. A devastação da natureza em busca de bens para o comércio, o extermínio e exploração dos povos nativos ocorreram em conjunto e continuam presentes hodiernamente.

Frente a isso, após uma série de lutas promovidas por movimentos sociais, com principal participação dos movimentos de lutas indígenas, vários desses países passaram por

¹⁵ Tradução nossa. Texto original: *Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.*

Art. 22.- Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.

Art. 25.- Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales.

mudanças constitucionais, sendo o reconhecimento da existência, cultura, costumes e sabedoria indígenas o denominador comum entre todas. Foi um enorme passo na direção de se reparar toda a violência sofrida e que ainda sofrem; embora a previsão de tais direitos nas constituições não corresponda necessariamente à sua efetivação, a integração dos mesmos aos textos máximos aponta no sentido de uma evolução significativa.

Indo além do constitucionalismo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano deu a luz a uma maior proteção a grupos excluídos, marginalizados e esquecidos que anteriormente mal possuíam visibilidade. Nesse sentido, pode-se afirmar que também se preocupa com a limitação do poder, mas chega onde os movimentos anteriores não haviam chegado, trata-se de um constitucionalismo social preocupado com a aplicação e efetividade desses direitos.

Ocorre que além da limitação do poder estatal, também se buscou limitar os abusos perpetrados pelo poder do capital que constantemente viola os territórios e conhecimentos indígenas visando à acumulação sob a justificativa de um suposto desenvolvimento econômico. A noção de progresso cunhada a partir da Europa e países considerados desenvolvidos – como Estados Unidos, por exemplo – serviu de justificativa para a extração não só dos recursos naturais, mas também do conhecimento e sabedoria dos povos indígenas tradicionais.

Os princípios pregados pelo *Buen Vivir* refutam a visão de desenvolvimento vinculada ao progresso econômico e à noção de acumulação de bens materiais. Permitem se pensar e repensar em formas de crescimento que não geram mais prejuízos ao meio ambiente e que não impeçam sua regeneração. Também são contrários à visão antropocêntrica que enxerga o ser humano como não pertencente à natureza, tendo que conquistá-la ou dominá-la. A cosmovisão indígena presenteou os textos com a ideia do biocentrismo, pregando uma relação harmoniosa não só entre ser humano e natureza, mas também entre as pessoas e os diferentes grupos sociais e sociedades em que se inserem.

Importante destacar que embora inicialmente se tenha a impressão de que é aplicável somente à realidade andina, o *Buen Vivir* tem valores universais presentes nas diversas culturas indígenas, não sendo ligado exclusivamente àquela região geográfica. Os povos tradicionais possuem de forma inata essa ótica holística e entendem que pertencem à natureza, devendo conviver com ela de forma harmoniosa e é – e foi – a partir dessa convivência que em milhares de anos acumularam conhecimento acerca de plantas, ervas, animais e como utilizá-los para fins terapêuticos, cosméticos e outros.

Não bastando a exploração de recursos naturais, empresas privadas passaram a se utilizar ilegalmente da sabedoria indígena, se apropriando de técnicas e conhecimentos que

desenvolveram ao longo do tempo. Como exposto neste capítulo, percebeu-se que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e, mais especificamente, o *Buen Vivir* são contrários a essa pilhagem e pirataria que ocorrem em pleno século XXI.

Mesmo que nem sempre de forma explícita como apresentado nos trechos do texto constitucional equatoriano, os ideais e a filosofia que permeiam o Bem Viver não corroboram com mais essa violação dos direitos dos povos indígenas. Nessa ordem, por meio dos pontos abordados até aqui, a pesquisa demonstrou que o *Buen Vivir* se preocupa – dentre outras coisas – em proteger os conhecimentos tradicionais.

Dito de outro modo, embora nem sempre de forma literal, as propostas de convivência harmoniosa com a natureza e entre as comunidades são violadas quando há esse roubo ou apropriação indevida. Ainda, há também que se atribuir os devidos créditos àqueles que criaram ou desenvolveram essa sabedoria.

Demonstrada a proteção fornecida pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano e, mais especificamente, pelo *Buen Vivir* contra as práticas de empresas que roubam das sociedades tradicionais, cabe, antes de discorrer acerca da evolução da legislação internacional e nacional que envolve o assunto, apresentar sob um viés sociológico a exploração desenfreada do meio ambiente.

Assim, no capítulo que segue, buscar-se-á apresentar o trabalho do sociólogo alemão Ulrich Beck e a sua teoria da Sociedade de Risco, na qual o autor retrata de forma singular como a luta pela dominação da natureza transformou a sociedade. Tal análise permitirá um melhor entendimento de como essa evolução levou à busca por novas áreas para exploração, chegando-se, então, naquela referente aos conhecimentos tradicionais associados, objetos de estudo do último capítulo.

CAPÍTULO 2 – ESTABELECENDO LIGAÇÕES ENTRE A SOCIEDADE DE RISCO, O *BUEN VIVIR* E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Discorrer sobre a sociedade de risco requer necessariamente que se contextualize minimamente a obra do sociólogo alemão Ulrich Beck, falecido em 2015. Seu reconhecimento a nível global se deu inicialmente com a publicação de *Sociedade de Risco* (1986 em alemão), traduzida para o português em 2010.

No prefácio da obra, o autor discorre sobre a evolução das sociedades, tendo como base os Estados europeus e os Estados Unidos. Desse modo, é necessário registrar que os apontamentos feitos acerca desse trabalho guardam relação com aquele espaço geográfico, haja vista que há uma pluralidade de sociedades no globo que podem ser consideradas mais ou menos desenvolvidas, a depender do ponto de vista. Beck, então, discorre a partir do *locus* onde se encontra, a despeito de sua teoria poder ser aplicada em um maior ou menor grau a outros locais, bem como das próprias referências que o mesmo traz sobre países do sul ou orientais.

Inicia pela sociedade tradicional, tendo por base as formas de vida social europeia e norte-americana no início da modernidade até meados do século XVIII. Suas estruturas e instituições ordenavam as vidas das pessoas em comunidades fechadas, que acreditavam ser partes de um grupo maior, distantes de um ideal individualista. Nesse período, a igreja e a família tiveram amplos papéis como centralizadoras das diretrizes de como se deveria viver.

Já no começo do século XVII inaugurou-se uma espécie de questionamento e enfrentamento dessas instituições tradicionais em busca de mais liberdade individual e autonomia. As pessoas começaram a ser consideradas o centro da vida, sendo parâmetros para se viver de um modo mais individualizado; “eu”, ao invés de “nós”. Esse período foi conhecido como primeira modernidade e trouxe à tona direitos e liberdades individuais, causando efeito transformador que passou a permitir a substituição daquelas instituições e estruturas tradicionais que moldavam a vida.

A Igreja tornou-se menos crítica e houve o surgimento de outros grupos sociais, como os sindicatos e clubes, que possibilitavam às pessoas desfrutar de uma vida mais pessoal. A família, antes composta de diversos membros, se tornou uma família nuclear. Quanto ao Estado, passou a existir um número maior de partidos políticos aos quais cada um doava sua lealdade; as corporações e sistemas burocráticos passaram a ingerir mais nos ordenamentos das vidas dos sujeitos.

Desafiando as estruturas tradicionais em defesa da autonomia individual, surgiram as corporações com promessas de que trariam liberdade e desenvolvimento pessoal para aqueles que lhes fossem leais. Tornaram-se a principal forma de estrutura social por grande parte do século XX.

Ao final no século XX o quadro geral dessa primeira modernidade passou a ser questionado e mudou radicalmente. O individualismo aprofundou sua influência no imaginário ocidental e as pessoas passaram a ser mais bem informadas; as oportunidades de trabalho já não eram exclusivamente para mão de obra de baixa qualificação. A informação e aprimoramento das competências profissionais gerou a substituição da antiga sociedade de trabalho manual. Esses novos perfis dentro da sociedade de informação refletiram no seu relacionamento com as instituições e levaram as pessoas a se firmarem em si mesmas, ao invés de serem tão dependentes das corporações. É nesse contexto que surge o que Beck chama de modernidade reflexiva e dentro dela desenvolve sua teoria sobre a sociedade de risco.

Para compreender a ligação entre o *Buen Vivir*, a Teoria da Sociedade de Risco e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, é imprescindível discorrer sobre o legado de Beck, apresentando primeiramente o proposto na obra supramencionada e depois em seus demais trabalhos e os de outros estudiosos que se debruçaram sobre a temática.

2.1 Sociedade de Risco: uma breve exposição

O título de seu trabalho já levanta um questionamento: o que seriam, para Beck, riscos? Segundo ele, riscos são diferentes dos demais dramas humanos, pois estes não se baseiam em decisões que focam em vantagens ou oportunidades técnico-econômicas e aceitam riscos meramente como parte negativa do progresso. Riscos, ao contrário, presumem indústrias, decisões técnicas e/ou econômicas e levam em consideração sua utilidade. A consequência disso é fundamental: desgraças e desastres pré-industriais, independentemente de seu tamanho ou poder de devastação, eram consideradas infelicidades do destino que caíam sobre a raça humana, sendo atribuídas a um “outro”; já os riscos industriais são originados por pessoas, empresas, corporações, agências estatais e políticos. (BECK, 1992, p. 98)

Utilizando a nuvem atômica fruto da explosão nuclear ocorrida em Chernobyl no ano de 1986 na URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) – Ucrânia, mais

especificamente – e toda a contaminação que se espalhou, Beck discorreu sobre a debilidade da indústria mundial da época frente à natureza. Desse modo, narrou que o ideal Homem x Meio Ambiente é uma construção do século XIX que cumpre dois propósitos: controlar e ignorar a natureza. (BECK, 2010, p. 09)

Sintetiza esse entendimento afirmando que

[...] A natureza *foi* subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em *interno*, de fenômeno predeterminado em *fabricado*. Ao longo de sua transformação tecnológico-industrial e da sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. Dessa forma, ela se converteu, ao mesmo tempo, em pré-requisito indispensável do modo de vida *no* sistema industrial. [...] Contra as ameaças da natureza externa, aprendemos a construir cabanas e a acumular conhecimentos. Diante das ameaças da segunda natureza, absorvida no sistema industrial, vemo-nos praticamente indefesos.¹⁶ (BECK, 2010, p. 09)

Para que se entenda melhor seu trabalho, deve-se partir da ideia de que, assim como quando houve o processo de modernização que extinguiu a estrutura de sociedade feudal, transformando-a em sociedade industrial, se está diante de um processo de modernização que destrói com os moldes dessa mesma sociedade industrial. Em outras palavras, tal como o a modernidade introduzida pela industrialização e máquinas a vapor puseram fim ao feudalismo, essa nova modernidade encerrou com a anterior.

Não se pode esquecer, porém, de um ponto chave quando se discute a modernidade industrial: a acumulação de riquezas e progresso material foram (e ainda são) os objetivos principais, sendo que uma das grandes discussões girava ao redor da questão de distribuição dessa mesma riqueza. Havia uma preocupação acerca de como mitigar as desigualdades e acabar com a escassez.

Beck, então, chamando esse novo período de modernidade reflexiva, afirma que a produção de riquezas passa a ser acompanhada da produção de riscos. Para além da preocupação no aspecto distributivo dos recursos, surgem problemas que ultrapassam aqueles, baseados em adversidades e conflitos que vêm à tona e dizem respeito à produção, definição e distribuição de riscos produzidos científica e tecnologicamente. (BECK, 2010, p. 23)

Dito de outro modo, o processo de modernização é tolhido “de seu fundamento de legitimidade até então vigente: o combate à miséria gritante, em razão do qual se dispunha a arcar com certos efeitos colaterais (já não inteiramente) imprevistos.” (BECK, 2010, p. 25) Os riscos, porém, não são nascidos na modernidade: mesmo Colombo, quando partiu em busca de novas terras, assumiu riscos. No entanto, esses últimos eram riscos pessoais, diziam

¹⁶ Grifos do autor.

respeito apenas à sua pessoa e aqueles ao seu redor. Os riscos apresentados na teoria de Beck correspondem a situações de ameaça global para toda a humanidade. (idem)

Em outras palavras, a ideia de se reagir às incertezas que rodeiam as conquistas de novos mercados ou o desenvolvimento e implementação de novas tecnologias com concordância coletiva dificilmente é uma nova invenção social: se origina desde as navegações intercontinentais. Todavia, com o crescimento do capitalismo industrial, os seguros foram aumentados e passaram a abranger quase todos os problemas da área de atuação social. Consequências que num primeiro momento afetavam apenas o indivíduo tornaram-se mais perigosas, tornaram-se riscos. (BECK, 1992, p. 99)

A natureza vem sendo destruída e as florestas desmatadas em busca de matéria prima desde os primórdios, todavia, na contemporaneidade, o desmatamento ocorre de modo global – como consequência da industrialização – e mesmo países que ainda têm a maior parte dessas áreas preservadas se veem obrigados a arcar com custos das emissões de poluentes causadas por outros países. Há, porém, uma diferença importante: os riscos das civilizações atuais normalmente fogem da ordinária percepção humana, estando presentes em locais onde a maioria desconhece, escondidos, por exemplo, em fórmulas químicas. (BECK, 2010, p. 26)

Em suas palavras:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior.¹⁷ (BECK, 2010, p. 26)

Os riscos provenientes do desenvolvimento industrial remontam do início desse processo e apresentaram diversas formas. Por exemplo, a preocupação com a pobreza e saúde foi alvo de intensos debates no século XIX. No entanto, os riscos aos quais o autor se refere são uma nova característica, capazes de comover não somente o local em que se produzem, mas também ameaçar todas as formas de vida do planeta. (BECK, 2010, p. 26)

Nessa toada, a produção de riscos é diferente da produção de riquezas, pois causam danos de modo sistemático e definido, muitas das vezes irreversíveis e invisíveis, haja vista que são vistos quase que exclusivamente sob a lente do conhecimento científico. A distribuição deles acarreta situações sociais de ameaça, pois no final das contas atingem aqueles que os produziram ou que lucraram com os mesmos, ocorrendo o chamado efeito bumerangue adrede citado. (BECK, 2010, p. 27).

¹⁷ Grifos do autor.

Dito efeito significa que o risco produzido vai atingir aqueles que o geraram ou lucraram com ele, mais cedo ou mais tarde. Nem mesmo os ricos e poderosos conseguem ver-se livres e esses “efeitos colaterais” atingem também seus centros de produção. “Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram”. (BECK, 2010, p. 44)

Numa tentativa de descrevê-lo, o autor discorre sobre agentes poluidores como grandes corporações, por exemplo, que já não são mais capazes de ser ver (completamente) livres das consequências de suas ações que podem induzir ou causar riscos. Não se fala mais apenas em perigos que ameaçam a própria sobrevivência da empresa, mas sim em processos de destruição ecológica, perda de recursos e geração de riscos que podem afetar a todo o globo de modo indefinido.

Devido ao efeito bumerangue, surge um alerta para que se observe como os Estados e as suas indústrias lidam com os riscos, agora não mais locais e isolados. A capacidade de se alastrar e afetar até mesmo aqueles que não estão diretamente envolvidos na sua cadeia produtiva gerou preocupações e acendeu os debates sobre a responsabilização por eles e danos que causam quando se efetivam.

Ademais, é necessário destacar que os riscos não se esvaem em si mesmos quando ocorrem; dentro deles existe um componente futuro que se funda sobre os danos previsíveis, na perda de confiança ou no aumento dos próprios riscos. Assim, possuem estrita relação com a antecipação e previsão de destruições que não ocorreram, mas que são iminentes e, por isso, ameaças reais. “Nesse sentido, os riscos indicam um futuro que precisa ser evitado.” (BECK, 2010, p. 39-40)

Possuem característica paradoxal, ao serem reais e irreais ao mesmo tempo. Reais porque muitas ameaças já se concretizaram e causaram diversos efeitos negativos, tais como a poluição dos rios, desmatamento florestal, surgimento de novas doenças etc. Irreais porque a real força dos riscos se encontra nas ameaças que apresentam para o futuro, em outras palavras, a qualquer tempo que surgirem, corresponderão à destruição para a qual não há ação em resposta. Logo, seu potencial reside no porvir. (BECK, 2010, p. 40). Comumente rejeitados inicialmente, pressupõe-se sua inexistência até prova em contrário sob o manto do princípio “*in dubio pro progresso*”; nas palavras de Beck: “na dúvida, deixa estar.” (BECK, 2010, p. 41)

Obviamente, afetam as classes sociais: embora possuam potencial para atingir a todas, a distribuição dos riscos ao longo do tempo permitiu observar que, assim como as riquezas, se atêm ao esquema de classe de modo inverso: ao passo que as riquezas se acumulam nas

classes de cima, os riscos o fazem nas de baixo, reforçando, assim, a sociedade de classes ao invés de revogá-la. (BECK, 2010, p. 41)

Nesses casos, não é apenas esse efeito social de filtragem ou amplificação que produz inquietações específicas de classe. Também as possibilidades e capacidades de lidar com situações de risco, de contorná-las ou compensá-las, acabam sendo desigualmente distribuídas entre distintas camadas de renda e educação: quem dispõe do calço financeiro de longo prazo, pode tentar contornar os riscos através da escolha do local e da configuração da moradia [...]. (BECK, 2010, p. 42)

O autor, então, consegue reduzir a lógica acima numa simples frase: “a miséria é hierárquica, o *smog*¹⁸ é democrático.” O aumento dos riscos na modernidade reflexiva acaba por gerar uma relativização das fronteiras e diferenças sociais, com consequências diversificadas, porém, em termos objetivos, produzem dentro da circunferência por eles afetada efeito equalizador; e é aqui que se encontra sua nova força política. Desse modo, sociedades de risco não são pura e simplesmente sociedades de classe, haja vista que as situações de ameaça não podem ser encaradas como situações de classe. Tal característica fica mais evidente quando se considera a tendência a se tornarem globais: a produção da indústria gera ameaças universais, não importando o lugar onde são originadas. (BECK, 2010, p. 43)

Lançando mão de mais uma metáfora trazida por Beck: “[...] Torna-se claro, nesse caso, que a Terra se transformou num assento ejetável, que não mais reconhece diferenças entre pobre e rico, branco e preto, sul e norte, leste e oeste. [...]” (BECK, 2010, p. 45)

Outro conceito importante trazido ainda na mesma obra é o da “desapropriação ecológica”, tratando-se de uma desapropriação “*social e econômica com a manutenção da propriedade legal*.”¹⁹ Isto vale também para os alimentos, assim como para o ar, solo e água. Vale para tudo o que neles vive e, sobretudo, para todos aqueles que vivem daquilo que neles vive”. (BECK, 2010, p. 46) É importante porque guarda relação muito estreita com a exploração do conhecimento dos povos tradicionais que será abordada mais especificamente no capítulo seguinte, mas desde já é digno de nota.

O processo de modernização com a expansão das indústrias e predação da natureza nos mais variados moldes gerou questionamentos sobre se seria possível continuar com tais práticas e também se os conceitos tradicionais de progresso, bem-estar, crescimento econômico e racionalidade científica ainda seriam válidos. Surgem daí conflitos acerca de qual seria o melhor caminho a seguir. (BECK, 2010, p. 48)

Viu-se ao longo dos últimos anos a tendência de grandes empresas se instalarem em países mais pobres devido a fatores como mão de obra mais barata, menor carga tributária ou

¹⁸ Fumaça de poluição.

¹⁹ Grifos do autor.

incentivos fiscais, de modo que os prédios das indústrias poluentes ficassem longe dos escritórios daqueles que delas lucram. Em contrapartida, os trabalhadores e habitantes dessas regiões se curvam à insalubridade e ao perigo de laborar, pois a escassez de recursos, a miséria e a fome são uma realidade mais concreta e tangível do que a ameaça dos riscos.

“As indústrias de riscos foram transferidas para os países com mão de obra barata. Isto não aconteceu por acaso. Existe uma sistemática ‘força de atração’ entre pobreza extrema e riscos extremos.” (BECK, 2010, p. 49)

Destaca-se a relação que tais questionamentos guardam com aqueles apresentados pelo *Buen Vivir*, pois também põem em xeque os modelos de desenvolvimento adotados e trazem uma nova proposta a ser trilhada. Diferentemente da busca desenfreada pelo domínio da natureza e máxima extração de seus recursos sem a preocupação com os indivíduos e com a capacidade regenerativa do meio ambiente, apresenta diretrizes que permitem o crescimento sem que sejam gerados novos riscos.

Tal regeneração é essencial, pois ela compõe a essência da vida e é o princípio central que guia sociedades sustentáveis; não há como se falar em sustentabilidade sem regeneração. A atual sociedade industrial, porém, não possui tempo para pensar nisso e, portanto, não é capaz de viver de forma regenerativa. “Sua desvalorização dos processos regenerativos é a causa tanto da crise ecológica como da crise da sustentabilidade”. (SHIVA, 2001, p. 67)

Na modernidade reflexiva, Beck enfatiza o papel dado à ciência e à tecnologia como se fossem heroínas capazes de solucionar os problemas; os riscos seriam meramente decorrências do progresso. Todavia, as entende como raízes de todo o mal, sendo que o aumento de importância social e política dada a ambas torna possível que o conhecimento seja forjado e disseminado. (BECK, 2010, p. 55-56)

Os riscos ganham concretude escondidos por uma miríade de interesses que não respeitam as fronteiras nacionais ou sociais. Poder-se-ia pensar que surgiria uma maior harmonia diante dessas ameaças globais que assolam a todos, porém as discussões sobre como lidar com eles acabam gerando mais conflitos e diferenciações, sendo os riscos, por vezes, oportunidades de mercado. (BECK, 2010, p. 56)

Diante desse cenário e com vistas a se proteger de ameaças originadas da energia atômica, lixo tóxico e pilhagem da natureza, representantes de diversas classes distintas, partidos, grupos profissionais passam a se organizar em iniciativas da sociedade civil. “O

sonho da sociedade de classes é: todos querem e devem *compartilhar* do bolo. A meta da sociedade de risco é: todos devem ser *poupados* do veneno.”²⁰ (BECK, 2010, p. 57-60)

Nasce, dentro da sociedade de risco, o potencial político das catástrofes. Meios para antever e lidar com seus desencadeamentos podem gerar uma reorganização do poder e da responsabilidade. “A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”. (BECK, 2010, p. 28)

De todo modo, porém, antes de tratar da evolução dos trabalhos desenvolvidos por Beck e outros autores a partir da teoria introduzida acima, é pertinente reforçar, de forma breve, os pontos principais da sua obra inicial.

Em termos gerais, o que o autor afirma nesse livro é que a sociedade moderna – por volta do final do século XX – foi estruturada ao redor de e afetada por novos tipos de riscos que anteriormente não existiam. Tratam-se, mais precisamente, de riscos que não podem ser facilmente identificados, a não ser que se faça uso da ciência. A título de exemplo, é possível citar as mudanças climáticas, haja vista que as mesmas não poderiam ser detectadas simplesmente com o uso de nossos sentidos. Pelo contrário, foi necessário o uso de diversos campos do conhecimento científico para comprovar sua existência.

Outro ponto de destaque reside na ideia de que os riscos são essencialmente universais: eles se espalham e se distribuem por todos os lugares, atingindo a todos os indivíduos, independentemente de sua classe social ou poder econômico – embora tais fatos possam auxiliar na minimização de riscos para aqueles detentores de maiores recursos financeiros ou poderes, não são capazes de deixá-los imunes.

Há, ainda, riscos que são irreversíveis, como os decorrentes dos alimentos geneticamente modificados dos quais não se sabe ao certo que efeitos causariam aos seres humanos a longo prazo, podendo ser diretos ou indiretos; se ocorrerem de fato, não poderão mais ser evitados, haja vista que não há como se “desplantar” o que já foi colhido e consumido pelo ser humano.

Os riscos já não mais discriminam em decorrência da classe social, riqueza ou qualquer divisão do tipo e já não é mais possível antever ou saber como lidar com eles. Outro elemento importante e digno de destaque é a ignorância a respeito dos mesmos – e aqui se inclui a ignorância científica – de modo que o que não se sabe é tão ou mais importante do que aquilo já desvendado pelo conhecimento.

²⁰ Grifos do autor.

O livro de Beck, dentre outras conquistas, foi capaz de posicionar a temática do meio ambiente como ponto principal para compreender-se a sociedade global. Tal obra deu o pontapé inicial para um conjunto de outros escritos nos quais Beck, assim como outros autores, continuaram a desenvolver o trabalho nessa seara. Pela relação que guarda com questões ambientais, a teoria da sociedade de risco também embasou a presente pesquisa.

É importante destacar que ele entende que os seres humanos estão sofrendo com os efeitos colaterais de sua conquista da natureza e aqui há outro ponto de contato entre sua teoria e o *Buen Vivir*. Assim como a filosofia indígena, Beck dá ênfase na discussão que envolve a apropriação da natureza pelo homem, em outras palavras, ambos acrescem à noção de que é primordial se repensar tal relação.

Com o tempo, o autor passou a escrever sobre novos riscos gerados a partir de novas tecnologias, dentre elas a engenharia genética, que tem relação com o Biodireito e com os Conhecimentos Tradicionais Associados. No entanto, não só pelo tema ser amplo, mas também por uma questão de didática e auxílio à compreensão, tais apontamentos serão foco do próximo capítulo. Dito isso, cabe agora apresentar os desdobramentos e evolução pelos quais a Sociedade de Risco passou após sua primeira publicação.

2.2 Desdobramentos e evolução da Sociedade de Risco a partir de outras óticas

Após a publicação de *A Sociedade de Risco*, houve mudanças que foram desde a queda do muro de Berlim à diminuição do medo de um apocalipse nuclear – embora esse último seja um assunto constante nos noticiários. Diversos países possuem arsenais nucleares e armas de destruição em massa, tecnologias que desenvolveram armas químicas e biológicas, no entanto, hodiernamente é possível se falar em novos riscos decorrentes de inovações tecnológicas, tal como os decorrentes da biotecnologia e nanotecnologia. Tratam-se de riscos que não podem ser vistos de modo ordinário, pois são invisíveis aos olhos humanos sem a utilização de certas ferramentas e equipamentos, riscos que se escondem por trás de fórmulas químico-físicas, capazes de gerar danos às pessoas e ao meio-ambiente no tempo presente e também no futuro.

Deve-se destacar, assim como exposto por Beck na sua obra inicial, que a possibilidade de que ocorram tragédias ou perdas não é, de modo algum, algo surgido recentemente. Desde 1986 o autor já se interessava por questões referentes a (novas) tecnologias e formas de proteção que deveriam ser discutidas de modo a se evitar a ocorrência

de riscos. Além disso, não se pode esquecer que Sociedade de Risco possui outro ponto de suma importância: trata da transição entre modernidades, da modernidade industrial, ou pós-modernidade, para uma modernidade reflexiva, dentro da qual os riscos ganham papel de fundamental importância na sua teoria.

No centro de sua pesquisa, o autor aponta que as concepções clássicas da sociologia não são mais capazes de ou adequadas para lidar e entender com as condições de mundo contemporâneas. Ao contrastar essas duas formas de modernidade, defende que a modernidade é intrinsecamente reflexiva e é favorável a abordagens multidimensionais para lidar com os riscos que a própria sociedade produz.

O processo globalizatório, a despeito das diversas mazelas que causou e ainda causa, fez com que surgisse a percepção de que se vive em um mundo de diferenças, onde identidades étnicas e culturais distintas existem e (nem sempre) coexistem por meio de relações complexas. A tendência é no sentido da subjugação das culturas tradicionais que vão de encontro à visão ocidental, euro-norte-americana, antropocentrista e individualista de desenvolvimento e progresso.

Em um esforço de síntese, é possível afirmar que há uma espécie de continuidade subjacente de certos aspectos da modernidade dentro da modernidade reflexiva, a qual é caracterizada por crescentes incertezas, dúvidas, instabilidades e riscos. Foi nesse cenário que surgiram questionamentos frente aos impactos da industrialização.

Importante, então, ressaltar que a tese desenvolvida por Beck é no sentido de que vive-se de um modo que não é mais inteiramente regulado pela lógica da distribuição de riquezas, mas sim a de riscos. Na modernidade industrial os mesmos já existiam, não surgiram nessa modernidade reflexiva cunhada pelo autor, porém o quadro é diferente: antes, os riscos existiam por causa da insuficiência dos conhecimentos científicos; hoje, se devem aos avanços nas ciências, bem como ao papel e poder que esse tipo de conhecimento adquiriu no sentido de influenciar a esfera pública, estando, muitas das vezes, imbricadas na lógica da produção de riquezas, ou seja, ligado à opressão do capital.

Sob o ponto de vista de Beck, o alcance dessa nova modernidade e os processos que a envolvem criaram diversos contextos de riscos, aos quais por vezes não se aplicam barreiras territoriais, legais ou temporais. Os riscos ecológicos, por exemplo, são teoricamente impossíveis de se prever e determinar. Diante dessa imprevisão dos efeitos não desejados da modernização decorrentes do desenvolvimento técnico-científico, resta, então, procurar meios e alternativas – também técnico-científicas – que caminhem na direção do autocontrole e certa delimitação (ou limitação?) da ciência e da tecnologia.

Tempos depois de publicado seu primeiro livro e após outros trabalhos, o autor discorre que em *A Sociedade de Risco* ainda possuía uma visão generalista, embasada nas suas percepção e experiência europeias. No decorrer, ainda considerava a modernização reflexiva universal, porém apenas no que se refere à dificuldade de livrar-se dos efeitos colaterais causados pela industrialização. (GUIVANT, 2016, p. 231)

Nas obras em que analisa a sociedade global de riscos, Beck [...] aprimora e expande sua definição dos riscos ao caracterizá-los como os que possibilitam a antecipação de catástrofes planetárias, e que abrangem, além dos centrais riscos ambientais, os econômicos e aqueles decorrentes do terrorismo [...], que devem ser vistos como interligados às crises planetárias. (GUIVANT, 2016, p. 231)

Até a virada do século XX, riscos eram associados quase que exclusivamente com energia atômica, destruição da camada de ozônio, ao invés de compreender também certos desastres naturais como deslizamentos e avalanches. Mais recentemente, porém, esses tipos de ameaças e desastres entraram na conceituação teórica do que são riscos devido às mudanças climáticas que afetam todo o globo. (LÜBKEN, 2011, p. 11)

Se um incêndio começa, os bombeiros são acionados para apagá-lo; se ocorre um acidente de carro, empresas de seguro são acionadas: essa relação entre antes de depois, entre o futuro e segurança foi revogada na era das tecnologias nuclear, química e genética. Não há uma instituição que esteja preparada para o pior acidente imaginável e tampouco existe ordem social que seja capaz de garantir sua própria constituição social e política no pior cenário concebível. Muitos, porém, se especializam na única possibilidade restante: a negação dos perigos. As mega-ameaças nuclear, química, ecológica e genética aboliram com os pilares que permitiam a previsão e o cálculo dos riscos. (BECK, 1992, p. 102)

No século XXI, as ameaças derivadas das tecnologias acima ainda são abordadas com tecnologias, conceitos e fórmulas que derivam do início da sociedade industrial dos séculos XIX e XX. (BECK, 1992, p. 103)

Frente a esse quadro, o estudo dos riscos globais passou a estar vinculado ao que Beck – em seus trabalhos posteriores, com mais ênfase²¹ – chama de virada cosmopolita, entendendo por “cosmopolização” uma perspectiva sociológica com enfoque no processo que força os indivíduos a arcar com tais riscos via soluções complexas que abrangem a necessidade de se trabalhar conjuntamente. Trata-se, então, de uma força coativa que demanda a união das sociedades. (GUIVANT, 2016, p. 231)

Nesse sentido, volta mais atenção ao momento cosmopolita da própria sociedade de risco que acarreta um imperativo cosmopolita. Diferentemente do multiculturalismo,

²¹ Vide sua obra *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*.

globalismo ou universalismo, cosmopolitismo significa o reconhecimento cultural da alteridade, tanto internamente quanto externamente. Na modernidade reflexiva esse reconhecimento é possível devido à iminência de perigos comuns a toda humanidade. (GALLINI, 2011, p. 13)

Logo, afirma que o cosmopolitismo metodológico é um modo de se definir, formalizar essa realidade e lidar com a mesma, de modo que se trabalhe na direção de um mundo onde não simplesmente se aceitem as diferenças, mas onde sejam elas também valorizadas. (idem)

Esse processo representa globalização a partir de dentro das diversas sociedades, gerando mudanças nas identidades cotidianas, pois os problemas que afetam a todos se transpõem ao dia-a-dia dos indivíduos e dos governos. Nesse sentido, cosmopolização difere de globalização, pois esta última transmite a ideia de algo que se localiza externamente, ao passo que a primeira ocorre internamente. (GUIVANT, 2016, p. 232)

[...] Estaríamos confrontados com novos riscos que criam imperativos, responsabilidades, cosmopolitas, porque por um lado misturam o ‘nativo’ e o ‘estrangeiro’ e contribuem para a emergência de uma consciência global; e, por outro, criam redes interligadas de decisões políticas entre os estados e seus cidadãos, alternando as características territoriais dos sistemas de governança. (GUIVANT, 2016, p. 232)

Frente a esse cenário, o autor preconiza um “cosmopolitismo metodológico” para se estudar os riscos acima mencionados e, dentre eles, os riscos ambientais decorrentes das mudanças climáticas e aqueles que envolvem biopolítica e biodireito. (GUIVANT, 2016, p. 233)

Questionado em entrevista se a noção de riscos comuns poderia funcionar como espécie de cola para auxiliar a interpretar sociedades não europeias e não norte-americanas e se a cosmopolização é capaz de ser aplicada ao período histórico mais recente, Beck responde do seguinte modo: acredita que o poder é um problema, mas não sobre quem está no controle ou como as estruturas de poder são reproduzidas, é o oposto. Afirma que o risco global é o oposto de todas as teorias sociais e de desenvolvimento do século XIX que se preocupavam com a produção – do poder, do capital, das estruturas. Continua dizendo que o risco global é o que nos perturba, sendo muito mais do que questões estruturais, de recursos ou da combinação de relações: o Estado nação não é mais o único agente; a ciência não está mais no comando do jogo de poder. (GALLINI, 2011, p. 14)

Em um contexto mais atual, riscos globais estão desfazendo alianças, deslegitimando corporações transnacionais e desafiando as capacidades estatais para gerenciar o meio ambiente, mercados e sociedades. Ao mesmo tempo, a sociedade civil está mais empoderada, embora seja principalmente a partir do poder da informação. (WINDER, 2011, p. 17)

Mais otimista em suas publicações mais recentes, oferece uma perspectiva positiva a respeito das possibilidades de se lidar com os riscos globais numa escala global cujo conteúdo pode ser reduzido ao imperativo: coopere ou fracasse. Com base numa democratização dos riscos, prevê a possibilidade (se não a necessidade) de incluir os outros excluídos nas considerações e decisões acerca dos riscos. (EGNER, 2011, p. 19)

Em entrevista, Beck afirma o seguinte:

Nossas distinções entre "nós" e "eles", ou "nós" e "o Outro", quando preocupados com o nacional e o internacional, com o local e o global, com micro e macro, não são mais funcionais. Portanto, é uma cosmopolização imposta e reforçada: não a velha ideia de cosmopolitismo, mas um novo imperativo que estamos enfrentando em relação ao risco global - um imperativo que diz "cooperar ou fracassar". Você tem que cooperar ou falhar, porque é um problema global. Portanto, temos que produzir novos tipos de estruturas cooperativas ou todos falharemos. Para muitas pessoas, isso pode ser assustador, porque as velhas distinções não funcionam mais, mas trarão consigo novos tipos de oportunidades ao mesmo tempo.²² (EGNER, 2011, p. 20)

Diante disso, pode-se questionar: então por que a cosmovisão indígena que permeia o *Buen Vivir* é importante se os riscos globais, por si mesmos, já realizam essa cosmopolização forçada?

Ocorre que, apesar dos riscos estarem ligados a lugares específicos, é sabido que viajam através das fronteiras espaciais, culturais, políticas e naturais, vide o acidente nuclear na usina de Fukushima, Japão: riscos nucleares não têm fronteiras. Assim, não só os derivados da energia nuclear, mas os riscos globais em geral atravessam vastos territórios e ameaçam não só aqueles expostos diretamente, mas também lugares distantes e gerações futuras, sendo capazes de atravessar também os horizontes temporais. Todavia, em comparação às sociedades orientadas pela visão ocidental e individualista de risco, conforme mostrado na obra inicial de Beck, sociedades asiáticas – China, por exemplo – tendem a ser mais tolerantes em relação a certos riscos e também a aceitar e se responsabilizar de forma coletiva – e não individual – pelos mesmos. Logo, partindo desse ponto de vista, a modernização reflexiva que reside no âmbito individual não é capaz de representar muito além da Europa ocidental. (KNEITZ, 2011, p. 24-25)

Nesse sentido, as propostas indígenas culminadas no ideal do *Buen Vivir* são de grande relevância, pois falam do Sul e para o Sul, não sendo influenciadas pela ótica europeia ou

²² Tradução nossa. Texto original: *Our distinctions between 'us' and 'them', or 'us' and 'the Other', when concerned with the national and the international, with the local and the global, with micro and macro, are no longer functional. Therefore, it is an impure, enforced cosmopolization: not the old idea of cosmopolitanism, but a new imperative that we are facing in relation to global risk – an imperative which says 'cooperate or fail'. You have to cooperate or fail, because it is a global issue. Therefore we have to produce new kinds of cooperative structures or we will all fail. To many people, this may be frightening, because the old distinctions no longer work, but it will bring with it new kinds of opportunities at the same time.*

norte-americana. Ademais, foi demonstrado no capítulo inicial que vão além da mera – porém não sem grande relevância – questão ambiental: abarcam noções de convivência comunitária, respeito à pluralidade e segurança aos seres humanos, plantando ideais capazes de ir contra a exploração econômica e industrial e as demais mazelas causadas pelo poder do capital, evitando, assim, a proliferação dos riscos.

Esse poder de resistência se mostra oportuno diante do que Beck afirma: as instituições das sociedades industriais desenvolvidas, leia-se política, direito, ciências da engenharia etc., comandam de comum acordo um vasto arsenal de normalização de risco não-calculáveis. Por vezes, esses últimos são tidos como inexistentes, subestimados ou encobertos sob o manto das leis. (BECK, 1992, p. 105)

Não mais é respeitada a ordem: primeiro pesquisa em laboratório e depois aplicação. Pelo contrário, testes acontecem depois da aplicação e a produção também precede à pesquisa. A lógica científica despencou nos variados campos do conhecimento; experimentos genéticos, nucleares e químicos continuam a ocorrer como se pairassem tranquilamente acima dos limites dos riscos (BECK, 1992, p. 108)

Debruçando-se sobre a obra de Beck, Ekberg estabelece seis parâmetros para a sociedade de risco que auxiliam o entendimento do proposto pelo autor alemão: a onipresença do risco; diferentes entendimentos do risco; a proliferação de definições de risco; a orientação de risco reflexiva; risco e confiança; as políticas do risco. (EKBERG, 2007, p. 345)

Quanto ao primeiro, deve-se entender que a modernidade reflexiva é caracterizada por um aumento da consciência do risco, da incerteza, da contingência, da insegurança, bem como das tentativas de se colonizar e controlar o futuro próximo e também o distante. Em seu âmago, a modernidade reflexiva é caracterizada pela consciência de se viver em uma sociedade cada vez mais vulnerável a riscos imprevistos, não familiares e sem precedentes, fabricados pela ciência e tecnologia modernas. (EKBERG, 2007, p. 345)

Em oposição à modernidade industrial – a qual foi caracterizada pela segurança, previsibilidade e permanência de tradições herdadas, tais como local de classes, papéis de gênero, casamento – a sociedade de risco tem como marcas o deslocamento, a desintegração e a desorientação associados com as vicissitudes da destradicionalização. (EKBERG, 2007, p. 345)

Quanto aos entendimentos diferentes de risco, em contraste à pós-modernidade, a modernidade reflexiva não é uma rejeição/negação do esclarecimento científico, político ou social e tampouco do poder da razão ou ideologia do progresso. Pelo contrário, é configurada como um novo esclarecimento, ou esclarecimento ecológico, que exige uma intensificação da

razão e aprofundamento da democracia. Ao declarar o fim da falsa confiança da modernidade industrial e o começo de uma nova era mais vigilante, a modernidade reflexiva e a sociedade de risco oferecem um ponto de transição, uma oportunidade para renovação. Essa nova sociedade é mais uma reconstrução da modernidade e menos uma revolta ou revolução para usurpar a modernidade. (EKBERG, 2007, p. 347)

Não é a presença do risco e nem o aumento dos seus níveis que separam a atual modernidade reflexiva da pré-modernidade, modernidade primária ou pós-modernidade, mas sim o fato de que ela é única por causa da emergência de uma atitude diferente concernente aos riscos, sendo mais sensível a consequências políticas ou sociais que podem derivar do materialização de um deles. (EKBERG, 2007, p. 347)

As consequências que passaram a ameaçar a vida pública e privada não são mais produtos aleatórios de uma natureza externa, e sim um desdobramento ou efeito imprevisto ou não-intencional dos avanços no conhecimento técnico que permite entender e manipular as complexidades intrínsecas da natureza. Os teóricos da sociedade de risco focam sua análise nos riscos produzidos, efeitos do conhecimento científico, decisões tecnocráticas e poder político. Com origem em laboratórios nucleares, químicos ou biomédicos, os riscos tornaram-se singulares e não mais significam o resultado de uma falha científica, mas sim um efeito posterior ou colateral das conquistas técnico-científicas. (EKBERG, 2007, p. 348)

No que tange à proliferação de definições do que seriam riscos, enquanto estudiosos da temática concordam que os mesmos estão imbricados com casualidades, ameaças e perigos, há uma falta de consenso a respeito da conceituação do próprio risco e como este último se relaciona com os demais conceitos. Como consequência, permanece um termo elusivo com mútuas interpretações e definições que competem entre si. (EKBERG, 2007, p. 354)

Acerca da orientação de risco reflexiva, é necessário destacar que reflexividade também não encontra consenso. O conceito não pode ser separado das noções contemporâneas de flexibilidade e fluidez, pois indivíduos, instituições e corporações mantêm um certo nível de liquidez, plasticidade ou flexibilidade que os permite responder e lidar com a incerteza. Quando o futuro é incerto, o melhor a se fazer é ser flexível, pois isso permite que se façam ajustes através do conhecimento adquirido e de sua interpretação. (EKBERG, 2007, p. 354)

Beck se refere à reflexividade como ações e reações que são inesperadas, não intencionais e não antecipadas; são ações autônomas que ocorrem sem consciência e sem planejamento anterior. Acredita que é esse conceito que separa a modernidade reflexiva da

primeira modernidade, que foi caracterizada por arrogância e confiança antropocêntricas. O conhecimento foi enjaulado dentro das fronteiras profissionais, ao passo que as suas falhas eram negadas, reprimidas, ignoradas ou dispensadas. Em sentido oposto, a segunda modernidade é caracterizada por uma maior moderação acerca das dúvidas e incertezas, sendo uma maturação da sua antecessora, honesta o suficiente para reconhecer seus erros e ser guiada por cuidado e vigilância. (EKBERG, 2007, p. 355-356)

Sobre risco e confiança, tem-se, uma nova dimensão no que se refere à confiança institucional, por exemplo, como e quanto a população confia na esfera pública para lidar com e se responsabilizar por esses novos riscos. Essa expansão abriu caminho para novos debates acerca da questão ambiental e dos crimes e violações.

Quanto ao último parâmetro – as políticas de risco –, diferentemente da primeira modernidade cujos debates políticos foram dominados por conflitos ideológicos, a reflexiva é dominada por questões que buscam promover melhor qualidade de vida, reduzir riscos à saúde e danos ao meio ambiente, sem se esquecer de lidar com o impacto das tecnologias emergentes na sociedade, ao passo que visa assegurar a segurança e a sobrevivência das pessoas. Beck descreve uma mudança das políticas de classe para políticas ecológicas (EKBERG, 2007, p. 357-358)

Porém, o problema que se identifica é que, embora riscos e insegurança possuam potencial para uma renovação da democracia, na prática esse potencial não foi atingido. Mesmo ocidental e liberal, a democracia constitucional é fruto da modernidade, tanto da primeira quanto da reflexiva; basta ver os problemas relacionados a desequilíbrio de poder, esgotamento ou desrespeito a direitos civis e humanos, bem como os ataques à democracia. (EKBERG, 2007, p. 358)

A modernidade clássica caracterizou-se pela concentração do poder de decisão nos representantes eleitos ou na democracia parlamentar e tal fato, segundo Beck, se iguala à uma monarquia democrática na qual os cidadãos exercem seus direitos democráticos via votação de um líder político mas, depois, entregam seus direitos sociais, políticos, civis e constitucionais, tornando-se invisíveis e submissos ao estado. (EKBERG, 2007, p. 358)

Contrariamente, a modernidade reflexiva possui uma concentração do poder de decisão em uma tecnocracia autoritária. As consequências irreversíveis das decisões tomadas por cientistas químicos, nucleares e biomédicos, têm um efeito profundo nas vidas dos indivíduos e futuras gerações. Esse poder investido nos representantes das ciências se tornou maior causa de conflitos e controvérsias e um grande risco à democracia em si. Decisões tomadas por aqueles sujeitos são ameaças à democracia porque feitas por especialistas não

eleitos, sem consulta à esfera pública e sem consentimento dos cidadãos. (EKBERG, 2007, p. 358)

A legitimidade dessas decisões fica por conta do consenso implícito acerca da necessidade do progresso. Esse consenso geral de que o progresso tecnológico se traduz em progresso social dominou a sociedade de produção industrial, mas na sociedade fruto de tal produção, na qual o lado negativo da tecnologia veio à luz, o consenso acerca de um progresso linear não pode mais ser presumido. (EKBERG, 2007, p. 358-359)

A solução de Beck para combater a tecnocracia autoritária da modernidade reflexiva é facilitar a democratização da ciência. Ele recomenda a divisão do poder de decisão entre os produtores da ciência – cientistas – e os seus consumidores – cidadãos. Essa democratização da ciência não exclui os especialistas, mas os une aos não especialistas em um quadro comunicativo e cooperativo. Sua principal preocupação é que os especialistas não devem decidir sozinhos questões éticas ou ontológicas acerca de como se deseja viver. (EKBERG, 2007, p. 359)

Tal recomendação é análoga ao modelo de democracia deliberativa cunhado por Habermas, o qual busca alcançar um consenso geral através do agir comunicativo e a força da razão. Reconhece que a democratização da ciência pode ser uma solução imperfeita para os riscos técnico-científicos e afirma que não há garantia de que a mesma irá necessariamente melhorar a qualidade das decisões e, conseqüentemente, diminuir os riscos globais. (EKBERG, 2007, p. 359)

Todavia, se posiciona no sentido de que mesmo a democracia podendo ser perigosa, as metas de liberdade individual e igualdade a tornam um risco digno de se aceitar, pois oferece aos cidadãos uma oportunidade de reclamar sua competência para fazer julgamentos críticos acerca do que seriam níveis aceitáveis de riscos e também porque dá a possibilidade aos cientistas-cidadãos de reivindicar seus direitos democráticos não garantidos. (EKBERG, 2007, p. 359-360)

Para além disso, os teóricos da sociedade de risco foram bem sucedidos em reiterar que não são apenas a saúde e o meio ambiente que estão em risco, mas também os valores sociopolíticos de liberdade, igualdade, justiça, direitos e democracia. (EKBERG, 2007, p. 360)

2.3 Enxergando a Sociedade de Risco sob a ótica sul-americana que permeia o Novo Constitucionalismo: qual o ponto em comum entre conceitos e teorias aparentemente tão distintos?

Após fornecer um panorama geral acerca da Teoria do Risco, pode surgir a pergunta: qual a relação que ela guarda com a ciência jurídica? Na contextualização e apresentação feitas nas páginas anteriores buscou-se demonstrar a evolução e desenvolvimento da sociedade ocidental – de modo geral – e são de suma importância, pois o Direito não existe sem a sociedade. É o oposto: o Direito regula e estabelece regras mínimas para que seja possível a convivência entre indivíduos diferentes, cujos interesses por vezes são conflitantes, assegurando a todos condições para que se viva minimamente.

Os contornos da sociedade de risco apresentados por Beck foram delineados e percebeu-se que o surgimento de riscos globais fez com que fronteiras físicas perdessem parte de sua relevância no que tange à proteção contra os mesmos. O medo também cresceu, talvez, inclusive, com velocidade superior ao desenvolvimento científico e tecnológico. Essas formas de conhecimento foram responsáveis por incrementar ou gerar novos riscos que, até então, eram inexistentes ou imperceptíveis.

Houve, ainda, uma expansão da consciência a respeito dos próprios riscos e dos perigos e ameaças decorrentes deles. As pessoas se tornaram mais lúcidas acerca do fato de que os avanços também são capazes de repercutir negativamente nas suas vidas e viram que grande parte dos problemas foi gerada pela própria ação humana.

A maior conscientização coletiva permitiu que surgissem debates sobre diversos temas que são enquadrados pelos riscos, sendo que, inicialmente, Beck citava como exemplos problemas surgidos a partir das novas tecnologias, principalmente a nuclear, a química e a biológica. A questão ambiental ganhou força com seu trabalho e chegou-se à noção de que os países não seriam capazes de resolver ou lidar com esse tópico de modo individual e isolado, nascendo, aí, uma noção acerca da necessidade de cooperação entre os Estados.

Pertinente, aqui, apontar um ponto de ligação entre a teoria de Beck e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano em geral e, especificamente, entre o *Buen Vivir*. O autor alemão discorreu acerca da evolução da modernidade e do desenvolvimento industrial, apontando a falta de impedimentos da qual as indústrias, principalmente, se aproveitavam para explorar a natureza; como resultado, populações mais vulneráveis – e aqui se incluem os povos indígenas – foram as mais afetadas pela política de desenvolvimento.

Enquanto os mais ricos conseguiram, até certo ponto, fugir dos efeitos degradantes da modernização industrial, os grupos acima se viram no centro dessa devastação. Em âmbito urbano, pessoas pobres passaram a conviver ao lado de indústrias que envenenavam o ar e sua água, enquanto as indústrias agropecuárias lançavam mão de pesticidas cujos efeitos no ser humano ao longo prazo sequer sabiam.

Oprimidos desde o “descobrimento”, os indígenas mais uma vez se viram cara a cara com a pilhagem perpetrada pelo capital. Tiveram não apenas muitas vidas ceifadas, mas suas terras sagradas destruídas e invadidas, indefesos diante da tecnologia usada para a violência e desamparados por políticas de proteção efetivas e de efeitos reais e relevantes. Conforme afirmado por Beck, a esfera pública é influenciada enormemente pela lógica privada do desenvolvimento como acúmulo de riquezas e por vezes é refém da ciência e da tecnologia que são usadas como tábuas de salvação para tomadas de decisões que envolvem a esfera pública.

Considerados como meras fatalidades dentro da lógica que envolve a modernidade, foram vítimas de uma noção de desenvolvimento que preza pelo lado econômico. O *Buen Vivir* surge, então, como proposta que contraria essa forma de pensamento. Ao prezar pela convivência harmoniosa entre seres humanos e entre seres humanos e natureza, torna-se uma força no combate aos riscos derivados da industrialização e também é capaz de auxiliar no que se refere ao trabalho coletivo e comunitário entre os diferentes Estados.

Ainda, a sabedoria indígena quebra os paradigmas antropocêntricos da sociedade ao encarar o ser humano como parte da natureza, não se considerando superior ou em posição de destruí-la. De modo semelhante, na modernidade reflexiva passou-se a questionar mais o papel dessa exploração e os efeitos causados à própria humanidade havendo, aí, outra semelhança, pois o *Buen Vivir* também produz novas formas de pensar a visão do meio ambiente como dissociado dos indivíduos, o que permite internalizar tal ideia também nas instituições públicas e, conseqüentemente, no âmbito jurídico.

Em seu livro Beck lança uma pergunta: como viver? A resposta – sem ter a intenção de fazer um trocadilho – pode ser encontrada no Bem Viver. A hora é propícia para se experimentar uma nova ética, novos (velhos) conhecimentos e uma proposta que enxerga de outro modo a relação do ser humano com a natureza.

Avançando cronologicamente nos trabalhos de Beck e estudiosos da teoria do risco, percebeu-se que sua aplicação passou a envolver temas diferentes; foram acrescentados riscos surgidos da engenharia genética, biotecnologia e terrorismo, inclusive. Apesar de parecerem distintos, todos têm sua origem dentro da modernidade reflexiva, cabendo ao(s) Estado(s), preferencialmente no plural, lidar com eles e estabelecer gestões de riscos.

De modo a não fugir do foco da presente pesquisa, cabe reforçar a ligação entre o *Buen Vivir*, a Teoria da Sociedade de Risco e Conhecimentos Tradicionais Associados. Comum a todos eles, pode-se citar a atividade industrial, a busca por riquezas e a devastação gerada pelo capital, mas por quê? Apesar de simples, elas perpassam todos.

O *Buen Vivir* foi apresentado como resultado das lutas indígenas por reconhecimento, autonomia, respeito à sua sabedoria e proteção aos próprios direitos humanos, então onde estaria o papel ou influência das atividades acima citadas nessa proposta? Ocorre que foram elas que levaram à exploração, genocídio e marginalização dos povos indígenas. A busca por recursos naturais, reservas minerais, ou simplesmente pelo espaço para agricultura ou pecuária fez com que esses povos fossem relegados ao esquecimento, oprimidos, vítimas da ganância do capital disfarçado de desenvolvimento.

A Teoria da Sociedade de Risco surgiu a partir de observações e apontamentos que Beck fez acerca da transição da modernidade (tradicional) para a modernidade reflexiva. Ele foca no papel que o desenvolvimento industrial teve para moldar e influenciar as instituições públicas, ressaltando o papel das referidas práticas na criação de riscos. Ao longo de sua primeira obra cita exemplos de instalações industriais cujas atividades fizeram surgir riscos que passaram a assolar não exclusivamente as parcelas mais pobres da população, mas também aqueles responsáveis pelo seu surgimento.

A questão do patrimônio genético guarda relação com os riscos e ganhou maior relevância nos escritos de Beck, principalmente nos mais recentes, quando discorre sobre as incertezas e riscos que provêm da engenharia genética. Em *Sociedade de Risco* já aponta os alimentos geneticamente modificados cujos efeitos a longo prazo para e nos seres humanos ainda são insabidos. A relação desse ramo da ciência jurídica com a atividade industrial repousa nas restrições legais que devem ser observadas por empresas quando lidam com manipulação da vida e também está intrinsecamente relacionado ao patrimônio genético.

Por sua vez, esse último liga-se à atividade industrial quando grandes companhias – por exemplo Monsanto – produzem patentes de sementes ou técnicas de melhoramento genético de plantas que desenvolveram: caso recente noticiado foi acerca da soja intacta da Monsanto, cuja patente está sendo revista após parecer do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, provocado pela Associação dos Produtores de Soja e Milho de Mato Grosso.²³ O nível de desenvolvimento atingido pela ciência e pela tecnologia permitiu que o ser humano manipulasse seres vivos – humanos ou não – a nível intracelular, retirando o que fosse considerado indesejável e melhorando características que lhe trazem algum tipo de ganho.

O estudo dos Conhecimentos Tradicionais Associados será realizado com maior ênfase no capítulo seguinte, porém, desde já é possível apresentar sua ligação com a atividade industrial, a busca por riquezas e a devastação gerada pelo capital: o conhecimento acumulado

²³ Mais detalhes: <https://istoe.com.br/aprosoja-posicao-do-inpi-e-pela-nulidade-da-patente-da-intacta-da-monsanto/>. Acesso em 11 de junho de 2018.

ao longo de séculos pelas populações tradicionais acerca da propriedade de plantas ou animais com variadas aplicações passou a ser apropriado por diversos tipos de indústria, como as produtoras de medicamentos e produtos estéticos. Viu-se que os custos para a atividade industrial seriam muito menores se se apropriassem daqueles conhecimentos.

Foi possível perceber que a ciência e as inovações têm trazido cada vez mais insegurança para a vida humana, sendo que essa incerteza crescente passou a ser problema que precisa ser enfrentado de modo combinado pelas diversas áreas do conhecimento. Então, o capítulo que segue buscará apresentar como o Direito atua ou pode atuar nessa resolução.

Nesse sentido, apresentados os elos que conectam as teorias e princípios trabalhados nos dois primeiros capítulos, no que segue abordar-se-á mais detalhadamente os conceitos e legislação que envolvem Conhecimentos Tradicionais Associados e sua proteção, de modo a reforçar e reiterar a ligação entre propostas/teorias/princípios aparentemente tão distintos e que pareciam, em um primeiro momento, distantes e não relacionados, trazendo, finalmente, o fechamento desse ciclo de pesquisa.

É de grande importância destacar o seguinte: sabe-se que as discussões que envolvem o Novo Constitucionalismo Latino-Americano partem de uma ótica pós-colonial, dentro da qual se busca dar visibilidade ao conhecimento produzido pelo sul, sobre o sul e, sobretudo, para o sul. Desse modo, entende-se que a teoria do risco de origem europeia destoa um pouco dessa proposta, porém foi utilizada de modo a se estabelecer um contraste e demonstrar que esse movimento de mudanças constitucionais é capaz de apresentar soluções para problemas que o conhecimento europeu e norte-americano há anos busca sanar.

CAPÍTULO 3 – CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS: EXPLORAÇÃO E INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO (?)

A história do descobrimento da América Latina é permeada pela exploração não só dos territórios, mas também daqueles povos que já viviam aqui. Não será objeto deste tópico analisar o desenvolvimento desses países, haja vista que houve diferenças no modo de colonização, pós-colonização e independência de cada um deles, todavia é primordial destacar um ponto em comum: a exploração sofrida.

Por volta do ano 1500, a Igreja Católica, na figura do Papa, detinha o poder estatal. Os monarcas e o clérigo forneciam aos descobridores cartas de privilégios, doando-lhes territórios que viessem a conhecer. Em 1492, Isabel de Castilha e Fernando de Aragão deram

a Cristóvão Colombo os benefícios de “descoberta e conquista”; em 1493 o Papa Alexandre VI deu a ambos os monarcas através da chamada “Bula de Doação” “todas as ilhas e territórios firmes ‘descobertos e por descobrir, cem léguas a oeste e ao sul dos Açores, em direção à Índia’”. (SHIVA, 2001, p. 23)

Tais documentos travestiam os atos de pilhagem e pirataria em vontade divina, que doava aquilo que não lhe pertencia e que sequer se conhecia. Os monarcas europeus tornaram-se, então, governantes de todas as outras nações com os princípios constantes dessas cartas, quais sejam, a vacância das terras e o dever de incorporar os selvagens. (SHIVA, 2001, p. 23-24)

Esses documentos foram as bases jurídicas e morais do processo de colonização e do extermínio dos povos nativos. Passados mais de 500 anos desses episódios, esse processo ainda encontra-se em andamento, todavia por meio do sistema de patentes e dos direitos de propriedade intelectual (DPI). A pirataria da riqueza e a criação da propriedade continuam com os mesmos traços do passado. (SHIVA, 2001, p. 24)

A desigual e grande diferença econômica entre países industrializados ricos e aqueles países pobres do Terceiro Mundo é fruto de mais de 500 anos de colonialismo somado com a criação e manutenção de novas formas de exploração de suas riquezas. (SHIVA, 2001, p. 33)

O sentimento de superioridade e o não reconhecimento dos povos tradicionais como sociedades dotadas de elementos comuns a grupos sociais, como costumes, línguas, regras e organização, já se fazia presente quando dos descobrimentos.

Todorov, ao analisar as cartas escritas por Colombo à época, narra que ele considerava os nativos desprovidos de cultura, sendo que os via como carentes de costumes, ritos e religião. O “descobridor” enxergava aquelas pessoas como objetos de curiosidade, e não como outros seres humanos. (TODOROV, 2010, p. 48-49) Afirma que “dado este desconhecimento da cultura dos índios e sua assimilação à natureza, não se pode esperar encontrar nos escritos de Colombo descrições detalhadas da população”. (TODOROV, 2010, p. 50)

Em um sentido contrário ao entendimento de Colombo, Franz Boas afirma que cada tipo de ser humano parece possuir suas próprias invenções, costumes e crenças, sendo que geralmente se pressupõe que cultura e raça estão intimamente associadas e que a descendência (racial) determina a vida cultural. Para ele, o termo “primitivo” possui dois significados, podendo ser aplicado tanto a termos físicos/corporais quanto culturais; estaríamos acostumados a falar em raças e culturas primitivas como se fossem necessariamente relacionadas. “Acreditamos não somente em uma associação próxima entre raça e cultura;

também estamos prontos para alegar superioridade da nossa própria raça sobre todas as outras”. (BOAS, 1938, p. 3)

Os tipos “estranhos” a uma determinada sociedade normalmente acabam ocupando posições inferiores e não se misturam com a outra raça; sua vida na sua terra de origem não seria tão intelectualmente rica ou cheia de conquistas ou descobertas. É possível reconhecer que tais julgamentos não são baseados cientificamente, mas provêm de reações emocionais e condições sociais. (BOAS, 1938, p. 4)

Todavia, gostamos de basear nossas atitudes em direção às ditas raças inferiores na razão. A superioridade de nossas invenções, a extensão do nosso conhecimento científico, a complexidade de nossas instituições sociais, nossas tentativas de promover o bem estar a todos os membros do corpo social, criam a impressão de que nós, povo civilizado, avançamos para muito além dos estágios em que os outros grupos se encontram [...].²⁴ (BOAS, 1938, p. 4)

Uma raça é descrita como inferior quanto mais fundamentalmente difere da nossa. Condições sociais são frequentemente tratadas com o mesmo ponto de vista. Boas, então, questiona se não seria provável que a raça que obteve o maior desenvolvimento civilizatório seria a mais hábil ou capaz, enquanto as outras não seriam capazes de atingir o mesmo patamar. (BOAS, 1938, p. 5-6)

Em resposta, afirma crer que as razões pelo presente declínio de culturas primitivas não estão longe e não necessariamente se devem a uma suposta maior habilidade dos europeus ou asiáticos. (BOAS, 1938, p. 11)

Diversas raças desenvolveram um tipo de civilização similar àquele do qual nossa própria civilização brotou e uma série de condições favoráveis facilitou sua rápida expansão na Europa. [...] A rápida disseminação de europeus ao redor do mundo destruiu todos os começos promissores que haviam surgido em diversas regiões. [...] A disseminação europeia eliminou a possibilidade de crescimento dos germes civilizatórios existentes sem levar em conta a aptidão mental daquelas pessoas.²⁵ (BOAS, 1938, p. 15)

Assim, tal entendimento corrobora com e reforça o exposto no início deste capítulo, no sentido de que a apropriação de conhecimentos de populações tradicionais e a sua colonização e exploração vêm de longe e continuam ocorrendo, embora hodiernamente não de forma tão direta e aberta.

²⁴ Tradução nossa. Texto original: *Nevertheless, we like to support our emotional attitude toward the so-called inferior races by reasoning. The superiority of our inventions, the extent of our scientific knowledge, the complexity of our social institutions, our attempts to promote the welfare of all members of the social body, create the impression that we, the civilized people, have advanced far beyond the stages on which other groups linger [...]*

²⁵ Tradução nossa. Texto original: *Several races have developed a civilization of a type similar to the one from which our own has sprung, and a number of favorable conditions have facilitated its rapid spread in Europe. [...] The rapid dissemination of Europeans over the whole world destroyed all promising beginnings which had arisen in various regions. [...] The spread of the European race cut short the growth of the existing germs without regard to the mental aptitude of the people among whom it is developing.*

A apropriação de recursos nativos antes era feita sob a justificativa de que os povos indígenas não melhoram suas terras; na atualidade, a lógica utilizada para roubar a biodiversidade desses sujeitos é embasada na ideia de que esse conhecimento sobre plantas, sementes e remédios naturais é parte da natureza, e não da ciência. Aquelas culturas que não seguem o padrão de pensamento ocidental são despidas de seus direitos e propriedades, seu conhecimento é apagado de forma sistemática. (SHIVA, 2001, p. 26-27)

Pertinente a observação de Vandana Shiva:

Por meio de patentes e da engenharia genética, novas colônias estão sendo estabelecidas. A terra, as florestas, os rios, os oceanos e a atmosfera têm sido todos colonizados, depauperados e poluídos. O capital agora tem que procurar novas colônias a serem invadidas e exploradas, para dar continuidade ao seu processo de acumulação. [...] Resistir à biopirataria é resistir à colonização final da própria vida – do futuro da evolução como também do futuro das tradições não ocidentais de relacionamento com e conhecimento da natureza. É uma luta para proteger a liberdade de evolução de culturas diferentes. É a luta pela conservação da diversidade, tanto cultural quanto biológica. (SHIVA, 2001, p. 28)

As observações apresentadas pela autora indiana demonstram que o modo pelo qual ocorre a apropriação e pilhagem nos países em desenvolvimento se aprimorou, embora as raízes plantadas à época dos descobrimentos continuam a produzir frutos. A independência desses países não os livrou da exploração em busca de riquezas e por acúmulo de capital.

Ela explica que os trópicos são berços de diversidade biológica e possuem uma grande variedade de ecossistemas ímpares, destacando que a maioria dos países considerados de Terceiro Mundo está localizada nessa região – a exemplo dos países latino-americanos – e por isso possuem riquezas naturais que têm sido devastadas. Os principais causadores são a destruição dos habitats para construção de projetos como usinas hidrelétricas e minas em áreas de biodiversidade e a pressão que a tecnologia e a economia exercem para substituir a diversidade por homogeneidade na silvicultura, agricultura, piscicultura e criação de animais. (SHIVA, 2001, p. 91)

As denúncias feitas pela autora ilustram a realidade que por vezes se esconde por trás de um véu de legalidade que desconsidera as localidades e os indivíduos que lá habitam em detrimento de um suposto desenvolvimento. Os recursos naturais são expropriados e apropriados por multinacionais que quase nunca dão créditos àqueles que desenvolveram o conhecimento sobre sua aplicabilidade e utilidade.

Embora difícil, começou-se a trilhar um caminho em direção a uma maior transparência e justiça no que se refere à biodiversidade, aqui incluídos os conhecimentos tradicionais associados. Nesse sentido, o tópico seguinte dedicar-se-á a apresentar conceitos de biopirataria, bioprospecção, conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético

e outros pertinentes à pesquisa para, depois, trazer um panorama legislativo acerca dos documentos legais que regem essas situações.

3.1 Considerações acerca da bioprospecção, conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético e biopirataria

Conhecimentos tradicionais associados correspondem às informações ou práticas de populações indígenas, comunidades ou agricultores tradicionais sobre usos diretos ou indiretos, bem como propriedades relacionadas ao patrimônio genético. Tal conceito foi cunhado na lei n. 13.123/2015, responsável por regular questões atinentes ao acesso a tais conhecimentos ou ao patrimônio genético no Brasil.

Bioprospecção é um termo criado em resposta à relação problemática entre interesses comerciais globais e fontes biológicas e conhecimentos indígenas de comunidades tradicionais, bem como à epidemia de patenteamento desses saberes relacionados à biodiversidade. O termo foi inicialmente definido por Walter V. Reid et al. em 1993 como “exploração da biodiversidade para comercialização de recursos genéticos e bioquímicos valiosos”. (SHIVA, 2007, p. 307)

É termo um tanto inapropriado, como também um processo inapropriado que deriva da prospecção em busca de minerais e combustíveis fósseis. No entanto, diferentemente desses últimos, recursos vivos não são desprovidos de valores a menos que sejam explorados por interesses comerciais. A biodiversidade é a base de culturas vivas, é a fundação de economias de dois terços da humanidade que dependem dela para sua vida e suas necessidades. (SHIVA, 2007, p. 307)

Comercialmente, a bioprospecção é vista como a exploração lucrativa ou potencialmente lucrativa da biodiversidade e dos conhecimentos relacionados a ela, porém, como acima exposto, essa biodiversidade é a base dessas economias vivas e não só conserva, como molda a diversidade cultural. Sob a ótica desses povos, é vista como expropriação de suas inovações cumulativas e coletivas, às quais vêm utilizando, protegendo e conservando desde tempos imemoriais. (SHIVA, 2007, p. 307)

O próprio conceito de bioprospecção é legalmente falho, haja vista que é baseado no patenteamento de conhecimentos tradicionais, no entanto, patentes são concedidas por invenções que devem ser novas ou inovadoras. Conhecimento existente não é uma invenção. Além disso, esse processo gera o empobrecimento dentro das comunidades sob o reclame de monopólios de recursos e saberes que previamente permitiam às mesmas atender suas

necessidades, passando a ter que pagar para utilizar algo que originariamente é seu. (SHIVA, 2007, p. 307-308)

Ela vem sendo promovida como alternativa à biopirataria como um modelo de relação entre corporações que comercializam conhecimentos indígenas e as comunidades que coletivamente os desenvolveram. No entanto, nada mais é do que uma forma sofisticada de biopirataria. (SHIVA, 2007, p. 308)

Inovação coletiva é algo que evolui com o tempo e com a participação de várias pessoas, sendo diferente de inovação individual, que é localizada em um tempo e em um espaço específicos. A primeira é modificada e aprimorada com o uso e o decurso do tempo, passada de geração a geração, às vezes, de forma não vinculada a um único local, como nos casos de sementes e da medicina ayurveda chinesa; inclusive, é possível que transpasse fronteiras nacionais. (SHIVA, 2007, p. 308)

Isso ocorreu com a *ayahuasca*, que significa cipó da alma, planta usada para fabricar uma bebida utilizada em rituais de cura e iluminação. Histórias tradicionais sobre suas origens são imbricadas com relatos de visualização de guias astrais, comunicação com espíritos de plantas e proteção por guardiões visíveis e invisíveis. Conhecida por diversos nomes, incluindo aí *caapi*, *yahe*, *sainto daime*, é produzida a partir do cipó jaguba. (SHIVA, 2007, p. 308)

Um cidadão americano chamado Loren Miller conseguiu uma patente norte-americana para uma variedade desse cipó que havia coletado de um jardim de um indivíduo indígena. Ele nomeou a planta de “Da Vine” e a bioprospecção que lhe concedeu a patente foi contestada pela coordenação das organizações indígenas da Cuenca amazônica e posteriormente a patente lhe foi retirada. (SHIVA, 2007, p. 308)

Adentrar nos espaços dessas comunidades e realizar a pesquisa com diversos tipos de plantas e cipós de modo a descobrir as propriedades de cada um deles e sua possível aplicação, mesmo para grandes corporações, é um processo de pesquisa extremamente oneroso. É nesse ponto que a bioprospecção se torna ferramenta de grande valia no processo de obtenção dessas informações. Infelizmente, porém, na grande maioria dos casos, aqueles detentores dos conhecimentos sequer chegam a ser consultados ou a receber parcela dos lucros conseguidos com tal apropriação.

O caso do nim indiano, *Azadirachta indica*, também é um exemplo: essa árvore tem sido usada pelos indianos há séculos como base de biopesticidas, remédios e escovas de dentes que possuem propriedades medicinais e bactericidas. Além disso, há o aspecto cultural: no início do ano muitas pessoas começam o novo ano comendo os seus brotos e em alguns

lugares é considerada uma árvore sagrada. Várias comunidades fizeram uso do nim ao longo de séculos, propagando esse conhecimento entre si nas mais diversas localidades. (SHIVA, 2001, p. 95)

Esse conhecimento deixou de ser ignorado pelo mundo ocidental e passou a ser explorado através dos direitos de propriedade intelectual por meio de supostas inovações, alegadas pelas empresas que visam obter direitos sobre seu uso e/ou propriedades. Ocorre que a biodiversidade possui inúmeras propriedades capazes de atender às necessidades humanas, sendo que já era do conhecimento popular que a árvore tem propriedades biopesticidas; é um metac conhecimento, um conhecimento do povo, de domínio público e, a partir dele, diversos processos tecnológicos podem ser utilizados para criar produtos a partir do nim, no entanto, obviamente não se tratam de inovação. (p. 95-97)

Os direitos de propriedade intelectual estão intrinsecamente ligados à questão econômica: se somente se reconhece algum valor quando associado ao capital, a atividade de modificar ou criar tecnologias torna-se necessária no processo de agregação (de valor). Isso retira o valor das fontes dos conhecimentos e elas são reduzidas a matéria-prima. No entanto, deve-se destacar que a modificação de tecnologias não cria valor: o valor de um produto depende da sua fonte e não de como é processado. “Os DPI permitem a privatização da biodiversidade e das ‘terras comunitárias intelectuais’. ‘Bioprospecção’ é cada vez mais a palavra usada para descrever essa nova forma de fechamento”. (SHIVA, 2001, p. 98)

A diversidade natural e de conhecimentos passou por um processo de mudanças e de desestabilização com o surgimento de instrumentos normativos que visavam disciplinar direitos de propriedade intelectual. Por meio de brechas presentes nos mesmos, corporações transnacionais se mostraram uma ameaça potencial à herança cultural e biológica de diversas comunidades ao se aproximar delas e se apropriar de seus conhecimentos. Para os interesses meramente comerciais, a biodiversidade por si só não tem valor, mas o tem quando é vista como um meio para produção de *commodities* e pela maximização dos lucros. (SHIVA, 2007, p. 309)

Nesse contexto de privatização, os intercâmbios entre as comunidades foram trocados por contratos de bioprospecção celebrados por corporações que buscam expropriar a inalienável e imensurável herança das comunidades de povos tradicionais através da coleta e pesquisa científica. (SHIVA, 2007, p. 309)

A palavra prospecção é emprestada das práticas de prospecção em busca de petróleo ou ouro. Enquanto a biodiversidade tem se tornado uma espécie de ouro ou petróleo verde para indústrias farmacêuticas e biotecnológicas, a metáfora da prospecção sugere que antes de

ela ocorrer, os recursos estão enterrados, escondidos e desconhecidos, sem nenhum valor. No entanto, diferentemente do ouro e petróleo que ficam em depósitos, as comunidades tradicionais sabem as utilizações e o valor da biodiversidade. (SHIVA, 2007, p. 309-310)

A biodiversidade é um recurso do povo. Enquanto o mundo industrializado e as sociedades afluentes deram as costas à biodiversidade, os pobres no Terceiro Mundo dependem continuamente dos recursos biológicos para obter comida, cuidar da saúde, extrair energia e fibras, e construir moradias.

A emergência das novas biotecnologias mudou o sentido e valor da biodiversidade. Ela foi convertida, de base da sustentação da vida para as comunidades pobres, em base da matéria-prima para empresas poderosas. Mesmo que se fale cada vez mais de biodiversidade global e recursos genéticos globais, a biodiversidade – contrariamente à atmosfera ou aos oceanos – não é uma terra comunitária global no sentido ecológico. A biodiversidade existe em países específicos e é utilizada por comunidades específicas. Ela é global apenas no seu papel emergente como matéria-prima para as multinacionais. (SHIVA, 2001, p. 92)

Nesse sentido, falar-se em bioprospecção esconde o fato de que já se tinha um conhecimento prévio acerca dos usos de determinado material e pilhar esses conhecimentos desprezando as bases ética, epistemológica e ecológica das estruturas desse sistema de saberes. Grandes corporações se utilizam de fragmentos da biodiversidade para produzir produtos protegidos por patentes que escondem os conhecimentos indígenas que foram explorados. (SHIVA, 2007, p. 310)

Vandana Shiva reforça o que foi inicialmente exposto no primeiro capítulo no sentido de que os conhecimentos indígenas são centrados na inter-relação entre pessoas e natureza. Para ela, direitos de propriedade intelectual têm como premissa a negação da criatividade da natureza e, por isso, a adoção de um regime desses direitos demanda uma análise mais profunda e reflexão. Isso é de suma importância porque esses conhecimentos não são inovações individuais, mas coletivas, em outras palavras, não uma herança privatizada e sim compartilhada. (SHIVA, 2007, p. 310)

O paradigma da bioprospecção deve ser analisado em um contexto de equidade, especialmente acerca de seus efeitos nas e para as comunidades doadoras – ou potenciais doadoras – frente às corporações, pois, embora os contratos de bioprospecção sejam baseados em consentimento prévio e compensação, não são todos os detentores de um conhecimento tradicional que são consultados ou compensados. Isso não leva apenas à desigualdade e gera injustiça, mas também é capaz de gerar conflitos de pessoas dentro das próprias comunidades e entre comunidades diferentes. (SHIVA, 2007, p. 311)

Por exemplo, conforme anteriormente citado, um determinado conhecimento pode ser produzido por um grupo de comunidades diversas. Todavia, numa situação na qual um contrato é celebrado pela corporação com apenas uma delas se estaria violando os direitos de

todas as outras comunidades que de algum modo contribuíram com o desenvolvimento daquilo que fora objeto da negociação.

Diante desse cenário, Vandana Shiva entende que contratos celebrados com um indivíduo, um grupo interessado nunca podem ser equânimes, sendo que o consentimento deve ser dado de forma total por todos os envolvidos. Direitos coletivos não podem ser renunciados por nenhum membro da comunidade, ou pelo Estado em – um suposto – benefício de qualquer comunidade. (SHIVA, 2007, p. 311)

Seguindo essa linha de raciocínio, Shiva faz outra denúncia de grande importância: a bioprospecção é frequentemente apontada como um meio de se enriquecer os mais pobres, afirmando-se que regiões ricas em biodiversidade são normalmente pobres e que a compensação monetária gerada nesse processo pode enriquecer essas regiões. Todavia, isso não passa de um modo de se tomar os últimos recursos naturais e intelectuais dos pobres. “É, portanto, na realidade um modo de se criar pobreza para a comunidade como um todo, mesmo quando é possível trazer dinheiro para alguns poucos indivíduos naquela comunidade”²⁶. (SHIVA, 2007, p. 312)

Finalizando esse entendimento, ela dispõe o seguinte:

A perspectiva da bioprospecção reflete o paradigma da comodificação e privatização, o qual apenas protege os direitos daqueles que se apropriam dos recursos comuns das pessoas e os transformam em *commodities*. [...] os benefícios fornecidos e compartilhados com as comunidades locais se tornam invisíveis; o foco é apenas nos benefícios divididos por aqueles que privatizam e acerbam. Bioprospecção é biopirataria sofisticada e seu impacto na biodiversidade, em culturas indígenas e em economia locais é o mesmo da biopirataria. Reivindicar o saber partilhado através de direitos intelectuais coletivos assertivos representa o real modelo de divisão de benefícios igualitário [...].²⁷ (SHIVA, 2007, p. 313)

Com o uso dos conhecimentos indígenas, as culturas criaram economias e sistemas de produção descentralizados, capazes de usar e reproduzir a própria biodiversidade. Em sentido oposto, a produção de monoculturas é feita por meio de um controle centralizado e consome a biodiversidade. Conservar a biodiversidade requer que se amplie o alcance da ação de economias que se baseiam na diversidade e na descentralização, ao passo em que se diminui o alcance daquelas que se fundam na monocultura e não-sustentabilidade. (SHIVA, 2001, p. 98)

²⁶ Tradução nossa. Texto original: *It is therefore in reality a model for creating poverty for the community as a whole even when it might bring money to a few individuals in that community.*

²⁷ Tradução nossa. Texto original: *The bioprospecting perspective reflects the commodification and privatization paradigm, which only protects the rights of those who appropriate people's common resources and turn them into commodities. [...] the benefits provided and shared by indigenous and local communities are rendered invisible; the focus is only on the benefits shared by those who privatize and enclose the commons. Bioprospecting is sophisticated biopiracy, and its impact on biodiversity and indigenous cultures and local economies is the same as outright biopiracy. Reclaiming the intellectual commons through asserting collective intellectual property rights represents the real model of equitable benefit sharing since only the commons ensures equity and sharing.*

“Embora os dois tipos de economia utilizem biodiversidade como instrumento, apenas as baseadas em diversidade produzem diversidade. Economias de monocultura produzem monoculturas”. (SHIVA, 2001, p. 98-99). Ao se ocultar o conhecimento nativo que é livremente trocado, gera-se a impressão de que as corporações, protegidas pelos direitos de propriedade intelectual, são as únicas fontes de produtos obtidos a partir desses saberes. (SHIVA, 2001, p. 99)

Sob a justificativa de se agregar valor com a bioprospecção, esconde-se a remoção e a destruição dos valores das plantas e conhecimentos tradicionais a partir dos quais foi possível fazer determinado produto. Por exemplo, quando os genes de uma planta ganham valor, a planta em si passa a ser dispensável, ainda mais quando é possível realizar a sua replicação *in vitro*. No mesmo sentido, quando características úteis são descobertas por comunidades nativas, as mesmas se tornam dispensáveis, juntamente com seus modos de vida e sistemas de conhecimento. (SHIVA, 2001, p. 100)

Ao se tentar comprar os conhecimentos das comunidades tradicionais, as corporações estão comprando o seu direito inato de manter suas tradições e de suprir suas necessidades com seus conhecimentos e recursos próprios, tal como ocorre com o patenteamento de sementes e a fabricação de remédio a base de plantas obtidos com conhecimentos de povos do Terceiro Mundo. Já no ano de 2001, dos 120 princípios ativos isolados de plantas superiores então utilizados pela medicina moderna, 75% deles tiveram suas utilidades descobertas pelas comunidades tradicionais. (SHIVA, 2001, p. 100-101)

Sistemas de conhecimento nativos e direitos dos povos autóctones não existem para as grandes corporações ocidentais. Muitas das vezes mencionam-se em publicações de indústrias farmacêuticas os direitos da biodiversidade do Terceiro Mundo não como de propriedade intelectual das comunidades tradicionais, ou direitos costumeiros construídos ao longo de séculos, mas sim como direito de propriedade estabelecido em favor das empresas. (SHIVA, 2001, p. 101)

Há uma série de diferenças nos arranjos legais que são feitos para realizar a prospecção na biodiversidade. Muitas das vezes as coletas de material são partes de uma troca científica entre os atores locais e entidades públicas, sendo que essas últimas guardam relação com o setor privado, leia-se, corporações. Nesse sentido, a troca de conhecimentos acontece aparentemente como de domínio público, mas na verdade os interesses particulares e econômicos das empresas são atingidos com o uso dos direitos de propriedade intelectual ao seu favor. (SHIVA, 2001, p. 103)

Também é possível que ocorra de se oferecer às comunidades tradicionais a possibilidade de se patentear seus conhecimentos em parceria com corporações: o capital provém das empresas e os direitos são transferidos para as mãos daqueles que têm interesses comerciais poderosos e são capazes de controlar o capital e o mercado. Com o aumento de grupos sociais que são contrários a esse movimento de patenteamento da biodiversidade, a busca por se conquistar um pequeno número de indivíduos isolados ou grupos torna-se mais atrativa e essencial. (SHIVA, 2001, p. 103-104)

Será que a rota do patenteamento protege o conhecimento nativo? Proteger esse conhecimento implica uma contínua disponibilidade e acesso a ele por parte das gerações futuras, nas suas práticas diárias agrícolas e de cuidados com a saúde. Se a organização econômica que emerge baseada nas patentes destrói os estilos de vida e sistemas econômicos nativos, o conhecimento nativo não está sendo protegido como herança viva. Se reconhecemos que o sistema econômico dominante está nas origens da crise econômica porque ignorou o valor ecológico dos recursos naturais, a expansão desse mesmo sistema não irá proteger nem o conhecimento nem a biodiversidade nativas. (SHIVA, 2001, p. 104)

“Precisamos mudar para um paradigma econômico alternativo que não reduza todo e qualquer valor a preços de mercado e toda e qualquer atividade humana ao comércio”. (SHIVA, 2001, p. 104) É necessário que se respeite e se protejam os conhecimentos tradicionais associados da exploração indevida e predatória e que se enxergue o planeta como um local de recursos esgotáveis.

A conservação da biodiversidade está relacionada à conservação e proteção dos direitos das comunidades locais usufruírem dos resultados de seus esforços. Ao alienar tais direitos está se deteriorando a biodiversidade e, em consequência, a sobrevivência ecológica e o bem-estar econômico dessas pessoas. Os direitos de propriedade intelectual acabam por gerar uma revisão dos direitos tradicionais que possibilitam às comunidades locais serem guardiãs da sua biodiversidade. “Os DPI para sementes, vegetais e conhecimento nativo aliena os direitos das comunidades locais e solapa o interesse que elas têm de proteger a diversidade biológica”. (SHIVA, 2001, p. 123)

3.2 Instrumentos legais que regulam a matéria

3.2.1 Instrumentos internacionais

Após apresentar alguns conceitos e tecer as considerações acima, é pertinente entender algumas disposições das normas que regulam questões atinentes aos conhecimentos tradicionais associados, bioprospecção e direitos de propriedade intelectual. Como exposto

acima, por cerca de 500 anos a pilhagem dos recursos naturais e a marginalização dos povos tradicionais e seus conhecimentos sobre a natureza aconteceu e continua acontecendo, embora já seja possível se falar em mudanças.

Vandana Shiva afirma que a biodiversidade pertence ao povo e que as sociedades mais pobres dos países do Terceiro Mundo são dependentes de seus recursos biológicos para sobreviver e viver. Todavia, com o desenvolvimento e avanço da biotecnologia essa mesma biodiversidade que fundamenta a vida desses sujeitos passou a ser base de extração de matéria-prima para multinacionais. (SHIVA, 2001, p. 92)

Nesse sentido, esses países passaram a se preocupar em garantir a soberania dos seus recursos genéticos por volta da década de 1990, diante dos avanços das patentes e dos direitos de propriedade intelectual sobre produtos produzidos com base no acesso desses materiais. (SANTILLI, 2015, p. 24)

Mais especificamente, no ano de 1992 ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, que teve como um de seus resultados a elaboração da Convenção da Diversidade Biológica (CDB). Já em seu preâmbulo, a CDB estabelece a importância da soberania dos Estados sobre a diversidade biológica, seu valor ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural e recreativo; afirma, ainda, que a humanidade tem como preocupação comum a sua conservação. Também já previamente reconhece a interdependência entre os recursos biológicos e as comunidades locais e populações indígenas

Assinada pelo Brasil em 1992 e ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 2 de 1994, é o principal instrumento internacional que visa promover a conservação da biodiversidade, o uso sustentável de recursos e a justa e equitativa distribuição dos benefícios derivados de sua exploração. Além disso, também foi aceita e ratificada por um grande número de países. (SANTILLI, 2015, p. 22)

Em seu primeiro artigo estabelece os objetivos citados do seguinte modo:

Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado. (BRASIL, 1994)

Dispõe que os Estados têm autoridade para determinar o acesso aos recursos genéticos nacionais, sendo que os demais devem respeitar e se submeter à legislação interna quando realizam extração dentro de territórios que não lhes pertencem. Inovou ao estabelecer essa

prerrogativa, pois anteriormente o conceito que prevalecia era o de que esses recursos correspondiam a patrimônio de humanidade e seriam passíveis de acesso por todos os países. (SANTILLI, 2015, p. 24)

Vale destacar que prevê expressamente que os Estados são soberanos para explorar seus próprios recursos de acordo com suas políticas ambientais, devendo assegurar que atividades submetidas à sua jurisdição ou controle não gerem danos ao meio ambiente dos demais países ou áreas além de sua jurisdição nacional. Outra preocupação plasmada em seu texto diz respeito à conservação da biodiversidade e conhecimentos tradicionais, afirmando que cada Estado signatário deve, conforme suas possibilidades:

Artigo 8. [...] j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;
k) Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas. (BRASIL, 1994)

A proteção referente aos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais é pertinente e relevante diante do fato de que eles por muitas gerações conservaram, selecionaram e manejaram espécies que detêm propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas. (SANTILLI, 2018, p. 26)

No entanto, a despeito de tais previsões, mais de 90% das patentes referentes a produtos e processos biotecnológicos pertencem aos Estados Unidos, Japão e países europeus. O Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) realizou um levantamento e verificou que 94,2% das patentes concedidas sobre fármacos criados a partir de 278 plantas nativas do Brasil pertencem a empresas e instituições de pesquisas estrangeiras. Dessas 278 espécies vegetais, o Brasil – empresas e universidades – detém apenas 5,98% das patentes. (SANTILLI, 2015, p. 25)

Posteriormente à CDB, em 2010 foi realizada uma Conferência das Partes (da CBD) em Nagoya, Japão. O resultado desse encontro foi um acordo complementar à CDB que visa mais especificamente à repartição de benefícios oriundos do uso de recursos genéticos e CTA, buscando dar maior segurança jurídica e transparência a essas transações. Entrou em vigor somente em 2014, quando 51 países o ratificaram; o Brasil o assinou em 2011, porém até a finalização desta pesquisa o Congresso não o ratificou, ou seja, ainda não foi inserido ao ordenamento jurídico nacional.

Um dos principais motivos que levaram os países megadiversos a realizarem tais negociações foi sua preocupação acerca da biopirataria e apropriação indevida de seus recursos, tanto genéticos quanto os CTA; acreditavam que não haveria como coibir tais práticas sem que se estabelecessem obrigações legais e vinculantes. Tornou-se fundamental que com a saída desses materiais de seu local de origem houvesse fiscalização e controle de como e para qual finalidade estariam sendo utilizados. (SANTILLI, 2015, p. 29-30)

O documento determina que não somente os megadiversos, mas também os usuários são obrigados a adotar leis nacionais que regulem o acesso e a repartição de benefícios oriundos dessa exploração, bem como medidas que assegurem que a realização de pesquisa, desenvolvimento e utilização de tais materiais dentro do seu próprio território respeitem as leis dos países de onde foram extraídos. (SANTILLI, 2015, p. 30)

O protocolo é, essencialmente, um acordo no qual os países (usuários e provedores de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados) se comprometem a garantir o respeito às legislações nacionais de acesso e repartição de benefícios. Ou seja, para que o Protocolo tenha efetividade, é necessário que os países adotem as suas próprias legislações nacionais, pois elas é que deverão ser cumpridas pelos demais países-membros do Protocolo. (SANTILLI, 2015, p. 31)

Em outras palavras, busca combater a biopirataria. Mesmo não existindo uma definição propriamente jurídica do termo, aceita-se bem o conceito de que a mesma corresponde ao “acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na CDB e nas legislações nacionais de acesso a benefícios e a repartição deles [...]” (SANTILLI, 2015, p. 32)

Apenas para citar outro caso de biopirataria que gerou grande repercussão: uma empresa de alimentos japonesa denominada *Asahi Foods* conseguiu patente dos processos de extração do óleo das sementes de cupuaçu – uma planta amazônica – de modo a produzir um chocolate de cupuaçu, denominado “cupulate”; além disso, registrou o nome “cupuaçu” como marca comercial de sua propriedade. Tal feito gerou protestos de diversas organizações brasileiras e internacionais e em 2004 o Escritório de Marcas e Patentes do Japão acabou por anular o registro da marca comercial “cupuaçu” com base no pedido do Grupo de Trabalho Amazônico e pela organização acreana Amazonlink por entender que uma marca comercial não pode ser registrada indicando um nome comum de matérias-primas. (SANTILLI, 2015, p. 33)

Estabelece de forma expressa a necessidade de que haja consentimento prévio informado das comunidades tradicionais para se acessar seus recursos e está em consonância

também com a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas (SANTILLI, 2015, P. 34) cujo art. 31 dispõe o seguinte:

1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.
2. Em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos.

Verifica-se, então, que há uma gama de instrumentos internacionais preocupados com a proteção dos CTA e que visam diminuir a exploração e extração o ilegais de materiais ou de saberes. A CDB já foi integrada ao ordenamento jurídico pátrio, no entanto a última movimentação acerca do Protocolo de Nagoya encontrada no site da Câmara dos Deputados aponta que em 31 de março de 2015 foi criada uma comissão pela presidência com fins de proferir parecer acerca do Protocolo.²⁸ Esse quadro deve ser analisado como um alerta e permite inferir que é possível haver um descaso ou um atraso intencional na ratificação do mesmo.

3.2.2 Instrumentos nacionais

Embora a CDB tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico pátrio em 1994, até o ano de 2015 não havia lei nacional regulamentando a matéria. O primeiro instrumento legislativo brasileiro a tratar do assunto foi a Medida Provisória n. 2.186/2001 que regulou tais questões por mais de 14 anos, sendo substituída com o advento da Lei n. 13.123/2015, que passou a tratar da matéria; em maio de 2016 foi expedido o Decreto n. 8.772/2016, responsável por regulamentá-la em pontos mais técnicos ou específicos. O foco desta análise será sobre a lei e o decreto, no entanto observações acerca de avanços ou retrocessos em relação à MP serão feitas quando pertinentes.

A referida lei busca dispor sobre bens, direitos e obrigações relativos ao acesso ao patrimônio genético no País, ao CTA associado ao patrimônio genético, à exploração econômica de materiais ou produtos oriundos desse acesso e temas afins. Traz também conceitos e definições constantes da CDB, sendo, inclusive, extensa no que tange aos

²⁸ Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/int/atopre_sn/2015/atodapresidencia-56844-31-marco-2015-780766-publicacaooriginal-146905-cd-presi.html>. Acesso em 28 maio 2018.

mesmos. O decreto a complementa em determinados pontos e traz informações mais específicas; ambos estão majoritariamente em consonância e trazem uma série de disposições semelhantes.

Segundo Juliana Santilli, apesar de a lei apresentar uma definição de comunidade local mais abrangente e inclusiva, não utilizou o conceito de “povo”, o que por si só representa um retrocesso. Desde 2003 está em vigor no Brasil a Convenção n. 169 da OIT, consagrando o conceito de “povos”, assegurando aos indígenas e tribais o direito de consulta prévia acerca de medidas legislativas/administrativas capazes de afetar seus direitos e de decidirem suas prioridades de desenvolvimento e participação na formulação de programas que os afetem de forma direta. (SANTILLI, 2015, p. 44)

O decreto, no entanto, traz expressões como “povos indígenas” ou “povos e comunidades tradicionais” em alguns trechos: art. 7º, IV, “a” e “c”; art. 62, II; art. 97, II, “a” e “c”. Nesse sentido, mostra-se mais acertado do que a lei que regula.

A referida lei dispõe que somente mediante autorização, cadastro, ou notificação poderá ser realizado o acesso ao patrimônio genético nacional e aos CTA para fins de pesquisa, desenvolvimento tecnológico ou exploração econômica. Prevê também que haverá submissão a fiscalização, restrições e repartições de benefícios, vedando tal acesso para aquelas atividades ou práticas danosas ao meio ambiente, à reprodução cultural, à saúde e para desenvolvimento de armas biológicas ou químicas.

De modo a assegurar uma melhor organização, alterou-se a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, responsável por coordenar a elaboração e implementação de políticas atinentes ao acesso a recursos genéticos e CTA e repartição de benefícios. No CGen, passou a ser garantida a paridade entre o setor empresarial, o setor acadêmico e as populações indígenas e comunidades tradicionais. Essa garantia representou um avanço em relação à MP, pois anteriormente os povos tradicionais não eram membros do Conselho; atualmente o governo pode participar com até 60% dos membros, enquanto pelo menos 40% têm que representar a sociedade civil – setor empresarial, setor acadêmico e as comunidades tradicionais. (SANTILLI, 2015, p. 60)

Dentre outras competências, o CGen é responsável por atestar a regularidade dos acessos acima citados e criar e manter a base de dados relativos aos mesmos, incluindo os cadastros e autorizações para tais fins. O decreto contém um capítulo dedicado ao Conselho, delimitando suas competências e funcionamento interno.

A lei também é expressa acerca da proteção dos CTA, ao determinar em seu art. 8º que “ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita” (BRASIL, 2015). O Estado reconhece o direito desses povos de participar do processo de tomada de decisão e explicitamente determina que o CTA faz parte do patrimônio cultural brasileiro.

No mesmo sentido, o decreto possui um capítulo acerca dos CTA e logo no artigo que o inicia garante a participação das populações indígenas e tradicionais responsáveis por criar, desenvolver, deter ou conservar esses conhecimentos em processos decisórios sobre a temática em análise.

A proteção dada a tais conhecimentos depende da origem dos mesmos; a lei os divide em CTA de origem identificável e CTA de origem não identificável. O primeiro diz respeito àquele saber para o qual se é possível estabelecer uma origem, ao passo que o segundo é aquele que não é passível de vinculação a pelo menos uma população tradicional. Isso faz sentido, haja vista que, como já dito, há conhecimentos coletivos que são passados de gerações entre diversos povos diferentes, sendo impossível identificar seu nascedouro.

“Ao fazer tal distinção, a nova lei busca solucionar as complexas situações de compartilhamento de conhecimentos tradicionais por diversas comunidades indígenas e/ou tradicionais” (SANTILLI, 2015, p. 38) Tal como exposto anteriormente, há conhecimentos que são desenvolvidos e utilizados por comunidades diversas, tal como o caso da *ayahuasca*. Nesse sentido o diploma permite que se gere benefícios a tais pessoas mesmo quando não se é possível identificar uma origem única.

O exemplo da erva-baleeira (*Cordia verbenácea*), planta nativa da Mata Atlântica brasileira também ilustra tal situação: a partir dela criou-se um novo anti-inflamatório (*Acheflan*). Como se poderia solicitar o consentimento prévio de todas os povos que tradicionalmente fazem uso dessa erva? É por causa desse tipo de empecilho que a lei dispensou a exigência de consentimento prévio das comunidades tradicionais; não seria impossível, todavia extremamente inviável fazer tal identificação. (SANTILLI, 2015, P. 39-40)

A exigência legal de obtenção do consentimento prévio informado de todas as comunidades detentoras de tais conhecimentos tradicionais compartilhados desencorajaria qualquer pesquisa. Estas comunidades devem, entretanto, usufruir coletivamente da repartição dos benefícios derivados da utilização de seus conhecimentos tradicionais, pois são titulares de direitos coletivos sobre ela, e tais direitos foram resguardados pela nova lei. (SANTILLI, 2015, p. 39)

Vale destacar que ao passo que a exploração por terceiros – empresas, universidades – deve ser precedida de consentimento prévio por parte da população tradicional, a troca entre povos tradicionais não necessita dessa formalização quando se utilizam dessas informações para benefício próprio e de forma baseada em seus usos, costumes e tradições. O consentimento prévio informado pode ser comprovado por meio da assinatura de um termo de consentimento prévio, pelo registro audiovisual do consentimento, por parecer do órgão oficial competente ou por adesão em forma prevista em protocolo comunitário.

Nota-se que devido às pluralidades e diversidade existentes entre as comunidades tradicionais, a lei forneceu uma amplitude de modos de se comprovar que houve o consentimento prévio. No entanto, quando se tratar de CTA de origem não identificável, a lei determina que o acesso ao mesmo não depende de consentimento prévio informado.

No mesmo sentido, o decreto:

Art. 12 [...] §1º O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado.
 §2º O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável independe de consentimento prévio informado. (BRASIL, 2016)

Para obter esse consentimento, o decreto determina que o usuário deve esclarecer aos povos tradicionais sobre os impactos sociais, culturais e ambientais oriundos da atividade que deseja realizar; os direitos e responsabilidades de ambas as partes na execução e nos resultados. Além disso, também assegura o direito de que eles recusem o acesso ao seu conhecimento e prevê a necessidade de estabelecimento conjunto de como se dará a repartição de benefícios.

O instrumento de formalização deve ser celebrado em linguagem acessível à população detentora e precisa conter:

I - a descrição do histórico do processo para a obtenção do consentimento prévio informado;
 II - a descrição das formas tradicionais de organização e representação da população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional;
 III - o objetivo da pesquisa, bem como sua metodologia, duração, orçamento, possíveis benefícios e fontes de financiamento do projeto;
 IV - o uso que se pretende dar ao conhecimento tradicional associado a ser acessado; e
 V - a área geográfica abrangida pelo projeto e as populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais envolvidos.
 Parágrafo único. O instrumento a que se refere o caput deverá ainda mencionar, expressamente, se a população indígena, a comunidade tradicional ou agricultor tradicional recebeu assessoramento técnico ou jurídico durante o processo de obtenção do consentimento prévio informado. (BRASIL, 2016)

Além disso, a lei considera que qualquer CTA ao patrimônio genético é de natureza coletiva, mesmo que apenas um indivíduo ou população/comunidade tradicional o detenha.

Isso significa que a lei estabeleceu uma presunção absoluta de que qualquer CTA é sempre compartilhado por duas ou mais comunidades; os codentores conseqüentemente terão direito a receber percentual da receita líquida obtida pelo usuário explorador. (SANTILLI, 2015, p. 41-42)

Aos povos tradicionais, a lei assegura os direitos de reconhecimento de sua contribuição para o desenvolvimento/conservação do patrimônio genético, de ter indicada a origem do acesso ao CTA em publicações, utilizações e divulgações, de perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, de participar do processo decisório, de usar e vender livremente os produtos que contenham CTA e de conservar, manejar, guardar, trocar, produzir, desenvolver e melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou CTA.

Para que empresas ou pessoas naturais possam realizar algum tipo de exploração que envolva acesso, é necessário que cadastrem suas atividades. Para extrair materiais do Brasil, é necessário que informem o uso pretendido. O cadastro foi regulado pelo decreto que traz uma série de informações que o interessado deve fornecer com o preenchimento de um formulário, por exemplo, identificação, informações sobre as atividades de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico, comprovação da obtenção do consentimento prévio na forma da lei, dentre outros. No entanto, feito o cadastro, embora posteriormente haja um processo de verificação, o sistema – SisGen – automaticamente emite um comprovante de cadastro de acesso.

Santilli denuncia isso como um retrocesso da nova lei, haja vista que o instrumento de cadastro tem natureza autodeclaratória. Assim, não é capaz de garantir que o usuário obteve, de fato, o consentimento prévio da comunidade e nem de que fez a repartição de benefícios. A legislação não poderia conceder patentes sobre novos produtos a menos que assegurasse que antes houve um consentimento prévio, exigindo comprovação do mesmo. (SANTILLI, 2015, p. 57-58)

A lei assegura a repartição de benefícios, podendo a mesma ser monetária ou não, devendo ser indicada quando da notificação do produto final desenvolvido a partir de amostras ou CTA coletados em solo nacional, todavia, dá o prazo de 365 dias para que o interessado realize tal notificação. Com isso, abre-se a possibilidade para que empresas explorem a biodiversidade ou a cultura de povos tradicionais, se utilizem desses materiais/saberes pelo tempo acima para só então, posteriormente, indicar como farão para repartir os benefícios obtidos.

A possibilidade de se iniciar a exploração econômica do novo produto sem se definir como se dará a repartição é contrária ao previsto na CDB, pois esta prega a necessidade de

haver uma divisão justa e equitativa dos benefícios. Se o usuário tem a faculdade de apresentar tal informação na janela temporal acima informada, significa que pode realizar a exploração comercial sem nem ao menos ter definido como irá repartir, estando em posição de vantagem e, portanto, podendo dividi-los de forma desigual. Assim, “as normas estabelecidas para a sua utilização econômica revelam uma clara prevalência do interesse privado sobre o público”. (SANTILLI, 2015, p. 49)

Exemplo disso é que a nova lei restringe a repartição de benefícios aos produtos incluídos em uma lista a ser estabelecida por decreto do poder Executivo. O texto final não deixa claro se tal lista identificará os produtos isentos da obrigação de repartir benefícios ou se definirá quais serão os produtos sujeitos à repartição de benefícios, ou seja, se será uma lista positiva ou negativa. Em qualquer hipótese, tal previsão legal abre a possibilidade de o Executivo, por decreto, renunciar à repartição dos benefícios gerados pela exploração econômica de produtos desenvolvidos pelos setores usuários que tenham mais influência política sobre o governo.” (SANTILLI, 2015, p. 50)

O decreto aprova em seu art. 112 a Lista de Classificação de Repartição de Benefícios prevista na lei, possuindo caráter exemplificativo e não excluindo a aplicação das regras de incidência de repartição de benefícios previstas na lei sendo, porém, passível de revisão periódica.

É evidente, clara e fundamentada a preocupação apontada pela autora acima, haja vista que o lobby empresarial é extremamente forte em nosso País e tem uma influência enorme sobre as bancadas políticas. Não seria impossível imaginar um cenário em que sob alguma justificativa mercadológica o governo a alterasse de modo a beneficiar grandes corporações. Mais uma vez, percebe-se o poder do dinheiro encontrando brechas dentro da legislação nacional e internacional.

Outro destaque necessário é que somente produtos acabados ou produtores do material reprodutivo engendram direito à percepção de benefícios, pois a lei exige os fabricantes intermediários de fazê-lo, determinando que estão isentos, juntamente com as microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais, agricultores tradicionais e suas cooperativas.

Em sendo repartição monetária, a previsão legal é de uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual provinda da exploração econômica do produto obtido através do acesso a patrimônio genético ou CTA. Para garantir a competitividade do setor contemplado, o interessado tem a faculdade de pedir à União que celebre acordo setorial para diminuir esse percentual para 0,1% (um décimo por cento).

Porém, nessa permissibilidade reside outra possível brecha no texto legal, pois a lei faculta a oitiva dos órgãos oficiais responsáveis pela defesa dos direitos indígenas e também a

das próprias comunidades tradicionais – obviamente, neste caso se fala de material de origem identificável. Além disso, Juliana Santilli acertadamente afirma a respeito do 1% que é “[...] um percentual fixo, que será irrisório em muitas situações de utilização de conhecimentos tradicionais para fins econômicos.” (SANTILLI, 2015, p. 40)

Tratando-se de origem não identificável, a repartição deverá ser feita na modalidade de repartição monetária, sendo que o percentual poderá variar entre 0,1 e 1% da receita acima descrita com depósito no Fundo Nacional para Repartição de Benefícios (FNRB). Em sendo de origem identificável, os provedores do conhecimento têm direito a receber os benefícios por meio de acordo de repartição.

Os acordos de repartição podem ter as partes variadas a depender da origem do material. Em sendo não identificável, serão a União e aquele que explora economicamente produto acabado ou de material reprodutivo ou CTA; a União poderá assinar também acordo setorial de modo a repartir os benefícios. Sendo identificável, o provedor do CTA substitui a União no acordo e o interessado deverá depositar para além do já exposto, metade do valor estipulado (0,1 a 1%).

A criação do FNRB foi um ponto positivo em relação à MP anterior, haja vista que esta última não fazia previsão de nenhuma garantia de que os benefícios iriam ser revertidos em favor da conservação da biodiversidade e seu uso sustentável (SANTILLI, 2015, p. 58-59)

Quando não monetária, a repartição pode se dar de várias formas; o diploma apresenta um rol exemplificativo e nele traz as seguintes previsões: projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de CTAs; transferências de tecnologias; disponibilização em domínio público de produto sem restrição ou proteção por direito de propriedade intelectual; licenciamento de produtos livre de ônus; capacitação de recursos humanos e distribuição gratuita de produtos em programas sociais. Em se tratando de acesso a patrimônio genético, o usuário pode escolher, a seu critério, qual opção fará a repartição.

Tais acordos devem conter as cláusulas essenciais previstas na referida lei, que também prevê infrações administrativas contra o patrimônio genético ou contra o CTA qualquer ação ou omissão que viole seus dispositivos. As sanções previstas são advertência, multa, apreensão de bens, suspensão temporária da fabricação ou da venda, embargo da atividade, interdição parcial ou total do estabelecimento, suspensão ou cancelamento do atestado ou autorização para exploração, todas podendo ser aplicadas de forma cumulativa.

Atualmente, só é possível a aplicação de sanções administrativas e cíveis a quem viola as normas relativas ao acesso ao patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado, pois a biopirataria ainda não é punida criminalmente no

Brasil. Quando a Lei n. 9.605/1998, denominada Lei de Crimes Ambientais, foi aprovada, o então presidente Fernando Henrique Cardoso vetou o art. 47, que previa o crime de biopirataria. Na forma como tal dispositivo estava redigido, era excessivamente abrangente [...] ele permitia a interpretação de que qualquer exportação de produto ou subproduto de espécie vegetal sem licença ou autorização administrativa caracterizaria a biopirataria. (SANTILLI, 2015, p. 61)

A multa depende de quem explora: se for pessoa natural, varia de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais); pessoa jurídica tem a variação de 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Os recursos monetários que foram depositados no FNRB têm destinação exclusiva para o benefício dos detentores dos CTA.

A respeito da repartição de benefícios, houve mudança em relação à MP, pois a última exigia que antes do desenvolvimento de qualquer produto ou novo processo industrial se celebrasse acordo de repartição entre usuários e provedores. A nova lei, como visto, alterou essa exigência ao determinar que para se realizar tal exploração, basta apenas a notificação do produto acabado ou do material ao CGen; depois de feita, o usuário ainda possui o prazo de 365 dias referido. (SANTILLI, 2015, p. 48)

No entanto, ao permitir que o usuário escolha unilateralmente o modo como irá dividir os benefícios, o diploma viola de forma clara os princípios da CDB – e do protocolo de Nagoya – pois estabeleceu-se que as condições para acesso a tais recursos devem ser estabelecidas por meio de termos acordados de forma mútua. (SANTILLI, 2015, p. 48)

Em termos gerais, parte dos dispositivos da Lei 13.123/2015 está de acordo com a CDB e o Protocolo de Nagoya e parte não está. Dentre as inovações positivas apresentadas, destaca-se a facilitação de acesso a patrimônio genético ou CTA para realização de estudos científicos, haja vista que o desenvolvimento de novos conhecimentos sobre a sociobiodiversidade brasileira, além de bem-vinda, é uma necessidade. Outro avanço é a busca por soluções para casos em que os CTA são compartilhados por povos diferentes ou são identificáveis ou de origem de identificação dificultosa. A criação do FNRB e a previsão de destinação de recursos para tais comunidades é um passo na direção de se promover a transparência e lealdade nas relações entre elas, pesquisadores e empresas. (SANTILLI, 2015, p. 64)

Os retrocessos apresentados correspondem a reflexos da escassa participação dos representantes de povos tradicionais e organizações da sociedade civil nas discussões que levaram à sua expedição. Dentre os mais sérios, estão as restrições à repartição de benefícios que dão preferência majoritariamente aos interesses econômicos de usuários/exploradores, e não ao interesse público. Isso contraria a intenção da própria CDB e do Protocolo da Nagoya. (SANTILLI, 2015, p. 65)

Além delas, a previsão de concessão direitos de propriedade intelectual sobre produtos acabados ou materiais reprodutivos extraídos por meio de acesso ao patrimônio genético e aos CTA condicionada apenas a um mero cadastramento é grave. O cadastro dá liberdade ao usuário/explorador que autodeclare as informações e, com ele, é possível obter patentes ou direitos acerca do que foi explorado. “Tal previsão estimula a apropriação privada de recursos e saberes coletivos, através do uso de instrumentos de propriedade intelectual.” (SANTILLI, 2015, p. 65)

“O Brasil perde, desta forma, oportunidade de auferir os amplos benefícios sociais e econômicos gerados pela exploração de sua rica sociobiodiversidade e de dar um importante salto em direção à economia verde e ao desenvolvimento sustentável.” (SANTILLI, 2015, p. 65) O capitalismo encontrou na biotecnologia uma serva para a era pós-industrial, capaz de se apropriar daquilo que antes era livre e auto-regenerativo. O reducionismo da ciência possibilitou que o capital alcançasse locais antes impensáveis através da fragmentação que abriu novas áreas para serem exploradas. (SHIVA, 2001, p. 69)

Após essa análise, questiona-se: como e onde fica o papel do Bem Viver?

3.3 Bem Viver: como tais propostas podem reforçar as proteções legislativas

As lutas históricas dos povos indígenas na América Latina pelos seus territórios tradicionais não significaram somente a recuperação de seus meios de produção – expropriados de modo violento desde a colonização. A terra possui um sentido muito profundo na sua visão cósmica: ela é a Mãe que dá as boas-vindas, também chamada de *Pachamama*; é o espaço onde a vida é criada e recriada. Na visão indígena, homens e mulheres devem zelar por sua Mãe e deixar que ela também zele por eles/elas. Essa relação entre ser humano e a terra/natureza como fonte de vida é radicalmente oposta à visão dos conquistadores europeus que viram esses territórios como objetos de posse e fontes de riqueza, como pedras e metais preciosos. (BRUCKMANN, 2010, p. 606)

Essas visões tão opostas e contrastantes geraram imensas tensões e sofrimento para os povos indígenas do continente e sofrimento para os povos indígenas, mais precisamente porque permitiu-se o a exploração do trabalho desses sujeitos na nas colônias. O enriquecimento de Portugal e Espanha através dessas pessoas contribuiu para a hegemonia de ambos os países no sistema de mundo moderno. (BRUCKMANN, 2010, p. 606)

Os próprios povos indígenas repetidamente alegam que possuem dentre seus direitos fundamentais aqueles referentes ao conhecimento tradicional, pois o mesmo é necessário para sua sobrevivência cultural. Há uma crescente preocupação na legislação internacional e também na brasileira. Tais direitos incluem muitos valores materiais e não materiais e quando os benefícios são obtidos fora das comunidades, esses povos têm o direito de partilhar os resultados. (HARDISON e MAURO, 2000, p. 1263)

Todavia, essa obrigação de repartir benefícios não tem sido sempre devidamente observada e tampouco a obrigação de se preservar e manter a biodiversidade. Os usuários e os povos indígenas na maioria das vezes têm visões divergentes. Os países que cunharam a CDB e o Protocolo de Nagoya se concentraram no acesso e divisão de benefícios, pois tais questões são mais próximas ao uso econômico desses saberes. Representantes indígenas argumentam que para atingir a manutenção e a preservação dos CTA, deve-se respeitar direitos mais amplos que incluem demarcação de territórios, respeito a línguas e culturas. (HARDISON e MAURO, 2000, p. 1265)

Em âmbito internacional, houve um pequeno crescimento no status legal e político envolvendo essas pessoas, mas muitos direitos contidos em diplomas legais não são garantidos. Diversos sujeitos indígenas afirmam que os instrumentos nacionais e internacionais são inválidos porque eles não podem assegurar direitos que já lhes deveriam ser garantidos, pois sempre os possuíram. De qualquer forma, têm participado no processo de definição de direitos e impactando o direito e a política. Haverá tensões sempre que pressionarem os governos a reconhecerem seus direitos fundamentais ou de autodeterminação e soberania, pois os Estados tendem a limitá-los de acordo com o seu próprio interesse. (HARDISON e MAURO, 2000, p. 1267)

O respeito pela diversidade cultural e o tratamento dos CTA no mesmo patamar ou como complementares ao saber científico ocidental é fundamental para o desenvolvimento de boas políticas nesse sentido. Indivíduos indígenas pedem tal respeito aos cientistas porque o uso de seus saberes tradicionais é necessário para sua sobrevivência cultural e é através de sua cultura que ecossistemas saudáveis são mantidos. Grande parte da biodiversidade mundial ocorre junto ou é adjacente a territórios indígenas tradicionais e somente será protegida se for mantida uma interdependência próxima entre ecossistemas e cultura. (HARDISON e MAURO, 2000, p. 1267)

As questões da igualdade, justiça e compensação precisam ser avaliadas de maneira sistemática, tanto no nível da captação do conhecimento nativo quanto no nível da posterior aniquilação desse conhecimento pela comercialização agressiva de produtos industrializados na medicina e na agricultura. Questões-chave precisam ser levantadas. É correto destruir as fontes de produção e as organizações alternativas?

Essa destruição pode ser compensada? O planeta, e as diversas comunidades que o habitam, podem dar-se ao luxo de ver a biodiversidade e os meios de vida alternativos devorados como matéria-prima de uma cultura empresarial global, centralizadas, capaz de produzir apenas uniformidade cultural e biológica? (SHIVA, 2001, p. 106)

De acordo com o pregado por Beck e demais autores que se debruçaram sobre a Teoria da Sociedade de Risco, Bruckmann entende que a base do sistema de dominação que atinge tais povos é a perspectiva eurocêntrica como uma fundação ideológica e um padrão de produção e controle da subjetividade das sociedades. A produção e reprodução da vida material das pessoas e a elaboração de seu imaginário é dominada pela ideia de que a civilização ocidental é o único modelo de civilização no planeta e que todas as outras, não importando seu nível de desenvolvimento ou complexidade, suas contribuições para humanidade, são consideradas retrógradas em relação ao modelo imposto. (BRUCKMANN, 2010, p. 602)

A arrogância desse pensamento e dessa visão não só justificou formas violentas de colonização e colonialismo, mas também se tornou uma barreira cognitiva que impediu a compreensão de civilizações antigas e importantes no planeta e a complexidade do sistema mundial como um todo. Como resultado, uma grande produção de conhecimento milenar foi negada, bem como diferentes padrões de organização da vida e da sociedade produzidos fora da sociedade ocidental. (BRUCKMANN, 2010, p. 602)

Na América Latina, a ideia de modernidade como um modo social de existência e como um modelo de desenvolvimento emerge do centro do sistema colonial, organicamente integrado à sua estrutura de dominação e poder. Logo, a ideia de modernidade surge do centro da estrutura do poder colonial e se torna um mecanismo legítimo para se impor uma civilização única como o único modo de se atingir o chamado “progresso”; tudo que está fora dessa visão e dessa forma de organização social é considerada pré-moderna ou atrasada. (BRUCKMANN, 2010, p. 603)

Tal noção de modernidade teve uma habilidade de aniquilação tremenda: na América Latina, em nome da modernidade, estruturas inteiras de conhecimento e sabedoria ancestral, bem como modos de produção e organização social foram destruídos. Houve uma tentativa sistemática de se acabar com a memória coletiva de sociedades e civilizações originárias junto com suas percepções de passado e futuro. (BRUCKMANN, 2010, p. 603)

Partindo de uma profunda crítica do eurocentrismo, sua racionalidade, sua ideia de modernidade e seu modelo de desenvolvimento, os movimentos indígenas da América Latina surgem como um movimento civilizatório, capaz de recuperar o legado histórico de povos

originários para construir não apenas uma, mas várias identidades; não um modo, mas vários de se produzir conhecimentos a partir de diversas formas de saber que sobreviveram por mais de 500 anos de dominação colonial. O elemento indígena está se tornando o centro do discurso e da construção de uma nova visão do mundo e projeto emancipatório coletivo. (BRUCKMANN, 2010, p. 604)

Nas últimas décadas, o Bem Viver foi consagrado como ponto principal da ascensão dos movimentos indígenas na região andina, tendo encorajado uma perspectiva pan-latino-americana. Como visto, ele não se aplica exclusivamente aos povos indígenas dos Andes, pois se relaciona com outras visões relacionadas à Terra Mãe; essa visão de mundo, filosofia ou epistemologia está intimamente ligada à prática e mostra-se uma grande contribuição para a preservação e regeneração do meio-ambiente e da biodiversidade.

Através dessa ótica, a preservação da vida é um objetivo principal da civilização humana, para tanto, o ser humano é colocado no centro dos valores fundamentais da organização social e de qualquer modelo de caminho para o desenvolvimento. Isso é sintetizado com os ideais/princípios do Bem Viver, uma expressão de uma forma ancestral de viver e estar no mundo, ligando os humanos com a natureza a partir de uma perspectiva de respeito. (BRUCKMANN, 2010, p. 607)

Nesse sentido, quando as leis são falhas ou ausentes, o Bem Viver é capaz de garantir maior proteção aos CTA e à biodiversidade como uma série de ideais que são pertinentes para tanto. Quando existentes, esse ideal serve como reforço aos diplomas legais, não podendo se falar que existam grandes empecilhos para a sua aplicação na vida prática ou para que seja utilizado como inspiração legislativa. Ele pode responder às questões globais e locais acerca de problemas ambientais como mudanças climáticas e conservação da biodiversidade, sem mencionar que também tem grande carga política.

Além disso, os saberes e formas de vidas tradicionais também podem servir como resposta aos riscos gerados pela busca por acúmulo de riquezas na sociedade pós-moderna: enxergar e entender o mundo como um local de recursos finitos e prezar por sua manutenção e conservação não é a preocupação de grande parte das corporações e governos que visam o lucro ou o “desenvolvimento”.

Nós estamos enfrentando desafios enormes. Talvez uma das principais tarefas emancipatórias seja nos libertarmos do Eurocentrismo como um sistema ideológico e como uma estrutura de produção do conhecimento. Torna-se necessário reelaborar nossa história e reivindicar nossa memória coletiva e legado civilizatório para construir nossos próprios modelos de desenvolvimento e modernidade. Por causa da profundidade de suas propostas e práticas, os movimentos dos povos indígenas

oferecem potenciais gigantescos que inauguram um novo horizonte histórico na América Latina e no mundo.²⁹ (BRUCKMANN, 2010, p. 607)

O resgate desses valores cuja cultura ocidental e eurocêntrica/norte-americana por tanto tempo consideraram ultrapassados é extremamente pertinente e urgente diante de todos os danos ambientais e riscos que a sociedade global enfrenta. Hodiernamente, não é possível afirmar que exista uma localidade livre dos riscos gerados pela exploração econômica e pelo uso de novas tecnologias. Diante disso, é imperativo que se aprenda a aprender com esses sujeitos indígenas que por muito tempo foram marginalizados, massacrados e esquecidos.

²⁹ Tradução nossa. Texto original: *We are facing enormous challenges. Perhaps one of the main emancipatory tasks is to liberate ourselves from Eurocentrism as an ideological system and as a structure of knowledge production. It becomes necessary to re-elaborate our history and reclaim our collective memory and legacy of civilization to build our own models of development and modernity. Because of the profundity of their proposals and their praxis, the indigenous people's movements offer enormous potential which opens a new historic horizon in Latin America and the world.*

CONCLUSÃO

O processo colonizatório não se encerrou com a retirada da ingerência colonial nos países após seus processos de independência; ele continuou e continua existindo mesmo depois de mais de 500 anos, sendo que a apropriação dos saberes e culturas indígenas representam uma nova faceta da colonialidade. Isso demanda um esforço coletivo dos agentes políticos, das comunidades tradicionais e da própria sociedade civil, em âmbito nacional e internacional, de modo que possam ser desenvolvidos cenários nos quais se respeite a multiculturalidade e as diferenças existentes.

Os povos indígenas precisam e devem ser capazes de expor seus interesses e de enfatizar seus modos de ser e viver locais construídos ao longo de toda sua história. Ainda, deve-se reconhecer a diversidade cultural e entender que existem outras visões de mundo – para além da europeia e norte-americana – como passíveis de contribuição, como formas alternativas de se construir e contribuir para a construção do conhecimento, da filosofia e de novas epistemologias. Eles possuem um apelo que vai além de suas localidades, com potencial aplicabilidade em âmbito global.

Conforme o propósito da pesquisa apresentado inicialmente, buscou-se atingir os objetivos elencados e demonstrar a possibilidade de aplicação do Bem Viver diante da proteção legal aos conhecimentos tradicionais associados no sentido de reforçar as garantias existentes. Além disso, também procurou-se demonstrar que o Bem Viver também é passível de aplicação para tal proteção mesmo quando inexistentes diplomas legislativos que regulam a matéria.

Apresentados a evolução do(s) constitucionalismo(s) e os contornos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, sem olvidar dos processos de lutas indígenas para que tais mudanças ocorressem, foi possível compreender de onde se veio e em qual direção pretende-se chegar dentro de textos constitucionais mais inclusivos e plurais. A despeito de ainda haver muito que se atingir em termos de real efetivação e implementação do que foi positivado, a positivação por si só pode ser entendida como um avanço.

A teoria da Sociedade de Risco cunhada por Beck e trabalhada por outros estudiosos permitiu verificar que a exploração da natureza pelo homem e a necessidade da sociedade ocidental – europeia e norte-americana – de se dominar o meio-ambiente espalharam-se ao redor de grande parte do globo com a força do capitalismo. O desenvolvimento científico ultrapassou barreiras antes impensadas, todavia impensadas também foram as consequências advindas – ou que podem/poderiam advir – do mesmo.

Nesse sentido, percebeu-se que os interesses de grandes corporações tendem a superar ou suprimir o interesse público, principalmente o daquelas minorias – políticas, numéricas ou sociais – como os povos indígenas, por exemplo. A vontade política por vezes dobra-se aos caprichos da economia sob a justificativa de um suposto desenvolvimento e melhor distribuição de riquezas. Ocorre que os interesses corporativos não guardam preocupação com os riscos que geram e podem gerar para todas as formas de vida do planeta. Isso causa apropriações legais e ilegais, violentas e não violentas de terras, saberes e vidas. Com tal lógica de exploração, colonização e com as construções originadas na modernidade reflexiva, as existências dos seres humanos indígenas se tornam dispensáveis.

A biodiversidade e os conhecimentos tradicionais a ela associados passaram a ser sinônimos de dinheiro ou riqueza. A terra com a qual têm ligação espiritual representa, para os povos indígenas, muito mais do que uma simples localidade; corresponde a um espaço de vida e de convivência, de pluralidade. Ao passo que a visão de mundo hegemônica busca dominar a natureza, essas pessoas majoritariamente buscam viver em harmonia com ela.

É justamente por isso que a ótica não eurocêntrica e as epistemologias do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e do Bem Viver são necessárias, porque são capazes de construir diálogos efetivamente interculturais e plurais, possibilitando trocas de conhecimentos e que sujeitos diferentes aprendam com essas diferenças de forma respeitosa e não invasiva; sem imposição.

Durante a realização da pesquisa, como na maioria delas, encontrou-se algumas dificuldades: a questão temporal para a realização da mesma, a disponibilidade de materiais nem sempre de qualidade ou satisfatórios, a impossibilidade de aprofundamento do tema por meio de pesquisa de campo devido a prazos internos de tramitação, a saúde física e mental que por vezes foram deixadas em segundo plano no processo de escrita, dentre outras. Apesar disso, há a intenção de realizar-se um maior aprofundamento dos estudos aqui expostos a nível de doutorado.

O presente trabalho pode servir de base para que outras propostas ou projetos de pesquisa possam ser elaborados: aqueles relacionados à temática do Novo Constitucionalismo Latino-Americano com aprofundamento dos estudos em tópicos que ainda não ganharam tanta atenção dos estudiosos e pesquisadores. Por suposto, entende-se que o mesmo ainda não ocorreu, pois há uma série de demandas indígenas não atendidas e muito o que se conquistar e efetivar. De qualquer modo, minimamente foi criada uma fundação e fundamentação teórica para que outros interessados a continuem, reestruturem ou reorganizem conforme suas próprias intenções.

Finalmente, é preciso concluir o óbvio que aparentemente foi esquecido pelos Estados: há que se preservar a vida; esse deve ser o objetivo principal de todas as leis e políticas. O ser humano deve ser visto como centro e como valor fundamental; as organizações sociais precisam ser pensadas e repensadas dessa forma. Há, ainda e infelizmente, um interesse mínimo das sociedades e legislações pós-modernas no respeito e na resolução das questões indígenas.

Enquanto isso não ocorre, em âmbito mundial, movimentos indígenas – com ou sem apoio – têm sido vistos e ouvidos, mesmo que minimamente e de forma excepcional pelas estruturas de governo tradicionais. Com essa visibilidade, trazem alternativas que se baseiam em um cenário diferente daquele globalmente imposto. Seus ideais e práticas têm sido capazes de brotar mesmo depois de as árvores dos seus saberes terem sido dizimadas. Eles brotam a partir de suas raízes profundas e ancestrais e demonstram que é possível que se viva de uma forma não-extrativista e que não ataque brutalmente a natureza.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir em el camino del post-desarrollo: Una lectura desde la Constitución de Montecristi. **Policy Paper n. 9**. Outubro de 2010.

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **El Buen Vivir**: una vía para el desarrollo. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. Constitución y democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla**. Ius 25. Verano 2010. p. 50-76

ARVELO-JIMÉNEZ, Nelly. Constituições da Venezuela. In: RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. p. 25-35.

ÁVILA, Thiago Antônio Machado de. “**Não é do jeito que eles quer, é do jeito que nós quer**”: os Krahô e a biodiversidade. Dissertação (Dissertação em Antropologia) – UNB. Março de 2004.

AYLWIN, José. Os direitos dos povos indígenas no Chile: paradoxos de um Estado “globalizado”. In: RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. p. 94-137.

BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. p. 206-227

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECK, Ulrich. From Industrial Society to the Risk Society: Questions of Survival, Social Structure and Ecological Enlightenment. **Theory, Culture & Society**. 1992 9:97. p. 97-123.

_____. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Salgado. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENALCÁZAR, Patricio Carpio. El Buen Vivir, más allá del desarrollo. La nueva perspectiva Constitucional en Ecuador. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **El Buen Vivir**: una vía para el desarrollo. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 115-148

BOAS, Franz. **The Mind of Primitive Man**. Ed. rev. Estados Unidos: The Macmillan Company, 1938.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado** (CPE). Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2018.

BRASIL. **Anteprojeto Constitucional (1986)**: elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 de junho de 2018.

_____. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo n. 2, de 1994**. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992.

_____. **Lei n. 13.123/2015**. Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Brasília, DF, 2015.

BRUCKMANN, Monica. Alternative Visions of the Indigenous People's Movement in Latin America: Reflections on Civilization and Modernity. **Social Change**. 40 (4). 2010. p. 601-60

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CAOI – Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas. **Buen Vivir/ Vivir Bien**: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. 3ª ed. Lima: 2010.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Constituição e Jurisdição**: Legitimidade e Tutela dos Direitos Sociais. Curitiba: Editora Juruá. 2015

CERVANTES, Daniel Sandoval. El Constitucionalismo em América Latina desde una perspectiva histórica crítica del derecho. In: LIXA, Ivone Fernandes. WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo, desconcolización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascaliente: CENEJUS; Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. 294 p. p. 103-116

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÓRDOVA, Dania López. La reciprocidad como lazo social fundamental entre las personas y con la naturaleza en una propuesta de transformación societal. In: **Buen Vivir y descolonialidad**: Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2014. p. 99-120

CULVER, Lawrence. *et al.* Revisiting Risk Society: a Conversation with Ulrich Beck. **Rachel Carson Center Perspectives**. Jun. 2011.

DALMAU, Rubén Martínez. PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla**. Ius 25. Verano 2010. p. 7-29

_____. Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain. In: HERRERA, Carlos Miguel (coord.). **Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui**: entre renouveau juridique et essor démocratique? Paris: Éditions Kimé, 2015. p. 29-54.

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. p. 228-236.

EGNER, Heike. Enforced Cosmopolization and the Staging of Risks. *In: Revisiting Risk Society: a Conversation with Ulrich Beck*. **Rachel Carson Center Perspectives**. Jun 2011. p. 19-21.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: <https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2018.

EKBERG, Merryn. The Parameters of the Risk Society: a Review and Exploration. **Current Sociology**. Maio 2007. Vol. 55(3). p. 343-366.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

GALLINI, Stefania. Compressed Cosmopolization. *In: Revisiting Risk Society: a Conversation with Ulrich Beck*. **Rachel Carson Center Perspectives**. Jun 2011. p. 12-15.

GARGARELLA, Roberto. Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX: una mirada histórica. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla**. Ius 25. Verano 2010. p. 30-48.

_____. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas: una breve introducción. **Boletín Onteaiken**. n. 15. Maio de 2013. p. 22-32.

_____. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**. Volume 4. Issue 1. Article 3. 2014. p. 8-18

GRENDSTAD, Gunnar. Ulrich Beck: Ecological Politics in an Age of Risk. Book Review. **Acta Sociologica**, vol. 40, 1997. p. 114-118

GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo v. XIX, n. 1. Jan-mar 2016. p. 229-240.

HARDISON, Preston D. MAURO, Francesco. Traditional knowledge of indigenous and local communities: international debate and policy initiatives. **Ecological Applications**. 10 (5). 2000. p. 1263-1269.

HURTADO, Lorenzo Muelas. Os povos indígenas e a constituição da Colômbia: Primeira experiência de participação indígena nos processos constituintes da América Latina. In: RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. 36-52.

JIMENO, Myriam. Reforma constitucional na Colômbia e os povos indígenas: os limites da lei. In: RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. 53-76

KNEITZ, Agnes. How Well does Risk Society Speak Beyond the Global North? *In: Revisiting Risk Society: a Conversation with Ulrich Beck. Rachel Carson Center Perspectives*. Jun 2011. p. 23-26.

LANDER, Edgardo. Hacia otra noción de riqueza. *In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. El Buen Vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 31-38

LIXA, Ivone Fernandes. WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo, desconcolización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascaliente: CENEJUS; Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. 294 p.

LÓPEZ, Josefina A. Méndez López. MUSTELIER, Daniela Cutié. La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: una mirada desde la perspectiva de los derechos. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla**. Ius 25. Verano 2010. p. 94-115.

LÜBKEN, Uwe. On the Role of Natural Hazards and Catastrophes. *In: Revisiting Risk Society: a Conversation with Ulrich Beck. Rachel Carson Center Perspectives*. Jun 2011. p. 10-12.

MELILAN, Cecilio. A legislação indígena argentina: ingerência no movimento dos povos originários. *In: RAMOS, Alcida Rita (org). Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. p. 140-157.

MOL, Arthur P. J; SPAARGAREN, Gert. Environment, modernity and the risk-society: the apocalyptic horizon of environmental reform. **International Sociology**. 1993 vol. 8, n. 4. p. 431-459.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro, 2008.

QUANDT, Thorsten. WIMMER, Jeffrey. Living in the risk society. **Journalism Studies**, 2006, 7:2. p. 336-347.

RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p.

RUSSIA. **Constituição da República Socialista Federativa Soviética Russa**: Constituição da Revolução Proletária de Outubro de 1917. Constituição de Lenin, Sverdlov e Trotsky. Disponível em: <<http://www.scientific-socialism.de/LeninDireitoeMoral100718.htm>>. Acesso em 14 de abril de 2018.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: o Novo Regime Jurídico de Proteção. **R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ.**, Brasília, n. 9, p. 21-73, 2015.

SCHOR, Miguel. Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America. **Texas International Law Journal**. 2006. Vol. 41:1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=889468>>. Acesso em 28 de abril de 2018.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2001.

_____. Bioprospecting as Sophisticated Biopiracy. **Signs**, vol. 32, n. 2. 2007. p. 307-313.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUÁREZ, Diana Quirola. Sumak Kawsay. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **El Buen Vivir**: una vía para el desarrollo. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 103-114.

TODOROV, Tzvetan. **A Conquista da América**: a questão do outro. 4ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

TURÓN, Siméon Jiménez. O papel aguenta tudo. In: RAMOS, Alcida Rita (org). **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. 238 p. 20-24.

WINDER, Gordon. Market Solutions? In: Revisiting Risk Society: a Conversation with Ulrich Beck. **Rachel Carson Center Perspectives**. Jun 2011. p. 15-17.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde America Latina. In: LIXA, Ivone Fernandes. WOLKMER, Antonio Carlos (orgs). **Constitucionalismo, desconolización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascaliente: CENEJUS; Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. 294 p. p. 96-102

WRAY, Norman. Los retos del régimen de desarrollo: el Buen Vivir en la Constitución. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **El Buen Vivir**: una vía para el desarrollo. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 51-62