



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
EM DIREITO

DA INDIFERENÇA ABISSAL À ECOLOGIA DOS SABERES: OS
CAMINHOS PÓS-COLONIAIS PARA (RE) AFIRMAÇÃO DOS
DIREITOS DAS SOCIEDADES INDÍGENAS

PAULO HENRIQUE SALMAZO DE SOUZA

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DO PARÁ, COMO REQUISITO PARA
OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM
DIREITO, SOB ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR
DR. SAULO DE TARSO RODRIGUES.

BELÉM-PA

2015

Walter Clayton de Oliveira CRB1/2049

Souza, Paulo Henrique Salmazo.

S7293iDa indiferença abissal à ecologia de saberes: os caminhos pós-coloniais para (re)afirmação dos direitos das sociedades indígenas / Paulo Henrique Salmazo de Souza. – Belém [PA], 2015.

109f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) –Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, 2015

Orientador: Saulo de Tarso Rodrigues

1.Direitos humanos. 2. Direitos indígenas. 3. Pós-Colonialismo. I. Autor. II. Título.

CDU342.7

PAULO HENRIQUE SALMAZO DE SOUZA

DA INDIFERENÇA ABISSAL À ECOLOGIA DE SABERES: OS CAMINHOS PÓS-COLONIAIS PARA (RE) AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DAS SOCIEDADES INDÍGENAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito UFPA, como requisito para a obtenção de título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos

Aprovado em 01/10/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Saulo de Tarso Rodrigues
UFMT
Orientador

Prof. Dr. Marcos Prado de Albuquerque
UFMT
Membro da Banca

Prof. Dr. Paulo Sergio Weil
UFPA
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, autor da vida, que se revelou aos homens através de Jesus Cristo, por quem e para quem são todas as coisas;

Agradeço minha esposa Daiane pela compreensão apresentada tendo em vista o meu tempo dividido com as atividades do Mestrado, bem como pelo apoio em todos os momentos de dificuldades e no compartilhar das vitórias... te amo!

Externo minha gratidão à minha família: Francisco e Terezinha, meus pais, e Aline, minha irmã;

Agradeço ao Professor Saulo de Tarso Rodrigues, pela paciência, pelas conversas proporcionadas e pela excelente orientação que contribuiu preponderantemente ao amadurecimento do tema e ao desenvolvimento do trabalho proposto. São poucos os professores que, em apenas uma aula, conseguem inspirar uma nova perspectiva de conhecimento científico;

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMT e da UFPA, pelas excelentes aulas ministradas e conseqüente conhecimento acadêmico.

Agradeço aos colegas do Mestrado Interinstitucional em Direito pela amizade e momentos compartilhados;

Agradeço à Universidade do Estado de Mato Grosso, instituição que proporcionou a realização deste Mestrado.

“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.”

(Boaventura de Sousa Santos)

RESUMO

O desenvolvimento dos instrumentos de proteção dos direitos dos povos indígenas é resultado de um longo processo histórico de erros e acertos na tentativa do reconhecimento dos direitos das minorias e populações indígenas. No entanto, pelo fato desses instrumentos serem a expressão do pensamento abissal ainda vigente, estes não logram êxito na salvaguarda de direitos destes povos. O pensamento abissal consiste no estabelecimento pela modernidade ocidental de parâmetros fundamentados nos valores liberais que validam o que é considerado ciência e direito. Portanto, as linhas cartográficas abissais que foram criadas no período colonial são representadas por uma cartografia epistemológica e jurídica, as quais se caracterizam pela ausência e exclusão. Portanto, a presente pesquisa justifica-se tendo em vista a grande relevância que o assunto exige neste momento histórico de questionamento da universalidade dos direitos humanos, bem como do constitucionalismo contemporâneo que propõe a salvaguarda de direitos das sociedades multiculturais. A presente pesquisa se propõe a analisar em que medida o pensamento pós-colonial de direitos humanos pode trazer respostas a uma efetiva proteção dos direitos das sociedades indígenas. Portanto, visando atingir o objetivo proposto, realizou-se um estudo teórico de revisão bibliográfica. Entendendo ser um método adequado à pesquisa proposta e para alcançar a base lógica da investigação, utilizou-se do método indutivo. Para possibilitar uma compreensão apoiada na multiplicidade de conhecimento, foi utilizada a análise exploratória e comparativa de idéias, identificando os principais pensamentos sobre o assunto, bem como o método descritivo de conceitos e possibilidades, que irá descrever as técnicas hermenêuticas aplicáveis. Tendo em vista a necessidade de apreensão do sentido das idéias a partir de uma reconstrução histórica, objetiva ou subjetiva do discurso, apropriou-se também do método hermenêutico, imprescindível na análise do tema proposto, haja vista tratar-se de um trabalho de natureza sociológica. Diante de tal análise, foi possível afirmar que os instrumentos internacionais de proteção dos direitos dos povos indígenas não logram êxito na efetiva proteção dos direitos desses povos tendo em vista estar fundamentado em valores Eurocentristas. Observou-se que é condição essencial para concretização de direitos multiculturais a desconstrução do particularismo dos direitos humanos universais e a adoção de uma perspectiva intercultural de direitos humanos acompanhada da Ecologia de Saberes proposta por Boaventura de Sousa Santos. O novo Constitucionalismo Latino-Americano, apresentado como uma epistemologia do Sul, através de uma ruptura com paradigmas da modernidade ocidental e o estabelecimento de nova racionalidade jurídica e política se traduz em uma alternativa viável à (re) afirmação dos direitos das sociedades indígenas.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Humanos. Direitos Indígenas. Pós-Colonialismo. Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

ABSTRACT

The development of instruments for protection of rights of indigenous peoples is the result of a long historical trial and error process aiming to recognize the rights of minorities and indigenous populations. However, these instruments represent the abyssal prevailing thinking, which do not achieve success in safeguarding the rights of these peoples. This abyssal thinking consists in the Western modernity establishing parameters based on liberal values that validate what is considered science and law. Therefore, the abyssal cartographic lines that were created during the colonial period are represented by an epistemological and legal cartography, which are characterized by absence and exclusion. Therefore, this study is justified by the importance that the issue requires at this historic moment of questioning the universality of human rights and contemporary constitutionalism, which proposes to safeguard the rights of multicultural societies. The objective of this research was to assess how the postcolonial thought on human rights can respond to an effective protection of the indigenous societies rights. Therefore, a literature review, theoretical study was performed in order to achieve the proposed objective. The inductive method was used, since this method is suitable to the research proposal and to achieve the logic base of the investigation. In order to enable an understanding supported by the knowledge multiplicity, an exploratory and comparative analysis of ideas, identifying the main thoughts on the subject, and a concept and possibility descriptive method that describes the applicable hermeneutical techniques was used. The hermeneutic method, essential for the analysis of the proposed issue, was used because the sociological nature of this work and the need to apprehend the meaning of ideas from the objective or subjective historical reconstruction of the concepts. The results of this assessment indicate that international instruments of protection of indigenous people rights do not succeed in effectively protect the rights of these peoples, since they are based on Eurocentric values. The essential conditions observed for achieving multicultural rights are the deconstruction of particularism of universal human rights and the adoption of an intercultural perspective of human rights following the Ecology of Knowledge proposed by Boaventura de Sousa Santos. The new Latin American Constitutionalism, presented as an epistemology of the South, through a break with the paradigms of Western modernity and the establishment of a new legal and politic rationality may be a viable alternative to the (re)affirmation of the rights of indigenous societies.

KEYWORDS: Human Rights. Indigenous rights. Post-Colonialism. New Latin American Constitutionalism.

SUMÁRIO

TÍTULO: DA INDIFERENÇA ABISSAL À ECOLOGIA DOS SABERES: OS CAMINHOS PÓS-COLONIAIS PARA (RE)AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DAS SOCIEDADES INDÍGENAS

INTRODUÇÃO.....	09
1 A REPRODUÇÃO DO PENSAMENTO COLONIAL: O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS SOCIEDADES INDÍGENAS E A NEGAÇÃO DA DIFERENÇA.....	14
1.1 A Perspectiva Contemporânea de Direitos Humanos como Fundamento da proteção Internacional dos Povos Indígenas	15
1.2 O Processo Histórico de Internacionalização dos Direitos Humanos	10
1.3 A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional	23
1.3.1 Instrumentos Internacionais Gerais de Proteção dos Povos Indígenas	24
1.3.2 Instrumentos Internacionais Específicos de Proteção dos Povos Indígenas	27
1.4 O Processo de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Contexto Latino-Americano para Concretização de Direitos Indígenas	33
2 DO PENSAMENTO ABISSAL À ECOLOGIA DOS SABERES: ENTRE SABERES E IGNORÂNCIAS	39
2.1 A Ecologia dos Saberes de Boaventura de Sousa Santos e a (Des) Construção do Paradigma da Universalidade dos Direitos Humanos	39
2.2 Multiculturalismo (s): Entre Ignorâncias e Saberes	51
2.2.1 O Multiculturalismo Liberal	51
2.2.2 Teoria da Justiça de John Haws: Fundamentos para o Multiculturalismo Liberal.....	54
2.2.3 O Multiculturalismo Liberal de Will Kimlicka	63
2.2.4 Will Kimlicka e a afirmação da Necessária Leitura do Multiculturalismo Liberal para Concretização de Direitos Humanos	69
2.2.2 Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico: A Concepção Pós-colonialista de Direitos Humanos.....	70
2.2.2.1 O Multiculturalismo e Interculturalidade como Prática Contra-hegemônica de Direitos Humanos.....	70
2.2.2.2 Pluralismo Jurídico: Um Diálogo Necessário para Concretização de Direitos Humanos	72
3 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: PARA UMA TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL E A DESCOLONIZAÇÃO DOS SABERES ABISSAIS. 79	79
3.1 Democracia, Globalização e a Crise Ecológica: Pressupostos para um Pensamento Pós-Colonial dos Direitos das Sociedades Indígenas	80
3.2 A Crise do Paradigma Jurídico Moderno e a Necessidade de um Novo Pensamento Constitucional sobre as Sociedades Indígenas	84
3.3 Novo Constitucionalismo e Multiculturalismo na América-Latina: Pressupostos para Concretização dos Direitos das Sociedades Indígenas	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos das sociedades indígenas na forma atualmente concebida é resultado de um processo de internacionalização dos direitos humanos, onde inicialmente os instrumentos internacionais estabeleciam apenas proteção geral dos direitos humanos fundamentais. Com o desenvolvimento do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos, bem como o desenvolvimento das teorias multiculturais, foram criados instrumentos específicos de proteção das minorias e em especial, dos direitos dos povos indígenas.

O desenvolvimento das teorias liberais sobre o multiculturalismo tendo como pressuposto o rompimento com o modelo liberal-individualista, levaram ao necessário reconhecimento dos direitos das minorias, como exemplo o direito a terra, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais destes povos.¹ Nesse sentido, os princípios de Direitos Humanos tradicionais, para o efetivo alcance aos povos indígenas, populações tradicionais, tribais etc., devem ser complementados com uma teoria de direitos humanos das minorias.²

A questão indígena, pelo desenvolvimento supracitado, não se restringe mais apenas a discussões de natureza sociológica e antropológica, mas deve ter sua necessária agenda política, tendo em vista o significado de direito humano fundamental para estes povos.³ Essa mudança de paradigmas no que diz respeito ao direito dos povos indígenas proporcionou novo olhar sobre a sua identidade cultural, território, autogoverno etc., o que acarretou na necessidade da transformação desse assunto em políticas estatais, conforme acima mencionado.

Entende-se que essa mudança de paradigmas foi proporcionada por fatores como o desenvolvimento do direito internacional no sentido de que não há concretização de direitos humanos se os fatores multiétnicos não forem considerados. Da mesma maneira, o reconhecimento por grande parte dos Estados Nacionais de que a sociedade é multicultural,

¹ LOUREIRO, Violeta Refkalesfsky. *Desenvolvimento, Meio Ambiente e Direito dos Índios: Da Necessidade de um novo Ethos Jurídico*. Revista de Direito GV. São Paulo. 6(2). P. 503-526. Jul-Dez/2010.

² KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós, 2010.

³ URKIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. *Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, Novo Constitucionalismo e Organização dos Movimentos Indígenas*. Cadernos Prolan/USP. Ano 8, v.1-2008. p.199-222.

estabelecendo princípios e proteções sobre o tema em suas legislações e constituições, proporcionou que o mesmo alcançasse relevância no poder executivo, legislativo e judiciário.

Seguindo esta tendência internacional, a Constituição de 1988 recepcionou os valores do multiculturalismo, dispondo em seu artigo 231, caput que “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]”⁴ Somado a isso, a recepção formal da Convenção 169 da OIT, pretendendo um avanço da concepção integracionista para uma concepção também multicultural dos direitos dos povos indígenas, proporcionou ao Estado Brasileiro todas as condições legais e constitucionais para ampla defesa e concretização dos direitos destes povos.

Entretanto, para Boaventura de Sousa Santos os direitos humanos universais que fundamentam os direitos indígenas na forma atualmente concebida, consubstanciam-se em representação do pensamento colonialista europeu, e, por conta disso, não possibilita que os direitos das sociedades indígenas se efetivem na sociedade. Assim, “as linhas abissais da era colonial subsistem estruturalmente no pensamento moderno ocidental e permanecem constitutivas das relações políticas e culturais excludentes.”⁵

As linhas abissais contemporâneas são representadas por dois principais instrumentos, quais sejam: o conhecimento e o direito. O conhecimento através do entendimento de que a ciência moderna é a autoridade para distinguir entre o falso e o verdadeiro e o direito estatal é aquele que estabelece o legal e o ilegal, destarte, ambos os instrumentos desconsideram outras formas de produção de conhecimento e de direito.

Por estes motivos, percebe-se claramente na sociedade brasileira e notadamente no poder judiciário os pressupostos do monismo-individual-liberal através do qual nosso ordenamento fora estabelecido. O instituto da propriedade exclusivamente civilista ainda é um discurso dominante na sociedade brasileira, sendo que o mesmo se processa não levando em consideração os princípios constitucionais que amparam as manifestações multiculturais dos povos. Sobre o assunto Deborah Duprat⁶ assevera que:

⁴BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. acesso em 10/11/2014.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para além do Pensamento Abissal: Das Linhas Abissais Globais a uma Ecologia de Saberes*. Revista Crítica de Ciências Sociais. n.78, p.3-46, out. 2007.

⁶ DUPRAT, Deborah. *Terras Indígenas e o Poder Judiciário*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf. p.3. Acesso em 13.10.2014.

Se o processo se desenvolve sem que se confrontem visões concorrentes de mundo e a respectiva tradução na linguagem de cada uma das partes, nega-se o postulado constitucional da pluralidade étnica e reinstala-se, na prática judiciária, a marca etnocêntrica do regime anterior.

Os fundamentos do multiculturalismo e pluralismo no que diz respeito aos povos indígenas insculpidos na Carta Magna não podem ser efetivados em concorrência com o discurso político e prática judiciária que remetem aos valores individualistas de propriedade, tendo em vista a visão diferente de propriedade, sociedade, nação etc., que estes povos possuem.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, para que esta realidade seja transformada, ou seja, “para romper definitivamente com o pensamento abissal, deve haver uma resistência política tendo como postulado a resistência epistemológica.”⁷ A esse rompimento com as linhas coloniais ainda estabelecidas, o autor denomina de pensamento pós-abissal.

Outrossim, seguindo esta perspectiva, os direitos humanos traduzem os valores da cultura ocidental-liberal, desconsiderando os aspectos culturais e valores de culturas minoritárias.

O grande desafio dos direitos humanos é romper com os chamados localismos globalizados, consubstanciando isso em um rompimento com o particularismo ocidental sobre a universalidade dos direitos humanos. Nesse sentido, os direitos humanos são ferramentas emancipatórias quando efetivam uma legitimidade local de direitos, os quais são também aceitos universalmente.

Nessa concepção de direitos humanos, o multiculturalismo exerce papel essencial tendo em vista a necessidade do reconhecimento da diversidade cultural como pressuposto de legitimidade de direitos humanos. Boaventura⁸ menciona que: “o multiculturalismo como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local.”

A proposta pós-abissal para concretização de direitos humanos, em especial dos direitos das sociedades indígenas baseia-se em um confrontar das linhas abissais do norte ocidental com a ecologia de saberes proposta precipuamente pelo sul do globo e através de diálogos interculturais, onde possa haver interações sustentáveis e dinâmicas entre as sociedades.

Diante deste contexto de crítica à concepção ocidental de direitos humanos e aos instrumentos internacionais de proteção das sociedades indígenas insere-se o objetivo geral

⁷ SANTOS, op. cit., p.17.

⁸ Ibid., 1997, p.19.

deste trabalho que é a tutela dos direitos das sociedades indígenas a partir do enfoque pós-colonial de direitos humanos e através de uma Ecologia de Saberes.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa utilizou-se de bibliografia nacional e internacional com destaque para Boaventura de Sousa Santos, Flávia Piovesan, Saulo de Tarso Rodrigues, Antônio Carlos Wolkmer, Will Kimlicka, Elmar Altvater, Augusto César Baldi, Fernando Antônio de Carvalho Dantas, Rodolfo Stavenhagen, entre alguns dos principais autores que nortearam e estabeleceram o marco teórico deste trabalho.

A presente pesquisa justifica-se tendo em vista a grande relevância que o assunto exige neste momento histórico de questionamento da universalidade dos direitos humanos, bem como do constitucionalismo brasileiro tendo em vista o marco do pluralismo e multiculturalismo representado pela promulgação da Constituição de 1988.

Somado a isso, observa-se na cultura jurídica nacional, a perpetuação de antigos valores baseados no individual-liberalismo, os quais se consubstanciam-se em obstáculo para a concretização dos direitos acima expostos. Em diversos julgados, o judiciário brasileiro demonstra ainda estar intrínseco ao sistema, o pensamento integracionista em relação aos povos indígenas, bem como a utilização de instrumentos processuais equivocados, negando em muitas situações, os princípios constitucionalmente estabelecidos sobre o assunto.

Em toda América Latina, a cultura e os valores dos povos indígenas nunca foram considerados nos pactos nacionais desses países, ao contrário, no período colonial, os povos indígenas passaram por processo de aniquilação e um processo de assimilação cultural nos dias atuais.⁹

Todavia, a emergência do pensamento pós-colonial, onde o “aprender com o sul, usando uma epistemologia do sul, confronta a monocultura da ciência moderna com uma ecologia de saberes”¹⁰, surge como alternativa viável para efetiva proteção dos direitos das sociedades indígenas.

Buscando-se alcançar o objeto de estudo proposto, no primeiro capítulo será realizado um estudo sobre a proteção dos direitos indígenas à luz do direito internacional de proteção dos direitos humanos. Nesse aspecto, busca-se apresentar os instrumentos de proteção internacional das sociedades indígenas desenvolvidos para posterior questionamento crítico de sua universalidade e validade.

⁹ STAVENHAGEM, Rodolfo. *Identidad y multiculturalidad em America Latina*. Araucária, v.4, n.7, primer semestre, 2002.

¹⁰ SANTOS, op. cit. p.22.

No segundo capítulo serão abordados os pressupostos da Ecologia de Saberes de Boaventura de Sousa Santos como fundamentos para desconstrução do paradigma da universalidade dos direitos humanos. Em seguida será abordada a temática do multiculturalismo, pois este se perfaz condição necessária para concretização de direitos humanos. Nesse intento, será abordada a concepção liberal sobre o multiculturalismo e em seguida o multiculturalismo e pluralismo jurídico como proposta contra-hegemônia de direitos humanos

Por fim, no terceiro capítulo, analisar-se-á a realidade jurídica da proteção dos povos indígenas brasileiros, momento em que objeto e enfoque se fundem no intuito de verificar como as respostas do pós-colonialismo, em especial o novo constitucionalismo latino-americano, podem tutelar os direitos das sociedades indígenas.

CAPÍTULO I

A REPRODUÇÃO DO PENSAMENTO COLONIAL: O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS SOCIEDADES INDÍGENAS E A NEGAÇÃO DA DIFERENÇA

O pensamento abissal parte do princípio da existência de uma linha invisível que separa a realidade social em universos distintos, sendo que o outro lado da linha, ou seja, “para além dela há apenas inexistência, invisibilidade e ausência não-dialética.”¹¹ Para Boaventura de Souza Santos, o direito e o conhecimento são as principais manifestações contemporâneas do pensamento abissal, expressando que “dão-nos conta das duas principais linhas abissais globais dos tempos modernos, as quais, embora distintas e operando de forma diferenciada, são mutuamente interdependentes.”¹²

Com relação ao direito, a linha abissal é representada pelos valores ocidentais que desconsideram outras formas de direito e determinam o que é legal e o que é ilegal. Da mesma maneira, este pensamento desconsidera outras formas de estruturas jurídicas, estabelecendo o direito conforme o Direito oficial do Estado e do Direito Internacional. Nesse sentido, a universalidade dos direitos humanos, bem como a estrutura internacional criada, denominada de sistema internacional de proteção dos direitos humanos, são representações claras do pensamento colonial ainda vigente.

Destarte, o presente capítulo pretende demonstrar que os dispositivos internacionais de proteção dos direitos humanos e a idéia de direitos humanos universais são as bases sob as quais foram edificados os instrumentos internacionais e nacionais de proteção dos direitos das sociedades indígenas e que consubstanciam-se, conforme já mencionado, na reprodução do pensamento colonial europeu.

Para tanto, será apresentado inicialmente neste capítulo alguns fundamentos contemporâneos de direitos humanos, onde serão abordadas algumas concepções contemporâneas que são utilizadas como fundamentos de validade universal, bem como o processo histórico que acarretou no atual estágio da proteção internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, este entendimento se torna importante para que sejam compreendidos os parâmetros norteadores dos direitos dos povos indígenas estabelecidos a partir de uma concepção colonial de direitos humanos.

¹¹ SANTOS, op. cit., p. 04

¹² Ibid, 2007, p.05.

Posteriormente serão apresentados os instrumentos internacionais de proteção dos povos indígenas, compreendendo as normativas internacionais gerais e específicas de proteção, bem como a sistemática de incorporação destes instrumentos nos ordenamentos internos, os quais são representação da linha abissal estabelecida pelo pensamento hegemônico e que se manifesta através do direito internacional.

1.1 A perspectiva contemporânea de Direitos Humanos como fundamento da proteção internacional dos povos indígenas

O desenvolvimento dos Direitos Humanos Internacionais no decorrer do século XX impulsionou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual se tornou um marco mundial na luta pela dignidade humana. Somado a isso, grande parte dos Estados incorporaram os princípios da Declaração Universal em suas Constituições Nacionais, sendo esses princípios em grande parte estabelecidos com status de princípios fundamentais, sobretudo o princípio da dignidade humana. Em decorrência disso, argumenta-se que a Declaração Universal alcançou legitimidade e logrou reconhecimento de sua validade universal, vinculando os Estados membros da Organização das Nações Unidas ao cumprimento e defesa dos preceitos por ela estabelecidos.

Apesar do entendimento de países hegemônicos ocidentais de que a Declaração Universal se transformou no instrumento jurídico de direitos humanos mais importante, estabelecendo um código de conduta e atuação para todos os Estados, grandes debates ainda são travados por uma legitimação e fundamentação dos direitos humanos internacionais. Nesse sentido, a dignidade humana, apesar de representar um consenso global sobre a sua natureza de fundamento dos direitos humanos, “é questionada sobre os vários pontos de vistas e, sobretudo, sobre seu aspecto natural ou consensual, caráter abstrato ou concreto e por fim sobre seu caráter universal e particular.”¹³

O pressuposto sobre a existência de um valor absoluto e universal acerca da dignidade da pessoa humana, aplicável a todas as nações e em todos os períodos históricos, deve ser analisado cuidadosamente tendo em vista a diversidade cultural existente nas sociedades. A idéia sobre o que seria dignidade humana é influenciada pelo contexto histórico e desenvolvida por cada sociedade e sua respectiva cultura. Nesse sentido é correto afirmar que “mais que uma dignidade humana, o que realmente existe é uma multiplicidade de idéias

¹³ MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. *As Tensões da Dignidade Humana: Conceituação e Aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos*. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos. v.1, n.1. São Paulo, 2004.

de várias dignidades, cada uma predicada concretamente de grupos social, cultural e historicamente determinados.”¹⁴

A concepção jusnaturalista tem forte influência nas discussões modernas sobre o fundamento dos direitos humanos. Com o início do absolutismo e advento da reforma protestante, não se poderia mais explicar os fundamentos dos direitos humanos na religião. Assim, nasce a corrente jusnaturalista moderna, também denominada de Jusnaturalismo racional. Este pensamento tenta alcançar respostas dos problemas jurídicos na natureza humana, defendendo que a natureza humana é invariável ou imutável, assim como a natureza, sendo que seria inerente ao próprio homem o estabelecimento de condutas universais.

Norberto Bobbio¹⁵, considerado como positivista, tece duras críticas ao jusnaturalismo, especialmente na tentativa jusnaturalista de busca por um fundamento absoluto dos direitos humanos:

Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível no mundo de nossas idéias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível no mundo de nossas ações.

A partir disso Bobbio refuta a tentativa do jusnaturalismo de alcançar o fundamento absoluto do direito expondo as principais dificuldades para este intento.

A primeira diz respeito ao fato de que os direitos do homem se caracterizam pela vagueza, ou seja, segundo o autor é impossível uma noção precisa do que seja o conceito de direitos do homem. A segunda dificuldade diz respeito ao aspecto variável dos direitos humanos. Isso quer dizer que os direitos humanos são variáveis no decorrer da história. O que era considerado direito fundamental na idade moderna sofre sérias restrições na idade contemporânea, o que de outra sorte, pode vir a ser alterado no futuro. Outra dificuldade diz respeito à natureza antinômica dos direitos humanos, “significando que a realização integral de uns impede a realização integral de outros”.¹⁶ A última dificuldade apontada por Bobbio diz respeito ao problema de se estabelecer fundamento absoluto, pois na visão do autor isso significa “saber se a busca do fundamento absoluto, ainda que coroada de sucesso seja capaz de obter o resultado esperado, ou seja, o de conseguir do modo mais rápido e eficaz o reconhecimento e realização dos direitos do homem.”¹⁷

Encerrando este assunto, ensina o autor que o problema fundamental dos direitos humanos não é mais fundamentá-lo, mas sim o de protegê-lo, e que este problema não é de

¹⁴ Ibid., 2004, p.46.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p.16

¹⁶ Ibid., 1992, p.21.

¹⁷ Ibid., 1992, p.22.

natureza filosófica, mas sim política. Sobre isso, Bobbio afirma que o problema da fundamentação dos direitos humanos foi resolvido quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Desta feita, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado, e, portanto, reconhecido.”¹⁸

Nesse sentido, o autor explica que a Declaração Universal dos Direitos Humanos representou um marco na história, sendo aceito pela primeira vez um conjunto de princípios universais de proteção do homem por grande parte dos estados nacionais. Assim essa universalidade de valores é que vai respaldar os direitos do homem.¹⁹

O fundamento contemporâneo da universalidade dos direitos humanos encontra amparo nos ensinamentos de Immanuel Kant²⁰, segundo o qual o ser humano possui sua dignidade fundamentada em si mesmo, pois cada ser humano é único e dotado de valor intrínseco. Nesse sentido são refutadas as idéias utilitaristas onde a finalidade justificaria os meios, sendo que ao bem estar e felicidade do homem devem ser dados maior relevância.

Sobre o assunto, assevera Kant²¹ que:

Uma vez que a universalidade da lei, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente *natureza* no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas, enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: *Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.*

Para Jack Donnelly²², pensamento este que parece estar mais alinhado com Kant, os direitos humanos são direitos que se possui simplesmente pelo fato de ser humano. Nesse sentido as características fundamentais dos direitos humanos são o fato de serem direitos inalienáveis, pois ninguém pode optar em não ser humano; são direitos iguais, pois o ser humano é igual a todos os outros, portanto, portador da mesma dignidade e dos mesmos

¹⁸ Ibid., 1992, p.26.

¹⁹ Para Norberto Bobbio, autor considerado positivista, os direitos humanos universais somente podem ser validados por um documento formal que logre aceitação ou seja ratificado pela maior parte dos Estados Nacionais, acreditando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos seja esse documento de validação universal. Entretanto, o documento em comento não possui validação universal e nem atende às peculiaridades de todas as culturas. Sabe-se que os valores dispostos na Declaração expressam os valores ocidentais, especialmente os valores do liberalismo político, sendo a clara representação do pensamento abissal que será abordado adiante.

²⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Ed. 70: Lisboa, 2007.

²¹ Ibid., 2007, p.59

²² DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. Londres: Cornell University, 2003. p. 7-52.

direitos e por fim, são direitos universais, pois contemplam todos os membros da espécie Homo Sapiens.

Os Direitos Humanos não são direitos aleatórios, mas são determinados valores, intrínsecos ao seres humanos, aos quais são dados reconhecimentos especiais. Ensina ainda o autor, que os direitos humanos não se limitam a direitos individuais como liberdade, igualdade, direito à propriedade etc., mas alcançam todos os mecanismos para consecução de tais direitos, ou seja, as ações afirmativas e políticas programáticas de concretização de direitos, são objetos de proteção universal.²³

Sobre a grande discussão das fontes dos direitos Humanos, Jack Donnelly²⁴ traz alguns questionamentos relevantes, principalmente sobre as teorias baseadas nas necessidades humanas. Tais teorias buscam demonstrar os direitos humanos com base em ciência que comprovam empiricamente as necessidades humanas. Desta maneira, essas necessidades humanas não podem gerar uma lista de direitos humanos. Ressalta o autor que muitas vezes a cultura de uma sociedade é mais forte do que algumas necessidades, e, portanto, elas não podem respaldar direitos humanos.

Nesse sentido, não resta outra maneira de se buscar a fundamentação dos direitos humanos a não ser na filosofia, pois para o autor²⁵

A fonte dos direitos humanos é a natureza moral do homem, que é apenas vagamente ligada à "natureza humana" definida por necessidades verificáveis cientificamente. A natureza dos fundamentos dos direitos humanos é um relato moral prescritiva da possibilidade humana. Natureza humana do scient diz que além desse, não podemos ir. A natureza moral que fundamenta os direitos humanos diz que, sob este não devemos permitir a nós mesmos a cair.

Jack Donnelly esclarece que a natureza humana é um projeto social em construção, pois esta é moldada por meio de interações sociais, ambientais, naturais etc., fato que claramente pode ser observado ao longo dos diversos momentos históricos em que passou a civilização humana. Nesse sentido, os direitos humanos devem se consubstanciar em práticas que vão orientar o processo criativo da natureza humana e, por consequência, da sociedade.

Quando os pressupostos de direitos humanos, ou seja, quando os preceitos morais estão afinados com a prática jurídica, política e social de uma Estado, significa então, que este logrou êxito na concretização dos Direitos Humanos, mas o contrário também é verdadeiro.

²³ Ibid., 2003.

²⁴ Ibid., 2003.

²⁵ DONNELLY, Jack. Op. Cit. p.14. "The source of human rights is the moral nature of man, which is only loosely linked to "human nature" defined by verifiable scientific needs. The nature of the fundamentals of human rights is a moral prescriptive account of human possibility. Human nature of scient says that beyond that we can not go. The moral nature that underlies human rights says that, in that we must not allow ourselves to fall." (Tradução Nossa)

Destarte, Donnelly ²⁶ ensina que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o paradigma da convergência entre a prática e a teoria na concretização dos mesmos.

Sendo assim, “os direitos humanos são mais um postulado moral do que um fato da natureza. É um projeto social com finalidade de implementar os direitos humanos, sendo uma combinação de elementos sociais, históricos, políticos e morais.”²⁷

No mesmo sentido, Flávia Piovesan ²⁸ ensina que o conceito contemporâneo de direitos humanos foi introduzido pela Declaração Universal de 1948 e reiterado pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. A concepção contemporânea é nestes termos, fruto do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos.

Apesar de várias teorias que tentam expor os fundamentos dos direitos humanos, não considerando ainda as disputas no campo teórico entre relativistas e universalistas, o pensamento colonialista de direitos humanos considera que a universalidade do mesmo foi construída a partir de um desencadeamento de fatos históricos, em especial das atrocidades da 2º Guerra Mundial, que proporcionaram o desenvolvimento atual da proteção internacional de direitos humanos. Assim, será abordado abaixo um pouco do processo histórico da internacionalização dos direitos humanos, fator necessário para compreensão da atual sistemática de proteção dos direitos indígenas no plano internacional.

1.2 O processo histórico da Internacionalização dos Direitos Humanos

O atual sistema de proteção internacional dos direitos humanos possui como primeiros precedentes o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho. Conforme informado pela internacionalista Flávia Piovesan ²⁹, foi necessária a redefinição do conceito de soberania estatal, tendo em vista a busca por legitimidade para proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, e ainda, a redefinição do papel do indivíduo como sujeito de direito internacional.

Partindo desse novo entendimento, o Direito Humanitário foi criado para estabelecer limites aos Estados, mesmo em caso de guerra no tocante a prisioneiros, náufragos, enfermos e civis. Este fato, como já mencionado, traduziu-se como um dos primeiros precedentes à limitação internacional dos Estados Soberanos, visando à proteção da dignidade humana.

²⁶ Ibid., 2003.

²⁷ DONNELLY, op.cit., p.15.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.35-93.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional*. 11 ed. Ver. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

O segundo precedente mencionado diz respeito à Liga das Nações, a qual reforçou os preceitos estabelecidos no Direito Humanitário, sendo que sua Convenção contava com vários dispositivos protetivos dos direitos Humanos.

Sobre a criação da Liga das Nações, Flávia Piovesan³⁰ ensina que a Liga das Nações “tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros.” Nesse sentido, a Liga das Nações estabelecia limites aos Estados, impondo sanções econômicas e militares aos Estados que violassem a convenção.

O derradeiro precedente diz respeito à criação da Organização Internacional do Trabalho que visava à proteção das mínimas condições de trabalho e bem-estar do trabalhador, a qual muitos Estados vieram a aderir, tendo sido promulgada diversas convenções ao longo das seguintes décadas.

A partir desse cenário começa o amadurecimento da concepção de que o direito internacional não se limita a regular as relações e interesses entre os Estados, reconhecendo que o ser humano é sujeito de direito internacional e que há uma ordem legal estabelecida entre a comunidade internacional que sujeita os Estados. Nesse sentido, as questões relacionadas à proteção da dignidade humana não se limita ao plano interno do Estado, mas diz respeito a toda comunidade internacional, o que respalda intervenções em Estados violadores dos pactos convencionados.

Os precedentes acima exposto tiveram papel preponderante para o estabelecimento da proteção internacional dos direitos humanos. Entretanto, a consolidação do direito internacional dos direitos humanos teve início no período pós 2º Guerra mundial. O grande argumento em favor da criação de uma sistemática universal e uma carta universalmente reconhecida diz respeito às atrocidades cometidas durante a guerra, precipuamente àquelas cometidas por Hitler e seu Estado nazista, que ceifaram a vida de milhões de pessoas, onde o estado foi identificado como grande violador dos direitos humanos dos indivíduos. Como consequência:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.³¹

Somado a isso a criação das Nações Unidas no pós-guerra, impulsionou as discussões sobre a necessidade da proteção internacional dos direitos humanos, sobretudo

³⁰ PIOVESAN, op.cit. p.116.

³¹ Ibid., 2010, p.123.

sobre a regulamentação em Tratados e Convenções sobre o tema. Deste modo inaugura-se um momento histórico onde são alterados vários aspectos da ordem internacional, elevando-se a preocupação da dignidade humana a uma categoria mais elevada. Como consequência lógica dessa proteção, busca-se uma cooperação internacional em diversas outras áreas como social, econômica, cultural, ambiental etc., pois todas são partes indissociáveis dos direitos humanos universais.

Dessa maneira, tiveram início os esforços para elaboração de uma Carta Universal de proteção dos direitos humanos, respaldando-se na premissa de que todos os seres humanos possuem direitos inerentes à sua própria natureza, e que, portanto, devem ser protegidos para além de sua posição dentro de um Estado nacional. Sobre os preparativos para Declaração e sua aprovação, Antônio Augusto Cançado Trindade³² informa que:

O ponto de partida para o exame da evolução da matéria nas seis últimas décadas reside nos trabalhos preparatórios e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resultou esta última de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de 1947. Naquele momento já se dispunha de propostas a respeito, enviadas à Assembleia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro a dezembro de 1946. [...] Ao labor da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu grupo de trabalho (maio de 1947 a junho de 1948), com as consultas paralelas realizadas pela UNESCO em 1947, seguiram-se os debates da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948). O texto daí resultante, e aprovado, foi, enfim, adotado na forma de Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: dos então 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram e 2 encontravam-se ausentes na ocasião.

Os planos da criação da declaração universal incluíam a adoção de dois Pactos Complementares, quais sejam: o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, fato que gerou grandes controvérsias. A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada em 1948 incluiu em seus textos tanto direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais. No entanto, esses direitos foram adotados em tratados específicos, sendo elaborado um Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Essa separação ensejou disputas ideológicas, onde os Direitos Civis e Políticos corresponderiam aos interesses da economia de mercado representada pelo liberalismo econômico e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estariam mais ligados à corrente socialista, através da forte intervenção do estado na economia.³³

³²CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *60 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil*. Org: Andrea Giovannetti. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.p.15-16.

³³ Ibid. 2009.p.19-20.

A partir dessa dicotomia, considerava-se que os Direitos Cíveis e Políticos eram superiores aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por se tratarem aqueles de liberdades fundamentais. Ainda segundo a perspectiva dicotômica, os Direitos Cíveis e Políticos importavam em uma obrigação negativa por parte do Estado, ou seja, a não interferência do Estado nos direitos dos cidadãos. Já em relação aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estes reclamariam uma prestação positiva do Estado, ou seja, políticas públicas e mecanismos de consecução dos diversos tipos de direitos sociais, econômicos e culturais como: direito à saúde, trabalho, não discriminação, educação etc., o que também requer recursos para sua realização, devendo ser efetivado de maneira progressiva.

Essa dicotomia ideológica entre as duas categorias de direitos humanos restou esgotada, e o entendimento da comunidade internacional apegou-se na proposta inicial de indivisibilidade e interdependência contida na Declaração Universal de Direitos Humanos. Ratificando essa posição, a Convenção Americana de Direitos Humanos disciplinou através do parágrafo 4º de seu preâmbulo que ³⁴ “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como seus direitos cíveis e políticos.” Assim, prevaleceu o consenso entre os Estados sobre a indivisibilidade e interdependência entre os Direitos Humanos.

No tocante a força jurídica da Declaração, é necessário primeiramente esclarecer que a Declaração Universal foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas sob forma de resolução, com o objetivo de “promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (3) e 55”. ³⁵ No entanto, adotou-se que a Declaração se traduz na interpretação do termo Direitos Humanos adotados pela ONU, o que vincula todos os Estados membros das Nações Unidas ao respeito e observâncias dos preceitos contidos na Declaração.

Outro argumento que reforça esse entendimento diz respeito à inter-relação entre a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nesse sentido:

O art. 55 da Carta prevê que as nações unidas devem promover o respeito e a observância universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; o art. 56 adiciona que todos os membros se comprometem a intentar ações conjuntas ou separadas para o alcance dos fins e as liberdades fundamentais que os Estados membros da ONU se

³⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos.

³⁵ PIOVESAN, op.cit. p.148

comprometem a respeitar e a observar, mas a Declaração traz a definição, com uma clara referência ao compromisso dos estados em seu próprio preâmbulo.³⁶

Vale a pena destacar ainda que há o entendimento de que a Declaração Universal possui força vinculante por fazer parte do direito costumeiro internacional ou princípios gerais do direito internacional. Esse entendimento se expressa no fato de grande parte dos Estados Nacionais incorporarem em suas constituições preceitos estabelecidos na Carta, bem como a assinatura, por grande parte desses Estados, de Tratados Internacionais relacionados aos Direitos Humanos. Da mesma maneira, esse entendimento é reforçado pelos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, os quais integram a maioria dos Estados Nacionais.

Partindo desse entendimento, a Declaração Universal se transformou no instrumento jurídico internacional mais relevante para proteção da dignidade humana, a qual estabeleceu “um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados.”³⁷ Destarte, com fundamento na Declaração universal dos Direitos Humanos estabeleceu-se o sistema internacional de proteção de direitos humanos, estabelecendo mecanismos de proteção sobre diversos temas relativos ao assunto.

A partir desse momento, são elaborados diversos tratados de proteção dos direitos humanos e inicia-se a formatação dos sistemas globais e regionais de proteção, os quais se transformaram em ferramentas essenciais na tutela dos diversos direitos humanos. Surgem também os tratados específicos de proteção, como tratados de proteção dos direitos humanos dos idosos, crianças, sobre diferenças etc., e da mesma maneira, os tratados de proteção dos povos indígenas e populações tradicionais, objeto do próximo tópico.

1.3 A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional

A internacionalização dos direitos humanos como resultado de um processo histórico da expansão capitalista e hegemonia dos valores liberais acarretou também no desenvolvimento dos direitos internacionais no que diz respeito à proteção dos povos indígenas e tribais.

O reconhecimento da necessidade de proteção a estes povos que historicamente sofreram a assimilação forçada, a integração e em grande parte o extermínio que ocorrera no

³⁶ SIEGHART, Paul. *International Human Rights Law: some current problems*. In Robert Blackburn and John Taylor (Ed.), *Human Rights for the 1990s: legal, political and ethinical issues*. p.30 apud PIOVESAN, op.cit., p.149.

³⁷ PIOVESAN, op.cit., p.151.

período colonial, se deu tardiamente vindo a se concretizar somente a partir da segunda metade do século XX.

Desta feita, esta seção se dividirá em duas subseções, sendo que a primeira abordará os instrumentos internacionais gerais de proteção dos povos indígenas. Os primeiros instrumentos internacionais de proteção são os instrumentos gerais de proteção de direitos humanos estabelecidos, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Estes instrumentos gerais estabeleceram proteção que indiretamente abrangeram a proteção dos direitos culturais, econômicos, religiosos, organização social etc. Na segunda subseção, serão abordados os instrumentos internacionais específicos de proteção, com destaque para a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, instrumentos estes que resultaram de um aperfeiçoamento dos instrumentos gerais tendo em vista as peculiaridades das sociedades indígenas.

1.3.1 Instrumentos Internacionais Gerais de Proteção dos Povos indígenas

De acordo com o processo histórico da internacionalização dos direitos humanos anteriormente apresentado, os primeiros instrumentos internacionais de proteção dos direitos indígenas a partir da perspectiva no pensamento abissal, tratam-se da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Carta das Nações Unidas. No entanto, tal proteção não é diretamente mencionada nestes instrumentos, mas a partir de uma proteção geral que alcança também os povos indígenas e populações tribais. A Carta das Nações Unidas traz em seu artigo 1º parágrafo 3º que

[...] são objetivos das Nações Unidas conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.
38

A partir desse entendimento, a Carta estabelece a proteção dos povos contra qualquer forma de discriminação racial, e a partir de uma interpretação extensiva entende-se que

³⁸ BRASIL, *Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas. Presidência da República–Casa Civil. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 15/12/2014; WOLFRUM, Rudiger. *A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.601

“estabelecida a proibição da discriminação racial, se efetivamente implementada, pelo menos assegura que os membros de povos indígenas teriam os mesmos direitos [...]”³⁹

No artigo VII, a DUDH prescreve que “todos são iguais perante a lei, e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.”⁴⁰ Nesse sentido, “o primeiro artigo da Declaração afirma o direito à igualdade, o segundo artigo adiciona a cláusula da proibição da discriminação de qualquer espécie, como corolário do princípio da igualdade.”⁴¹

Da mesma maneira que a DUDH, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reconhece indiretamente a proteção dos direitos indígenas ao trazer em seu texto direitos protetivos das minorias no que diz respeito à vida cultural, à prática de sua própria religião, uso de língua própria e autodeterminação.⁴² Na leitura do artigo 27 do PIDCP, pode ser claramente observada esse pressuposto:

No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a estas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de praticar e professar sua própria religião, e usar sua própria língua.⁴³

Desta maneira, considerando que o PIDCP trata diretamente da defesa de direitos individuais, o exercício de tais direitos pelo indivíduo dentro de sua comunidade proporciona uma proteção indireta também da coletividade a que este faz parte, como por exemplo uma comunidade tribal ou indígena.⁴⁴

Algumas discussões permeiam a interpretação do artigo 27 do Pacto de Direitos Civis e Políticos no que diz respeito à extensão da proteção aos povos indígenas. Uma das discussões diz respeito ao questionamento sobre se os povos indígenas devem ser tratados como uma minoria, contrapondo-se a idéia de que a proteção deve acontecer no campo do direito individual ou coletivo.⁴⁵ De acordo com a concepção da maioria dos povos indígenas, estes não se identificam como minorias, mas se declaram povos indígenas, tendo em vista compartilharem um mesmo território, língua, religião e demais tradições. Neste mesmo sentido é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual reconhece os povos indígenas não como uma minoria ou raça.

³⁹ Ibid. 2010. Loc.cit.

⁴⁰ Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Unic/Rio/005, janeiro 2009. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 15/12/2014.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectiva Global e Regional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.54.

⁴² IKAWA, Daniela. *Direito dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.497-524.

⁴³ BRASIL. Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Poder Executivo, Brasília/ DF, 06 jul. 1992. D.O.U. 7.7.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 17/12/2014.

⁴⁴ WOLFRUM, op. cit., 2014.

⁴⁵ IKAWA, op. cit., 2010.

O Comitê de Direitos Humanos do PIDCP, a partir de uma interpretação extensiva, respaldou direitos de povos indígenas no artigo 27 do Pacto⁴⁶, e nesse sentido, Nowak⁴⁷ esboça sua conclusão sobre a questão:

Ao tratar especificamente do artigo 27 do Pacto, por exemplo, indica a possibilidade de reconhecimento como minoria se o grupo indígena puder ser identificado como uma minoria lingüística, religiosa ou étnica; se a demanda for individual; e se o direito demandado for um direito a ser fruído em conjunto com outros membros do grupo. Essa resposta remete às duas outras questões tangentes ao caráter individual ou coletivo do direito e às peculiaridades desse direito.

No que diz respeito à discussão sobre o disposto no artigo 27 do Pacto tratar exclusivamente de direito individual, este entendimento se constitui infundado frente à questão indígena, tendo em vista as peculiaridades de sua natureza. Grande parte dos direitos individuais consagrados e protegidos no Pacto são plenamente exercidos somente na coletividade, como por exemplo, a prática de rituais religiosos do grupo, ou o direito à propriedade coletiva da Terra. Nesse sentido, destaca Daniela Ikawa que embora o Pacto ampare o direito de fruição coletiva de alguns direitos dos povos indígenas, “no caso do artigo 27, esse direito de fruição coletiva poderá apenas ser demandado individualmente.”⁴⁸

Sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Flavia Piovesan leciona que o instrumento também traz em seu texto uma proteção geral contra a discriminação e que pode ser estendido aos direitos dos povos indígenas. O PIDESC estabelece em seu artigo 2º que:

Os estados partes comprometem-se a garantir que os direitos nele previstos serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.⁴⁹

A Recomendação Geral Nº 16 do PIDESC esclarece sobre a necessidade de que a garantia de não discriminação deva ser respaldada pela lei e também por políticas públicas que proporcionarão com que essa igualdade e não discriminação ocorra de fato.

Destarte, a legislação que promova a igualdade e não-discriminação promoverá a igualdade formal, enquanto a igualdade material pode ser efetivada através de leis, políticas e programas que venham a diminuir a diferença entre determinadas camadas da sociedade. Da mesma forma, além de legislação específica, políticas e programas devem ser desenvolvidos

⁴⁶ “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.” (BRASIL. Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*. Poder Executivo, Brasília/ DF, 06 jul. 1992. D.O.U. 7.7.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 17/12/2014.)

⁴⁷ NOWAK, M. Article 27 – Protection of minorities. UM Covenant on Civil and Political Rights. ICCPR Commentary. Engel Publisher, 1993, PP. 493-496, 499. Apud IKAWA, op. cit., p.505.

⁴⁸ IKAWA, op. cit., p.506)

⁴⁹ BRASIL, op. cit. 1992.

para garantir materialmente os direitos de igualdade e não-discriminação dos povos indígenas, tendo em vista que possuem concepções diferentes de modo de vida, propriedade, cultura etc.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan⁵⁰ ensina que o PIDESC tem desenvolvido por meio do Comitê de Direitos Humanos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais um importante trabalho de interpretação construtiva dos dispositivos do Pacto. As recomendações gerais dos Comitês supracitados vêm buscando o desenvolvimento de jurisprudências que objetivam a concretização da proteção da igualdade e não-discriminação, a qual pode ser alcançada mediante uma interpretação que diferencia a igualdade formal da igualdade material. De acordo com o entendimento do Comitê, a igualdade formal prescrita no Pacto deve ser acompanhada de políticas públicas ou ações afirmativas por parte dos Estados, objetivando a garantia de fato dos direitos humanos à igualdade e não-discriminação tutelados.

Conforme abordado, os direitos gerais de proteção dos direitos dos povos indígenas podem ser encontrados na Carta da ONU, na DUDH, e nos Pactos Internacionais de Direitos Civis e políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Todavia, e tendo em vista as peculiaridades que envolvem os povos indígenas, vários instrumentos específicos de proteção desses povos foram criados, proporcionando uma melhor tutela de seus direitos.

1.3.2 Instrumentos de Proteção Específica dos Direitos dos Povos Indígenas

No que diz respeito à proteção específica, onde os sujeitos de direito são identificados, fase esta caracterizada “pela proteção específica e especial, a partir de tratados que objetivam eliminar todas as formas de discriminação que afetam de forma desproporcional determinados grupos,”⁵¹ a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), trata-se do primeiro instrumento internacional com proteção específica aos povos indígenas e comunidades tradicionais.

De acordo com a Convenção, em seu artigo 1º, a discriminação racial traduz-se em “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais.”⁵² A Convenção, além de coibir a discriminação de qualquer natureza por meio de medidas

⁵⁰ PIOVESAN, op. cit., p.56.

⁵¹ Id. Ibid. p.57

⁵² PIOVESAN, op. cit., p.57.

proibitivas, estabelece que devem ser adotadas concomitantemente, medidas ou políticas compensatórias que promovam à igualdade material, inserindo os grupos vulneráveis e minorias nas várias esferas da sociedade e desfrutando dos mesmos direitos como cidadãos.

Nesse sentido, o parágrafo 4º da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de discriminação racial prevê que:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos⁵³

Dessa maneira, os Estados são incentivados a adotar políticas afirmativas visando à concretização da igualdade material entre todos os membros da sociedade. Assim, por um espaço determinado de tempo, é permitido tratamento desigual para as minorias étnico-raciais visando à ascensão destes grupos à igualdade material com os demais. Assim, acredita-se que as medidas a serem adotadas incentivam o respeito às diferenças e a diversidade, fato que com o tempo proporcionará não somente a real proteção do direito a não-discriminação racial, mas também a transformação social que levará a uma real transformação da realidade dos grupos supracitados.

Considerado o instrumento de proteção dos povos indígenas mais abrangente, a Organização Internacional do Trabalho, doravante OIT, pode ser considerada o principal instrumento internacional de proteção dos direitos dos povos indígenas na perspectiva ocidental de direitos humanos. A OIT foi criada após a 1º Guerra Mundial como uma das medidas adotadas pelo Tratado de Versalhes, nascida como fruto de lutas por melhoria de condições de trabalho de operários, a qual foi oficialmente criada no ano de 1919.

Entendeu-se que os problemas decorrentes das más condições de trabalho e demais explorações dos povos indígenas eram uma consequência direta da expropriação de suas terras, levando-os a buscarem um modo de vida totalmente diverso do qual eram acostumados. Por isso a OIT procurou estabelecer legislação internacional com conteúdo para além dos laborais, como direitos de propriedade indígena, direitos culturais etc.⁵⁴

A idéia ocidental sobre a civilização indígena no período de elaboração da Convenção nº 107 ainda estava restrita a tentativa de integração dos povos indígenas ao modo de vida

⁵³ BRASIL, Decreto nº 8136 de 05 de novembro de 2013. *Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação*. Poder Executivo, Brasília/ DF, 05 nov. 2013. D.O.U. 06.11.2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8136.htm. acesso em 17/12/2014.

⁵⁴ VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

ocidental. Entendia-se que não somente os índios, mas também comunidades tradicionais e tribais estavam em estágio de desenvolvimento inferior a cultura européia e que nesse sentido, deveriam ser adotadas medidas que viessem a integrar aos poucos esses povos. Por meio da assimilação da cultura dominante, estes povos alcançariam o mesmo nível de desenvolvimento dos Estados dominantes, e, por isso, deveriam ser adotadas medidas programáticas para alcançar este fim.

A partir desse entendimento, as medidas programáticas de proteção serviriam somente como uma ferramenta para concretização da finalidade maior que era a integração dos povos indígenas, tornando a sociedade homogênea, fazendo, desta maneira, com que os povos indígenas assimilassem a cultura dominante.

No entanto, com o desenvolvimento do pensamento internacional sobre os povos indígenas, percebeu-se o grande equívoco desta visão integracionista e assimiladora com a qual a Convenção 107 foi preconizada. O direito internacional contemporâneo estabeleceu o discurso do reconhecimento do direito dos povos indígenas à sua autodeterminação, a importância de suas manifestações culturais, religiosas e sociais e em especial, o direito à propriedade em sua concepção diversa da ocidental, discurso este que será contestado neste trabalho tendo em vista a linha abissal ainda existente que acarreta a não concretização de tais direitos.

Nesse contexto, no ano de 1989, durante a 76ª Conferência Internacional do Trabalho, foi adotada a Convenção 169 da OIT, se consubstanciando no instrumento internacional mais abrangente sobre povos indígenas na atualidade.

A Convenção 107 da OIT teve que ser totalmente revisada⁵⁵, pois a “Convenção 107 tentou integrar povos indígenas na comunidade não-indígena, a Convenção ILO nº 169 baseia-se no princípio da preservação do multiculturalismo.”⁵⁶ A partir da Convenção 169 da OIT busca-se a ruptura com o modelo de tutela do estado, delegando aos povos indígenas e

⁵⁵ A Convenção 107 da OIT representava o ideal integracionista e assimilacionista dos povos indígenas e tribais. Na elaboração do documento demonstrou-se com clareza a racionalidade do pensamento moderno hegemônico ao considerar que a civilização ocidental e os valores liberais representavam o mais alto nível de desenvolvimento. Desta maneira, outras formas de organização social e expressões culturais minoritárias deveriam aos poucos ser absorvidas e integradas à comunidade majoritária como sinônimo de desenvolvimento social. A revisitação proporcionada pela Convenção 169 da OIT deve-se ao reconhecimento da identidade dos povos indígenas ao pleno desenvolvimento de sua religião, língua, e organização social. A Convenção também dispõe sobre “o direito dos povos indígenas a definir suas prioridades de desenvolvimento. Daí depreende-se a necessidade de consulta prévia e a participação em todas as políticas ou programas que os venha afetar, que este Convenio institua em direitos. Entre outros, o Convênio 160 reconhece direitos à terra e territórios, e o acesso aos recursos naturais; reconhece o próprio direito consuetudinário, assim como direitos relativos ao trabalho, saúde, comunicações, o desenvolvimento das próprias línguas, educação bilingue intercultural etc.” (FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *Aos 20 Anos da Convenção 169 da OIT: Balanço e Desafios da Implementação dos Direitos dos Povos Indígenas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009.p.21)

⁵⁶ WOLFRUM, op. cit. p.602.

tribais a responsabilidade por conduzir seus próprios caminhos de desenvolvimento, reconhecendo o direito à multiculturalidade a ser exercido por eles. O Estado que ratificar a Convenção se obriga a compromissos relacionados a não-discriminação, a proporcionar políticas que garantam o tratamento igualitário dos povos indígenas e a integral proteção da identidade cultural desses povos, incluindo seus valores sobre religião, terra, comunidade etc.

De acordo com o artigo 1º, a Convenção aplica-se tanto a povos indígenas, considerados como aqueles que habitavam os territórios colonizados e que com o passar dos anos mantiveram suas tradições, religiões, instituições econômicas e sociais, quanto aos povos tribais, sendo estas populações que possuem características distintas do restante da sociedade por terem condições sociais, culturais e econômicas distintas.

A Convenção⁵⁷ estabelece em seu artigo 3º que “os povos indígenas e tribais desfrutarão plenamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem qualquer impedimento ou discriminação”. Nesse sentido, os povos indígenas, tradicionais e tribais devem gozar de todos os direitos humanos estabelecidos, o que proporciona um elo entre a Convenção 169 e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁵⁸

A Convenção nº 169 estabelece como critério de reconhecimento destes povos a auto-identificação, não podendo o Estado negar-lhes o reconhecimento quando o indivíduo ou o grupo se reconheça como pertencente a determinado grupo indígena ou tribal. A Convenção traz em seu texto a escolha pela utilização do termo “povos indígenas” em detrimento de “populações indígenas”, tendo em vista o fato de que o primeiro abrange um povo com características culturais, econômicas e sociais próprias e com uma relação especial com a terra, diferentemente do segundo termo que denota a transitoriedade daquela coletividade.

Outro importante direito disposto na Convenção, diz respeito ao direito de consulta aos povos indígenas e tradicionais nas questões que envolvam seus interesses, bem como a liberdade de decisão no que diz respeito às suas instituições, crenças, governo etc. A partir deste princípio disposto na Convenção, os povos devem sempre ser consultados quando os governos instituírem políticas públicas, projetos ou legislações que venham a afetar o pleno desenvolvimento de seus direitos. De acordo com o artigo 5º da Convenção⁵⁹, “os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais desses povos deverão ser reconhecidos”, e,

⁵⁷ BRASIL, Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. *Convenção da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais*. Poder Executivo, Brasília/ DF, 19 abr. 2004. D.O.U. 20.04.2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 17/12/2014.

⁵⁸ WOLFRUM, op. cit. 2010.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., 2004.

desta forma, os Estados possuem o compromisso de efetivar esses direitos por meio de políticas públicas e legislações pertinentes.

Tendo em vista o valor especial da terra para os povos indígenas, a Convenção prevê proteção especial a esse instituto em seu artigo 13, §1, ⁶⁰ destacando que há relação intrínseca entre a terra e os valores culturais e espirituais dos povos indígenas, delegando aos Estados a obrigação de estabelecerem proteção aos recursos naturais e concederem direito à propriedade a estes povos.⁶¹ Além disso, a Convenção reconhece o direito de propriedade a partir de uma concepção coletiva da mesma, pois o instituto da propriedade para os povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais não possui o mesmo significado que possui a cultura ocidental.

Os povos indígenas e tribais possuem todos os direitos humanos dispostos na sistemática internacional e, em decorrência disso, a OIT também garante todas as condições mínimas de trabalho que são orientadas pela dignidade humana, bem como todos os princípios universais de justiça social que deve acompanhar a relação de trabalho.⁶²

A Convenção 169 da OIT por seu tratamento específico aos direitos humanos relacionados aos povos indígenas tem sido cada vez mais utilizada para fundamentar reivindicações de violações de direitos destes povos, se transformando em princípios de direito reconhecidos por grande parte dos Estados. Embora sejam poucas as ratificações à Convenção 169, esta logrou grande êxito também em mudanças legais e constitucionais de vários países, os quais promoveram alguns princípios e normativas da Convenção em seus textos legais e constituições.⁶³

O marco mais recente do sistema internacional de proteção dos direitos humanos diz respeito à Declaração sobre Direito dos Povos Indígenas da ONU, a qual visa ser o instrumento específico de proteção que garanta um novo tratamento aos povos indígenas e efetividade de seus direitos.

⁶⁰“Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.” (BRASIL, op. cit., 2004)

⁶¹ WOLFRUM, op. cit., p.604-605.

⁶² Entretanto, conforme será abordado detalhadamente no próximo capítulo, a dignidade humana e os princípios universais de justiça social garantidos aos povos indígenas e tribais pelos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos e instrumentos específicos, representam o pensamento Abissal descrito por Boaventura de Sousa Santos. Nesse diapasão, estes instrumentos são na verdade a imposição dos valores ocidentais liberais para todo o globo terrestre, pois os conceitos eurocentristas não contemplam a diversidade de sentidos e dignidade humana encontrados nas diversas culturas existentes. Portanto, apesar da Convenção 169 da OIT apresentar um grande avanço na tutela de valores multiculturais das mais variadas nações indígenas, este instrumento não logra êxito em garantir efetivamente os direitos destes povos, tendo em vista a contradição por não apresentar uma proposta intercultural de direitos humanos.

⁶³ SILVA, Paulo Tadeu Gomes. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p.113-138, outubro/2008

Esta Declaração, após décadas de discussões, pretende ser o instrumento que inova a interpretação dos direitos individuais na tentativa de concretizá-los a partir de concepções diferentes de direitos individuais, os quais, nos casos específicos das sociedades indígenas, só podem ser concretizados de maneira coletiva. Além disso, o documento busca a proteção dos direitos destes povos a partir de sua existência como nação anterior aos estados nacionais que estão inseridos, no intuito de dar legitimidade às suas demandas jurídicas.⁶⁴

Este documento, por não ser uma Convenção a ser ratificada pelos Estados, estabelece parâmetros na defesa dos direitos indígenas no plano internacional, a qual ratifica a sistemática protetiva internacional já existente, como a Convenção 169 da OIT, e incorpora novas demandas dos mencionados povos. A Declaração inova ainda, ao estabelecer a vasta jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos cuja grande parte das reclamações de violação de direitos humanos estão relacionadas a direitos de comunidades indígenas e tradicionais.⁶⁵

A Declaração busca ampliar o direito à dignidade individual concedendo proteção à dignidade das populações indígenas e tribais, tentando o reconhecimento de uma vida coletiva desses povos que incluem governo, religião, terras, tradições etc., e estes direitos não podem ser protegidos individualmente, mas sim de maneira coletiva.

Conforme já mencionado, apesar da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas não ser um tratado internacional cujos Estados devem ratificar, pretende-se que seja um parâmetro para mudanças legislativas nos países e têm também servindo de referência para a jurisprudência dos órgãos dos sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, no que diz respeito aos povos indígenas e tribais.

Entretanto, apesar do desenvolvimento dos instrumentos internacionais de proteção supracitados, observa-se ainda que os povos indígenas, em especial os povos da América Latina, ainda sofrem demasiada discriminação racial, econômica e social. A partir disso, é possível afirmar que o sistema internacional de proteção de direitos humanos, bem como sua comunicação com a ordem jurídica dos Estados não logrou êxito em garantir os direitos de suas populações indígenas, sendo necessária a adoção de um paradigma intercultural de direitos humanos para sua consecução.⁶⁶ Destarte, será abordado no tópico a seguir, a

⁶⁴ URKIDI, op. cit., 2008.

⁶⁵ VERDUM, op. cit., 2009.

⁶⁶ SCHETTINI, Andrea. *Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Revista Internacional de Direitos Humanos. V. 9, n. 17, p.63-84, dez. 2012.

comunicação dos Tratados Internacionais na ordem interna dos Estados, no intuito de analisar sua eficácia frente às demandas dos povos indígenas.

1.4 Processo de Incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Contexto Latino-americano para concretização dos direitos indígenas

O constitucionalismo Latino-americano é marcado nas últimas duas décadas por mudanças constitucionais que incorporaram em seus textos princípios universais de proteção dos direitos humanos. Da mesma maneira, foram estabelecidas na maior parte de suas constituições princípios e garantias fundamentais norteados pelos valores da Dignidade Humana.⁶⁷

Destarte, as normas internacionais de proteção dos direitos humanos são muitas vezes integradas ao ordenamento jurídico destes países e facilmente se comunicam com estes quando da aplicação da norma mais favorável do direito humano. No entanto, apesar de pacificado nas constituições latino-americanas sobre a comunicação da ordem jurídica interna com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, grandes debates são proporcionados sobre a hierarquia destes instrumentos dentro do ordenamento jurídico.

Entende-se que as normas internacionais de proteção dos direitos humanos não são nocivas a soberania dos países, mas devem ser harmonizadas com as constituições e normas infraconstitucionais para que a proteção da dignidade humana seja efetiva e abrangente.⁶⁸

Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade⁶⁹, é delegado grande importância à temática da incorporação de Tratados, pois “da adoção e aperfeiçoamento de medidas

⁶⁷ “A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à idéia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico.” (BARROSO, Luís Roberto Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.)

⁶⁸ CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana y El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. *Anuário mexicano de Derecho Internacional*. México D.F., Vol XII, p. 801-858, 2012.

⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na proteção dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em 10/01/2015, p.2.

nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos.” Assim, direito interno e internacional interagem e se complementam no desafio global da proteção humana, sendo impossível a eficácia dos instrumentos internacionais sem o devido diálogo com a ordem interna.

Na América Latina, seguindo a tendência de reconhecimento das normas internacionais de proteção de direitos humanos no ordenamento interno, alguns Estados dispensaram tratamento especial ao tema. Nesse sentido, alguns países estabeleceram em suas constituições que estes Tratados possuem o status de norma constitucional, sem a necessidade de processo legislativo tradicional. Nesse diapasão, a constituição Chilena⁷⁰ estabeleceu em seu art. 5º, II que:

A soberania reside essencialmente na Nação. Seu exercício se realiza por meio do povo e através de plebiscitos e eleições periódicas e, também, pelas autoridades que esta Constitución establece. Nenhum setor do povo e nem indivíduo algum pode a si mesmo atribuir seu exercício. O exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta constituição, assim como pelos Tratados Internacionais ratificados pelo Chile e que se encontram vigentes.

A Constituição Peruana de 1993, em suas disposições finais e transitórias estabelece que os seis dispositivos devem ser interpretados em conformidade com os valores universalmente aceitos, estabelecendo critérios hermenêuticos de aplicação de normas e princípios que se coadunam com o estabelecido em Tratados de Direitos Humanos:

As normas relativas aos direitos e as liberdades que a Constitución reconhece se interpretam em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os Tratados e acordos Internacionais sobre a mesma matéria ratificados pelo Peru.⁷¹

Mais exemplos de tratamentos diferenciados e especiais no que diz respeito a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos podem ser citados, como por exemplo a Constituição da Guatemala de 1985⁷², que delega às normas internacionais

⁷⁰ CHILE, Constitución Política de la república de Chile, actualización, octubre 2009. Disponível em: http://www.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/constitucion_politica_2009.pdf. Acesso em 15/01/2015. artigo 5º: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” (tradução nossa); CANÇADO TRINDADE, op. cit. p.4.

⁷¹ PERÚ, Constitución Política del Perú de 1993. Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Acesso em 15/01/2015. art. 4º: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” (Tradução Nossa)CANÇADO TRINDADE, op. cit., p.4.

⁷² GUATEMALA, Constitución Política de La República de Guatemala. 1985. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Guate/Leyes/constitucion.pdf>. acesso em 15/01/2014.; CANÇADO TRINDADE, op. cit. p.4.

relativas a Direitos Humanos e ratificadas pelo estado a condição de supralegalidade em seu ordenamento, ou seja, possuem hierarquia superior às leis ordinárias do país.

Por sua vez, a Constituição Colombiana de 1991 estabelece em seu artigo 93,⁷³ hierarquia diferenciada aos tratados de direitos humanos e também garante uma interpretação conforme o preceituado em tais Tratados. Nesse sentido, “os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e que proíbem sua limitação nos estados de exceção, prevalecem na ordem interna.”

Possui ainda grande relevância para o tema em discussão a Constituição Argentina, a qual reconhece que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos prevalecem sobre a legislação ordinária interna, estabelecendo desta maneira, uma hierarquia constitucional aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.⁷⁴

Merece destaque também como uma Constituição afinada com tendência mundial de reconhecimento da constitucionalidade de tratados internacionais de direitos humanos, a Constituição Venezuelana de 1999, a qual estabelece em seu artigo 23⁷⁵ que:

Os tratados, pactos e convenções relativos a direitos humanos, assinados e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favorável às estabelecidas por esta Constituição e a lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgão do Poder Público.

Desta maneira, não somente o fato de delegar o status de norma constitucional aos tratados, pactos e convenções referentes a direitos humanos, mas também a aplicação

⁷³ COLOMBIA, Constitución Política de Comombia, 1991. Disponível em: <http://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf/8b580886-d987-4668-a7a8-53f026f0f3a2>. Acesso em 15/01/2014. Art. 93: ““Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.” (Tradução Nossa); CANÇADO TRINDADE, op. cit., p.4.

⁷⁴ ARGENTINA, Constitución de La Nación Argentina. 1994. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>, artigo 75, §22: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

⁷⁵ VENEZUELA, Constitución de La República Bolivariana de Venezuela. 1999. Disponível em: http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ConstitucionRBV1999-ES.pdf. Acesso em 15/01/2015. Art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

imediate destes instrumentos proporciona a real comunicação entre os instrumentos internacionais de proteção e a ordem jurídica interna da venezuelana, equipando o Estado com o que há de mais moderno na proteção de direitos, o que deverá ser também observado na prática social.

No que diz respeito à Constituição Brasileira, o diálogo e incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos logrou alguns avanços na Constituição de 1988, mas também surgiram grandes controvérsias na interpretação/aplicação destes dispositivos pelas Cortes Superiores.

Destaca-se que a Constituição de 1988 representa o maior avanço entre as constituições brasileiras com relação à democratização e a proteção dos direitos humanos. O advento do artigo 1º, III da CF/88 ⁷⁶ o qual estabelece o princípio da Dignidade Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil proporcionou uma verdadeira revolução na hermenêutica de todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. A dignidade humana passou a ser um princípio solar e orientador de todo ordenamento jurídico brasileiro, influenciando também, os Tratados Internacionais sobre o tema, os quais passaram a ter tratamento diferenciado para seu processo de incorporação no ordenamento pátrio.

Interpretando-se a Constituição à luz dos princípios supracitados, e no entendimento de alguns doutrinadores, a incorporação de tratados internacionais relacionados a direitos humanos passou a ter aplicação imediata, sem a necessidade de processo legislativo convencional, pois de acordo com o artigo 5º §§ 1º e 2º da CF/88:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desta sorte, não se faz necessário a adoção de todas as regras de aplicabilidade e executoriedade no ordenamento jurídico brasileiro dos tratados internacionais. Tendo em vista a diferente forma de incorporação no ordenamento jurídico, bem como pelo fato de ingressar no mesmo como garantia fundamental, necessita o tema de um tratamento diferenciado em sua aplicação e interpretação, passando o mesmo a integrar o rol de direitos e garantias fundamentais.

Contudo, há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos quando incorporado no ordenamento jurídico

⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16/01/2015.

nacional. Segundo Flávia Piovesan⁷⁷ há quatro correntes doutrinárias sobre o assunto.

A primeira corrente sustenta a supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Augustin Gordillo,⁷⁸ é um dos representantes desta corrente e descreve que “a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos em suma, ante um normativismo supranacional.”

Já a corrente que defende a paridade hierárquica entre Tratados e lei Federal, está amparada no Recurso Extraordinário n. 80.004/1977. O entendimento decorrente este julgado, o qual delega aos Tratados de Direitos Humanos a mesma hierarquia das leis Federais, perdurou durante décadas na Corte Suprema do Brasil.

Este entendimento que permaneceu por anos na Suprema Corte é rompido por meio do Recurso Extraordinário n. 466.343/2008, estabelecendo que Os Tratados de Direitos Humanos são supralegais, ou seja, é conferido a eles uma condição especial estando hierarquicamente acima de leis federais, mas abaixo dos dispositivos constitucionais.⁷⁹

A derradeira corrente diz respeito aos autores que entendem pela constitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, merecendo destaque o voto do Ministro Carlos Velloso no HC n.82.424/RS. De acordo com esta corrente, a interpretação teleológica do art. 5º §1º e §2º é suficiente para entender sobre a constitucionalidade de tais tratados.

Na tentativa de pacificar o entendimento sobre a questão, foi acrescentado o § 3º do artigo 5º da CRFB/88 por meio da Emenda Constitucional n.45/2004, a qual estabelece que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à constituição.” Essa mudança, no entanto, não representou o fim de polêmicas, continuando a entender alguns autores⁸⁰ que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos são incorporados como normas constitucionais, porém, sem os requisitos do §3º do art. 5º.

Observa-se na realidade das populações indígenas e tradicionais que apesar de todo

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.60.

⁷⁸ GORDILLO, Augustín. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, p. 53 e 55. Apud PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em 1/10/2014.

⁷⁹ PIOVESAN, op. cit., 2013.

⁸⁰ Entre os autores que defendem que independente dos requisitos formais estabelecido pelo § 3º artigo 5º da CF/88 os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm status de normas constitucionais, destacam-se Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso de Albuquerque Mello etc., este último entendendo pela constitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n° 45/2004 que estabeleceu o §3º ao artigo 5º da CF/88.

aparato jurídico internacional ⁸¹, e mesmo os instrumentos jurídicos internos, que estes não são suficientes para por fim a linha que separa os valores ocidentais dos valores destes povos. O desenvolvimento a partir da mercantilização dos recursos naturais e a primazia do liberalismo econômico têm acarretado no processo de destruição física, material e cultural das populações indígenas. Para rompimento dessa realidade, “a questão indígena deve ser discutida a partir de dois processos históricos: colonialidade do poder e o da imposição do paradigma da modernidade ocidental hegemônica” ⁸², tema que será analisado a seguir desvendando-se as linhas abissais e a ecologia de saberes de Boaventura de Sousa Santos como proposta emancipatória de direitos humanos, e, portanto, para repensar as questões necessárias à constituição dos marcos do pensamento pós-colonial. Limitar-se, portanto ao plano institucional e internacional, é no mínimo, uma nova forma de colonialidade epistêmica.

⁸¹ Além dos instrumentos internacionais de proteção de direitos dos povos indígenas, destacam-se os seguintes instrumentos: Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção contra a tortura (1984); Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989); Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção americana sobre os Direitos Humanos (1969); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura (1985); Protocolo de San Salvador sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); Convenção de Belém do Pará para Prevenir, Punir e Erradicar Violência Contra a Mulher (1994).

⁸² SCHETTINI, op. cit., 2004, p.64.

CAPÍTULO II

DO PENSAMENTO ABISSAL À ECOLOGIA DOS SABERES: ENTRE SABERES E IGNORÂNCIAS SOBRE COLONIALIDADE E DIREITOS HUMANOS

O pensamento Abissal descrito por Boaventura de Sousa Santos continua vivo e estruturando as relações do mundo contemporâneo, consistindo este na exclusão e indiferença de toda forma de conhecimento e organização social para além do pensamento europeu. A proposta pós-colonial para concretização de direitos humanos, em especial dos direitos das sociedades indígenas baseia-se em um confrontar das linhas abissais do norte ocidental com a ecologia de saberes proposta precipuamente pelo sul do globo e através de diálogos interculturais, onde possa haver interações sustentáveis e dinâmicas entre as sociedades.

Nesse sentido, o presente capítulo tem por objetivo desvendar às relações coloniais estabelecidas e que são entraves para concretização dos direitos indígenas, apresentando ainda a proposta pós-colonial de direitos humanos como um diálogo necessário para concretização dos mesmos.

Para tanto, será apresentada uma proposta de desconstrução da universalidade dos direitos humanos, entendidos como expressão dos valores hegemônicos ocidentais, tendo em vista a necessidade de uma Ecologia de Saberes para concretização de direitos humanos.

Posteriormente, abordar-se-á o fenômeno do multiculturalismo, primeiramente na perspectiva liberal de Will Kimlicka, tendo em vista o entendimento de uma visão ainda eurocêntrica de multiculturalismo e posteriormente na perspectiva emancipatória, consubstanciando-se no reconhecimento da diversidade e promoção do diálogo intercultural, que traduz-se em prática contra-hegemônica de direitos humanos e por extensão, dos direitos indígenas.

Na última subseção será explorado o conceito de pluralismo jurídico que se consubstancia em uma discussão essencial tendo em vista uma concepção contra-hegemônica de direitos. Neste diapasão, o reconhecimento do pluralismo jurídico que excede o direito oficial é condição necessária para o pleno desenvolvimento dos direitos de uma sociedade multicultural.

2.1 A Ecologia dos Saberes de Boaventura de Sousa Santos e a (Des) Construção do Paradigma da Universalidade dos Direitos Humanos

As linhas abissais do período colonial dividiam o mundo conhecido estabelecendo parâmetros que determinavam uma exclusão social, econômica e cultural. Da mesma maneira, nos dias atuais este pensamento continua vivo no pensamento hegemônico ocidental e se manifesta por meio de exclusões de diversas naturezas. Sobre o assunto, Boaventura de Sousa Santos⁸³ esclarece que “as linhas cartográficas abissais da era colonial subsistem estruturalmente no pensamento moderno ocidental e permanecem constitutivas das relações políticas e culturais excludentes mantidas no sistema mundial contemporâneo.” A concepção Abissal não abre espaços para diálogo com outros pensamentos para além do ocidental. A realidade do outro lado da linha é irrelevante e diferentes manifestações culturais e sociais não podem coexistir.

Isso ocorre dentre os vários fatores pelo fato de que a modernidade apresentou suas propostas principais de conhecimento. O primeiro deles trata-se do conhecimento regulação, onde a ordem, em oposição ao caos vem a regular as relações sociais, já a segunda forma trata-se do conhecimento emancipação, em oposição ao colonialismo e privilegiando-se a solidariedade. No entanto, observa-se na modernidade eurocêntrica a absorção do conhecimento emancipação pelo conhecimento regulação tendo como pressuposto o estabelecimento da ciência moderna como conhecimento hegemônico e excludente dos demais.⁸⁴ Sobre o assunto, assevera Boaventura de Sousa Santos⁸⁵ que:

A absorção da emancipação pela regulação – fruto da hipercientificização da emancipação combinada com a hipermercadorização da regulação, neutralizou eficazmente os receios outrora associados à perspectiva de uma transformação social profunda e de futuros alternativos. Todavia, produziu ao mesmo tempo uma nova sensação de insegurança, motivada pelo receio de desenvolvimentos incontroláveis, que pudessem ocorrer aqui e agora, precisando como resultado da contingência e da convencionalidade generalizadas de práticas sociais sectoriais.

Nesse sentido, a modernidade estabeleceu uma racionalidade estruturada nas ciências naturais, a qual inicialmente a partir da revolução científica se restringia aos estudos da natureza, se estendeu nos séculos posteriores às ciências humanas. Assim, estabeleceu-se o paradigma da ciência moderna, caracterizado por uma forma totalitária de ciência, pois esta racionalidade exclui todas as outras formas de conhecimento que não passar pelo crivo metodológico da ciência moderna:

Mas a verdade é que a ordem e a estabilidade do mundo são a pré-condição da transformação tecnológica do real. O determinismo mecanicista é o horizonte certo de uma forma de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela

⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para além do Pensamento Abissal: Das Linhas Abissais Globais a uma Ecologia de Saberes*. Revista Crítica de Ciências Sociais. n.78, p.3-46, out. 2007.

⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*. 4º ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

⁸⁵ *Ibid.*, 2002, p.57.

capacidade de o dominar e transformar. No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente, que via na sociedade que começava a dominar, o estágio final da evolução da humanidade (o estado positivo de Comte; a sociedade industrial de Spencer; a solidariedade orgânica de Durkheim). Daí que o prestígio de Newton e das leis simples a que reduzia toda complexidade da ordem cósmica tenham convertido a ciência moderna no modelo de racionalidade hegemônica que a pouco transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade.⁸⁶

O rompimento com o antigo pensamento Aristotélico-Tomista⁸⁷ representou avanços no que diz respeito a grandes descobertas científicas identificadas neste período, mas esta revolução trouxe consigo um pensamento totalitário e arrogante com relação a outras formas de conhecimento, excluindo-se todos princípios epistemológicos que não procede-se desta racionalidade eurocêntrica.

A racionalidade hegemônica estabeleceu as linhas abissais contemporâneas representadas por dois principais instrumentos, quais sejam: o conhecimento e o direito. O conhecimento através do entendimento de que a ciência moderna é a autoridade para distinguir entre o falso e o verdadeiro e o direito estatal é aquele que estabelece o legal e o ilegal, destarte, ambos os instrumentos desconsideraram outras formas de produção de conhecimento e de direito.

Por meio da linha abissal representada pelo conhecimento foi atribuído à ciência o monopólio da distinção entre o que é falso e verdadeiro, entre o que é ciência e o que não é ciência. A tensão proporcionada entre a ciência moderna e a filosofia e a teologia, encontra espaço no lado hegemônico da linha abissal. Entretanto, toda manifestação de conhecimento alternativo, para além destes, como conhecimentos indígenas, populações tradicionais etc., não encontram espaço ou são completamente desconsiderados neste lado excludente da linha. Portanto, por não se enquadrar nos critérios de verificação da ciência moderna e nem em uma

⁸⁶ Ibid., 2002, p.64-65.

⁸⁷ As teorias contratualistas da modernidade constituem-se como a manifestação do pensamento cientificista moderno nas ciências sociais. Como exemplo claro desta racionalidade, Thomas Hobbes estabelece um pensamento filosófico fundados em princípios científicos racionais, não mais fundados em princípios morais e religiosos. Com isso, se estabelece um marco ou uma ruptura face ao pensamento Aristotélico-Tomista até então dominante, pois como mencionado, ocorre a total separação entre razão e fé no pensamento filosófico. Nas palavras de Villey (2005, p.695): “O que é próprio de Hobbes, todos sabem. Foi ter levado o combate contra as concepções clássicas às últimas consequências. Ter enfrentado o problema do direito subjetivo, não pelo viés da moral, mas na fonte: começando por demolir e substituir a política de Aristóteles, de onde brotava precisamente a antiga concepção de direito”. Desta maneira, Hobbes se respalda na ciência moderna, tendo como modelo Galileu, introduzindo às ciências sociais os métodos utilizados nas ciências naturais. A partir disso Hobbes transporta das ciências naturais o chamado método resolutivo-compositivo, do qual se pretende a desintegração dos conjuntos de fatores de um determinado fato jurídico, reduzindo-o a um elemento singular, para depois ser reconstruído a partir do indivíduo. Nesse sentido: “Em vez de observar os conjuntos e sua harmonia intrínseca, como aristóteles sabia fazer, ele os decompõe, os reduz a elementos singulares. As sociedades serão resolvidas em seus átomos constituintes, em suas causas geradoras; essas particulas elementares vão ser os indivíduos, sem que se possa mais levar adiante, no que concerne a política, o processo de decomposição. Em seguida, tudo será reconstruído a partir dos indivíduos.” (VILLEY, 2005, p.696)

das categorias consideradas como alternativas aceitas pelo pensamento abissal, descarta-se uma multiplicidade de conhecimento.⁸⁸

A ciência moderna que se apresentava como a revolução científica que traria soluções aos problemas da sociedade moderna acabou se transformando em outro problema ao direcionar a força produtiva a serviço do capitalismo. Desta feita, a ciência moderna deixou de pensar e buscar soluções para os problemas sociais fazendo com que a crise paradigmática fosse também uma crise epistemológica. A isto Boaventura de Sousa Santos atribui a necessidade de uma profunda crítica à epistemologia dominante com a conseqüente emergência de novas formas de conhecimento para dar respostas a esta crise.⁸⁹

O fato da ciência ter se transformado na principal força de reprodução do sistema capitalista acarretou na inibição do poder emancipatório que a ciência moderna representava, delegando a ela o papel de instrumento regulador do poder hegemônico capitalista. Por este motivo a prevalência do conhecimento-regulação sobre o conhecimento-emancipação acarretou na marginalização da solidariedade, atribuindo-lhe o conceito de caos e ignorância.⁹⁰

O direito, por sua vez, é instrumento do pensamento abissal por estabelecer a separação entre o legal e o ilegal de acordo com o sistema jurídico oficial estabelecido e por meio do sistema internacional de direitos, precipuamente os direitos humanos, os quais foram atribuídos à condição de universalmente reconhecidos.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos ensina que:

Em cada um dos dois grandes domínios – a ciência e o direito – as divisões levadas a cabo pelas linhas globais são abissais no sentido de que eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha. Essa negação radical de co-presença fundamenta a afirmação da diferença radical que deste lado da linha separa o verdadeiro do falso, o legal e o ilegal. O outro lado da linha compreende uma vasta gama de experiências desperdiçadas, tornadas invisíveis, assim como seus autores, e sem uma localização territorial fixa.

As teorias contratuais estabelecidas na modernidade descreveram o desenvolvimento da sociedade civil, entretanto, com relação ao outro lado da linha, estabeleceram não a passagem do Estado da Natureza à sociedade organizada, mas sim o estabelecimento de uma coexistência entre a sociedade ocidental organizada e o outro lado da linha abissal onde impera a ausência de lei. Assim, “as teorias do contrato social dos séculos XVII e XVIII são tão importantes por que dizem como por aquilo que silenciam”⁹¹, pois simplesmente ignoram a grande parte do globo terrestre não inclusos na sociedade civil organizada hegemônica,

⁸⁸ SANTOS, op.cit., p.5-6.

⁸⁹ Id., 2002, p.117.

⁹⁰ Ibid., 2002, p.119.

⁹¹ Id., 2007, p.8.

característica da exclusão ocidental.

O caos estabelecido filosoficamente pelas teorias do contrato social delegou ao direito o papel de ser o instrumento garantidor da ordem pretendida pelo capitalismo. Para tanto, o direito teve que ser mergulhado na racionalidade científica da modernidade⁹² e confundir-se com o próprio Estado tendo em vista ao estabelecimento da ordem representada pelo Estado Moderno. Da mesma maneira que a ciência moderna, o direito perdeu seu potencial emancipatório ao se transformar em instrumento exclusivamente regulador, sendo necessário um repensar na mesma medida da necessidade de desconstrução do paradigma da ciência moderna.

Como instrumento de regulação, o direito romano foi incorporado e traduzia-se no sistema que mais se enquadrava nos propósitos emancipatórios da classe emergente, por ter um corpo jurídico único, uma linguagem erudita e por permitir a resolução de conflitos sem abandonar a sua característica emancipatória. No entanto, o direito romano que quando propagado pela burguesia como um instrumento de regulação e emancipação, a partir de um longo processo histórico perdeu sua natureza emancipatória, sendo esta substituída por uma característica estritamente regulatória. Nesse sentido, o direito romano foi transformado em mera técnica jurídica, afastando-se de valores morais, éticos e filosóficos, traduzindo-se em uma ciência semelhante às ciências naturais. Desta maneira, “a tensão muito particular entre regulação e emancipação que caracterizou a recepção do direito romano era parte integrante do projecto histórico da nova burguesia europeia, em luta pela conquista do poder econômico

⁹² A racionalidade jurídica baseada na ciência moderna se transformou no pensamento hegemônico no direito. Tal racionalidade é bem representada pelo pensamento de Hans Kelsen, que propôs em sua Teoria pura do direito um modelo jurídico racional que influenciou profundamente o pensamento jurídico. A pureza do direito proposta por Kelsen diz respeito a uma teoria que investigue a ciência jurídica com um objeto de estudo definido, qual seja, o saber sobre o que é e como deve ser o Direito. O manifesto metodológico proposto por Kelsen, diz respeito a separação do estudo do Direito das demais ciências, bem como a clara separação entre direito e moral, no intuito de alcançar uma pureza científica no estudo jurídico. Além da pureza da ciência jurídica, outro pressuposto fundamental ensinado por Kelsen diz respeito a conceituação de Norma Fundamental, sendo para Kelsen o último fundamento de validação da norma jurídica, onde a sociedade deve obediência a uma hipotética constituição histórica. Sobre as Fontes da Normas, Kelsen defende que sua legitimidade assenta-se na autoridade competente estabelecida pelo ordenamento jurídico, sendo que a sanção é essencial para que a mesma seja plenamente eficaz na ordem social. Desta feita, a norma deve sempre ser revestida de uma poder sancionador, sendo a coerção intrínseca no ordenamento jurídico, ou seja, há sempre um poder punitivo para uma conduta indesejável. O filósofo faz ainda separação entre a sanção moral imposta pela sociedade da sanção jurídica imposta pelo estado. A sanção imposta pelo Estado podem ser de diversas formas, advindo de regras claras positivadas no ordenamento jurídico, já as sanções impostas pela sociedade, traz consigo consequências de natureza morais, traduzindo-se em aprovações ou reprovações de condutas. O pensamento filosófico fundado em princípios racionais e que evoca os métodos das ciências naturais para as ciências sociais, a doutrina das fontes e da validação das normas e a relação entre direito e força coercitiva para efetividade das normas, são pressupostos relevantes ensinados por Kelsen para o entendimento da Teoria do Direito. (Kelsen, op. cit.)

e cultural, e, por último, do poder político.”⁹³

Destarte, Boaventura de Sousa Santos⁹⁴ descreve que há a operação de duas tensões, quais sejam: a tensão regulação/emancipação e a tensão apropriação e violência. Esta segunda tensão manifesta-se de maneira significativa do lado excluído da linha abissal e adquirem diversas formas através do conhecimento e do direito. No que diz respeito à apropriação no campo do conhecimento, observa-se na sociedade essa ocorrência através situações como a apropriação de conhecimento de populações tradicionais e povos indígenas, já no que diz respeito à violência, dentre os vários exemplos, pode ser citados proibições de manifestações culturais e práticas religiosas de povos indígenas. Com relação ao direito, a apropriação/violência se manifesta por meio de legislações que historicamente promoveram a assimilação, a cooptação, apartheid etc., de sociedades marginalizadas situadas do outro lado da linha abissal.

Portanto, as linhas cartográficas abissais que foram criadas no período colonial são representadas por uma cartografia epistemológica e jurídica, as quais, conforme já mencionado, produzem a exclusão, a ausência e a sub-humanidade. A exclusão de uma parte da humanidade pressupõe a universalização dos valores ocidentais hegemônicos. Destarte, Boaventura de Sousa Santos ensina que “a injustiça social global está ligada à injustiça cognitiva global, por isso esta luta exige um novo pensamento: o pensamento pós-abissal.”⁹⁵

Somado a isso, o paradigma da racionalidade moderna apresenta fortes sinais de uma crise decorrente de uma grande avanço no conhecimento proporcionado pela própria ciência moderna, vindo a expor seus limites teóricos e sociais. Assim, “os sinais nos permitem tão-só especular acerca do paradigma que emergirá deste período revolucionário, mas que, desde já, pode afirmar-se com segurança que colapsarão as distinções básicas em que assenta o paradigma dominante.”⁹⁶

A insuficiência e impossibilidade do paradigma moderno trazer respostas aos conflitos contemporâneos abalaram as estruturas em que a epistemologia e a metodologia moderna se assentava, proporcionando o surgimento de novas perspectivas e possíveis respostas a ele. Boaventura de Sousa Santos⁹⁷ denomina de “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente” a revolução científica que está ocorrendo, proporcionado pela própria ciência caracterizado não somente por um paradigma científico, mas também um paradigma

⁹³ Santos, op. cit., p.124.

⁹⁴ Id, 2007, p.4.

⁹⁵ Id, 2007, p.11.

⁹⁶ Id, 2002, p.68.

⁹⁷ Id, 2002, p.74.

social.

Vivemos nestes dias tempos paradoxais com relação às desigualdades sociais e econômicas presentes no mundo. A crise ecológica produzida pelo desenvolvimento mais intenso do capitalismo e que poderá levar o mundo ao colapso também é fator preponderante para o desenvolvimento de novas epistemologias e propostas pós-capitalistas.⁹⁸

Além disso, diferentemente do que ocorrera nos últimos séculos, onde diversas nações se apresentaram como potência hegemônica, no quadro atual, instaurou-se uma crise hegemônica que cria novas oportunidades de sistemas pós-capitalistas. Essa nova orientação ainda não está bem definida, mas apresenta-se como proposta políticas para além do modelo ocidental que está posto, podendo ser citados como exemplos o novo constitucionalismo Latino-Americano de Equador e Bolívia que será abordado de maneira mais aprofundada no terceiro capítulo.⁹⁹

No atual contexto da humanidade, a crise se caracteriza por indagações sem respostas suficientes e paradigmas incertos. O desenvolvimento atual do capitalismo transnacional que acarreta em um consumo exorbitante de recursos naturais e uma concentração de renda cada vez maior se contrasta com a Crise Ecológica e a Sociedade de Risco que está posta.

Em consequência destas coisas, as linhas abissais estabelecidas sofreram dois grandes abalos que proporcionaram novas perspectivas de emancipação. O primeiro abalo diz respeito ao processo de independência das antigas colônias, visando um rompimento com o paradigma da apropriação/violência e a consequente inclusão no paradigma regulação/emancipação. A segunda mudança nas linhas abissais diz respeito a fenômenos sociais que a partir da década de 70, fizeram com que houvesse um aumento do paradigma da apropriação/violência e consequente diminuição da regulação/emancipação. Como consequência deste último abalo das linhas abissais, dois movimentos ocorrem atualmente. O primeiro movimento trata-se do regresso do Colonial como resposta à “intromissão do colonial às sociedades metropolitanas”, caracterizado por manejar formas de governar semelhantes ao tempo colonial:¹⁰⁰

Parece que a modernidade ocidental só poderá expandir-se globalmente na medida em que viole todos os princípios sobre os quais fez assentar a legitimidade histórica do paradigma da regulação/emancipação deste lado da linha. Direitos humanos são desta forma violados para poderem ser defendidos, a democracia é destruída para garantir sua salvaguarda, a vida é eliminada em nome da sua preservação.

Esse movimento é também caracterizado pela diminuição do estado em seu papel

⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Reinención Del Estado y El estado PLurinacional*. Santa Cruz de La Sierra: Talleres Gráficos Kipus, 2007.

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias Del Sur*, Dospinível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf. Acesso em 15/04/2015. p.16-17

¹⁰⁰ Id., 2007, p.15.

regulador e forte atuação da iniciativa privada nos serviços públicos. O regresso do colonial manifesta-se claramente também no direito internacional, destacando-se a idéia do “soft Law”, onde a aplicação da norma depende inteiramente da vontade de países hegemônicos, consubstanciando-se em manifestação do paradigma apropriação/violência.

Como resposta a estes movimentos, Boaventura de Sousa Santos ensina que é necessária a adoção do pensamento pós-abissal, a partir de uma construção epistemológica e política de resistência. Surge também um contra movimento denominado como Cosmopolitismo Subalterno de Oposição, caracterizado por Boaventura de Sousa Santos como “vasto conjunto de redes, iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra a exclusão econômica, social, política e cultural gerada pela mais recente encarnação do capitalismo.”¹⁰¹

Em outras palavras, o retorno ao equilíbrio entre regulação e emancipação não se apresenta como proposta suficiente para dar respostas aos conflitos contemporâneos e ao paradigma pós-moderno. Em sentido oposto, a proposta pós-moderna de oposição busca o desequilíbrio dinâmico em favor da emancipação, nesse sentido, seu significado “é justamente esse desequilíbrio dinâmico ou assimetria a favor da emancipação, concretizando com a cumplicidade epistemológica do princípio da comunidade e da racionalidade estético-expressiva.”¹⁰²

Nesse sentido, esse movimento de oposição, a partir de uma perspectiva de igualdade e respeito às diferenças, pretende-se uma ruptura através de políticas de globalização contra-hegemônica, consubstanciando-se em movimentos inclusivos e reivindicatórios que excedem às propostas capitalistas de progresso social.

O pensamento pós-abissal é um pensamento Ecológico, pois parte-se do entendimento que não há um conhecimento único no mundo, sendo que o qualquer conhecimento concebido isoladamente se torna incompleto. Por outro lado, há uma imensa riqueza de conhecimento no mundo e que esta diversidade se completa por meio de compreensões híbridas que deverão ser construídas nesse processo dialógico.¹⁰³ Neste sentido, leciona Saulo de Tarso Rodrigues¹⁰⁴ que:

Esta ecologia de saberes e ignorâncias só surge a partir da necessidade da resistência aos modelos de dominação impostos pelo liberalismo político-jurídico e econômico. É, portanto, um esforço epistemológico de reconhecimento de ignorâncias abissais não narradas, que foram negadas desde sempre pelo modelo de racionalidade europeia, e que por sinal, a nós foram impostos desde o modelo colonial até após os

¹⁰¹ SANTOS, op. cit. p.20.

¹⁰² Id, 2007, p.78.

¹⁰³ Id, 2007, p.19.

¹⁰⁴ RODRIGUES, 2015.

processos de independência. Não há, portanto, como se falar em um conhecimento crítico e decolonial sem que se fale em uma negação de toda a lógica capitalista e sua ideologia.

A concepção ocidental de mundo representada pela monocultura do conhecimento possui sua matriz histórica e teórica na cultura européia, a qual não reconhece e se comunica com outras culturas e com a diversidade de conhecimento. Desta maneira, o aprendizado com outras culturas, especialmente com o sul do globo, representa uma compreensão mais ampla do mundo e uma reflexão aprofundada da crise social que o mundo enfrenta.¹⁰⁵

A partir desse pensamento, a solidariedade se sobrepõe ao colonialismo que desconsidera a reciprocidade, enxergando o outro somente como objeto. Na solidariedade, o conhecimento é construído pelas relações recíprocas e inacabadas entre as comunidades, sendo este o instrumento capaz de concretizar o conhecimento-emancipação. O pensamento crítico somente logrará êxito propor uma verdadeira ruptura do pensamento colonial se realmente levar em consideração a linha abissal ainda hoje reproduzida, formulando propostas para além da construção ocidental. Sendo assim:

a emergência do ordenamento da apropriação/violência só poderá ser enfrentada se situarmos nossa perspectiva epistemológica na experiência social do outro lado da linha, isto é, do sul não imperial, concebido como a metáfora do sofrimento humano sistêmico e injusto provocado pelo capitalismo global e pelo colonialismo. O pensamento pós-abissal pode ser sumariado como um aprender com o Sul usando uma epistemologia do Sul. Confronta a monocultura da ciência moderna com uma ecologia de Saberes.¹⁰⁶

Parte-se do pressuposto que o conhecimento é uma inter-relação entre as diversas formas de saberes reconhecendo que a pluralidade de conhecimento, a partir de suas interações, é que vai produzir a completude de conhecimento. O reconhecimento da existência e importância de outras formas de conhecimento para além do conhecimento científico da perspectiva ocidental é condição essencial para a ruptura de paradigmas. Nesse sentido, a diversidade sócio-cultural tem proporcionado o entendimento que as diversas culturas e seus plurais conhecimentos são várias faces da ciência. A ecologia de Saberes têm proporcionado dois fenômenos contra-hegemônicos:

1° Globalização Contra-hegemônica: São sociedades periféricas do sistema mundial moderno onde a crença na ciência moderna é mais tênue, onde outros conhecimentos não-científicos e não-ocidentais prevalecem nas práticas quotidianas das populações.

2° Proliferação sem precedentes de alternativas que, contudo, não podem ser agrupados sob a alçada de uma única alternativa global. A globalização contra-hegemônica destaca-se pela ausência de uma alternativa no singular.¹⁰⁷

Ao longo dos séculos, o pensamento colonial desperdiçou uma gama de experiências cognitivas pertencentes ao outro lado da linha. Busca-se nesse sentido, uma relação dialógica

¹⁰⁵ Santos, op. cit.

¹⁰⁶ Id., 2002, p.22.

¹⁰⁷ Ibid., 2002, p.

entre os diversos tipos de conhecimento, os quais utilizam de categorias, linguagens e símbolos para diferentes manifestações do conhecimento.

O aprender com o sul representa o mecanismo mais adequado para o rompimento com o pensamento colonialista, pois é neste hemisfério do globo terrestre que podem ser achadas práticas transformadoras e novas interpretações de mundo. Segundo as epistemologias do sul:

É dizer, se a teoria convencional fala de democracia, nos falamos de democracia participativa, radical, deliberativa; se a teoria convencional fala de desenvolvimento, nós falamos de desenvolvimento democrático, sustentável, alternativo; se a teoria convencional fala de direitos humanos, nós falamos de direitos humanos coletivos, interculturais radicais; se a teoria convencional fala de cosmopolitismo, nós falamos de cosmopolitismo subalterno, insurgente.¹⁰⁸

A epistemologia do sul como proposta de práticas transformadoras significa o reconhecimento de que a concepção de mundo extrapola a concepção dominante europeia. Nesse sentido, é o reconhecimento de que há uma diversidade de sentidos inesgotáveis que implicam em diferentes maneiras de pensar, sentir, se organizar em sociedade, se relacionar com o meio ambiente, enfim, uma infinidade de percepções que torna a concepção intercultural de direitos humanos uma forma rica de conhecimento. Esse conhecimento, no entanto, não deve ser concebido através de uma teoria geral que o descreva, mas deve partir de uma pluralidade de conhecimentos que não crie um monopólio do mesmo. Destarte, o despojar de uma teoria geral que não possui a solução dos problemas sociais implica em um esvaziamento do universalismo que monopoliza o saber.¹⁰⁹

Esta mudança de paradigmas proposta como práticas emancipatórias por meio de diálogos interculturais e a partir de uma ecologia de saberes passa pela desconstrução do modelo da universalidade dos direitos humanos estabelecido pela modernidade ocidental.

Os direitos humanos são considerados como a linguagem mais progressista do desenvolvimento humano, sendo discurso corrente em diversas culturas e correntes filosóficas. Destarte, os Direitos Humanos na forma que foram concebidos são instrumentos de manifestação do pensamento hegemônico europeu, mediante o qual se pretende a imposição dos valores ocidentais liberais às demais culturas. Por conta disso, Boaventura de

¹⁰⁸ SANTOS, op. cit., p.15. “Es decir, si la teoría convencional habla de democracia, nosotros hablamos de democracia participativa, radical, deliberativa; si la teoría convencional burguesa habla de desarrollo, nosotros hablamos del desarrollo democrático, sostenible, alternativo; si la teoría convencional habla de derechos humanos, nosotros hablamos de derechos humanos colectivos, interculturales, radicales; si la teoría convencional habla del cosmopolitismo, nosotros hablamos del cosmopolitismo subalterno, insurgente.” (Tradução Nossa)

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologias Del Sur, Dospinível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf. Acesso em 15/04/2015. p.16-17

Souza Santos¹¹⁰ questiona “como os direitos humanos podem ser colocados a serviço de uma política progressista e emancipatória?”

De acordo com o autor¹¹¹, os direitos humanos na contemporaneidade estão imersos a algumas tensões dialéticas. Entre estas tensões, uma grande relevância em relação à tensão proporcionada entre a sociedade civil e o estado. Os direitos humanos inicialmente se desenvolveram a partir de lutas e reivindicações de direitos civis, igualdades e liberdades, no intuito de uma menor interferência estatal nas relações sociais. Mais recentemente, as demandas se dão por conta da efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, o que requer uma maior interferência estatal.

Segundo Boaventura de Sousa Santos¹¹², os direitos humanos internacionais operam a partir do já mencionado localismo globalizado, consistindo isso em práticas, valores, costumes, princípios etc., de uma determinada localidade operando no âmbito global. Em outras palavras, são os valores liberais ocidentais, os quais se consubstanciaram em valores hegemônicos que são impostos às demais nações.

Valores como a abertura política e a abertura econômica são pressupostos que se apoiam nesta nova ordem mundial e são juntamente impostos pelo discurso hegemônico. Da mesma forma, outro requisito para enquadramento nos ditames da autoridade política do mercado mundial, conforme demonstrado por Elmar Altvater¹¹³, diz respeito a incorporação do discurso democrático somado ao discurso da proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, assevera Altvater¹¹⁴ que: “o reconhecimento dos direitos humanos é uma expressão da superioridade do mercado, isto é, de uma nova forma de congruência de mercado e democracia que não se apóia mais no espaço territorial, mas em uma ação política e econômica.”

Esses valores hegemônicos que se transformaram em valores universais são na verdade, a expressão da nova arte de governar descrita por Foucault¹¹⁵, ou seja, a hegemonia do liberalismo político e econômico entre a maioria dos estados nacionais. Sobre isso, Foucault esclarece que em meados do século XVII, uma nova força social emerge destituindo o poder monárquico, estabelecendo uma nova razão governamental. Essa nova força encontra no direito uma ferramenta da limitação da razão governamental que predominava, dispondo que

¹¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais. N.48, junho 1997.

¹¹¹ Ibid., 2007.

¹¹² Ibid., 2007.

¹¹³ ALTVATER, Elmar, *Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos*. trad. Dalva Boner. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

¹¹⁴ Ibid., 2009, p.123.

¹¹⁵ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

nenhum poder pode suplantar um direito fundamental inerente ao ser humano. Nesse sentido “o direito constituído por leis fundamentais aparece assim fora da razão do Estado e como princípio dessa limitação.”¹¹⁶

Somado a isso, os efeitos da globalização têm levado os Estados a uma não interferência ainda maior nos aspectos econômicos e sociais, delegando cada vez mais importância e protagonismo aos grandes agentes econômicos, fazendo com que não haja interesse estatal em reconhecer diferenças culturais objetivando uma homogeneização que interessa ao capital.¹¹⁷

O reconhecimento dos direitos humanos universais importa na afirmação da superioridade dos valores da cultura ocidental-liberal, desconsiderando os aspectos culturais e valores de culturas minoritários. Sobre o assunto, Boaventura de Souza Santos¹¹⁸ assevera que:

A política de direitos humanos é basicamente uma política cultural. Tanto assim é que poderemos mesmo pensar os direitos humanos como sinal do regresso cultural, e até mesmo do religioso, em finais de século. Ora, falar de cultura e religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?

O grande desafio dos direitos humanos é romper com os chamados localismos globalizados, consubstanciando isso em um rompimento com o particularismo ocidental sobre a universalidade dos direitos humanos. Nesse sentido, os direitos humanos são ferramentas emancipatórias quando efetivam uma legitimidade local de direitos, os quais são também aceitos universalmente.

Nessa concepção de direitos humanos, o multiculturalismo exerce papel essencial tendo em vista a necessidade do reconhecimento da diversidade cultural como pressuposto de legitimidade de direitos humanos. Boaventura¹¹⁹ menciona que: “o multiculturalismo como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica.” Para melhor entendimento da relação intrínseca entre os direitos humanos e o multiculturalismo, serão apresentadas no próximo tópico, concepções distintas de multiculturalismo como fundamento de proteção dos direitos dos povos indígenas, atendo-se ao estudo da concepção liberal de Will Kimlicka e a concepção de multiculturalismo e pluralismo jurídico como práticas contra-hegemônicas.

¹¹⁶ Ibid, 2008, p.12.

¹¹⁷ OLIVÉ, Leon. Los Retos de Las Sociedades Multiculturales: Interculturalismo y Pluralismo. Cuadernos Inter c.c.mbio, Año 8, n.9, 207-227.

¹¹⁸ SANTOS, op.cit., p.13.

¹¹⁹ Ibid., 1997, p.19.

2.2 MULTICULTURALISMO (S): ENTRE SABERES E IGNORÂNCIAS

Esta seção trará o entendimento de que o multiculturalismo e reconhecimento das diversidades étnico-raciais que compõe os Estados é condição necessária para uma prática efetiva de direitos humanos e direitos indígenas em geral.

No entanto, podem ser observadas várias teorias multiculturais, prevalecendo por imposição o multiculturalismo na perspectiva liberal. Para tanto, as duas próximas subseções abordará este multiculturalismo que, apesar de reconhecer os direitos de manifestações culturais e exercício pleno de concepções diferentes de mundo, traz consigo um entendimento parcializado sobre o assunto. Desta maneira, este multiculturalismo reconhece as diferenças na medida em que elas estejam alicerçadas em valores liberais mínimos a serem preservados, caracterizando-se em uma das facetas do colonialismo europeu.

Por outro lado, o multiculturalismo expressado através de diálogos interculturais e no reconhecimento da incompletude das culturas, se traduz em perspectiva uma emancipatória do multiculturalismo, o qual não pode ser concebido sem ser pensado a partir do pluralismo jurídico e democrático, sendo esta perspectiva demonstrada nas últimas subseções.

2.2.1 Teoria da Justiça de John Haws: Fundamento para o multiculturalismo liberal

A teoria desenvolvida John Haws intitulada “Teoria da Justiça”¹²⁰ se traduz em um dos mais importantes estudos de fundamentação da teoria política liberal na atualidade. Apesar de não abordar de maneira específica as discussões sobre o multiculturalismo, a obra de Haws proporciona o debate político que traz fundamentos às diversas concepções sobre o multiculturalismo. Desta forma, importante se faz o conhecimento sobre os fundamentos de sua teoria da justiça, tendo ainda em vista a compreensão do multiculturalismo na perspectiva liberal.

O pensamento Rawsiano se respalda em um acordo de cooperação estabelecido na sociedade, este, por sua vez, celebrado entre pessoas livres e em condições de igualdade, a qual, através do acordo visa criar as bases da sociedade.

Haws é considerado por sua teoria como um contratualista contemporâneo, respaldando sua teoria em diversos elementos das teorias de Locke, Rosseau, e também Kant. Conforme será explicitado adiante, de acordo com sua teoria da justiça, a sociedade seria estabelecida mediando um acordo sobre as bases principiológicas, as quais a sociedade deverá

¹²⁰ HAWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Alvaro de Vita. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ser alicerçada. Tais princípios deverão reger os valores, o tipo de governo, a distribuição de recursos, enfim, estabelecem as diretrizes do pacto social.¹²¹

Diferentemente dos clássicos contratualistas, os quais visavam em sua teoria à explicação de um contrato social em que a sociedade delegava autoridade a um soberano para governar e organizar a sociedade, a teoria da justiça tem por objetivo estabelecer os princípios de justiça que vão justificar uma determinada organização dos estados.

Nesse sentido o autor defende que para elaboração do acordo social, necessário se faz a participação de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as quais irão definir, em situação inicial de igualdade, os termos do supracitado acordo. Destarte, é sob este pressuposto que Haws desenvolve sua teoria da Justiça o que o mesmo denominou de Justiça como Equidade. Sobre o objetivo de sua teoria, o autor¹²² esclarece que:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social [...], para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem objeto do acordo original.

O proposto por Haws se demonstra a partir de um modelo ideal de sociedade, onde a cooperação social traduz-se em elemento essencial para que se alcance efetividade na aplicação de direitos fundamentais e benefícios sociais. A cooperação proposta por Haws importa em princípios que irão regulamentar e nortear o pacto estabelecido, atingindo e submetendo a todos os elementos da cooperação social.

Desta feita, os envolvidos na cooperação social estabelecem um sistema equitativo onde todos devem compartilhar os deveres pactuados e também usufruem dos benefícios, tanto coletivos quanto dos benefícios individuais. Somado a esse sistema cooperativo, John Haws estabelece uma figura de pessoa que está à altura do pacto cooperativo, ou seja, um indivíduo que esteja apto para discernir sobre o bem e sobre os princípios de justiça. Nesse sentido, na sociedade proposta por Haws, todos os indivíduos possuem esses atributos, sem os quais não seria possível a realização da sociedade igualitária.¹²³

A partir desses pressupostos, o conceito de justiça pactuado na cooperação social não se respalda em valores éticos pessoais, mas sim nos princípios de justiça previamente estabelecidos entre as pessoas livres.

Tomando por pressuposto o já mencionado fato de que a sociedade se consubstancia em uma sociedade de cooperação, Haws estabelece em sua teoria uma situação figurativa

¹²¹ Ibid., 2008.

¹²² Ibid., 2008, p.13.

¹²³ Ibid., 2008.

onde a sociedade, em situação de igualdade, estabelece um acordo equitativo sobre os princípios de justiça que regerão as instituições e as pretensões individuais, a isto Haws denominou de posição original. Discorre o autor que “a idéia de uma posição original é configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos. O objetivo é usar a idéia de justiça procedimental puro como fundamento da teoria.”¹²⁴

Pelo fato dos princípios serem estabelecidos por uma sociedade igualitária, o pacto não pode ser influenciado por uma autoridade externa ao processo, nem por conceitos morais e éticos alheios aos participantes do pacto. Destarte, os princípios a serem estabelecidos devem ser concebidos por pessoas livres e iguais, as quais colheram conjuntamente os frutos do pactuado.

Importante ressaltar que Haws estabelece em sua teoria que os cidadãos livres e iguais não podem ser nem mais e nem menos favorecidos durante a elaboração dos princípios que os regerão, demonstrando sua posição contrária aos utilitaristas, os quais entendem que, para elevar o padrão de vida da maioria, não importa que alguns sejam prejudicados. Ao contrário desse entendimento, Haws entende que todos devem ter igualdade de benefícios, aceitando que se alguns mais talentosos lograrem mais êxito que outros, todavia aumentando também o padrão de vida dos demais, essa não se configuraria em situação de injustiça.

Para que na posição original haja essa condição de igualdade, onde os pactuantes não reivindicarão para si as melhores condições e benefícios em detrimento de outros, Haws¹²⁵ descreve a necessidade que os princípios sejam pactuados sob um véu da ignorância. Sobre o assunto:

Devemos, de algum modo, anular as conseqüências de contingências específicas que gerem discórdia entre os homens, tentando-os a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio. Para fazê-lo, presumo que as partes se situam por trás de um véu de ignorância. Elas desconhecem as conseqüências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais. Presume-se, então, que as partes não conhecem certas particularidades. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é seu lugar na sociedade, classe nem status social, além disso, ninguém conhece a própria sorte na distribuição dos dotes e das capacidades naturais, sua inteligência e força e assim por diante.

Por se tratar de uma situação hipotética, a posição original e o véu da ignorância podem ser a todo tempo estabelecidos no intuito do aperfeiçoamento da cooperação social, fazendo com que o sistema criado seja longo e próspero. Partindo desse pressuposto, são estabelecidos os princípios que nortearão a sociedade igualitária e justa, os quais ordenarão a

¹²⁴ Ibid., 2008, p.165-166.

¹²⁵ Ibid., 2008, p.166.

sociedade e orientarão as instituições do Estado. Segundo Haws,¹²⁶ “o objeto primeiro dos princípios de justiça social é a estrutura básica da sociedade, a organização das principais instituições sociais em um esquema único de cooperação.”

Nesse sentido, os princípios exercem essencial papel na teoria de justiça de Haws, pois são estes que irão estruturar a sociedade e as instituições que para o autor são “um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas normas especificam que certas formas de ação são permissíveis e outras, proibidas [...]”¹²⁷

Para Haws, os princípios norteadores e estruturantes do pacto cooperativo dizem respeito à proteção das liberdades básicas, primeiramente, e o segundo princípio diz respeito à exclusão das desigualdades sociais e econômicas. Para melhor entendimento, Haws¹²⁸ descreve que:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculados a cargos e posições acessíveis a todos.

Destarte, os princípios são revestidos de essencialidade no pacto cooperativo, pois se consubstanciam em elementos estruturantes das instituições e da sociedade, sobre o qual deve ser edificada a organização do Estado, distribuindo e regulamentando com equidade os deveres e os benefícios da cooperação.

Esses elementos essenciais da teoria da justiça de Haws, considerados como aprofundados preceitos de uma teoria de justiça liberal pode servir de fundamento e legitimação da universalização dos direitos humanos. Certamente que esta fundamentação se faz a partir de uma perspectiva liberal, o que não deixaria de ser um fundamento bem elaborado para este fim.

2.2.2 O Multiculturalismo Liberal de Will Kimlicka

Will Kimlicka em sua obra “Cidadania Multicultural: Uma teoria liberal dos direitos das minorias”¹²⁹ descreve que a maioria dos Estados Nações são constituídos a partir de diversos grupos étnicos, com suas culturas e línguas particulares. Esta diversidade tem

¹²⁶ Ibid., 2008, p.63.

¹²⁷ Ibid., 2008, p.66.

¹²⁸ Ibid., 2008, p.73.

¹²⁹ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós, 2010

ocasionado o surgimento de forças políticas que buscam agendar em seus respectivos governos, políticas de interesse destes grupos. Discussões como território, direito de autogoverno, representações políticas etc., são exemplos de pressões de grupos minoritários que, na visão do autor, são os principais fatores de violência política na contemporaneidade. Em decorrência disso, as preocupações com a questão da diversidade e o igual direito das minorias estão na pauta de discussões teóricas e na agenda política da maioria destes países.

Corolariamente, Nancy Fraser ¹³⁰ leciona que há uma crescente luta atualmente por justiça social e que esta se expressa não mais pela redistribuição de renda, mas sim por uma busca de tratamentos igualitários e reconhecimento de diferenças, sejam étnicas, raciais, de gênero etc. A autora justifica esta mudança do paradigma da justiça social pelo seguinte exposto:

[...] a derrocada do comunismo, o ressurgimento da ideologia do livre mercado, o aumento da política da identidade – tanto em sua forma fundamentalista quanto progressista – todos esses desenvolvimentos têm conspirado para retirar da posição central, se não até para extinguir, a política da redistribuição. ¹³¹

No entanto, apesar do fenômeno da mudança de paradigma da justiça social, Nancy Fraser entende que é necessário uma justiça social bidimensional, compreendendo estes dois paradigmas, a política de redistribuição de renda e a política de reconhecimento, sendo este dois essenciais e complementares para tal intento:

[...] argumentarei que os aspectos emancipatórios dos dois paradigmas devem ser integrados em uma única e abrangente estrutura. Teoricamente, a tarefa é desenvolver uma concepção bidimensional da justiça que possa acomodar tanto demandas defensáveis pela igualdade social quanto demandas defensáveis pelo reconhecimento da diferença. Na prática, a tarefa é construir uma orientação político-programática que integre o melhor da política de redistribuição como o melhor da política do reconhecimento.

Kimlicka ¹³² descreve que diversos países tentaram ao longo dos séculos a integração das minorias étnico-raciais no intuito de se alcançar uma população homogênea, levando estes mesmos à promoção de diversas barbáries, como os genocídios, a integração forçada de povos indígenas, eliminação de dialetos etc. Na tentativa de reparação das discriminações praticadas, os Estados tentaram nas últimas décadas a garantia de direitos civis e políticos para as minorias étnicas e raciais, não proporcionando a estes grupos políticas estatais específicas. Da mesma forma, estabeleceram um grau de tolerância a estas minorias em semelhança da tolerância religiosa estabelecida nos países ocidentais. Para Kimlicka estas políticas não são suficientes para resolver os conflitos entre a maioria e as minorias, sendo necessária uma política estatal específica voltada para os grupos minoritários.

¹³⁰ FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

¹³¹ *Ibid.* 2010, p.168

¹³² KIMLICKA, op. cit., 2010.

O autor entende que os direitos humanos na forma em que foram concebidos não oferecem resposta às complexas relações proporcionadas pela multietnicidade, sendo insuficientes para garantia dos direitos humanos universais às minorias. Destarte, Kimlicka propõe que os direitos humanos sejam completados com os direitos das minorias.

Nesse sentido, superado a fase de embates entre comunitaristas e liberalistas¹³³, a proposta de Kimlicka se baseia no fato de que as minorias não dissociam da necessidade de proteção de direitos civis e políticos e demais direitos humanos garantidos a partir de teorias liberais, mas que **estes** direitos somente serão plenos quando o Estado garantir uma proteção diferenciada às minorias étnicas e raciais por conta de suas peculiaridades culturais e sociais

Para Marcelo de Araújo¹³⁴, os argumentos de kimlicka sobre a necessidade de complementação dos direitos humanos por uma teoria de direitos de minorias teriam validade se de fato houvesse a prevalência dos direitos civis e políticos nos direitos humanos universais em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. No entanto, é já superado este entendimento, entendendo-se que os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis, conforme ratificado pela Declaração de Viena de 1993.¹³⁵

Sobre o multiculturalismo, afirma o autor que através de fenômenos como a imigração, processo de colonização etc., são estabelecidas na sociedade relações complexas entre as diversas culturas, ou entre a majoritária e a minoritária. Nesse sentido, a multiculturalidade surge por meio das minorias nacionais e dos grupos étnicos. As minorias

¹³³ “Como o debate filosófico-político na década de oitenta concentrou-se na oposição entre comunitarismo e liberalismo, pareceu natural que, nesse contexto, a discussão sobre direitos de minorias devesse ser compreendida em termos de demandas legitimamente feitas por comunidades nas quais o indivíduo não seria concebido como uma espécie de *unencumbered self*. O que se admitia, portanto, era que uma teoria sobre direitos de minorias deveria ser necessariamente uma teoria não liberal; ela deveria ser uma teoria articulada em torno de uma concepção não individualista de pessoa” (ARAÚJO, Marcelo de. *Direitos Individuais e Direitos de Minorias Nacionais: Uma Crítica à Política de “Suplementação” dos Direitos Humanos em Contextos Multiculturais*. Revista de Direito constitucional Internacional. V.55, p.89-127.2006.)

¹³⁴ *Ibid.*, 2006, p.89-127.

¹³⁵ A partir dessa dicotomia, considerava-se que os Direitos Civis e Políticos eram superiores aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por se tratarem aqueles de liberdades fundamentais. Ainda segundo a perspectiva dicotômica, os Direitos Civis e Políticos importavam em uma obrigação negativa por parte do Estado, ou seja, a não interferência do Estado nos direitos dos cidadãos. Já em relação aos DESC, estes reclamariam uma prestação positiva do Estado, ou seja, políticas públicas e mecanismos de consecução dos diversos tipos de direitos sociais, econômicos e culturais como: direito à saúde, trabalho, não discriminação, educação etc., o que também requer recursos para sua realização, devendo ser efetivado de maneira progressiva. Essa dicotomia ideológica entre as duas categorias de direitos humanos restou esgotada, e o entendimento da comunidade internacional apegou-se na proposta inicial de indivisibilidade e interdependência contida na Declaração Universal de Direitos Humanos. Ratificando essa posição, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispôs no parágrafo 4º de seu preâmbulo que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como seus direitos civis e políticos.”; (TEREZO, Cristina Figueiredo. *A atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2011. p. 26-81.)

nacionais dizem respeito a grupos que foram incorporados pelo Estado colonizador ou majoritário, mas que desejam seguir como seu autogoverno, língua, costumes próprios etc. Nesse sentido, ressalta o autor que “um estados com minorias nacionais não é um Estado Nação, mas um Estado multinacional.” Já os grupos étnicos são frutos de imigrações individuais ou grupais que buscam o reconhecimento estatal de seus direitos à diferença, não pretendendo, portanto, uma nação como as minorias nacionais. Estes grupos étnicos fazem com que os Estados obtenham o status de poliétnicos, sendo que um estado pode ser multinacional e poliétnico, como é o caso de estados como Brasil, Canadá etc. O autor cita ainda grupos sociais com características próprias que não estão inclusos nas duas grandes classificações, mas devem ser também protegidos como minorias.¹³⁶

Em função dos grupos de pertencimento, Kimlicka estabelece três direitos básicos a estes grupos: o direito ao autogoverno, os direitos poliétnicos e os direitos especiais de representação.

Com relação ao direito de autogoverno, este se deve pelo fato de que as minorias nacionais reivindicam seus espaços territoriais e certa medida de autonomia política a fim do pleno exercício de suas culturas, valores, religião etc. Nas palavras de Kimlicka¹³⁷:

Na maioria dos Estados multinacionais, as nações que os compõem se mostram tendentes a reivindicar algum tipo de autonomia política ou jurisdição territorial, para assegurar a si o pleno e livre desenvolvimento de suas culturas e os melhores interesses de suas gentes. Em casos mais extremos, as nações podem desejar a secessão, se considerarem que a autodeterminação é impossível dentro do estado a que pertencem.

No que diz respeito aos direitos poliétnicos, estes possuem por escopo a integração dos grupos minoritários à sociedade majoritária, sem desconsiderar suas peculiaridades e respeitar suas diferenças. Isso significa o apoio governamental a suas práticas culturais, a livre expressão de suas crenças e culturas, a não discriminação destes grupos com relação ao acesso aos meios econômicos e sociais da comunidade dominante.¹³⁸ Nas palavras de Kimlicka, os direitos poliétnicos “têm como objetivo ajudar os grupos étnicos e as minorias religiosas a que expressem sua particularidade e seu orgulho cultural sem que isso obstaculize seu êxito nas instituições econômicas e políticas da sociedade dominante.”¹³⁹

Já os direitos especiais de representação dizem respeito à observação do autor no fato de que o meio político não representa a pluralidade cultural da sociedade, sendo necessária a adoção de medidas afirmativas que incentive e possibilite a participação de todas as minorias

¹³⁶ KIMLICKA, op. cit., p.21.

¹³⁷ Ibid., 2010, p.47.

¹³⁸ Ibid., 2010.

¹³⁹ Ibid., 2010, p.53.

na política nacional. Sobre a necessidade de representação política em Estados Multiétnicos, a Constituição Boliviana representa grande avanço por estabelecer em sua Carta “a pluralidade societária adotando a forma democrática participativa, representativa e comunitária.”¹⁴⁰

Com relação aos direitos básicos elaborados, kimlicka descreve que os direitos poliétnicos e os direitos de representação são direitos que contribuem para integração nacional, sendo que sua prática não representa maiores problemas e discussões acerca de riscos ao poder político majoritário. No entanto, quando se trata do direito de autogoverno, este representa um grau de risco, pois busca-se desvincular-se o máximo possível do poder central no intuito da promoção dos direitos de autodeterminação destes povos. O direito a autodeterminação se constitui, desta maneira, o grande desafio para a consecução da cidadania diferenciada, pois representa a divisão dentro de um mesmo estado nacional de pluralidade de comunidades políticas, com seus governos, costumes, tradições etc.¹⁴¹

Durante as discussões prévias para adoção da Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas, um debate acalorado sobre o conteúdo e significado da proposta de artigo que reconhecia os direitos à autodeterminação dos povos indígenas representa um grande dilema da sociedade contemporânea. Ao final, reconheceu-se o direito dos povos indígenas à livre determinação no sentido descrito por James Anaya:¹⁴²

Entendida como um direito humano, a idéia essencial da livre determinação é que os seres humanos, individualmente ou como grupos, têm por igual o direito de exercer o controle sobre seus próprios destinos e viver sob as ordens institucionais de governo conforme se projeta. Esta idéia de aplicação universal é a que promoveu o colapso das estruturas coloniais clássicas e que agora pode ser vista como o motor das respostas autorizadas às demandas dos povos indígenas, incluída a adoção da Declaração.

Sobre os direitos individuais e coletivos, o autor defende, ao contrário de alguns teóricos do liberalismo, que os direitos coletivos não se contrapõem aos individuais e que aquele não representa uma contradição aos valores e princípios fundamentais do liberalismo.

¹⁴⁰ BURGOA, Rebeca E. Delgado, Bolívia: Nova Constitución Política Del estado. Conceptos Elementales para su Desarrollo Normativo. Convergência Comunicacion Global, La paz, 2010. p.45-46. “El sistema de gobierno establecido en la Constitución Política del Estado responde ahora a esa pluralidad societaria adoptando La forma democrática participativa, representativa y comunitaria.” (Tradução Nossa)

¹⁴¹ KIMLICKA, op. cit., 2010.

¹⁴² ANAYA, S. James. *El Derecho de Los Pueblos Indígenas a La Libre Determinación tras La Adopción de La Declaración*. Disponível em: http://www.mapuexpress.net/images/publications/9_4_2010_23_11_23_2.pdf. Acesso em 05/02/2015.p.4. “Entendida como un derecho humano, la idea esencial de la libre determinación es que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho de ejercer El control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho. Esta idea de aplicación universal es la que promovió el hundimiento de las estructuras coloniales clásicas y la que ahora puede verse como el motor de las respuestas autorizadas a las demandas de los ueblos indígenas, incluida la adopción de la Declaración.” (Tradução Nossa)

Ao contrário, informa que é necessária a conjugação entre estas duas categorias de direitos para uma efetiva proteção dos direitos humanos.¹⁴³

Importante distinção no que tange aos direitos coletivos diz respeito às restrições internas e proteções externas. Com relação às restrições internas, informa que o grupo nacional pode usar do direito estatal para restringir a liberdade do indivíduo em nome na coletividade. Sobre o assunto:

Mas alguns grupos pretendem impor restrições muito maiores a liberdade de seus membros. Uma coisa é exigir a gente que atue como um jurado que vote, e outra muito distinta é obrigá-la a ir a uma determinada Igreja ou a seguir os papéis tradicionais de gênero.¹⁴⁴

Sobre a proteção externa, esta é caracterizada pelas reivindicações de direitos de grupos étnicos ou nacionais no intuito de restringir a interferência da comunidade política central em sua vida social, política, cultural etc., utilizando-se do aparelho jurídico estatal que os ampara face tais interferências.

A partir desses pressupostos questiona-se sobre a ambigüidade gerada pelos direitos coletivos no que diz respeito à possibilidade de contradições face aos direitos individuais. Esclarece o autor que a coletividade pode exercer plenamente os direitos coletivos independentemente dos individuais quando se tratar das proteções externas, ou seja, quando da reivindicação dos direitos multiculturais em face da sociedade dominante, mas nunca em choque com os direitos individuais de seus membros. Por este motivo, a maioria das reivindicações de grupos minoritários dizem respeito à proteção externa e não a restrições internas, pois estas são facilmente refutadas pelos Estados liberais tendo em vista o fato de não reconhecer direitos que possam ofender os direitos individuais. Por estes motivos, os direitos coletivos são para Kimlicka, insuficientes para lograr êxito na proteção dos direitos das minorias nacionais e étnicas. O fato de ser um termo extremamente abrangente e de não diferenciar o tipo de proteção faz com que seja algo impreciso para salvaguardar os direitos multiculturais. Além disso, entende o autor que os direitos coletivos são efetivados quando da garantia dos direitos individuais, e que aos grupos minoritários devem ser conferidos direitos diferenciados.¹⁴⁵

A proposta liberal ofereceu nos últimos séculos, uma gama de concepções dos direitos das minorias. A tradição socialista no decorrer da história obstaculizou os direitos das minorias em nome dos valores coletivos da sociedade dominante. Entre estes obstáculos, o entendimento de que as diferenças étnicas não têm muita relevância tendo em vista o

¹⁴³ KIMLICKA, op.cit., 2010.

¹⁴⁴ Ibid., 2010, p.59.

¹⁴⁵ KIMLICKA, op. cit., 2010.

pensamento de que a diferença de classes é o problema central da sociedade política e que a justiça social somente pode ser alcançada quando se deixa de valorar as questões étnicas. O pensamento liberal sobre as minorias nacionais e étnicas, embora desenvolvido sob várias perspectivas, foi moldado e influenciado ao longo da história por fatores geopolíticos, econômicos etc., o que acarretou em muitos momentos em visões etnocêntricas e discriminatórias. No entanto, os valores do liberalismo são para Kimlicka os que mais se coadunam com as necessidades dos grupos minoritários, sendo que a liberdade individual está totalmente coerente com a identidade nacional e étnica.¹⁴⁶

No entanto, para Boaventura de Souza Santos¹⁴⁷, o multiculturalismo deve ser um instrumento contra-hegemônico denominado pelo mesmo de multiculturalismo emancipatório. Entende que os direitos para minorias propostos pelos liberais se materializaram por meio dos direitos humanos universais, o que por sua vez são estes direitos a materialização dos valores liberais ocidentais, não se coadunando em muitas situações com a cosmovisão, tradições e valores de outros grupos étnicos e nações.

Da mesma maneira, a cultura para os liberais (em especial para Kimlicka) está diretamente relacionada com os valores do liberal-individualismo, pois o pleno exercício dos costumes, valores e tradições de uma minoria nacional e étnica só poderão ser gozados se preservados os princípios de liberdade e igualdade. Por outro lado, quaisquer que sejam os direitos de minorias que afrontarem os direitos individuais de seus membros, não devem ser aprovados pelos Estados Nacionais. Nesse sentido, entende o autor que o apoio a grupos étnicos extremistas que desconsideram a liberdade de seus membros representaria um grande retrocesso na busca por equidade com relação às minorias. No sentido oposto, quando se garante aos indivíduos o exercício de suas manifestações culturais, está se garantindo o direito das liberdades, tendo em vista que esta é intrínseca ao exercício da cultura do indivíduo e do grupo.¹⁴⁸

Sobre os direitos de autogoverno, Kimlicka¹⁴⁹ entende que os direitos diferenciados de cada grupo seria uma alternativa a ser considerada, tendo em vista as várias manifestações de autogoverno de cada grupo. Para que isso seja funcional, necessário é o desenvolvimento prático da cidadania destes grupos, os quais devem ser ouvidos, considerando-se suas perspectivas políticas, sociais e culturais.

¹⁴⁶ Ibid., 2010.

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N.48, jun, 1997.

¹⁴⁸ KIMLICKA, op. cit., 2010.

¹⁴⁹ Ibid., 2010.

A representação política tradicional, aquela assegurada pelos direitos individuais, se demonstra insuficiente para atender as demandas das minorias nacionais e grupos étnicos, tendo em vista suas peculiaridades grupais. Nesse sentido, uma opção defendida pelo autor seria a substituição da representação política pela representação proporcional destes grupos minoritários. A escolha de representantes que apresente algumas características desejáveis ao grupo como mesma etnia ou nação, não é algo tão facilmente possível, no entanto, é necessário que aqueles que os represente, tenha a devida empatia com o grupo minoritário, conhecendo suas reais necessidades e petições.

Os grupos escolhidos a serem representados devem ser aqueles que já possuem um autogoverno, ou seja, são minorias nacionais consolidadas, bem como os grupos que sofrem discriminação histórica dentro do estado nacional. O número de representantes de cada grupo pode ser escolhido por duas maneiras, ou de maneira proporcional à população do grupo ou pela quantidade necessária para que tenha força de pressão suficiente para lograr êxito em suas reivindicações.

Kimlicka¹⁵⁰ escreve em sua obra que, apesar de ser essencial na democracia liberal, a concessão de direitos aos grupos minoritários, conforme já abordado, um certo limite à tolerância deve ser considerado. Os grupos minoritários devem se submeter aos princípios essenciais do liberalismo como, por exemplo, a liberdade e igualdade nas relações internas e entre os demais grupos. Nesse sentido, a tolerância às minorias vai ao encontro dos valores liberais, mas o conflito instaura-se quando alguns grupos, no exercício de suas convicções étnicas e nacionais, não aceitam se submeter aos valores liberais.

Para a maioria dos teóricos liberais, esta contradição ocasionada por grupos não liberais deve ser solucionada com o entendimento simples de que todos os grupos minoritários deve se submeter aos princípios básicos da liberdade e igualdade, sendo obrigação do Estado à garantia dos direitos civis para seus membros. Entretanto, o autor entende que o Estado deve, ao invés de impor estes valores liberais, estabelecer meios adequados para que estes direitos sejam cumpridos.

O reconhecimento dos direitos diferenciados dos grupos proporciona o exercício da cidadania por parte dos indivíduos que os compõem, de maneira que a sua realização se dá justamente em função de seu pertencimento grupal. Nesse sentido, a cidadania se efetiva quando o indivíduo possui tratamento igualitário diante da lei, o que se será plenamente realizado quando os Estados liberais desenvolverem os mecanismos diferenciados de

¹⁵⁰ Ibid., 2010.

tratamento, tendo em vista atender as peculiaridades das minorias nacionais. Sob esta perspectiva, entende o autor que esta é a maneira de exercer cidadania que integra as minorias, unindo a todos em torno de um bem coletivo maior.

A cidadania diferenciada do modelo tradicional é essencial na busca dos direitos multiculturais, haja vista que o conceito de cidadania fora desenvolvido em um período da história do liberalismo em que se buscava a unidade nacional sem considerar diferenças. Em semelhança a Kimlicka, Francisco Ibarra Palafox¹⁵¹ ensina os motivos causadores da crise da cidadania:

A cidadania como conceito não gerou a representação política adequada; o conceito tradicional tem sido resistente à incorporação dos direitos sócio-econômicos; Negação de cidadania às minorias étnicas e raciais em decorrência do não reconhecimento das diferentes identidades proporcionadas pela diferença.

As reivindicações poliétnicas, bem como as de direitos de representação, expressam o desejo das comunidades de imigrantes de serem integradas à sociedade desenvolvendo o sentido de pertencimento das mesmas. Os países que estabeleceram direitos diferenciados, especialmente o direito de autogoverno, aparentemente demonstram uma instabilidade política maior do que os Estados que não reconhecem as minorias nacionais. Para o autor, ocorre justamente o contrário, pois em se respeitando os valores históricos, cosmovisões, governo etc. destes povos, a satisfação proporcionada evitará conflitos com os mesmos. Nesse sentido, a unidade nacional será mantida quando respeitadas as diversas manifestações culturais e políticas, onde o sentimento de pertencimento e solidariedade promova a identidade maior dos povos.

A globalização tem proporcionado no mundo o fenômeno da afirmação das diversidades, ao contrário de uma homogeneização que a globalização poderia proporcionar. O grande fluxo migratório em todo o mundo levou os Estados nacionais a repensarem suas políticas referentes às minorias étnicas e nacionais de seus países, em sentido contrário a uma política restritiva de diferenças culturais. As reivindicações destas minorias se consubstanciam em legítimas necessidades, sendo uma condição *sine qua non* para a sobrevivência dos valores liberais no contexto global da diversidade.

¹⁵¹ PALAFOX, Francisco Ibarra. **Constitutionalism and Citizenship: Facing the multicultural Challenge.** Mexican Law Review, vol. IV, n°1: “Citizenship as a concept did not generate adequate political representation in governmental bodies; second, the concept of citizenship traditionally has been resistant to the incorporation of socioeconomic rights, and third, it has not recognized the diverse identities generated by ethno-cultural diversity, due to which citizenship status has been frequently denied to minorities.” (tradução nossa)

2.2.3 Kimlicka e a Afirmação da Necessária Leitura do Multiculturalismo Liberal para Concretização de Direitos Humanos

As últimas décadas foram marcadas por grandes avanços democráticos em todas as partes da terra. O colapso da União Soviética, o fim de governos autoritários no leste europeu, ditaduras na América latina, entre outros exemplos, demonstrava que os valores liberais democráticos prevaleceriam e levariam a humanidade a um estágio de paz social. No entanto, observou-se que os conflitos não cessaram e que grande parte deles estão relacionados com problemas de diferenças étnico-raciais. Nesse sentido, Seyla Bem Habib¹⁵² leciona que as políticas de identidade e reconhecimento das diferenças são necessárias para pacificar os conflitos contemporâneos, sendo este um “problema político de escala global.”

Diferentemente do que ocorria até a segunda metade do século XX onde os problemas da humanidade estavam relacionados com riquezas e posição política, em uma disputa entre burgueses e proletários, a pauta de luta da sociedade global é sobre temas como aborto, direitos dos homossexuais, discriminação racial, direito das mulheres, direitos de minorias entre outras, tendo uma multiplicidade de novos atores envolvidos.¹⁵³

Entre estes novos atores, destacam-se os povos indígenas, os quais não desejam uma revolta face ao Estado Nacional, mas busca fazer com que seus direitos de autonomia política, liberdades e igualdade de direitos sejam atendidos. A pressão proporcionada pelas minorias étnicas e raciais tem levado nas últimas décadas a diversas mudanças constitucionais, no intuito de maior representação política das minorias e o estabelecimento de princípios normativos que traga equidade entre a sociedade majoritária e as minorias.¹⁵⁴

Por conta de novos desafios, os direitos humanos se desenvolveram proporcionando uma maior abrangência de salvaguardas de direitos de minorias étnico-culturais. O multiculturalismo é pauta das agendas de grande parte dos estados nacionais, fato que “é refletido na propagação de um largo espectro de direitos das minorias, tais como reivindicações de terras e de autogoverno para os povos indígenas, direitos lingüísticos e de autonomia regional para minorias nacionais [...]”¹⁵⁵

Da mesma maneira, os instrumentos de proteção de direitos humanos internacionais vêm incluindo em seus dispositivos direitos e princípios que atendam as demandas e

¹⁵² BENHABIB, Seyla. *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

¹⁵³ Ibid., 1996.

¹⁵⁴ PALAFOX, op. cit.

¹⁵⁵ KIMLICKA, WILL. *Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.217.

peculiaridades dos Estados multiculturais, fato já visto no capítulo anterior. Tendo em vista que a colonização, os fluxos imigratórios e o fenômeno da globalização proporcionaram a multietnicidade na maior parte do globo terrestre, necessitando, desta maneira, de proteção internacional aos direitos multiculturais. Essa transformação a que passa o sistema jurídico internacional, bem como os nacionais, refletem a mudança de uma visão integracionista e homogeneizante, as quais visavam à assimilação forçada no intuito de nações sem diferenças etno-culturais.

Essa mudança de entendimento é fruto de transformações sociais, as quais são essenciais para uma ética emancipatória dos direitos humanos de modo geral, desta feita, “é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena.”¹⁵⁶

O processo de reconhecimento das diferenças constitui-se em um longo processo histórico, o qual vem logrando êxito nas últimas décadas, haja vista os séculos de discriminação e atrocidades que ocorreram em todas as partes do globo.

Entretanto, o reconhecimento de uma visão multicultural por parte das Nações Unidas e grande parte dos Estados têm gerado inúmeros debates e críticas no campo teórico. Alguns liberais críticos do multiculturalismo entendem que tais políticas representam retrocesso no que diz respeito à salvaguarda de direitos humanos, pois de acordo com tais teóricos, o reconhecimento das diferenças proporcionaria a aceitação de violações de direitos humanos em nome do respeito à diversidade. Outros consideram que o multiculturalismo liberal representa a negação dos valores liberais universalmente reconhecidos em prol de um relativismo cultural, onde aqueles deveriam sofrer limitações em detrimento deste.¹⁵⁷

Will Kimlicka¹⁵⁸ entende que o multiculturalismo, ao contrário das críticas, constitui-se em uma extensão da revolução dos direitos humanos, estando totalmente compatível com os valores liberais. Desta feita, somente é possível a aceitação das diferenças em uma sociedade igualitária e justa, tratando desigualmente os desiguais para alcançar a igualdade.

Embora pertencente à corrente do multiculturalismo denominada de comunitarista, mas que também é de linha liberal, Charles Taylor defende a essencialidade da proteção multicultural, ensinando que a identidade do indivíduo se constitui a partir de interações sociais, onde este se define a partir de um processo de troca de informações, ou seja, um processo dialógico em que irá proporcionar sua percepção como indivíduo. Nesse diapasão,

¹⁵⁶ PIOVESAN, op.cit., p.300

¹⁵⁷ KIMLICKA, op. cit., 2010, p.217-218.

¹⁵⁸ Ibid, 2010, p.218.

somente em uma sociedade democrática e liberal é possível o desenvolvimento da identidade individual:

Segundo Taylor, a identidade humana é criada dialogicamente, como reação às nossas relações. Incluindo os próprios diálogos com os outros. Assim, a dicotomia apresentada por alguns teóricos políticos, entre indivíduos formados atomisticamente e indivíduos formados socialmente, é falsa. Se a identidade humana é dialogicamente criada e constituída, então o reconhecimento da nossa identidade exige uma política que nos dê espaço para decidirmos publicamente sobre todos aqueles aspectos da nossa identidade que partilhamos ou, pelo menos, potencialmente, com outros cidadãos.¹⁵⁹

Ainda segundo Taylor¹⁶⁰, o liberalismo não é o instrumento de pacificação de todas as culturas, mas sim a representação política das mesmas. O princípio basilar da igualdade no liberalismo promove o entendimento e o reconhecimento de que todas as culturas devem coexistir e dar sua contribuição para o desenvolvimento da sociedade.

Embora possa ser observado que muitos países e povos utilizam-se de seus valores culturais para perpetuação de discriminações e demais violações de direitos humanos, o multiculturalismo genuíno é para kimlicka¹⁶¹, fruto dos valores universalmente consagrados da liberdade e igualdade. Desta feita, os instrumentos internacionais estabelecidos, como a Convenção 169 da OIT, a Declaração sobre eliminação de todas as Formas de Discriminação etc., estabelecem em seus textos limitações ao exercício da multiculturalidade, sendo este limite o total respeito aos direitos humanos universalmente reconhecidos.

Para os liberais, a idéia de igualdade entre os seres humanos é decorrente, como já mencionado, do processo de desenvolvimento dos direitos humanos, e, portanto, o reconhecimento da igualdade racial e de gênero não é algo antigo. Sabe-se que quase todos os países, até mesmo os de matrizes liberais, praticavam e aceitavam discriminações de raça e gênero antes da DUDH. Nesse sentido, “o racismo ao redor do mundo era largamente aceito socialmente, amparado politicamente, apoiado economicamente, justificado intelectualmente e tolerado legalmente”.¹⁶²

Desta feita, somente após a Segunda Grande Guerra, e com a conseqüente Declaração Universal dos Direitos Humanos é que a idéia de multiculturalismo foi difundida e incorporada amplamente nas constituições nacionais. O processo de descolonização ocorrido no século passado foi também fruto de uma realidade incompatível com os valores reconhecidos pelas nações colonizadoras. Da mesma maneira a segregação racial que ocorrera nos Estados Unidos e África do Sul, bem como em vários países democráticos, foram

¹⁵⁹ GUTMANN, Amy. *Multiculturalismo: Examinando a Política de Reconhecimento*. Trad. Marta Machado. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 1994.

¹⁶¹ KIMLICKA, op. cit., 2010.

¹⁶² *Ibid.*, 2010, p.221.

confrontados com os direitos étnicos e raciais encontrados nos instrumentos internacionais de proteção.¹⁶³

Os valores liberais expressados através da luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, como exemplo a luta pela igualdade racial, foi de fundamental importância para que as lutas por direitos étnicos se espalhassem ao redor do mundo. Desta feita, o liberalismo dos direitos civis se transformou em uma grande ponte para a difusão das idéias do multiculturalismo, sendo isso mais uma prova de que a expansão dos direitos à diferença é uma evolução dos princípios e valores liberais.

No entanto, os valores difundidos pela luta contra a discriminação racial nos EUA e demais lutas baseadas nos direitos civis não são suficientes para respaldar o fim de discriminações étnicas e raciais em diversas situações. Nas Américas, por exemplo, ocorreu um processo de assimilação forçada dos povos indígenas que nela habitavam, despojando-os de suas manifestações culturais, ou em outros casos em que minorias étnicas de imigrantes acabam por serem discriminados pela sociedade majoritária. Em todos os casos, a solução proposta por Kimlicka é uma cidadania multicultural garantida por meio de direitos específicos de minorias. Nesse sentido, o autor afirma que “a luta por estes direitos diferenciados das minorias deve ser entendido como uma adaptação local do liberalismo dos direitos civis e, portanto, como um novo estágio do desdobramento da revolução dos direitos humanos.”¹⁶⁴

Para Francisco Ibarra Palafox,¹⁶⁵ o debate sobre cidadania é condição necessária para que as minorias logrem êxito em suas reivindicações. Afirma Palafox que “A cidadania sofre transformações na forma que foi originalmente concebida, pois o modelo tradicional não cumpre a expectativa das sociedades multiculturais contemporâneas.” Desta forma, a cidadania constitui-se meio para garantir os direitos multiculturais das minorias e também para fazer com que estas tenham uma integração com a sociedade majoritária sem desrespeitar suas diferenças.:

Em todos os três estágios dessa luta contra a hierarquia étnica e racial, o que importa não é a mudança do direito internacional per se, a qual possui pouco impacto na vida diária da maioria das pessoas. A mudança real foi na consciência das pessoas. Os membros de grupos historicamente subordinados hoje demandam igualdade, e demandam-na como um direito. Eles acreditam que eles possuem o direito à igualdade, e possuem o direito a ela agora, não em um futuro **indefinido e distante**.

¹⁶⁶

¹⁶³ Ibid., 2010, loc.cit.

¹⁶⁴ Ibid, 2010, p.223.

¹⁶⁵ PALAFOX, op. cit.,

¹⁶⁶ KIMLICKA, loc.cit.

Nesse mesmo sentido, leciona Flávia Piovesan ¹⁶⁷ que “torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades.” Sob esta perspectiva se torna insuficiente a proteção internacional tradicional, caracterizada por ser uma proteção genérica. São necessários instrumentos internacionais de proteção que leve em consideração a vulnerabilidade dos grupos minoritários.

A igualdade material é requisito essencial para consecução dos direitos das minorias, sendo esta igualdade proporcionada por meio do reconhecimento das diferenças raciais, étnicas, de gênero etc. Somado a isso, uma política de redistribuição é necessária tendo em vista as diferenças socioeconômicas que anos de discriminação e marginalização social proporcionaram. De acordo com Nancy Fraser, é necessário “o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento.” ¹⁶⁸

Com relação aos limites necessários ao multiculturalismo, no que diz respeito a violações dos princípios liberais democráticos em nome do respeito à cultura e diversidades, o limite imposto são os próprios valores democráticos consagrados universalmente. A população dos estados democráticos não estaria disposta a apoiar mudanças protetivas de direitos de minorias que violassem os princípios supracitados. Portanto, a reforma do multiculturalismo foi um desenvolvimento dos direitos humanos universais, as quais proporcionaram que as minorias étnicas e raciais conquistassem seus direitos, porém, limitados aos valores liberais-democráticos:

De fato, a revolução dos direitos humanos é uma espada de dois gumes. Ela criou o espaço político para que grupos étnico-culturais contestassem hierarquias herdadas. Mas ela também exige que os grupos proponham suas reivindicações em uma linguagem muito específica – a saber, a linguagem dos direitos humanos, do liberalismo dos direitos civis e do constitucionalismo democrático, com as suas garantias de igualdade de gênero, liberdade religiosa, não-discriminação racial, devido processo e assim por diante. ¹⁶⁹

Dessa maneira, a certeza de que as minorias étnico-raciais não irão violar os princípios constitucionais e democráticos assenta-se, além do consenso construído na sociedade acerca da inquebrantabilidade ¹⁷⁰ de tais valores, nos mecanismos legais desenvolvidos, tanto nacionais quanto internacionais de proteção dos mesmos.

¹⁶⁷ PIOVESAN, op.cit., p.301

¹⁶⁸ FRASER apud PIOVESAN, op.cit., p.302.

¹⁶⁹ KIMLICKA, op.cit., p.225.

¹⁷⁰ *Sobre a norma constitucional, afirma Hesse (1991, p.14) que “[...] a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.* Neste sentido, sobre esta pretensão, deve-se levar em consideração todos os aspectos sociais que a norma deve regular, porém isto não deve ser considerado de forma autônoma com o objetivo de eficácia da norma. Informa que a “constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser, ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” (HESSE, 1991, p.15),

Nesse sentido, além dos instrumentos do sistema Universal dos Direitos humanos, os quais estabelecem os alicerces da proteção dos direitos humanos e com extensão aos direitos diferenciados para minorias étnico-raciais, os sistemas regionais de proteção vêm desempenhando função extremamente relevante na proteção dos direitos das minorias, em especial o sistema interamericano na defesa dos direitos dos povos indígenas das Américas, o que será aprofundado mais adiante.

Além disso, nas palavras de Kimlicka¹⁷¹, a constitucionalização democrática e as normas de direitos humanos exercem uma atração gravitacional sobre a população a qual está inserida neste sistema. O fluxo migratório ocorrido em diversos países como Estados Unidos e Canadá demonstraram que estes grupos étnicos que vinham de experiências não democráticas, aderiram com facilidade aos valores liberais. A esse processo de respeito às diferenças, em sentido contrário do que ocorrera no passado com relação às minorias étnicas, o autor denomina de cidadanização. Nesse sentido, as demandas das diferenças étnicas e raciais existente em uma sociedade multiétnica não deve ser ignorada e nem forçada a ser integrada, mas é necessário o reconhecimento das mesmas, as quais devem sempre passar pelos crivos do constitucionalismo democrático, dos direitos humanos e das liberdades civis.

O multiculturalismo liberal está em sentido oposto ao multiculturalismo tradicional. O multiculturalismo tradicional, “diz-se, é sobre cultura, e cultura é fundamentalmente sobre tradições ancestrais, então “acomodar diversidade cultural” é essencialmente uma questão de preservar estilos de vida tradicionais.”¹⁷². Alinham-se a este posicionamento os comunitaristas, os quais “acreditam que as práticas culturais dos membros do grupo são essenciais para a identidade do grupo e, portanto, para a identidade dos membros individualmente considerados, e devem ser harmonizados e protegidos por políticas multiculturais.”¹⁷³

De acordo com o multiculturalismo liberal, as práticas e identidades das minorias nacionais e étnicas devem ser tocadas e transformadas no exato ponto em que estes não se coadunam com os princípios liberais. Grupos que possuem em sua tradição, práticas que atentam contra tais valores como autoritarismo, segregação, discriminação feminina entre outras, devem renunciar estas práticas em prol dos valores democráticos e dos direitos

assegurando assim que os fatores sociais e políticos estejam ordenados e conformados à constituição. Hesse (1991, p.16) conclui este raciocínio afirmando que “[...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.)

¹⁷¹ KIMLICKA, op. cit., p.229

¹⁷² Ibid., 2010, p.232.

¹⁷³ Ibid., 2010, p.232.

humanos. Muitas dessas práticas foram fomentadas em decorrência de um histórico de segregação a estes grupos, fato que pode ser contornado com os direitos multiculturais a serem adotados, os quais eliminariam as práticas indesejadas, preservando, todavia, a essência de sua cultura.¹⁷⁴

Kimilicka, resume sobre o multiculturalismo tradicional que:

Interpretar o multiculturalismo como um direito de preservar tradições culturais autênticas acarreta diversos perigos potenciais: pode inibir relações construtivas entre as culturas (por privilegiar pureza cultural em detrimento do hibridismo cultural); pode erodir a liberdade dos indivíduos dentro dos grupos (ao privilegiar elites autoritárias e conservadoras em detrimento de reformadores internos); pode invocada para negar a existência dos direitos humanos universais e pode ameaçar o espaço de debate civil e de negociação democrática sobre os conflitos culturais.¹⁷⁵

Para Kimlicka¹⁷⁶, as bases das mudanças na concepção multicultural das nações democráticas e do direito internacional, não são a partir do multiculturalismo tradicional ou crítico, mas sim no multiculturalismo liberal. As políticas públicas adotadas pelos estados democráticos foram sempre apoiadas e respaldadas por idéias liberais, de outra feita, não teriam sido adotadas. Assim também as regras do direito internacional de base multicultural são fruto do desenvolvimento dos direitos humanos, fundadas sob os valores constitucionais democráticos, dos direitos civis e direitos humanos universalmente reconhecidos.

2.2.2 Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico: A Concepção Pós-Colonialista de Direitos Humanos

A composição multicultural da sociedade e o reconhecimento da diversidade são temas que ganharam grande destaque nas últimas décadas, mas que no campo fático não têm logrado o mesmo êxito no que tange ao reconhecimento e proteção. Para um projeto social de reconhecimento e emancipação, o multiculturalismo deve ser concebido a partir de diálogos interculturais que proporcionam o reconhecimento e respeito mútuos entre as culturas, excluindo-se totalmente projetos de integração e homogenização.

Da mesma maneira, o reconhecimento de direitos que emergem da sociedade e que estão para além do direito oficial é condição essencial para efetividade de direitos em uma sociedade multicultural.

Nesse sentido os temas multiculturalismo e pluralismo jurídico devem ser analisados de maneira conjunta, pois a noção de direito emanada da sociedade deve lograr êxito em

¹⁷⁴ Ibid, 2010.

¹⁷⁵ Ibid., 2010, p.236.

¹⁷⁶ Ibid., 2010.

atender direitos e no reconhecimento das diferenças na sociedade. Para tanto, abordar-se-á nestas próximas subseções a perspectiva contra-hegemônica de multiculturalismo, a qual não pode estar dissociada do conceito de pluralismo jurídico.

2.2.2.1 O Multiculturalismo e Interculturalidade como Prática Contra-hegemônica de Direitos Humanos

Sob este ponto de vista, necessário se faz uma análise do multiculturalismo que transcenda a concepção de multiculturalismo como fenômeno, sendo esta concepção a análise de culturas, etnias e raças convivendo no mesmo tempo e espaço. A análise a ser feita, diz respeito ao multiculturalismo como “as formas possíveis de articular esta pluralidade cultural na multidão de âmbitos nos quais este fenômeno produz conflitos nas sociedades democráticas contemporâneas.”¹⁷⁷

De acordo com o pensamento crítico do multiculturalismo, o capitalismo se tornou o grande precursor dos direitos humanos internacionais, manipulando-o ao longo das décadas, de acordo com as conveniências econômicas e geopolíticas. Diversas violações de direitos humanos não foram devidamente investigadas e punidas pelos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos por falta ou por interesses econômicos.

No entanto, o fenômeno da globalização que proporcionou o maior contato entre as culturas acarretou em mudanças nos valores que dizem respeito à diferença e identidade. Assim, “em décadas recentes têm surgido novos agentes sociais e políticos, e se têm revalorizado o papel de outros agentes: povos indígenas, grupos de imigrantes, movimentos ecológicos, de gênero, de homossexuais [...]”¹⁷⁸

Em resposta ao poder hegemônico e por meio de diversas lutas em defesa de minorias, sejam elas étnicas, raciais e sociais foram desenvolvidas diversas práticas contra-hegemônicas de defesa de direitos humanos, por meio do que Boaventura denominou de diálogo intercultural de direitos humanos. Nesse sentido, busca-se por meio de discursos e instrumentos anti-capitalistas, a promoção dos diversos entendimentos entre os povos sobre

¹⁷⁷ RIDRIGUEZ, Ángel Rivero. *Crítica Del Libro. El Multiculturalismo e la Política de Reconocimiento*. p.203. Disponível em: [file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/221-221-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/221-221-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 20/01/2015. “A su vez, el multiculturalismo como problema hace referencia a las formas posibles de articular esa pluralidad cultural en la multitud de âmbitos en los que este fenómeno produce conflictos en las sociedades democráticas contemporâneas.” (Tradução Nossa)

¹⁷⁸ OLIVÉ, Leon. *Los Retos de Las Sociedades Multiculturales: Interculturalismo y Pluralismo*. Cuadernos Inter c.c.mbio, Año 8, n.9, 207-227, p.209

dignidade humana ao reconhecimento global, em detrimento dos localismos globalizados propostos pelos direitos humanos tradicionais.

O multiculturalismo nesta proposta emancipadora se torna instrumento essencial diante da dificuldade da estrutura tradicional de direitos humanos em atender a pluralidade de demandas sociais da contemporaneidade. Afirma Antônio Carlo Wolkmer sobre o multiculturalismo que “abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença de uma vida com maior identidade, autonomia e dignidade.”¹⁷⁹

Partindo-se desse entendimento, o multiculturalismo emancipatório pressupõe a coexistência entre culturas diferentes, sejam elas majoritárias ou minoritárias, onde o reconhecimento dos direitos à diversidade prevalece em face da homogeneização, ocorrendo ainda um diálogo intercultural que promove o desenvolvimento social.

O multiculturalismo tradicional assenta-se na idéia de reconhecimento das diferenças, mas sem abrir mão da prevalência da cultura eurocêntrica sobre as demais. Foram construídos pelos valores ocidentais liberais a idéia de que seus princípios constituem no maior desenvolvimento do pensamento humano, seja na área econômica, cultural ou social, e, portanto, seus valores devem ser universalmente reconhecidos. Nesse sentido, o multiculturalismo conservador reconhece que outras culturas podem acrescentar algo à cultura ocidental, mas a cultura ocidental possui preeminência por estar alicerçada nos direitos humanos universais.¹⁸⁰

A crítica do multiculturalismo emancipatório ao multiculturalismo conservador assenta-se ainda no fato que este último não reconhece que sua cultura está também assentada em particularismos, reconhecendo somente os particularismos de outras culturas, as quais devem ser reconhecidos. Isso é para esta corrente um grande empecilho para concretização de direitos humanos, pois cada sociedade pressupõe que sua cultura seja mais completa que as demais, fato que é normal tendo em vista a pluralidade cultural. Por isso, “aumentar a consciência de incompletude cultural até seu máximo possível é uma das tarefas mais cruciais para construção de uma concepção multicultural de direitos humanos.”¹⁸¹

Em sentido oposto ao multiculturalismo liberal, a interculturalidade assenta-se em uma política de igualdade, no sentido que todos devem ter acesso a uma vida digna através de uma

¹⁷⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade. Revista Sequência, nº 53, p.113-128. Dez.2006. p.117.

¹⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Dilemas de Nosso Tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. (entrevista com Boaventura de Sousa Santos)*. Currículo Sem Fronteiras. V.3, n.2, p.5-23. Jul/2003.

¹⁸¹ SANTOS, op.cit., 1997, p.22.

redistribuição de renda que supra todas as necessidades da população de maneira igualitária. Por outro lado, tendo em vista que as políticas de igualdade não atendem demandas de reconhecimento de minorias, sejam elas raciais, étnicas ou sexuais, as quais sofrem discriminações diversas face às majorias. O multiculturalismo emancipatório ou concepção intercultural de direitos humanos traz consigo, além de uma política igualitária, uma política de reconhecimento das diferenças.¹⁸²

Direitos humanos que produzam efetiva proteção devem, desta maneira, estar fundamentados em um multiculturalismo que reconhece a incompletude das diversas culturas, estabelecendo-se uma relação de reciprocidade na absorção dos diversos conceitos de dignidade humana. Segundo Boaventura de Souza Santos¹⁸³:

[...] estas são premissas de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e se constitui em redes de referências normativas capacitantes.

Para os teóricos do multiculturalismo contra-hegemônico, necessário se faz o tratamento diferenciado das minorias e dos países colonizados para que a discriminação e menosprezo cultural histórico sejam amenizados. Ao invés de um universalismo homogeneizante, o diálogo intercultural deve ser experimentado, considerando e aprendendo por meio das diversidades. Da mesma maneira, os valores liberais tidos como absolutos devem ser revisitados tendo em vista a multiplicidade de valores individuais e coletivos dos povos.

2.2.2.2 Pluralismo Jurídico: Um Diálogo Necessário para Concretização de Direitos Humanos

Com o fim do absolutismo e advento dos Estados liberais burgueses, são adotados pelos Estados liberais os ideais humanistas, os quais se respaldavam no direito natural do homem, dando origem também às constituições modernas. Portanto, os ideais iluministas foram o grande combustível para a mudança de um dogmatismo medieval para um direito voltado à razão e aos valores humanos individuais. Nesse sentido, foram estabelecidas as bases dos Estados Nacionais modernos, privilegiando-se direitos individuais como liberdade e propriedade.

A idéia de Estado Nacional soberano surge neste mesmo período, de maneira que o direito é diretamente influenciado por este pensamento. Por esse entendimento, o direito

¹⁸² SANTOS, op., cit., 2003, p.12.

¹⁸³ SANTOS, op. cit., loc. cit.

emana somente do Estado, característica do pensamento liberal-individualista denominado de monismo jurídico.

Grande representante deste momento histórico e considerado como o último dos pensadores modernos, Hans Kelsen¹⁸⁴ propõe uma teoria que se insere profundamente no pensamento jurídico ocidental. Com grande influência dos valores renascentistas e humanistas, propõe uma teoria jurídica separada de tudo aquilo que é estranho ao direito, estabelecendo seu manifesto metodológico.

A pureza da direito proposta por Kelsen diz respeito a uma teoria que investigue a ciência jurídica com um objeto de estudo definido, qual seja, o saber sobre o que é e como deve ser o Direito. O manifesto metodológico proposto por Kelsen, diz respeito à separação do estudo do Direito das demais ciências, bem como a clara separação entre direito e moral, no intuito de alcançar uma pureza científica no estudo jurídico. Nas palavras de Kelsen¹⁸⁵:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do direito, isso significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental.

Kelsen¹⁸⁶ tenta “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os seus limites que lhe são impostas pela natureza de seu objeto”, não deixando de considerar a importâncias das outras ciências, mas considerando que a validação da teoria do direito se dá pela total separação de outras ciências.

A partir do princípio metodológico fundamental Kelsen ensina que, apesar do Direito ser claramente instrumento de políticas e estar diretamente relacionado a fatores sociais, a ciência jurídica não necessita de elementos externos ao direito para analisar o fenômeno jurídico.

Destarte, o monismo jurídico imperou nos ordenamentos jurídicos dos estados modernos, fato que influencia até os dias atuais a forma de pensar o direito. Todavia este modelo enfrenta seu esgotamento diante das demandas contemporâneas. A dificuldade do positivismo jurídico em resolver conflitos advindos de problemas socioeconômicos, bem como o fenômeno do multiculturalismo levou a um repensar das diversas fontes do direito. Antônio Carlos Wolkmer¹⁸⁷ leciona que essa ruptura significa:

[...] repensar um projeto social e político contra-hegemônico, capaz de reordenar as relações tradicionais entre Estado e Sociedade, entre universalismo ético e

¹⁸⁴ KELSSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

¹⁸⁵ Ibid., 2003, p.01.

¹⁸⁶ Ibid., 2003, p.02.

¹⁸⁷ WOLKMER, op.cit., p.113.

relativismo cultural, entre a razão prática e a filosofia do sujeito, entre o discurso de integração e de diversidade, entre as formas convencionais de legalidade e as experiências plurais não-formais de jurisdição.

A partir desse pensamento, considera-se essencial a participação da sociedade na produção e difusão do direito, possibilitando que haja maior legitimidade à produção jurídica estatal. Nesse sentido, são acrescentados novos conceitos e valores que expressam a diversidade cultural da sociedade, resignificando conceitos tradicionais como propriedade, dignidade humana, diferença etc. O direito, a partir dessa concepção, se traduz em instrumento protetivo das mazelas sociais produzidas pela globalização e pelo capitalismo financeiro, significando um “repensar politicamente o poder de ação da comunidade, o retorno dos agentes históricos, o aparecimento inédito de direitos relacionados às minorias e à produção alternativa de jurisdição, com base no viés interpretativo da pluralidade de fontes.”

188

O liberalismo econômico pressupõe a interferência do poder do capital financeiro em todas as esferas do poder. Diante disso, o poder estatal restou insuficiente e em alguns momentos ilegítimo para dirimir os conflitos sociais contemporâneos. Portanto, para os defensores de um multiculturalismo a partir de uma concepção intercultural, o pluralismo das fontes de direitos traz respostas mais precisas e legítimas no que diz respeito a políticas de reconhecimento de diferenças e direitos humanos no sentido amplo.

Outrossim, Boaventura de Souza Santos ¹⁸⁹ ensina que a hermenêutica crítica do pensamento jurídico moderno constitui-se em uma ferramenta essencial para uma visão ampla sobre o fenômeno jurídico. Essa hermenêutica crítica pressupõe um pensamento que transcenda a tradição jurídica moderna, redescobrando a pluralidade das relações sociais como origem de direitos. Essa pluralidade de relações sociais e conflituais que geram relações jurídicas são negadas pela tradição universalista moderna, que reivindica para si, através do direito formal estatal, a exclusividade da ciência jurídica.

Para o entendimento do pluralismo jurídico necessário se faz entender que o direito é contextual, ou seja, são os contextos sociais que vão possibilitar o aparecimento do fenômeno jurídico, dentro de um espaço e tempo. Desta maneira, para romper com o monopólio estatal da produção do direito se faz necessária a hermenêutica crítica que leva em consideração os contextos sociais que geram produção jurídica. Esses contextos principais são identificados

¹⁸⁸ Ibid, 2006, p.114.

¹⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Pars um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito*. Revista Crítica de Ciências Sociais. n.3, junho/1990.

por Boaventura de Souza Santos ¹⁹⁰ como o contexto doméstico, contexto da produção, contexto da cidadania e o contexto da mundialidade.

Boaventura de Sousa Santos ¹⁹¹ ensina ainda que “cada um destes contextos é um mundo da vida servido por um saber comum, é, em suma, uma comunidade de saber”, que se traduzem também em uma série de saberes jurídicos. Estes contextos jurídicos se inter-relacionam e confrontam-se para a produção do direito, tendo na negociação das relações a sua forma de instituir o direito. Entre os contextos, prevalece o contexto da cidadania, que impõe-se diante dos outros através de uma negociação autoritária, e, por se constituir como direito oficial, interfere no direito dos demais contextos. Essas negociações interferem diretamente no direito real da sociedade e quanto maior o poder negocial de um contexto perante o contexto da cidadania, maior é sua interferência na realidade social.

Desta feita, o conceito de pluralidade jurídica reside no fato de que o direito oficial, representado pelo contexto da cidadania, apesar de prevalecer ante os demais contextos e direitos, pelos motivos já mencionados, encontra-se obrigado a dividir o poder jurídico com as outras formas de direito gerados pelos diferentes contextos.

As várias formas de direitos produzidas pelos diversos contextos sociais levam ao entendimento de que cada indivíduo, sujeito de direito, está inserido em uma determinada ordem jurídica, a qual Boaventura de Souza Santos ¹⁹² denomina de rede de legalidade. Essa rede de legalidade se caracteriza por uma comunidade jurídica e uma prática social nas quais o indivíduo está inserido. A prática social do indivíduo se traduz em uma série de misturas de concepções jurídicas e regras de diferentes naturezas, ou seja, múltiplas redes de juricidade que se cruzam, se interpõe, se misturam. Portanto, o conceito de interlegalidade se assenta nestes cruzamentos entre redes de legalidade que afetam diretamente o indivíduo, levando a uma determinada prática social.

No contexto latino-americano, o pluralismo jurídico se faz essencial para concretização de direitos. Tendo em vista as suas peculiaridades como o processo de exploração colonialista que sofreu, o grande fluxo migratório, as nações indígenas e populações tradicionais etc., direitos como autonomia, igualdade material, diferença, multiculturalidade somente são efetivados quando pensados a partir de um pluralismo jurídico

¹⁹⁰ Ibid., 1990.

¹⁹¹ Ibid., 1990, p.34.

¹⁹² Ibid., 1990.

e democrático. Nesse sentido, o pluralismo jurídico de consubstancia-se em “princípio de legitimidade política, jurídica e cultural.”¹⁹³

León Olivé¹⁹⁴ assevera que o pluralismo jurídico como posição filosófica é condição essencial para o desenvolvimento de um projeto comum de nação. O projeto de nação que leva em consideração as práticas culturais e valores dos diversos povos que a compõe e o conseqüente desenvolvimento dos direitos humanos estabelece alicerces sólidos para consolidação deste projeto. Para tal intento afirma ainda o autor que “é necessário enfrentar duas posições extremas sobre as normas, os valores e os critérios de decisão no âmbito das crenças e o conhecimento assim como a ética: o absolutismo e o relativismo.”¹⁹⁵

Outrossim, a análise do pluralismo jurídico na perspectiva jurídico-antropológica implica em uma abordagem mais ampla do fenômeno citado, tendo em vista seu olhar relativizante do direito estritamente estatal, permitindo uma melhor compreensão das relações multiculturais, e, mais especificamente, do multiculturalismo peculiar latino americano por sua ampla composição multiétnica.¹⁹⁶

Para Wolkmer, o surgimento de uma nova concepção de direitos que se funde com a sociedade, revela-se no melhor instrumento para reconhecimento e efetividade de direitos em uma sociedade multicultural. A isso o autor denomina de processo comunitário-participativo, sendo este o meio de formulações de políticas públicas e mudanças legais que devem reger as relações plurais da sociedade atual. É nesse exato ponto que há a fusão entre os temas multiculturalismo e pluralismo jurídico, pois, “o pluralismo como valor aberto e democrático, que representa distinções, diversidade e heterogeneidade, tem no multiculturalismo uma de suas formas possíveis de reconhecimento e articulação das diferenças culturais.”¹⁹⁷

Nesse sentido, o diálogo intercultural é essencial em um ambiente plural e multicultural. O reconhecimento de que nenhuma cultura é absoluta e que a relação de reciprocidade entre as culturas proporciona o desenvolvimento social, é condição necessária no ambiente democrático e multicultural. O diálogo intercultural, por sua vez, pressupõe que:

Não há interculturalidade se não há uma cultura comum, uma cultura compartilhada. Qual é a cultura compartilhada nas sociedades plurinacionais? É a maneira específica de como cada sociedade organiza sua plurinacionalidade, sua convivência plurinacional. É dizer, é a nação compartilhada, a cultura comum, a cultura

¹⁹³ WOLKMER, op. cit., 2006.

¹⁹⁴ OLIVÉ, op. cit.

¹⁹⁵ OLIVÉ, op. cit., p.217. “es necesario enfrentar dos posiciones extremas sobre las normas, los valores y los criterios de decisión en el ámbito de las creencias y el conocimiento así como en la ética: el absolutismo y el relativismo.” (Tradução Nossa)

¹⁹⁶ SILVA, Paulo Tadeu Gomes. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p.113-138, outubro/2008

¹⁹⁷ WOLKMER, op. cit., p.119.

compartilhada. É desta maneira como estas sociedades vão criando formas de convivência intercultural de maneira específica.¹⁹⁸

Para os defensores do pluralismo jurídico e concepção intercultural de direitos humanos, deve-se questionar a formação individualista e liberal da concepção tradicional de direitos humanos. A globalização e a ordem internacional vigente impõem às demais culturas direitos humanos que nada mais são do que a representação do pensamento sobre a supremacia cultural do ocidente.

Boaventura de Souza Santos¹⁹⁹ propõe uma concepção de direitos humanos como práticas micro-revolucionárias. Nesse sentido, os direitos humanos constituem-se como uma luta de natureza civil, social e política, e estas, em consequência, devem ser levadas aos vários espaços sociais. Esta prática de direitos humanos, que excede o direito estatal, encontra abrigo nas mais diversas formas de direito para além do direito estatal, privilegiando a negociação em detrimento da ruptura.

Para o desenvolvimento dos direitos humanos é necessário o reconhecimento dos problemas étnicos, raciais e de minorias a que a sociedade global está inserida. Por conta disso, o multiculturalismo está intrinsecamente relacionado com todas as modernas políticas de direitos humanos, bem como é tema central entre os teóricos dos direitos humanos, sejam de linha liberal, crítica, antropológica etc.

A importância dada pelo direito internacional aos direitos econômicos, sociais e culturais proporcionou também uma reinterpretação destes mesmos direitos. Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram inicialmente concebidos a partir de uma perspectiva individualista, passando recentemente uma leitura coletiva e multicultural.

Em tempos atuais, as sociedades requerem mais intensamente uma relação social que respeite a pluralidade cultural presente na sociedade. Assim, o multiculturalismo não é um fenômeno novo, resultado da contemporaneidade, mas a exigência social do respeito destes valores é cada vez mais forte, visando ao total rompimento com as tradicionais políticas de homogeneização e integração das nações.²⁰⁰

¹⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Reinvencción Del Estado y El estado PLurinacional*. Santa Cruz de La Sierra: Talleres Gráficos Kipus, 2007. p.18. “No hay interculturalidad si no hay una cultura común, una cultura de como compartida. ¿Cuál es la cultura compartida en las sociedades plurinacionales? Es la manera específica de cómo cada sociedad organiza su plurinacionalidad, su convivencia plurinacional. Es decir, es la nación compartida, la cultura común, la cultura compartida. Es de esta manera cómo estas sociedades van creando formas de convivencia intercultural de manera específica.” (Tradução Nossa)

¹⁹⁹ Id. 1990. p.37.

²⁰⁰ RODRIGUES, op. cit., 1996.

Como resultado do processo de globalização e a quebra de fronteiras pelos meios de comunicação, o multiculturalismo produz uma sociedade com novas características e que marca um momento de interação cultural sem precedentes na história:

Na África, Ásia e América Latina, coexistem traços desta nova sociedade junto com formas de vida tradicionais, e junto com relações sociais quase medievais, por um lado, e outras próprias das sociedades industriais, por outro. Vivemos, pois, em uma sociedade heterogênea, cheia de tensões, mas onde a vez se está dando uma transição.²⁰¹

Por todo o exposto, o pluralismo jurídico e multiculturalismo caminham juntos na busca de uma concretização de direitos humanos, bem como para consecução de direitos humanos como práticas contra-hegemônicas e que logre êxito na efetiva proteção dos direitos dos povos indígenas à multiculturalidade.

²⁰¹ OLIVÉ, op. cit., p.212. “En África, Asia y en América Latina, coexisten rasgos de esta nueva sociedad junto con formas de vida tradicionales, y junto con relaciones sociales casi medievales, por un lado, y otras propias de las sociedades industriales, por el otro. Vivimos, pues, en una sociedad heterogénea, llena de tensiones, pero donde a la vez se está dando una transición. Esta es quizá una de las grandes novedades de la historia, que ahora somos conscientes de vivir en la transición a un tipo de sociedad distinto, ante lo cual adquirimos mayores responsabilidades, porque tenemos la capacidad de encauzar los cambios de una o de otra manera.” (Tradução Nossa)

CAPÍTULO III

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: PARA UMA TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL E A DESCOLONIZAÇÃO DOS SABERES ABISSAIS

O paradigma da modernidade ocidental verificável em todos os aspectos da sociedade, sejam jurídicos, econômicos, políticos etc., sofre seu esgotamento tendo em vista a crise apresentada nos dias atuais. Nesse sentido, o esgotamento dos recursos naturais e a consequente sociedade de risco proporcionada se constitui em um problema que põe em xeque os pressupostos do liberalismo no que diz respeito à sustentação dessa racionalidade.

Da mesma maneira, este paradigma é insuficiente para trazer soluções às mazelas e conflitos da sociedade, bem como o reconhecimento pleno do direito ao desenvolvimento e multiculturalidade das sociedades indígenas.

Verifica-se em muitos países que possuem populações indígenas na composição de sua sociedade e especialmente no Brasil, uma dupla racionalidade no que diz respeito à proteção dos direitos destes povos, com predomínio de uma racionalidade desenvolvimentista capitalista que não reconhece os direitos diferenciados destes povos.

Entretanto, um novo pensamento constitucional emerge a partir das epistemologias do sul, denominado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano que surge como possível resposta a efetivação dos direitos das sociedades indígenas.

Desta feita, será apresentado na primeira seção deste capítulo os pressupostos que demonstram a necessidade de um novo paradigma, ou de uma perspectiva pós-colonial da proteção dos direitos indígenas, quais sejam, a crise ecológica, a crise da democracia representativa e o fenômeno da globalização.

Em seguida demonstrar-se-á como o pensamento abissal influencia a interpretação constitucional ensejando em aplicações do direito que não atendem as demandas das populações indígenas e ratificam a insuficiência do paradigma da modernidade para esta finalidade.

Por fim será apresentado o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, representando um giro paradigmático nos conceitos de dignidade humana e direitos fundamentais, configurando-se como uma proposta viável ao atendimento dos direitos plurais e multiculturais das sociedades indígenas.

3.1 Democracia, Globalização e a Crise Ecológica: Pressupostos para um Pensamento Pós-Colonial dos Direitos das Sociedades Indígenas

Os paradigmas sofrem mudanças ao longo da história, no exato momento em que estes não mais correspondem a realidade fática. Observa-se que a modernidade ocidental se mostra insuficiente para dar respostas as complexas relações sociais surgidas na contemporaneidade. Da mesma maneira, o apetite desenfreado do capitalismo financeiro por recursos naturais interfere diretamente de maneira negativa no direito à vida das presentes e futuras gerações. Nesse sentido, ensina Elmar Altvater²⁰² que “a crise de um paradigma aparece quando não só essa ou aquela resposta desse ou daquele cientista às questões colocadas pelo público não são satisfatórias, mas também quando são insuficientes”.

Um paradigma demonstra-se em risco ou em crise quando surgem, nas palavras de Kuhn, novo estilo coletivo de pensamento que gera uma nova comunidade de pensamentos que se torna dominante na comunidade científica e entre a comunidade em geral. Tais pensamentos devem ser influenciados pelos novos desafios sociais ante as correntes de pensamentos que tentam solucioná-los.

Novas correntes de pensamentos, principalmente aquelas relacionadas com a virada de milênio e insuficiências teóricas para explicação de fenômenos sociais, não devem ser consideradas como rupturas paradigmáticas. Todavia, informa Altvater²⁰³ que “há indícios de que o mundo está experimentando mudanças que não têm sido convincentemente trabalhadas dentro dos paradigmas das ciências sociais contemporâneas”. Desta feita, um dos grandes fenômenos gerador de verdadeira ruptura diz respeito ao fenômeno da globalização.

Nesse mesmo sentido, ensina Boaventura de Sousa Santos²⁰⁴ que a globalização ou localismos globalizados é um dos fenômenos proporcionados pelo avanço do capitalismo financeiro, e também expressão dos valores ocidentais sobre os demais povos. Este modelo sofre seu esgotamento ante os conflitos e demandas sociais contemporâneas, ratificando a existência de uma crise de ordem epistemológica, jurídica e social.

O fenômeno da globalização pôs em xeque o modelo Keynesiano apoiado na intervenção estatal na economia, sobretudo na política de juros. Com a desnacionalização de capitais e o enfraquecimento de fronteiras, o pensamento Keynesiano demonstrou-se

²⁰² ALTVATER, op.cit., p.110.

²⁰³ Id. 1999, p.112.

²⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para além do Pensamento Abissal... Op.cit.* 2007.

insuficiente para oferecer um modelo teórico que atendesse a nova realidade do capitalismo, fato que pode ser considerado uma verdadeira quebra de paradigma.

Com o advento da modernidade, período iniciado após o renascimento comercial, tem-se início a hegemonia da racionalidade ocidental em termos econômicos e políticos. No campo político, estabeleceu-se o discurso predominante da democracia entre os Estados e no campo econômico prevaleceu a separação da economia das leis estatais intervencionistas. O liberalismo econômico ensejou o surgimento do fenômeno da globalização, onde se rompem as fronteiras para a circulação de capitais e exploração de recursos naturais, gerando ainda, restrições às intervenções estatais nas relações econômicas. Nesse contexto, o neoliberalismo surge supostamente como o modelo mais adequado para acompanhar o fenômeno da globalização, tendo em vista os pressupostos do livre comércio e a não intervenção estatal. No entanto, a globalização das economias e o neoliberalismo sofrem por sua vez uma grande limitação, que segundo Altvater ²⁰⁵ se traduz no “limite da capacidade de renovação de ecossistemas, ou do meio ambiente do planeta terra.”

Desta forma, ressalta-se que a natureza não é uma mercadoria de fonte inesgotável, como pressupõe o pensamento neoliberal, mas sua limitação já se mostra evidente com as alterações ambientais ocorridas contemporaneamente.

A partir do término da segunda Guerra Mundial, foram estabelecidos no campo internacional e introduzidos no ordenamento jurídico da maiorias dos Estados nacionais ocidentais os denominados direitos de 1º e 2º gerações. O primeiro diz respeito aos direitos civis e políticos e o segundo diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais. Tais direitos tornaram-se requisitos para o discurso democrático dos Estados ocidentais, não oferecendo dificuldades para o processo de globalização, característica da nova razão governamental.

Entretanto, surge posteriormente os direitos considerados de 3º geração, caracterizados pelos direitos ao desenvolvimento, à justiça social, acesso à riqueza natural e proteção ambiental. Tais direitos, principalmente a integridade ambiental, traduziu-se como um grande dilema imposto à ordem democrática dentro do contexto da globalização. O dilema se constrói tendo em vista a ambiguidade entre o poder político que deve regulamentar e proteger os recursos naturais e a racionalidade econômica que não estabelece outro limite à exploração ambiental a não ser o próprio capital.

²⁰⁵ Ibid., 1999, p.113

A democracia neste contexto representa um grande dilema frente aos conceitos da desregulamentação e globalização. Os Estados devem moldar-se aos ditames dos mercados e, desta maneira, todos devem assumir um discurso de democracia, sendo que aqueles que são autoritários também tendem a democratização para se tornarem-se funcionais, a exemplo do ocorrido com os países sul-americanos na década de 80. A partir da transição democrática, estes estados devem atender as recomendações e ajustes do mercado mundial, adotando as diretrizes impostas pelo FMI, Banco Mundial etc.²⁰⁶

O discurso democrático na nova ordem mundial, diz respeito a um discurso que privilegia a democracia formal e não a democracia substancial. Desta maneira:

Nenhum procedimento democrático formal é capaz de ter um efeito compensatório suficiente num mundo substancialmente desigual, onde 20% da humanidade têm acesso a 80% dos recursos e 80% da humanidade podem usar 20% para si.²⁰⁷

Os limites impostos pela natureza leva a conclusão de que é impraticável o modo de vida consumista ocidental por todos os povos. Além disso, a nova razão governamental não permite uma divisão democrática dos recursos naturais. Os países produtores de matéria prima e com grande reserva de recursos naturais, pelo curso do capitalismo, são obrigados a vender seus recursos naturais, os quais serão verdadeiramente utilizados pelos países com economias mais desenvolvidas.

O discurso capitalista, bem como a opinião científica baseada no pensamento econômico não são capazes de trazer soluções ao grande paradigma ecológico, pois privilegiam sempre os interesses do mercado. Por outro lado, o autor menciona que os movimentos sociais ecológicos, apesar de seus exageros, são mais aptos a desenvolverem soluções reais ao problema da degradação ambiental.

Da mesma maneira, o neoliberalismo têm relação direta com a não inclusão dos povos indígenas e populações tradicionais nas instâncias decisórias e na proteção de seus direitos, pois:

O Neoliberalismo não tem relação apenas com a economia, mas com a arquitetura, a política, a psicologia e com outros conhecimentos. Os saberes sobre a terra, a vida do camponês e do indígena foi bruscamente alterada pelo neoliberalismo, em especial por investimentos no setor agrícola e por formas de exploração do solo por transnacionais.²⁰⁸

O problema dos direitos humanos, qual seja, de um mero discurso de direitos humanos tem total relação com esse problema. O fato de que as indenizações decorrentes de

²⁰⁶ Altvater, op. cit.

²⁰⁷ Id, op. cit., p.128.

²⁰⁸ MEDINA, Fabio. *Pachamama, o Filme: Saberes Indígenas e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Caxias do Sul-RS: EducS, 2014.

danos ambientais serem menores em países subdesenvolvidos acarreta na despreocupação de países com economias desenvolvidas em explorar e causar danos ambientais nesses países.

Nesse sentido, os bens ambientais são oligarquizados pelas economias desenvolvidas, as quais asseguram o acesso por meio de seu capital, não havendo de longe, uma participação democrática nesses recursos pelos demais países.

O discurso democrático sofre grande restrição quando confrontado com a necessidade de restrição dos recursos naturais. Embora modernas normas protetivas ao meio ambiente estejam presentes no ordenamento jurídico de diversos Estados, estas têm aplicabilidade restrita ante as ilimitadas fronteiras proporcionadas pela globalização. Da mesma maneira, o discurso de que é necessário e possível o desenvolvimento econômico juntamente com a sustentabilidade ecológica se traduz em uma falácia se pensado na perspectiva econômica neoliberal. Altvater²⁰⁹ afirma que “o desenvolvimento, na forma que predomina nos países altamente desenvolvidos, não é nem socialmente justo nem ecologicamente sustentável.” As discussões e propostas que visam romper com o discurso político e científico dominante geram uma verdadeira crise de paradigmas.

De acordo com José Luiz Quadros Magalhães²¹⁰, se faz necessário uma democracia participativa e consensual que tenha por fundamento um pluralismo epistemológico, afastando-se de conceitos democráticos impostos que não atende e nega a diversidade cultural dos países colonizados.

O papel das organizações sociais de proteção ambiental e dos estados são fundamentais nessa crise, porém, estes sofrem restrições em suas atuações pelo poder das grandes corporações privadas. Nesse sentido, é pertinente a afirmação de Altvater neste tempo de desafios paradigmáticos, de que “é necessário desenvolver novos conceitos, estimular novos discursos sobre espaços e tempos de regulamentação política em condições de globalização econômica e fronteiras ambientais.”²¹¹

Os efeitos da globalização capitalista é um grande desafio à sociedade global, precipuamente no que tange aos efeitos negativos que essa expansão provoca no meio ambiente. A proteção dos recursos naturais é condição essencial para a sobrevivência humana, traduzindo-se em um direito humano fundamental. Desta feita, o discurso democrático incorporado pelas economias capitalistas deve ser questionado e repensado tendo em vista uma democratização fática dos recursos naturais e a efetiva proteção dos interesses dos povos

²⁰⁹ ALTVATER, op. cit., p.146.

²¹⁰ MAGALAHES, José Luiz Quadros. *A Alienação da Política nas Democracias Constitucionais modernas e as Alternativas Democráticas Consensuais na América Latina*. Caxias do Sul-RS: EducS, 2014.

²¹¹ Id, op. cit., p.147.

indígenas e das comunidades tradicionais, que possuem relação intrínseca com suas terras e o meio ambiente de modo geral.

3.2 A Crise do Paradigma Jurídico Moderno e a Necessidade de um Novo Pensamento Constitucional sobre os direitos das Sociedades Indígenas.

A Constituição Federal de 1988 representou um significativo avanço com relação às demandas da sociedade contemporânea trazendo em seu texto uma principiologia constitucional inovadora e o alcance a temas que antes fora destinada pouca relevância como a proteção do meio ambiente e a salvaguarda dos direitos indígenas. Entretanto, a prática jurídica e política ainda remetem ao modelo da modernidade ocidental que prioriza o desenvolvimento à preservação e sustentabilidade ambiental, priorizando ainda a cultura ocidental liberal à diversidade cultural das inúmeras sociedades indígenas.

A importância, preocupações e discussões sobre a proteção ambiental vêm se ampliando e se desenvolvendo nas últimas décadas. Tal importância se expressa nitidamente quando da promulgação da Constituição Cidadã, que dedicou um capítulo inteiro sobre o meio ambiente, juntamente com vários outros dispositivos nela encontrados que se relacionam com o tema. Com a constitucionalização e o desenvolvimento de uma principiologia de direito ambiental, foram criados diversos instrumentos visando a proteção ambiental, fato que, apesar de todos os modernos instrumentos de proteção desenvolvidos no país, têm enfrentado diversos desafios à sua concretização, precipuamente de ordem econômica.

A configuração da sociedade contemporânea como uma sociedade de risco traz consigo diversos desafios a serem superados. O desenvolvimento econômico vem acompanhado de um processo de degradação da biosfera e psicofera, levando o homem a destruir as próprias defesas ambientais, fato que têm acarretado em diversas catástrofes naturais, mudanças climáticas, etc.

Conforme mencionado, apesar dos modernos instrumentos de proteção ambiental estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia dos mesmos esbarram em problemas de ordem social, como por exemplo a desigualdade social e a necessidade de inclusão social. Esse problema deve ser enfrentado através de políticas públicas que leve em consideração um processo de crescimento econômico que promova a distribuição dos benefícios a toda população.

Somado a isso, a pressão exercida pelo poder econômico dos detentores do capital, os quais estabelecem a primazia dos acordos comerciais em relação aos acordos ambientais,

dificultam a concretização e contaminam os instrumentos jurídicos criados para proteção ambiental.

Com relação aos direitos dos povos indígenas, a Constituição de 1988 foi a primeira a reconhecer a organização social diferenciada dos povos indígenas e estabelecer a proteção dos seus costumes, línguas, crenças e tradições, estabelecendo um capítulo específico (CF/88, capítulo VIII, Artigo 231 e parágrafos) para tratar destas questões. Entretanto, da mesma maneira que nas questões ambientais, os valores impostos pela globalização, pelo individualismo e pela primazia dos interesses do capital sobrepõem-se sobre os interesses dos povos indígenas no contexto brasileiro. Nesse sentido, o processo de integração dos povos indígenas, apesar de teoricamente superado, continua na prática vivo em grande parte dos países onde estes povos constituem-se em minorias.

Tendo em vista os valores da modernidade ocidental, a assimilação de minorias étnico-raciais significa o desenvolvimento e progresso das mesmas, considerando-se que tais valores ocidentais são superiores ao modo de pensar e viver das sociedades minoritárias, em especial, às sociedades indígenas.

Grandes contradições nas políticas públicas e legislações do Brasil demonstram que o pensamento integracionista continua vivo na sociedade brasileira. Os projetos desenvolvimentistas lançados durante o período de ditadura militar cujo objetivo era a integração nacional e o projeto de um país grande e unificado continuam vivos através de instrumentos como o Estatuto do índio²¹², o qual apresenta uma grande contradição em seus fundamentos quando apresenta em seu texto a proposta de integração nacional respeitando a cultura indígena. Outrossim, o projeto de nação brasileira foi desenvolvido com forte centralização no processo de distribuição de terras no país, as quais foram concedidas historicamente às elites dominantes de cada período, processo este que nunca levou em consideração o modo de vida e a relação com as terras dos povos indígenas.²¹³

Outro nocivo pensamento vigente, denominado por Violeta Refkalesfski²¹⁴ de “versão nova de uma idéia velha”, diz respeito ao discurso pelo reconhecimento dos direitos culturais indígenas e respeito à sua multiculturalidade ao mesmo tempo que nega a

²¹² “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (BRASIL, Estatuto do índio. Lei 6001 de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 06/07/2015.

²¹³ LOUREIRO, Violeta Refkalesfsky. *Desenvolvimento, Meio Ambiente e Direito dos Índios: Da Necessidade de um novo Ethos Jurídico*. Revista de Direito GV. São Paulo. 6(2). P. 503-526. Jul-Dez/2010. p.505.

²¹⁴ LOUREIRO, loc. cit.

necessidade de extensos territórios indígenas para exercício de seus direitos. Essas visões constituem-se em visões concorrentes ao disposto na Constituição de 1988, que ampara os valores multiculturais como fundamentos constitucionais, protegendo as populações indígenas e minorias nacionais ao livre exercício de seus direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

A partir destas observações, é possível afirmar a existência de duas racionalidades vigentes no Brasil no que diz respeito à forma de conceber a terra e os recursos naturais. A primeira racionalidade diz respeito ao entendimento da terra e recursos naturais como fatores de produção destinados ao lucro e ao desenvolvimento e a segunda racionalidade denominada de comunitária, entendendo que a terra é o lugar de vida e exercício de cultura de diversos povos, visão que se coaduna com uma verdadeira proteção da multiculturalidade.²¹⁵

Apesar da existência de duas racionalidades, a racionalidade mercantilista da natureza e da terra prevalece sobre a segunda racionalidade, o que vem ocasionando a crise ambiental, a sociedade de risco e o desrespeito ao pleno desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos indígenas, conforme já abordado.

Desta maneira, evidencia-se o argumento já demonstrado de que a narrativa constitucional é uma narrativa parcializada, a qual leva em consideração somente as fontes Europeias e da América do Norte, excluindo da cientificidade os conceitos de dignidade humana de outras sociedades.

A exploração dos recursos naturais e principalmente da terra conforme a racionalidade predominante se traduz em uma visão antagônica daquela concebida pelas sociedades indígenas, as quais possuem uma relação de vínculo com suas terras tradicionais e seus recursos naturais. Ademais, o conceito de propriedade empregado para os povos tradicionais vão além do conceito comum de propriedade, representando para esses povos seu sustento, cultura e sobrevivência.

Nesse sentido, o direito de propriedade para as comunidades indígenas e tradicionais possui uma significação coletiva, sendo que a propriedade pertence ao grupo e não ao indivíduo. Somado a isso, os estudos antropológicos demonstram que o conceito de terra tradicional atualmente se tornou mais complexo e mais amplo em decorrência de grandes mobilizações étnicas dos povos indígenas, sendo que o conceito de populações tradicionais “afasta-se mais e mais do quadro natural e do domínio de “sujeitos biologizados” para abarcar

²¹⁵ Id, 2010, p.506.

agentes sociais que assim se autodefinem, isto é, que se mostram conscientes de suas condições socioeconômicas.”²¹⁶

No mesmo sentido, a cultura dos membros de comunidades indígenas se distingue das demais culturas pelo fato que o exercício desta está diretamente relacionado ao território, sem o qual não podem prestar seus cultos, realizar suas festas e demais manifestações culturais. A esse estreito vínculo de etnias que “formam grupos sociais com vida coletiva ligados à construção de uma territorialidade”²¹⁷ dá-se o nome de comunidades étnicas. Essas comunidades étnicas são caracterizadas “por controlar parte dos processos de socialização de seus membros e demarcar um território, permanente ou transitório, ao qual atribui valor prático e simbólico”²¹⁸

Apesar destes conceitos, a terra indígena se torna propriedade indígena de fato não pela simples afirmação de nativos ou da própria sociedade, mas consuma-se o direito à propriedade indígena quando o conjunto de interesses, quais sejam, estatais, políticos, burocráticos e sociais convergem para essa finalidade. Nesse sentido:

Apesar das expectativas de que terras indígenas correspondam às concepções nativas desse espaço, os processos de estabelecimento desses territórios levadas a cabo pelo estado nacional são efeito de um feixe de propostas, legislações, interesses e estratégias de território que raramente expressam a representação fidedigna do que os grupos indígenas concebem como o próprio território.²¹⁹

Portanto, deve-se levar em consideração quando se propõe a defesa do reconhecimento de uma propriedade indígena os mecanismos, fatores políticos, históricos, contextuais e processuais que envolvem a criação de uma terra indígena. Em diversos casos, apesar dos Estados possuírem legislação específica dos direitos indígenas, grandes empecilhos são postos pelos mesmos Estados para o reconhecimento do direito de propriedade comunitária dos indígenas.

Destarte, o poder judiciário desempenha papel essencial para concretização dos direitos das sociedades indígenas. No entanto, observa-se também duas racionalidades distintas e antagônicas no poder judiciários em suas decisões relacionadas com o meio ambiente e com o direito das sociedades indígenas à sua multiculturalidade, “razão pela qual

²¹⁶ Almeida, Alfredo Wagner Berno de. 2012. “Terras Tradicionalmente ocupadas” In Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 380.

²¹⁷ Laraia, Roque de Barros. 2012. “Cultura” In Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 70.

²¹⁸ Id., loc. cit.

²¹⁹ Oliveira, João Pacheco. 2012. “Terras Indígenas” In Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 371.

decide, ora movido pela lógica de natureza econômica, ora buscando o respeito a uma democracia profunda e humanizada, que leva em consideração a identidade coletiva e a herança cultural dos grupos.”²²⁰ Além disso, essa variação de entendimentos e decisões judiciais, além das racionalidades antagônicas presentes nos membros do judiciário, encontra amparo em legislações internas que protegem interesses divergentes e que trazem contradições em muitos casos, como exemplo a vigência do Estatuto do índio com dispositivos integracionistas em oposição ao respeito e à preservação do multiculturalismo da nação amparados pela Constituição Federal.

A Constituição Federal, apesar de dar tratamento diferenciado aos territórios indígenas, interpretando esse direito de maneira indissociável ao exercício da língua, cultura e religião destes povos, continua a ser ignorada em muitas decisões, caracterizadas por uma noção civilista de propriedade:

Resulta inequívoca a diferença substancial entre a propriedade privada – espaço excludente e marcado pela nota da individualidade – e o território indígenas – espaço de acolhimento, em que o indivíduo encontra-se referido aos que o cercam. A prática judiciária, no entanto, tende a equiparar ambos os institutos, conferindo-lhes, de resto, tratamento processual idêntico. A situação mais recorrente é o manejo de ações possessórias em face de territórios indígenas.²²¹

A superação do modelo de constituição trazida pela modernidade, a qual estabelecia o modo de pensar e a sociedade como modelos universais está mais associada à prática do judiciário do que ao modelo plural e multicultural trazido pela Constituição Cidadã:

E se o processo se desenvolve sem que se confrontem visões concorrentes de mundo e a respectiva tradução na linguagem de cada uma das partes, nega-se o postulado constitucional da pluralidade étnica e reinstala-se, na prática judiciária, a marca etnocêntrica do regime anterior.²²²

A concepção civilista nas discussões sobre terras indígenas acarreta na neutralização dos princípios constitucionais de proteção desses direitos. Por outro lado, sua prevalência favorece àqueles que demandam essas terras com a finalidade exclusivamente mercantilista. Nesse sentido, a prática judiciária acaba por equiparar as definições antagônicas de terras entre as sociedades indígenas e a sociedade ocidental. O conceito de posse, propriedade etc, para cada cultura, somente pode ser descrito por indivíduos que possuem uma vivência para reconhecer o significado destes institutos para cada cultura. Assim, o judiciário não pode

²²⁰ LOUREIRO, op.cit., p.506.

²²¹ DUPRAT, Deborah. *Terras Indígenas e o Poder Judiciário*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf. acesso em 13.10.2014. p.02.

²²² Id., loc.cit., p.03.

estabelecer conceitos oficiais para decidir sobre conceitos e percepções específicas de cada cultura, implicando em negação deste direito à diversidade.²²³

Ratificando essa realidade, há várias decisões judiciais que demonstram a forte presença desta racionalidade no judiciário. No Mandado de Segurança 25463²²⁴, O Supremo Tribunal Federal concedeu a cautelar para posse de supostos proprietários em terras indígenas já demarcadas dos Guaranis Kaiowás, fundamentando haver processo judicial vigente anterior ao Decreto Presidencial sobre a demarcação. Observa-se neste caso, um fundamento frágil para manter os supostos proprietários na posse da terra, tendo em vista não haver nenhuma liminar na Justiça Federal para suspender o processo de demarcação. Em caso semelhante, no Mandado de Segurança 21.986, o mesmo STF denegou a segurança entendendo que a mera existência de ação judicial não é suficiente para suspender processo demarcatório.

Em outra situação que causa perplexidade, apesar do reconhecimento da legitimidade de terra tradicional dos índios Xavantes (Portaria 363 Ministério de estado de Justiça) e julgamento do STF por unanimidade do Recurso extraordinário 416.144²²⁵, determinando o direito à posse e o retorno dos Xavantes à TI Marãiwatsede, os índios continuam tendo que dividir a posse das terras com posseiros mediante diversas liminares concedidas. Com decisões contraditórias, as populações indígenas veem seus direitos amparados na Constituição anulados, e mesmo quando há decisões pela salvaguarda de seus direitos, o cumprimento efetivo das mesmas muitas vezes não ocorre.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região concedeu posse ao autor com base em título legalmente constituído, declarando esbulho violento por parte dos índios Xucuru-kairi. Assim, o Tribunal concedeu o título ao autor em área sobreposta a terras indígenas com laudos antropológicos reconhecidos pelo próprio Tribunal. Este mesmo Tribunal, em ação proposta pela Comunidade indígena Tremembé, declarou nulo o título de propriedade da Ducoco Agrícola s/a, declarando que “[...] prevalecia o ato administrativo de reconhecimento da área indígena, por sua presunção de legitimidade, e que a sua desconstituição estava a depender de perícia antropológica.”²²⁶

²²³ Id. *Demarcação de Terras Indígenas: O papel do Judiciário*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Demarcacao_de_Terras_Indigenas.pdf. Acesso em 13.10.2014.

²²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança N° 25463. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 27 de setembro de 2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14787181/mandado-de-seguranca-ms-25463-df-stf>. Acesso em 03/08/2015; Duprat, op.cit., p.173.

²²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário N° 416.144. Presidente Min. Ayres Britto. Brasília, 17 de outubro de 2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22518314/suspensao-de-liminar-sl-644-mt-stf>. Acesso em 03/08/2015; Duprat, op. cit., loc. cit.

²²⁶ DUPRAT, op. cit., p.174.

Além das contradições jurídicas, diversas contradições acerca da interpretação dos laudos antropológicos acarretam em decisões que desfavorecem as nações indígenas.

Em caso emblemático, os índios da Raposa Serra do Sol tiveram que aguardar por anos de procedimentos administrativos de demarcação de suas terras que, quando homologadas, foram objeto de Ação Popular que perdurou por mais de vinte e cinco anos. O julgamento ganhou notoriedade e se transformou em espetáculo público tendo em vista as expectativas geradas em torno do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, estabeleceu-se a partir dessa decisão a política estatal em relação à demarcação de terras indígenas e em face aos constantes esbulhos e demais violações aos direitos dessas comunidades. Nesse sentido:

O STF reconheceu a legalidade do processo administrativo da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Mais que isso, não encontrou ofensa à soberania nacional ou segurança territorial na demarcação de terras indígenas em área contígua e faixa de fronteira; rechaçou a possibilidade de a demarcação de terras indígenas ameaçar o princípio federativo e o desenvolvimento da nação; e reconheceu a proteção dos povos e culturas distintas que compõem a nação brasileira.²²⁷

Entretanto, apesar do judiciário reafirmar os direitos territoriais dos povos indígenas através desta emblemática decisão, as condicionantes apresentadas pelo STF representam alguns retrocessos nos direitos dos povos indígenas e inovações jurídicas que limitam o poder executivo em seu papel de demarcação de terras indígenas.

Tais contradições dizem respeito ao conteúdo das ressalvas, que são na verdade enunciados normativos que violam direitos indígenas estabelecidos tanto na Constituição da República quanto em instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Neste sentido, os enunciados violam direitos dos povos indígenas à consulta prévia com relação a ações do Estado que intefere em suas comunidades. Os enunciados garantiram também a possibilidade de intervenção das forças armadas com o estabelecimento de bases e circulação livre em suas terras, o que indica o não reconhecimento do direito originário destes povos às suas terras e o não reconhecimento de sua autonomia para organização política e social.²²⁸

Não diferente por sua complexidade, a implantação do projeto de usina hidrelétrica de Belo Monte no Pará demonstrou também a clara violação de direitos indígenas estabelecidos tanto na Constituição da República quanto em diversos instrumentos internacionais de proteção. Foi aprovado pelo legislativo nacional, o Decreto Legislativo 788/2005 autorizando a implantação do projeto da Usina de Belo Monte condicionado ao cumprimento dos requisitos impostos pela legislação ambiental. Entretanto, o Decreto foi

²²⁷ YAMADA, Erica Magani; VILLARES, Luiz Fernando. *Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo Dia era Dia de Índio*. Revista de Direito GV, São Paulo, n. 11, 6 (1), p.143-158, jan-jun 2010.p.149.

²²⁸ Id, loc. cit.

aprovado sem a devida consulta prévia aos povos indígenas habitantes daquela região do Rio Xingu, sendo o Decreto objeto de Ação por parte do Ministério Público Federal tendo em vista sua afronta direta ao § 3º, do Artigo 231 da Constituição Federal. Todavia, em fase de recurso, o STF decidiu pela constitucionalidade do Decreto, autorizando a exploração do potencial hidrelétrico de Belo Monte.²²⁹ A racionalidade mercantilista no judiciário pode ser observada claramente nos trechos da decisão do STF transcritos abaixo:

[...] os interesses indígenas não poderão jamais soterrar o interesse público nacional. [...] o índio é só mais um brasileiro e assim deverá ser tratado. [...] se o Brasil não incluir os povos indígenas em um processo de integração (respeitando-se os aspectos culturais envolvidos), outros países o farão. [...] sob o pretexto de serem ‘desvirtuados culturalmente’, estas pessoas (os índios) são, na prática, submetidas a condições precárias de habitação e saúde, não lhes sendo permitido sequer terem noção dos direitos que possuem. E sugere, mais uma vez, a integração dos índios à sociedade para que tais culturas [...] sejam integradas e não petrificadas.

O modelo de desenvolvimento capitalista e sua constante necessidade de energia sem considerar os impactos ambientais e sociais para as comunidades indígenas se evidencia na condução deste caso emblemático. A lógica da exploração sem limites dos recursos naturais em nome do tão almejado “desenvolvimento” expõe com clareza a violação dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais, as quais são postas em segunda plano quando da execução deste tipo de projeto.

A proteção dos direitos humanos fundamentais das populações indígenas com práticas políticas e jurídicas que não efetivam os direitos destes povos evidenciam os direitos humanos universais como discurso do pensamento abissal, os quais são estabelecidos e ao mesmo tempo em que são violados quando contrários a interesses mercantilistas. No caso Belo Monte, houve clara violação do artigo 32 (2) da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos povos indígenas²³⁰, a qual estabelece:

Art. 32.(2) - Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

Desta maneira, a consulta e o consentimento prévio dos povos indígenas anteriores ao início de tais projetos foi totalmente desconsiderado no Projeto Hidrelétrico de Belo Monte, acrescentando-se ainda violação à Convenção 169 da OIT, em seu artigo 6º (1-a)²³¹

²²⁹ FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Desenvolvimento e Direitos Humanos: Marcas de Inconstitucionalidade no Processo Belo Monte*. Revista de Direito GV, São Paulo, n.17, 9 (1), p.093-114, jan-jun 2013. p.106.

²³⁰ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas. Disponível em: (http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf). Acesso em 28/08/2015.

²³¹ BRASIL, Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. *Convenção da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre os Povos Indígenas e tribais*. Poder Executivo, Brasília/ DF, 19 abr. 2004. D.O.U. 20.04.2004.

que também garante às populações indígenas e tradicionais o direito à consulta quando da execução de projetos e decisões governamentais que interfiram de alguma maneira em seus modos de vida.²³²

Observa-se que os instrumentos internacionais de proteção não são efetivados tendo em vista os interesses desenvolvimentistas que em nome da coletividade e num projeto de longo prazo, exclui os direitos culturais, sociais e econômicos das populações indígenas. Assim, “o modelo de desenvolvimento adotado historicamente pelos estados Latino-americanos e reproduzidos até os dias atuais vincula-se a uma lógica antidemocrática de exploração da natureza e de mercantilização dos recursos naturais.”²³³

Está arraigado nas sociedades de países latino-americanos no que diz respeito ao trato de terras indígenas e os valores multiculturais destas comunidades o pensamento colonialista, de maneira que são impostos a estas comunidades os valores da modernidade ocidental. Os preceitos constitucionais de proteção de direitos fundamentais das sociedades indígenas são muitas vezes violados, corroborando o entendimento de Lassale²³⁴ que em muitas situações a Constituições se consubstanciam-se em mera folha de papel.

O pensamento Abissal se manifesta de maneira gritante na história dos países latino-americanos, em particular no Brasil, como mencionado por meio de decisões judiciais e políticas que vão de encontro aos interesses das sociedades indígenas. Ao longo da história destes países, desde o período colonial até os dias atuais, estes povos foram excluídos e deixados de lado pelo poder público, demonstrando claramente a imposição de uma hegemonia da modernidade ocidental e promovendo, nas palavras de Boaventura de Souza Santos, um verdadeiro epistemicídio da riqueza cultural dessas sociedades.

A exclusão da forma de vida destes povos se dá pelo fato de que sua relação com a terra, sua cosmovisão, sua organização política se manifestam com grande contraste face à racionalidade moderna ocidental. A racionalidade ocidental que explora o meio ambiente como fonte inesgotável de recursos vai na direção oposta ao entendimento dos povos indígenas de que a natureza é parte de suas vidas e deve coexistir com eles. No mesmo sentido, a visão individualista da propriedade privada, a qual exclui e proporciona

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 17/12/2014.

²³² FRANCO E FEITOSA, op. cit.

²³³ SCHETTINI, Andrea. *Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Revista Internacional de Direitos Humanos. V. 9, n. 17, p.63-84, dez. 2012.p.1.

²³⁴ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lâber Júris, 1988.

desigualdades sociais que secularmente não são resolvidas e se contrapõe ao conceito de propriedade coletiva das sociedades indígenas e populações tradicionais. Além desses, muitas outras divergências e concepções diferentes fizeram com que a racionalidade ocidental impusesse seus valores e colocasse esses povos na marginalidade.

Necessário se faz mudanças profundas na maneira de tratar a questão indígena, abstando-se de tratá-la a partir da concepção eurocêntrica a qual fundamentam-se tanto decisões do judiciário quanto políticas públicas adotadas para o tema, sendo necessário, portanto, nas palavras de Violeta Rafkalesfsky Loureiro ²³⁵ um novo Ethos jurídico e social:

Daí porque postulo a necessidade do estabelecimento de um novo ethos jurídico e social, a ser desenvolvido pelo judiciário, e em especial pelo STF, de forma a irradiar por todo o sistema jurídico um novo sentido de democracia – amplo, profundo, sem ambiguidades, apoiado em novos princípios de sociabilidade e igualdade, capaz de derramar sua grandeza social sobre as minorias, mesmo aquelas que, como os índios, desde séculos se refugaram nos confins das matas amazônicas fazendo delas seu último refúgio.

O modelo de desenvolvimento adotado pelos países capitalistas sofre seu esgotamento face às demandas das populações indígenas e da crise ambiental proporcionada pela exploração desenfreada dos recursos naturais.

Necessário se faz um novo pacto social que promova mudanças efetivas nas três esferas dos poderes, levando com que legislativo, executivo, e judiciário trabalhem na mesma direção tendo em vista uma democracia verdadeiramente multicultural e pluralista, considerando as peculiaridades da diversidade etnico-cultural que compõem a nação.

Essas mudanças passam pela busca de novos paradigmas com vistas à desconstrução dos valores hegemônicos ocidentais para concretização dos direitos das sociedades indígenas. Na América Latina, diversos movimentos têm buscado a resistência e alternativas face a imposição do colonialismo e a imposição do individualismo-liberal-capitalismo, caracterizando-se em verdadeiros instrumentos contra-hegemônicos das populações locais. Dentro desses movimentos, grande destaque se dá ao denominado Novo Constitucionalismo Latino-Americano, apresentando-se como uma alternativa viável à consolidação dos direitos multiculturais de sua população, em especial das sociedades indígenas e populações tradicionais.

3.3 Novo Constitucionalismo e Multiculturalismo na América-latina: Pressupostos para Concretização dos Direitos das Sociedades Indígenas.

²³⁵ LOUREIRO, op.cit., p.522.

Os Estados Latino-Americanos, em sua grande maioria, passaram por um período de transição para democracia na década de 80, acarretando na revisão ou promulgação de novas constituições neste período. Nesse momento, amadureceram as discussões sobre a convergência entre o normativismo jurídico e direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana e demais questões sociais. Tais discussões se transformaram em temas comuns entre os países latinos, marcando o constitucionalismo latino americano neste primeiro período pela positivação dos valores e princípios acima mencionados. Sobre a característica deste período “o constitucionalismo latino-americano se caracterizava por uma difusa adesão à forma de Estado constitucional, social e democrático de Direito, radicado na idéia de força normativa da constituição [...]”²³⁶ Assim, o constitucionalismo da década de 80 e 90 preconizou os direitos fundamentais e garantias constitucionais, bem como a criação de mecanismos de controle jurisdicional, tendo em vista a efetividade da Carta magna.

No entanto, Bartolomé Claveró²³⁷ assevera que embora os Estados nacionais latino-americano estabelecessem há muitos séculos sua independência e constituíssem repúblicas independentes, estes continuavam na prática sob um julgo colonial estabelecido por outros meios, sejam econômicos, sociais, e até mesmo por meio de modelos constitucionais hegemônicos.

Um dos grandes problemas acarretados pela importação de um sistema jurídico europeu se traduz na imposição de uma estrutura que não condizia com a prática de organização social das populações indígenas, fato que colocou esses povos na marginalidade da sociedade, sendo desconsiderada sua riqueza cultural e valores.²³⁸ Para corrigir estas incoerências, em grande parte das constituições latino-americanas recentes foram reconhecidas e estabelecidas proteções especiais à diversidade cultural encontrada na sociedade da maioria destes países, em especial, aos valores dos povos indígenas e populações tradicionais que compõe grande parte de suas populações.

César Augusto Baldi²³⁹ descreve este período do constitucionalismo latino como um constitucionalismo multicultural, pois tendo avançado o momento histórico caracterizado pelo constitucionalismo colonial com visão integracionista e homogeneizante da cultura européia,

²³⁶ MELO, Milena Petter. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América latina. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29981.pdf>. Acesso em 10/02/2105, p.142.

²³⁷ CLAVERO, Bartolomé. *Bolívia: Entre o Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo emancipatório*. La Paz: Convergência e Comunicación Global, 2010.

²³⁸ BOTERO, Esther Sánchez. *Justicia, Multiculturalismo y Pluralismo Jurídico*. IN. Primer Congreso Latino Americano “Justicia y Sociedad”, Bogotá, 20 a 24 octubre 2003.

²³⁹ BALDI, Augusto César. *Do Constitucionalismo Latino Americano Moderno ao Novo constitucionalismo Latino-Americano*. Ensaíos Críticos sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo. Org. Enzo Bello. Caxias do Sul: Educs, 2012.

este constitucionalismo reconhece a diversidade cultural e a pluralidade de raças e etnias que compõe a nação. O autor descreve que “o constitucionalismo multicultural (1982-1988) introduz o conceito da diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para indígenas.”²⁴⁰

Esse momento do constitucionalismo tem reflexo direito no Brasil o qual estabeleceu em sua Carta Magna de 1988 o artigo 231 e seus parágrafos, dispondo de um capítulo inteiro sobre a questão indígena. Somado a isso, a recepção pelo Brasil da Convenção 169 da OIT proporcionou a interpretação de que o Brasil é um Estado multicultural, devendo o país a garantir aos povos indígenas o pleno exercício de seus direitos multiculturais como cultura, religião, propriedade etc.

Posteriormente a este período, superada totalmente a intenção integracionista dos povos indígenas e demais minorias étnicas e raciais, Baldi denomina o segundo ciclo como “constitucionalismo pluricultural”, onde ocorre na maioria dos estados uma revisão da Convenção 107 da OIT e conseqüente incorporação da Convenção 169 da OIT “e reconhece um amplo leque de direitos indígenas (língua, educação bilíngüe, terras, consulta, formas de participação, jurisdição indígena etc.)”²⁴¹

Para Baldi²⁴², o último ciclo do constitucionalismo latino trata-se de um constitucionalismo plurinacional:

[...] está conformado pelas Constituições boliviana e equatoriana, no contexto da discussão final – e aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas (2007) e, pois, fundado em dispositivos para refundação do Estado, reconhecimento de indígenas como nações/povos originários e nacionalidades e, portanto, como sujeitos políticos coletivos com direito, a definir seu próprio destino, governar-se em autonomia e participar no novos pactos de estado.

O ciclo do constitucionalismo multicultural que marca os estados multiculturais se diferencia dos estados plurinacionais. Os estados multiculturais caracterizam-se pelo reconhecimento da diversidade étnica e cultural que compõe o Estado, enquanto no modelo dos Estados Plurinacionais se busca uma reorganização do estado, pois além de reconhecer a diversidade, se reconhece também a existência de nações dentro de um mesmo Estado.

Sobre o assunto, Boaventura de Souza Santos²⁴³ explica a diferença do conceito de nação existente entre a teoria liberal e o modelo de nação concebido por outros povos:

²⁴⁰ Ibid., 2012, p.130.

²⁴¹ Ibid., 2012, p.130.

²⁴² Ibid., 2012, p.131.

²⁴³ SANTOS, 2007, p.18. “Por ejemplo, sabemos cómo los alemanes fueron, en Europa central y oriental, durante mucho tiempo, una nación sin Estado porque su identidad era una identidad cultural y no una identidad política. Aquí podemos ver que esta segunda tradición de nación, la tradición comunitaria, es la tradición que los pueblos indígenas han desarrollado. Este concepto de nación conlleva un concepto de

[...] por exemplo, sabemos como os alemães foram, na Europa central e oriental, durante muito tempo, uma nação sem estado, porque sua identidade era uma identidade cultural e não uma **identidade** política. Aqui podemos ver que esta segunda tradição de nação, a tradição comunitária, é tradição que os povos indígenas têm desenvolvido. Este conceito de nação acarreta um conceito de autodeterminação, mas não de independência. Nunca os povos indígenas reivindicaram, nem ao mesmo no Canadá, a independência.

Nesse sentido, as constituições de Bolívia e Equador representam essa última transformação do constitucionalismo latino-americano, pois através de uma nova constituinte estabeleceram uma reorganização do Estado, o qual foi estabelecido a partir de uma base plurinacional e intercultural.²⁴⁴

Nesse novo modelo de Estado, o poder constituinte tem uma composição popular, com representantes de vários segmentos da sociedade, sendo que a sua aprovação ainda deve ser referendada pela população. Busca-se por meio dessa recomposição estatal um processo de descolonização, tendo em vista que a Carta Magna delega proteção especial à realidade histórica e cultural do povo, privilegiando ainda suas tradições e valores, com destaque para os povos de origem indígena. A partir desse entendimento, busca-se ao máximo a valorização da formação multiétnica desses Estados, garantindo os meios de participação dos grupos sociais nas diretrizes políticas e legislativas do país.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano se distancia dos pressupostos teóricos denominados de neo-constitucionalismo, fundamentados na supremacia do judiciário e nos princípios de interpretação, ao contrário este delega ao povo uma legitimação democrática para o exercício da jurisdição. A alteração constitucional que o modelo europeu pratica por diversos mecanismos jurídicos e legislativos, passa a ser exercida pelo povo através de um poder constituinte verdadeiramente popular.

Dessa forma, diferentemente das teorias neo-constitucionais ou pós-positivistas, as quais delegam à jurisdição Constituição papel extensivo de interpretação e aplicação do direito, no Novo constitucionalismo Latino-Americano, fundamentado em um conceito de democracia radical, inova no sentido de que a os princípios e valores emprestados à constituição, bem como sua interpretação devem ser fundamentados na vontade popular.

O desenvolvimento sustentável, a proteção da natureza delegando à mesma a titularidade de direitos são também marcas desse novo projeto constitucional. Desta maneira, a “Pachamama”, deve ser considerada sujeito de direito e deve ser tutelada tendo em vista sua

autodeterminación, pero no de independencia. Nunca los pueblos indígenas han reivindicado, ni en el mismo Canadá, la independencia.” (Tradução Nossa)

²⁴⁴ WILHELMI, Marco Aparício. *Rumo a uma Justiça Social, Cultural e Ecológica: o desafio do bem viver nas Constituições do Equador e da Bolívia*. Meritum, Belo Horizonte, v.8, n.1, p.313-350, jan/jun 2013.

essencialidade para vida humana. Destarte, sobre as constituições de Equador e Bolívia “é claro que em ambas as constituições a Terra assume a condição de pessoa, de forma expressa a equatoriana e tácita na boliviana, mas com iguais efeitos.”²⁴⁵

Somado a isso, o conceito do bem viver (Sumak Kawayay ou Suma Qamaña) traz o entendimento de que o desenvolvimento jurídico deve considerar a inter-relação e interdependência entre homem e natureza, considerando ainda a visão espiritual das populações tradicionais, concebendo de forma holística e integrada a relação entre homem e natureza. Nesse sentido, o artigo 306, I da Constituição da Boliviana²⁴⁶ dispõe que “O modelo econômico boliviano é plural e está orientado a melhorar a qualidade de vida e o bem viver de todas as bolivianas e bolivianos.”

O socioambientalismo é tema central nesse novo contexto, buscando-se ainda a superação dos valores estritamente individuais em prol dos valores coletivos, características da população e etnias de Equador e Bolívia. Desta maneira, pretende-se uma concepção contra-hegemônica de conceitos e valores relativos à dignidade humana, sendo que, segundo esta concepção, a proteção efetiva do meio ambiente somente poderia ocorrer se houver a quebra dos paradigmas ocidentais de modelos constitucionais.

O conceito do bem viver é o fio condutor dessa nova ótica de reconhecimento da diversidade étnica, cultural e social. Os direitos socioambientais são privilegiados tendo em vista o fato de que “o bem viver” se **torna** nestes países um princípio constitucional que busca a ruptura com o modelo desenvolvimentista liberal. Busca-se com isso a incorporação desses conceitos às instituições estatais, tendo em vista a consecução de um modelo de desenvolvimento que inclui a preservação da natureza e o coletivo em detrimento do individual. Nesse sentido:

[...] a politização da cultura se constituiu como elemento central para uma transformação profunda do estado boliviano, a partir não somente da formação de novas instâncias administrativas, que reconhecem os territórios originários campesinos e as formas de vida comunitárias, mas, também, de uma redistribuição de recursos estatais correlata a esse reconhecimento. Política, cultura e distribuição de riquezas se configuram, nesse contexto, como dimensões articuladas e

²⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Naturaleza como Persona: Pachamama y Gaia*. . La Paz: Convergência e Comunicación Global, 2010. p.120. “Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de *persona*, en forma expresa en la ecuatoriana y tácita en la boliviana, pero con iguales efectos.” (Tradução Nossa)

²⁴⁶ BOLIVIA, Constitución de República Del Bolívia. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em 20/02/215 “El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.”

indissociáveis do processo constituinte que, numa contínua coagulação, adquirem força transformadora efetiva.²⁴⁷

A nova experiência constitucional latino-americana quebra o antigo paradigma do Estado que desconsiderava os valores de seus povos originários. As constituições anteriores apresentavam grandes contradições por tentar a implantação de um Estado nacional que se conformava ao padrão das constituições dos países colonizadores, não expressando a realidade cultural, econômica e social de sua população.

Boaventura de Souza Santos²⁴⁸ ensina que a maior parte das teorias políticas foram concebidas a partir de cinco países do hemisfério norte, a saber: França, Inglaterra, Alemanha, Itália e Estados Unidos, e que estas teorias não estão de acordo com a realidade sócio-cultural dos países do hemisfério sul, pois a cultura eurocentrista diverge profundamente de valores religiosos e sociais de sociedades como dos povos indígenas. Desta maneira, o constitucionalismo emancipatório “encontra suas raízes na resistência indígena, e essa resistência não foi feita com ajuda do conhecimento jurídico tradicional, pelo contrário, o novo direito emerge de vertentes clandestinas, mas fortemente reais.”²⁴⁹

Esses novos modelos de constituições promoveram o efetivo reconhecimento dos direitos socioambientais dos povos indígenas, o que inclui o respeito ao seu conhecimento tradicional no aspecto jurídico e social, reconhecendo ainda o seu direito de autogoverno e participação nas decisões do estado central. Esses valores podem ser observados em vários artigos das Constituições boliviana e equatoriana, como se observa abaixo no artigo 225 da Constituição equatoriana²⁵⁰:

Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay. El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente. El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen

²⁴⁷ MENDES, Alexandre Fabiano. Direitos Humanos e Interculturalidade: reflexões a partir da experiência boliviana. Ensaios Críticos sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo. Org. Enzo Bello. Caxias do Sul: Educs, 2012. p.159.

²⁴⁸ SANTOS, op. cit., 2007.

²⁴⁹ VARGAS, Idón Moisés Chivi Vargas. Constitucionalismo emancipatório, desarrollo normativo y jurisdicción indígena. La Paz: Convergencia e Comunicación Global, 2010. p.84. “El nuevo derecho que programa la Constitución Política encuentra sus raíces en la resistencia indígena, y esa resistencia no se ha hecho con ayuda del conocimiento jurídico tradicional; por el contrario, el nuevo derecho emerge desde vertientes clandestinas pero fuertemente reales. El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo Plurinacional Comunitario, es el punto de ruptura con la regulación social y el punto de partida de la emancipación social, con La construcción de la igualdad material o democracia igualitaria.

²⁵⁰ EQUADOR, Constitución de La República Del Ecuador. Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em 23/02/2015.

efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

O marco da multiculturalidade e multietnicidade por meio do chamado novo constitucionalismo latino americano proporcionou um grande avanço no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na América latina. O pluralismo étnico e cultural recebe atenção especial nas constituições dos povos das Américas, ainda que não sejam todos a partir de uma concepção socioambiental idêntica às experiências boliviana e equatoriana. Todavia, os países latino-americanos trataram de estabelecer princípios protetivos em suas constituições à diversidade cultural e um forte ambientalismo constitucional fora também desenvolvido. O chamado Estado de Direito Socioambiental têm ganhado força nas últimas décadas tendo em vista uma constituição que promova o desenvolvimento sustentável e que considere a relação de reciprocidade entre o homem e a natureza, precipuamente no que tange aos povos indígenas e as populações tradicionais.

Desta maneira, essa concepção jurídica socioambiental de povos indígenas e populações tradicionais revelam um conhecimento baseado em uma cultura que explora a natureza de maneira verdadeiramente sustentável, ao mesmo tempo em que confronta o modelo de produção capitalista dissociado de um genuíno desenvolvimento sustentável.

O estabelecimento do “Buen Vivir” como princípio orientador do direito e do Estado altera drasticamente a ordem jurídica estabelecida pelos valores liberais, mais especificamente o princípio da dignidade humana, bem como estabelece o desenvolvimento aliado à sustentabilidade ambiental, haja vista que a sociedade não está mais centralizada na dignidade do homem, mas sim na dignidade da vida.²⁵¹

Neste mesmo sentido, os direitos fundamentais são (re)discutidos e (re)avaliados nesta perspectiva do Novo constitucionalismo Latino-Americano, tendo em vista serem facetas do pensamento colonial já abordado.

O bem viver e o Novo Constitucionalismo Latino Americano traz consigo a idéia de que novas epistemologias, mais especificamente as epistemologias do sul, as quais confrontam também o individualismo e consumismo sobre os quais a sociedade eurocêntrica está assentada, delegando papel central aos povos antes marginalizados no que diz respeito ao aprender com suas cosmovisões, princípios de coletividade e sua relação sustentável e harmoniosa com o meio ambiente.

²⁵¹ RODRIGUES, Saulo de Tarso; MARTIN, Núria Beloso. *Do Pós Moderno ao Pós Colonial: O Consittucionalismo Latino Americano e Novas Intersubjetividades Coletivas. Uma Desconstrução do Paradigma Hegemônico da Fundamentalidade dos Direitos a partir da Ética do Outro*. Revista Jurídica da Unigran. Dourados-MS. V.16. n.32. jul/dez. 2014.

Os instrumentos constitucionais que amparam os povos indígenas são direitos pensados na perspectiva dos europeus, daí a dificuldade em atender as demandas dos povos indígenas. A quebra do paradigma da modernidade ocidental e universalidade dos direitos humanos representada pela nova perspectiva do Constitucionalismo Latino Americano redesenha o modelo de Estado e pode ser a ferramenta que atenda a pluralidade de direitos representada pela diversidade das populações indígenas. Nesse sentido, é pensar a própria Constituição e os instrumentos de proteção na perspectiva da própria população indígena, de maneira que se alcance a concretização de seus interesses multiculturais e plurinacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos internacionais e os instrumentos internacionais de proteção específico dos direitos dos povos indígenas se desenvolveram com base nos princípios e valores da modernidade ocidental e do liberalismo político, econômico e filosófico. Estes instrumentos, apesar de contemporaneamente ter se desenvolvido no sentido da salvaguarda dos direitos à diferença, das minorias étnico-raciais e das diversas expressões do multiculturalismo social, não logra êxito na proteção das sociedades indígenas por ter seus fundamentos em um pensamento excludente e hegemônico de direitos humanos.

Em decorrência disso, o desenvolvimento do direito internacional no sentido do reconhecimento à diferença e da passagem da concepção integracionista e assimilacionista para uma concepção multicultural de direitos humanos não representou o rompimento com o paradigma da hegemonia ocidental, a qual continua o processo de imposição de seus valores em detrimento de culturas minoritárias.

A modernidade ocidental estabeleceu um sistema de verificação baseado nos valores e princípios do liberalismo, excluindo-se todas as formas de conhecimento ou manifestações plurais de direito estranhos a esta racionalidade.

A exclusão de uma parte da humanidade pressupõe a universalização dos valores ocidentais hegemônicos com a conseqüente imposição de sua epistemologia e pensamento jurídico. Desta maneira, o direito internacional e constitucional são descritos como conhecimento unicamente produzido pelo norte do globo e como se os outros países fossem extensão de seus territórios. Assim são desconsideradas diferentes narrativas de direitos humanos, dignidade, democracia etc., pois estas não passam pelo crivo da racionalidade científica dominante.

Entretanto, o paradigma da modernidade ocidental apresenta sinais de uma crise irreversível tendo em vista sua insuficiência teórica e social em dar respostas aos conflitos e demandas atuais. Crises proporcionadas pela desigualdade econômica e social, pela impossibilidade de exploração dos recursos naturais na mesma proporção do apetite do capital financeiro e pela ausência de uma potência hegemônica são fatores que possibilitam novas perspectivas epistemológicas e propostas pós-capitalistas.

Necessário se faz para o rompimento com este paradigma a adoção de uma resistência política e epistemológica denominada de pensamento Pós-Colonial. Esta proposta parte do entendimento de que esta ruptura se baseia em um pensamento ecológico, pois a

partir da diversidade de conhecimento e do reconhecimento de que não há um conhecimento absoluto e hegemônico busca-se um processo dialógico intercultural.

Nesse sentido, em oposição ao pensamento moderno assentado na monocultura do conhecimento, essa nova perspectiva baseia-se nas diversas compreensões de mundo das sociedades e principalmente nas novas epistemologias propostas pelo sul do globo terrestre.

Para concretização dos direitos das sociedades indígenas e direitos humanos de modo geral, são necessárias políticas de reconhecimento das diversidades étnico-raciais que compõem os Estados, bem como o estabelecimento de instrumentos jurídicos que efetivamente tutelem esta composição multicultural da sociedade.

Entretanto, as teorias multiculturais de matriz liberal, em especial de Will Kimlicka, trazem consigo uma teoria de direitos humanos e uma proteção da diversidade mitigada tendo em vista o fato de que estas devem preservar os direitos humanos universais considerados por estas teorias como irrenunciáveis, reafirmando a natureza hegemônica de valores liberais.

Ao privilegiar os valores da modernidade ocidental, delegando-o a natureza de fundamentais, nega-se a possibilidade de outras formas de conhecimento e concepções de vida para além da ocidental.

Em oposição a este multiculturalismo liberal, que se demonstra insuficiente para dar respostas às relações complexas nas sociedades, não logrando êxito no que diz respeito a um efetivo reconhecimento das diferenças, se faz necessário um projeto social de reconhecimento e emancipação fundamentados em diálogos interculturais, traduzindo-se em uma relação dialógica e de reconhecimento mútuos entre as diversas culturas.

O reconhecimento de direitos que excedam o estatal é condição necessária para concretização de direitos em uma sociedade plural e multicultural. Portanto, o pluralismo se consubstancia em instrumento contra-hegemônico, pois proporciona a inter-relação entre o poder estatal e a sociedade, a qual exerce influência direta nas políticas de reconhecimento de diferenças e direitos humanos.

Nesse sentido os temas pluralismo e multiculturalismo se fundem tendo em vista sua relação de reciprocidade, pois somente em uma sociedade efetivamente plural e democrática manifesta-se o reconhecimento e proteção das diferenças.

No Brasil, apesar de todo desenvolvimento do ordenamento jurídico e do discurso do reconhecimento dos direitos indígenas, diversas contradições no que diz respeito a políticas públicas, legislações e decisões do judiciário demonstram a visão ainda integracionista e desenvolvimentista sobre a questão indígena.

Desta maneira, duas racionalidades no país e no judiciário, quais sejam, a racionalidade liberal desenvolvimentista e a racionalidade comunitária disputam espaços no que diz respeito à proteção dos direitos das sociedades indígenas.

Nesse contexto, o Novo Constitucionalismo surge como resposta contra-hegemônica e como ruptura da modernidade ocidental e universalidade dos direitos humanos, consubstanciando-se em um novo olhar a partir das epistemologias do sul.

A nova lógica proposta pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano aponta para uma concepção de dignidade que suplanta o conceito ocidental de dignidade humana, estabelecendo-se a dignidade da vida, o “Bien Vivir”.

Nesse sentido, esse novo olhar implica em uma relação dialética entre cultura e natureza. Portanto rompe-se com a visão antropocentrismo do racionalismo ocidental e passa-se a proteção jurídica não dissociada entre homem e meio ambiente. Da mesma maneira, concede-se titularidade jurídica a “Pachamama”, passando a natureza a ser também sujeito de direitos, estabelecendo-se um verdadeiro estado de direito socioambiental.

O Novo Constitucionalismo pressupõe também uma refundação do Estado com base em novos conhecimentos e pela efetiva participação popular, proporcionando que o Estado desenvolva instrumentos que amparem direitos de ordem coletiva e pluriculturais. Dessa maneira, é enxergar o direito da perspectiva do outro, traduzindo-se em possível resposta à concretização dos direitos das sociedades indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Alfredo Wagner Berno de. 2012. “Terras Tradicionalmente ocupadas” *In* Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 375-390.

ALTVATER, (Elmar), *Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos*. trad. Dalva Boner. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999

ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, p. 24

ARAÚJO, Marcelo de. Direitos Individuais e Direitos de Minorias Nacionais: Uma Crítica à Política de “Suplementação” dos Direitos Humanos em Contextos Multiculturais. *Revista de Direito constitucional Internacional*. V.55, p.89-127.2006.

BALDI, Augusto César. *Do Constitucionalismo Latino Americano Moderno ao Novo constitucionalismo Latino-Americano*. Ensaio Críticos sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo. Org. Enzo Bello. Caxias do Sul: Educs, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.)

BELO, Enzo. *Ensaio Críticos sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo*. Educs: Caxias do Sul, 2012 (Terras indígenas e o judiciário – Débora Duprat)

BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference*. Princeton University Press, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direito*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOLÍVIA, Constitución de República Del Bolívia. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em 20/02/215 “El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.”

BOTERO, Esther Sánchez. *Justicia, Multiculturalismo y Pluralismo Jurídico*. IN. Primer Congreso Latino Americano “Justicia y Sociedad., Bogotá, 20 a 24 octubre 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *60 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil*. Org: Andrea Giovannetti. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

_____, Antônio Augusto. *Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em 10/01/2015, p.2.

CARBONELL, Miguel. **Desafios Del Nuevo Constitucionalismo em Latino America.**

CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana y El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. *Anuário mexicano de Derecho Internacional*. México D.F., Vol XII, p. 801-858, 2012.

CLAVERO, Bartolomé. *Bolívia: Entre o Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo emancipatório*. La Paz: Convergência e Comunicação Global, 2010.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **O Sumak Kawsay (Buen Vivir) e o Novo Constitucionalismo Latino Americano: Uma proposta para concretização dos Direitos Sioambientais.**

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. Londres: Cornell University, 2003. p. 7-52

DUPRAT, Deborah. *Terras Indígenas e o Poder Judiciário*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf. acesso em 13.10.2014.

_____. *O Direito sobre o Marco da Multietnicidade e Multiculturalidade*. Acesso em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-o-direito-sob-o-marco-da-plurietnicidade-multiculturalidade>. acesso em 13.10.2014.

DWORKIN, Ronald. *CO Império do Direito*. São Paulo: Editora Martins, 2003.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *Aos 20 Anos da Convenção 169 da OIT: Balanço e Desafios da Implementação dos Direitos dos Povos Indígenas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009.p.21

FOUCALT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008

Geertz, Clifford. 2001. “Anti anti-relativismo” In *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, pp. 47-67.

_____, Clifford. 2001 “Os usos da diversidade” In *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, pp. 68-84.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GORDILLO, Augustín. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, p. 53 e 55. Apud PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em 1/10/2014.

HAWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Alvaro de Vita. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

IKAWA, Daniela. *Direito dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.497-524.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José: IIDH, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Ed. 70: Lisboa, 2007.

KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós, 2010, p. 13.

_____, Will. *Estados, naciones y culturas*. Tradução de Juan Jesús Mora. Córdoba: Almuzara, 2004,

Laraia, Roque de Barros. 2012. “Cultura” In Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 55-67.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988.

LOUREIRO, Violeta Refkalesfsky. *Desenvolvimento, Meio Ambiente e Direito dos Índios: Da Necessidade de um novo Ethos Jurídico*. Revista de Direito GV. São Paulo. 6(2). P. 503-526. Jul-Dez/2010.

MAGALAHES, José Luiz Quadros. *A Alienação da Política nas Democracias Constitucionais modernas e as Alternativas Democráticas Consensuais na América Latina*. Caxias do Sul-RS: Educs, 2014.

MALDONADO, Daniel Bonilha. **Indígenas Urbanos y Derechos Culturales: Los límites Del Multiculturalismo Liberal**. *Revista de Direito Getúlio Vargas*. nº 14, p. 569-604, jul-dez. 2011.

MARCONI, Eva Maria; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDINA, Fabio. *Pachamama, o Filme: Saberes Indígenas e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Caxias do Sul-RS: Educs, 2014.

MELO, Mario. *Últimos avanços na Justiciabilidade dos Direitos Indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Revista Interamericana de Direitos Humanos. V.4, ano

3, 2006.

MELO, Milena Petter. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América latina. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29981.pdf>. Acesso em 10/02/2105. p.142.

MENDES, Alexandre Fabiano. Direitos Humanos e Interculturalidade: reflexões apartir da expeiência boliviana. Ensaio Críticos sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo. Org. Enzo Bello. Caxias do Sul: Educs, 2012. p.159.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÀN, Javier Aguirre. *As Tensões da Dignidade Humana: Conceituação e Aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos*. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos. v.1, n.1. São Paulo, 2004.

NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant (Org). *Antropologia e Direitos Humanos*. Niterói: EDUFF, 2001.

OLIVÉ, Leon. *Los Retos de Las Sociedades Multiculturales: Interculturalismo y Pluralismo*. Cuadernos Inter c.c.mbio, Año 8, n.9, 207-227, p.209

Oliveira, João Pacheco. 2012. “Terras Indígenas” In Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 369-374.

_____, João Pacheco. 2012. “Perícia Antropológica” In Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 125-140.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas. Disponível em: (http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em 28/08/2015.

PALAFIX, Francisco Ibarra. **Constitutionalism and Citizenship: Facing the multicultural Challenge**. Mexican Law Review, vol. IV, n°1

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional*. 11 ed. Ver. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 6° ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 4° ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.35-93.

_____. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectiva Global e Regional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.47-76.

Pinto, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. 2012. “Grupos étnicos e etnicidade” In Souza Lima, Antonio Carlos (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/ Rio de Janeiro: Contra Capa/ LACED/ABA, p. 68-78.

QUIROGA, Jorge Antônio Ortiz. *La identidad cultural de los pueblos indígenas em El marco de La protección de derechos humanos y los procesos de democratización em Colombia*. *Revista de Derecho Del Estado*. n° 30, p. 217-249, enero-jun. 2013.

RODRIGUES, Saulo de Tarso; MARTIN, Núria Beloso. *Do Pós Moderno ao Pós Colonial: O Consistucionalismo Latino Americano e Novas Intersubjetividades Coletivas. Uma Desconstrução do Paradigma Hegemônico da Fundamentalidade dos Direitos a partir da Ética do Outro*. *Revista Jurídica da Unigran*. Dourados-MS. V.16. n.32. jul/dez. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Conocer desde El Sur: Para uma cultura Política Emancipatória**. Fundo Editorial FCS: Lima, 2006.

_____, Boaventura de Sousa. *Para Além do Pensamento Abissal: Das Linhas Globais a uma Ecologia de Saberes*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 77. Out. 2007. p.237-280.

_____, Boaventura de Sousa. *Para Uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 63. Out. 2002. p.3-46

_____, Boaventura de Sousa. *Poderá o Direito ser Emancipatório?* *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 65. Maio. 2003. p.3-76

_____, Boaventura de Sousa. *Descolonizar El Saber, Reinventar El Poder*. Montevideo: *Extensión Universitária, Universidad de La república*, 2010.

_____, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da Experiência*. 4° ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

_____, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: *Civilização Brasileira*, 2003.

_____, Boaventura de Sousa. *A Gramática Do Tempo*. 2° ed. São Paulo: Editora Cortez, 2006.

_____, Boaventura de Sousa. *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N.48, junho 1997.

_____, Boaventura de Sousa. *Dilemas de Nosso Tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento*. (entrevista com Boaventura de Sousa Santos). *Currículo Sem Fronteiras*. V.3, n.2, p.5-23. Jul/2003.

_____, Boaventura de Sousa. *O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Pars um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n.3, junho/1990.

_____, Boaventura de Sousa. *La Reinvenición Del Estado y El estado PLurinacional*. Santa Cruz de La Sierra: Talleres Gráficos Kipus, 2007.

SCHETTINI, Andrea. *Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de*

Direitos Humanos. Revista Internacional de Direitos Humanos. V. 9, n. 17, p.63-84, dez. 2012.

SILVA, Paulo Tadeu Gomes. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p.113-138, outubro/2008

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. Oficina de La Unesco em México. Disponível em:

<http://www.conu.org.mx/prensal/especiales/2008/indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 19/11/2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____, Lenio. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. vol. 1, nº 1, p. 93-105, jul. 2010..

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 61.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *A atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2011. p. 26-81..

URKIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. *Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, Novo Constitucionalismo e Organização dos Movimentos Indígenas*. Cadernos Prolan/USP. Ano 8, v.1-2008. p.199-222.

VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009.

WOLFRUM, Rudiger. *A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.599-618.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, 2006.

WILHELMI, Marco Aparício. *Rumo a uma Justiça Social, Cultural e Ecológica: o desafio do bem viver nas Constituições do Equador e da Bolívia*. Meritum, Belo Horizonte, v.8, n.1, p.313-350, jan/jun 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Naturaleza como Persona: Pachamama y Gaia*. . La Paz: Convergência e Comunicación Global, 2010. p.120.