



NATUREZA E POVOS NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

VOLUME II

ORGANIZAÇÃO

ADRIELE FERNANDA ANDRADE PRÉCOMA

DANIELLE DE OURO MAMED

MANUEL MUNHOZ CALEIRO

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO

HELINE SIVINI FERREIRA



Diagramação
Letra da Lei

Foto de capa
Itaimbezinho, Aparados da Serra
Fevereiro de 2016
Por: Manuel Munhoz Caleiro

N285

Natureza e povos nas constituições latino-americanas. [livro eletrônico] / co-ordenação científica Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Helene Sivini Ferreira / organização Adriele Fernanda Andrade Précoma, Danielle de Ouro Mamed e Manuel Munhoz Caleiro – Curitiba: Letra da Lei, 2017.

345p.

ISBN 978-85-61651-25-1

1. Direito ambiental . 2. Direitos sociais. I. Caleiro, Manuel Munhoz. II. Ferreira, Helene Sivini. III. Mamed, Danielle de Ouro. IV. Précoma, Adriele Fernanda Andrade. V. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. VI. Título.

CDU 502:316

CEPEDIS
Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental



Al. Dom PedroII, 44. Batel. Curitiba-PR.
CEP 80.250-210 - Fone: (41) 3223-5302.
contato@arteeletra.com.br

APOIO



FORD FOUNDATION



Ministério da
Educação



CONSELHO EDITORIAL

Antônio Carlos Wolkmer
Bruce Gilbert
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Caroline Barbosa Contente Nogueira
Clarissa Bueno Wandscheer
Danielle de Ouro Mamed
David Sanchez Rubio
Edson Damas da Silveira
Eduardo Viveiros de Castro
Fernando Antônio de Carvalho Dantas
Helene Sivini Ferreira
Jesús Antonio de la Torre Rangel
Joaquim Shiraishi Neto
José Luis Quadros de Magalhães
José Maurício Arruti
Manuel Munhoz Caleiro
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega
Milka Castro
Raquel Yrigoyen Fajardo
Rosembert Ariza Santamaria
Walter Antillon Montealegre

SUMÁRIO

V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL.....	6
PREFÁCIO.....	10
A CONCEITUALIZAÇÃO JURÍDICA DA NATUREZA NAS CONSTITUIÇÕES DE EQUADOR E DO BRASIL: A COSMOGONIA DOS POVOS ORIGINÁRIOS	
Dulce María García e García e Amanda Villavicencio Peña.....	16
A HERMENÊUTICA A FAVOR DA PLURINACIONALIDADE DE POVOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	
Leopoldo Rocha Soares e Cesar Augusto Ribeiro Nunes.....	38
A LUTA PELA TERRA NO BRASIL E A NECESSIDADE DE UM DIREITO VERDADEIRAMENTE PLURAL	
Clarissa Machado de Azevedo Vaz.....	60
A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRO E EQUATORIANO	
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, Cleide Calgaro e Sandrine Santos.....	73
AS INOVAÇÕES POLÍTICAS DA CONSTITUIÇÃO DA BOLÍVIA COMO MODELO PARA A SUPERAÇÃO DA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA BRASILEIRA	
Janaína Maria Bettes.....	98
ESTADOS PLURINACIONAIS: A ESPERANÇA CONSTITUCIONALIZADA E SEUS OBSTÁCULOS REAIS	
Adriele Fernanda Andrade Précoma e Anibal Alejandro Rojas.....	115
HENDA'YVA: DE LA INVISIBILIDAD AL RECONOCIMIENTO DE DE-RECHOS, UN ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS INDÍGENAS EN EL PARAGUAY A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992	
Cecilio Arnaldo Rivas Ayala, Susan Raquel Vega Bordón e Mario Alberto Penayo.....	136
NATUREZA, TERRITÓRIO E DIREITO: UMA COMPREENSÃO FILOSÓFICA DO DIREITO A PARTIR DA COSMOVISÃO INDÍGENA LATINO-AMERICANA	
Júlio da Silveira Moreira.....	155

O DESAFIO CONSTITUCIONAL DA DIVERSIDADE	
Isabela de Castro Franco e Guilherme Raimundo da Silva.....	173
OS POVOS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E ARGENTINA: UMA ANÁLISE SEGUNDO A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS	
Kelly Cristina Canela.....	189

V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL

A questão socioambiental sempre esteve no centro das discussões jurídicas do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Com uma Área de Concentração denominada ‘Direito Socioambiental e Sustentabilidade’, e Linhas de Pesquisa que se dividem em ‘Estado, Sociedades e Meio Ambiente’ e ‘Justiça, Democracia e Direito Humanos’, o PPGD oferta várias disciplinas que, direta ou indiretamente, encontram-se voltadas ao estudo do tema e seus possíveis desdobramentos.

Muito cedo foi criado um Grupo de Pesquisa, denominado ‘Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica’, para dar cabo ao conjunto de projetos de pesquisa de iniciação científica, mestrado, doutorado e estudos avançados, que foram sendo propostos e aceitos no âmbito do Programa. A coordenação do Grupo é exercida pelos professores Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Heline Sivini Ferreira e Vladimir Passos de Freitas.

No ano de 2006, entendeu-se que era necessário congregar os resultados dessas pesquisas e apresentá-los em um evento científico próprio, distinto dos outros eventos acadêmicos que seus membros regularmente já participavam. Com isso, inaugurou-se o Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental, cujo objetivo consiste no estudo aprofundado de como o sistema econômico hegemônico da modernidade excluiu e continua a excluir os povos e a natureza, promovendo sua destruição ou tornando-os invisíveis e, ainda, de como essa exclusão e inviabilidade, mediadas pelo próprio Direito, tem-se mostrado desastrosa.

No final do século XX, esse mesmo sistema que exclui e aniquila, descobriu, entre atônico e incrédulo, que a humanidade sucumbiria junto com a natureza e começou a impor, por meio de sistemas regulatórios, limites para essa destruição. Na América Latina, essa busca pelo retorno da natureza promoveu o ressurgimento de antigas lutas travadas pelos povos invisíveis. Índios, quilombolas, camponeses, comunidades que foram chamadas de povos, populações, sociedades, gentes, e adjetivadas de tradicionais, locais, originários, contra-hegemônicos, reclamaram, desde sempre, que a relação do ser humano com a natureza não podia ser marcada pelo egoísmo e pela cegueira da lógica do lucro e da acumulação ilimitada de riquezas.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que com a tomada de consciência dessa realidade destrutiva, passou-se a entender que, independentemente dos povos tradicionais, há um direito de todos sobre a natureza saudável e viva, sobre a plenitude da biodiversidade, assim como sobre a profunda e bela diversidade cultural, expressa em uma vigorosa sociodiversidade. E o direito de todos, certamente, não se confunde com o direito de um.

Como instrumento, o Direito foi utilizado pela modernidade para fixar a ideia do individualismo e garantir que o sujeito de direitos, individual e humano, tivesse supremacia sobre o objeto de direito, a terra e a natureza. Foi também o instrumento utilizado para excluir todo humano que não fosse individualizável, a exemplo dos povos tradicionais, e todo natural que não pudesse ser transformado em bem. Curiosamente, a esse mesmo instrumento caberia a tarefa de promover a reintegração dos excluídos. Mas, se o Direito não regulamenta os direitos de todos, é fato que eles não existem. Portanto, é de pouca valia reconhecer a necessidade de reintrodução desses direitos sem a modificação do próprio sistema jurídico. Nesse cenário, despontam as atuais constituições e legislação latino-americanas com importância inquestionável.

Entretanto, a questão, como se vê, não é apenas jurídica - talvez não exista nada que seja apenas jurídico. É necessário que se promova uma interação com outras ciências, como a antropologia, a sociologia, a economia, a biologia, a agronomia, a história, a geografia, etc. O Direito sozinho pode pouco, ainda que custe a entender isso. Também é importante ir além do puramente acadêmico, ultrapassar os limites do conhecimento que a teoria oferece. É necessário ouvir, conhecer e aprender com os povos e populações tradicionais, e isso faz o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, fortalecendo, em especial, as atividades desenvolvidas no âmbito da Linha de Pesquisa 'Estado, Sociedades e Meio Ambiente'.

E é justamente para que todos esses mundos se encontrem, que a organização de eventos com a participação de pesquisadores de outras instituições e com pensadores de outras culturas, como os indígenas e quilombolas, pescadores, faxinalenses e ciganos, se faz tão essencial. Dentro dessa visão, nasceu a quinta edição do Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental, realizado entre os dias 10 e 12 de novembro de 2015 na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em Curitiba. Paralelamente ao referido evento, realizou-se: o Seminário 'Natureza e Povos nas Consti-

tuições Latino-Americanas'; o Seminário 'A Questão Avá- Guaraní'; e a II Mostra Fotográfica 'Socioambientalismo em Imagem'.

Propondo-se a discutir a questão socioambiental a partir das recentes Constituições promulgadas na Bolívia e no Equador, o Seminário 'Natureza e Povos nas Constituições Latino-Americanas' integra o projeto de pesquisa intitulado 'Caracteres do Constitucionalismo Andino no Estado Socioambiental de Direito e, com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), é coordenado pela Professora Helene Sivini Ferreira.

O Seminário 'A Questão Avá- Guaraní', por sua vez, propôs-se a atualizar o debate sobre a profunda contradição que se dá entre a produção de *commodities*, a natureza e a vida indígena no Estado do Paraná. Integra o projeto de pesquisa intitulado 'A Questão Indígena no Oeste do Paraná' e a Reconstrução do Território Avá-Guarani' e, também com o apoio do CNPq, é coordenado pelo Professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho.

A II Mostra Fotográfica "Socioambientalismo em Imagem", um momento lúdico do Congresso em que se buscou demonstrar, por meio da arte, que não só a ciência moderna e suas categorias fechadas são capazes de difundir o conhecimento e a consciência.

Durante o V Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental e Seminários paralelos, o desenvolvimento da pesquisa também foi fomentado com a apresentação de trabalhos científicos que, previamente selecionados, foram organizados em torno de seis eixos temáticos, quais sejam: I. Biodiversidade, Espaços Protegidos e Populações Tradicionais; II. Natureza, Populações Tradicionais e Sociedade de Risco; III. Perspectivas para a Implementação do Socioambientalismo; IV. Povos Indígenas, Quilombolas e Ciganos no Brasil; V. Natureza e Povos nas Constituições Latino-Americanas; VI. A Questão Avá-Guarani.

Inúmeras propostas foram recebidas e cuidadosamente analisadas. Da riqueza e da qualidade das teses aprovadas, originaram-se cinco livros que, concebidos a partir dos eixos temáticos acima referidos, reúnem os artigos que foram apresentados durante o evento. Os resumos, por sua vez, foram publicados na forma de Anais. Todas essas publicações, convém observar, encontram-se disponíveis no site 'DireitoSocioambiental.org', administrado pelo Grupo de Pesquisa 'Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica'.

Também os palestrantes convidados trouxeram uma imensurável contribuição para os debates propostos, evidenciando a correção de linha do V Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental. O antropólogo espanhol Bartomeu Meliá, um dos maiores expoentes no estudo da língua e da cultura do povo Guarani desde a década de 1950, fez uma memorável conferência de abertura. E, não menos brilhante, foi a conferência de encerramento, quando Maria Rosalina dos Santos, representante da Coordenação Nacional das Comunidades Quilombolas (CONAQ), narrou a trajetória de resistência e de lutas do movimento negro no Brasil.

Por fim, resta-nos agradecer a todos aqueles que estiveram conosco. Fica o nosso desejo de revê-los em 2017, por ocasião do VI Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental.

Curitiba, 10 de novembro de 2016.

Carlos Frederico Marés
Helene Sivini Ferreira
Clarissa Bueno Wandscheer
Manuel Caleiro

PREFÁCIO

Este livro é o resultado da compilação de artigos científicos apresentados no grupo de trabalho “Natureza e Povos nas Constituições Latino-americanas”, que integrou o V Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental, e que foi desenvolvido no âmbito do projeto de pesquisa “Caracteres do Constitucionalismo Andino no Estado Socioambiental de Direito”, que conta com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), através do edital MCTI/CNPQ/Universal 14/2014.

Com a mediação de Danielle de Ouro Mamed (UnC) e Efendy Emiliano Maldonado (UFSC), o grupo de trabalho buscou analisar textos constitucionais latino-americanos de maneira crítica, abordando as readequações institucionais decorrentes do reconhecimento das diversas culturas existentes no continente, assim como as diferentes concepções de relação com a natureza.

Os trabalhos apresentados e as discussões desenvolvidas no grupo tiveram base em diversificados referenciais teóricos e normativos. O primeiro trabalho, intitulado “A conceptualização jurídica da natureza nas Constituições de Equador e do Brasil: a cosmogonia dos povos originários”, contribuição de Dulce María García e García e Amanda Villavicencio Peña, aborda a questão da constitucionalização da natureza nas recentes constituições latino-americanas, com influências da cosmogonia dos povos originários. As autoras indicam que a constitucionalização do meio ambiente e o conceito de natureza nos textos jurídicos representam uma quebra de paradigma jurídico. O texto desenvolvido aponta que a concepção da natureza conforme a cosmogonia dos povos originários nos textos constitucionais representa um desafio a ser cumprido na realidade latino-americana. Da narrativa constitucional à transformação social existe uma brecha ainda não suprimida, que bem poderiam as inovações legislativas do constitucionalismo latino-americano fazer plausíveis.

Em seguida, no trabalho “A hermenêutica a favor da plurinacionalidade de povos na Constituição da República Federativa do Brasil”, os autores Leopoldo Rocha Soares e Cesar Augusto Ribeiro Nunes apresentam uma indicação de hermenêutica que, surgida no seio do pós-positivismo a partir da necessidade de ampliação da ideia de dignidade humana, surge como possível instrumento de emancipação dos povos originários e

tradicionais também no Brasil. Os autores colocam que o chamado novo constitucionalismo, aliado a uma epistemologia própria e pós-colonialista dos países latinos, é capaz de orientar a aplicação da norma constitucional no sentido de empoderar aqueles que manifestam diferentes conceitos de família, propriedade, crime, etc., ainda que de forma tímida, mas suficiente para se chamar a atenção para a necessidade de institucionalização de mecanismos que deem voz a esses grupos.

“A luta pela terra no Brasil e a necessidade de um Direito verdadeiramente plural”, de autoria de Clarissa Machado de Azevedo Vaz, indica que o cenário fundiário permanece conflituoso não só no Brasil, mas em toda a América Latina, e essa violência se manifesta de maneira especial com os povos tradicionais. Diante dessa constatação, a autora indica a necessidade de se desenvolver uma ordem jurídica liberta do pensamento moderno que privilegia a proteção da propriedade privada, em busca de um novo Direito dotado de caráter subjetivo, que busque soluções adequadas à tradição dos povos. Para tanto, necessário envolvê-los na solução dos conflitos, considerando que os princípios gerais do direito, os usos e costumes, as relações com a natureza, a história de cada povo, são capazes de produzir juridicidade. Por fim, o artigo apresenta as maneiras pelas quais os mecanismos garantidores do acesso à terra no Brasil são insuficientes para as soluções de conflitos relacionados ao tema.

No artigo “A reparação do dano ambiental: um estudo comparado entre os textos constitucionais brasileiro e equatoriano”, de Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, Cleide Calgaro e Sandrine Santos, é realizado um estudo comparativo entre os textos constitucionais do Brasil e do Equador a respeito da temática da reparação do dano ambiental. Nessa comparação, verificam as autoras e o autor que a Constituição brasileira limita-se a uma proteção ambiental voltada à proteção dos direitos do ser humano sobre a natureza, e, em caso de danos ambientais, a ordem constitucional brasileira recorre à ficção jurídica da indenização em pecúnia quando se entenda inviável a restauração ambiental, não sendo o ambiente restabelecido ao seu estado anterior. Constatam os autores que na Constituição equatoriana, com a elevação da natureza ao patamar de sujeito de direitos, compreende-se que a natureza tem direito à restauração integral de seus ecossistemas. Na ordem constitucional do Equador, portanto, com a busca pela proteção da *Pachamama* por seu valor intrínseco e do *Sumak Kawsay*, fica ressaltada uma lógica de preservação ambiental substancialmente diversa da contida

ordem jurídica brasileira, superando a racionalidade de objetificação da natureza e de individualismo em que sempre estiveram pautados o Direito, o modo de produção capitalista e a modernidade. O estudo mostra-se atento às inovações trazidas pela Constituição equatoriana de 2008 e permite a reflexão a respeito de possíveis interlocuções com o sistema jurídico brasileiro, avaliando perspectivas de avanços em termos de proteção ambiental.

O trabalho intitulado “As inovações políticas da Constituição da Bolívia como modelo para a superação da crise de representatividade política brasileira”, apresentado por Janaína Maria Bettles, tece uma reflexão a respeito da crise de representatividade política brasileira, especialmente no que tange à falta de espaços de representatividade dos diversos povos tradicionais nas instituições estatais, além do impedimento de se manifestarem em conformidade com suas próprias tradições e costumes, o que resulta na falta de proteção adequada de seus interesses pelos governantes eleitos. Diante dessa constatação, a autora faz uma leitura da Constituição boliviana de 2009, apontando nela as possibilidades de participação popular com o respeito à diversidade cultural das nações indígenas. Num exercício comparativo entre as constituições do Brasil e da Bolívia, a autora propõe possibilidades de um aprofundamento democrático no Brasil tomando em conta os avanços na Constituição boliviana com relação à representatividade dos povos originários.

Com o texto “Estados plurinacionais: a esperança constitucionalizada e seus obstáculos reais”, Adriele Fernanda Andrade Précoma e Anibal Alejandro Rojas Hernández trazem reflexões a respeito do chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano como movimento constitucionalista de acentuado caráter pluralista, focado na efetiva participação popular nos processos constitucionais e na implementação de uma nova visão a respeito da natureza e das sociedades. Pautados nas premissas através das quais este movimento foi proposto e vem sendo construído, os autores tratam de suas potencialidades sem perder de vista os limites concretos que vem sendo enfrentados pelos países na construção deste novo paradigma jurídico, especialmente no Equador e na Bolívia. Os autores enfrentam o complexo desafio de pensar alternativas não hegemônicas para as instituições jurídicas, argumentando, entre outros aspectos, a respeito dos constantes embates entre os direitos da natureza e dos povos e o modelo econômico hegemônico do capitalismo.

Com o artigo redigido em língua espanhola “Henda’yva: de la invi-

sibilidad al reconocimiento de derechos, un análisis de la situación de los indígenas en el Paraguay a la luz de la Constitución de 1992”, os pesquisadores Cecilio Arnaldo Rivas Ayala, Susan Raquel Vega Bordón e Mario Alberto Penayo Quintana realizam uma retrospectiva da tutela constitucional dos direitos indígenas no Paraguai. No texto é possível encontrar um breve apanhado sobre as violações de tais direitos naquele país, confrontando os fatos históricos à constatação de que antes da Constituição de 1992 não havia referências constitucionais aos povos indígenas ou a seus direitos culturais. Além das informações históricas, também são trazidos dados estatísticos atuais sobre os povos indígenas paraguaios, contrastando-os com os direitos conquistados pela Constituição Nacional Paraguaia.

No artigo intitulado “Natureza, território e direito: uma compreensão filosófica do direito a partir da cosmovisão indígena latino-americana”, o autor Júlio da Silveira Moreira introduz o leitor na crítica ao pensamento racionalista europeu que separa homem e natureza, presente no Direito a serviço do capital que considera a natureza enquanto objeto, como mercadoria. Aprofunda essa crítica com uma breve apresentação da cosmovisão manifestada no livro *Popol Vuh*, que narra a origem do mundo e do povo maia, demonstrando outras formas de compreender a natureza e o ser humano como dela inseparável. Além dessa visão, o autor cita outros pensadores que compreenderam haver alma no universo. Com essas bases, desenvolve a ressignificação do território com apoio na cosmovisão indígena fundada na integralidade do humano com a natureza, superando a concepção burguesa que os separa e objetifica a terra na noção de propriedade privada passível de mercantilização. Analisa, por fim, que haveriam implicações revolucionárias dessas novas visões no campo jurídico, mas considera que ainda permanece a visão euro-centrada e antro-po-centrada de mundo mesmo em campos que anunciam de certa forma superá-las, como no direito ambiental.

Por sua vez, o texto “O desafio constitucional da diversidade”, de autoria de Isabela de Castro Franco e Guilherme Raimundo da Silva, traz o debate a respeito das falhas do Estado Moderno, enquanto entidade uniformizadora e excludente. Partindo da constatação da heterogeneidade da população brasileira, o artigo realizou prospecções a partir das experiências latino-americanas, vislumbrando possibilidades para o Direito Brasileiro, especialmente quanto ao reconhecimento da diversidade pelo Direito e, por conseguinte, pelas instituições jurídicas.

No artigo intitulado “Os povos indígenas nas constituições brasilei-

ra e argentina: uma análise segundo a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos povos indígenas”, de Kelly Cristina Canela, foi apresentada uma trajetória de instrumentos internacionais que trataram de direitos dos povos indígenas desde a Convenção de Patzcuaro das Nações Unidas, passando pelas Convenções 107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho, até chegar à Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Dedicando-se à análise de dispositivos dessa última Declaração, a autora aponta que significaram a superação do assimilacionismo e integracionismo, dando ensejo a alterações constitucionais em diversos países da América Latina, dentre os quais o Brasil e a Argentina. Desses países, a autora acompanhou o histórico do tratamento dado aos povos indígenas em suas formações, até chegar à análise dos textos constitucionais atuais de cada país. O texto traz, portanto, um apanhado histórico do tratamento dos direitos dos povos indígenas pela comunidade internacional e pelo Brasil e Argentina.

O conjunto dos trabalhos apresentados reflete a preocupação sobre a qual a Academia tem se dedicado a pensar acerca do esgotamento do modelo hegemônico de Direito, sociedade, economia e das interações desses elementos com a natureza. Diante dessa crise civilizacional que se agudiza, as reflexões sobre ela alcançam grande importância, pois urge soluções nos campos políticos e jurídicos, com novas perspectivas, além de a observância dos direitos socioambientais ser uma premissa inafastável.

Apesar da muita dedicação no campo da reflexão acadêmica, ainda assim os esforços no sentido de concretizar alternativas talvez não estejam sendo realizados com a urgência necessária, porém, pode-se reconhecer o empenho de países que têm inserido em suas ordens constitucionais propostas não hegemônicas de sociedades. A proposta de criar normas e instituições jurídicas em partes desvinculadas da herança colonialista constitui uma das medidas com vistas a garantir que os povos possam praticar sua organização social, política e jurídica a partir dos valores que lhes são inerentes, rechaçando a colonialidade que desrespeita suas peculiaridades e sua complexidade, que não cabem nas instituições da modernidade.

Com esse prisma pode-se visualizar que vários elementos estão sendo dispostos num caldo de pensamento contra-hegemônico fortemente engrossado pelos latino-americanos, o que alimenta as expectativas de se formar uma conjuntura suficientemente propícia a uma nova revolução civilizacional que se está rogando emergencial no cenário crítico da proble-

mática socioambiental.

Com esta publicação espera-se, portanto, contribuir com as reflexões e conhecimentos expressos e compartilhados nas páginas que seguem, somando-se aos esforços de colaborar para um direito efetivamente socioambiental e afeito às tantas diversidades que caracterizam os povos e a natureza na América Latina, esforços para os quais também o leitor poderá ser tocado a contribuir, dada a grande necessidade de conscientes cabeças e braços para essa luta.

Boa leitura!

Adriele Fernanda Andrade Précoma
Danielle de Ouro Mamed
Manuel Munhoz Caleiro

A CONCEITUALIZAÇÃO JURÍDICA DA NATUREZA NAS CONSTITUIÇÕES DE EQUADOR E DO BRASIL: A COSMOGONIA DOS POVOS ORIGINÁRIOS

LA CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA DE LA NATURALEZA EN LAS CONSTITUCIONES DE ECUADOR Y BRASIL: COSMOGONÍA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Dulce María García y García¹
Amanda Villavicencio Peña²

RESUMO: A região latino-americana caracterizada pela sua vasta diversidade étnica, cultural, biológica, compartilha um processo colonial que a uniformizou nas práticas mercantilista e mais tarde liberal. Ante a tendência global de proteção da natureza e de auge do neocostitucionalismo, a América Latina tem constitucionalizado a natureza, elevando a proteção ambiental como direito fundamental no marco da sustentabilidade. Assim mesmo, existe a inclusão epistemológica dos povos originários sobre a natureza nos textos constitucionais de alguns países latino-americanos, ultrapassando a inserção estandardizada como direito fundamental. Exemplificando as tendências atuais encontramos as Cartas Magnas do Brasil e do Equador. Em 1988 a Constituição Brasileira elevou a direito fundamental a preservação do meio ambiente mudando o paradigma da normatividade tradicional, sistematizando o ordenamento jurídico brasileiro. Acrescentando a concepção jurídica, a sustentabilidade ambiental é considerada como paradigma constitucional frente ao modelo capitalista de produção e consumo imperante. No tocante da Constituição do Equador, o texto eleva a natureza ou *Pachamama* como sujeito de direito com garantias processuais para sua proteção. O conceito holístico é inspirado pela cosmogonia dos povos originários e consequentemente deve ser respeitado como qualquer outro direito fundamental. A constitucionalização do médio ambiente e o conceito de natureza nos textos jurídicos representam uma quebra de paradigma jurídico e um questionamento de ideologias. A

¹ Doutoranda em Direito Socioambiental e Económico. Pontificia Universidade Católica do Paraná-PUCPR. dulcemariagarcia@gmail.com

² Doutoranda em Estudos Latino-americanos. Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM. amandinevillavic@gmail.com

concepção da natureza conforme a cosmogonia dos povos originários nos textos constitucionais representa um desafio a ser cumprido na realidade latino-americana. Da narrativa constitucional à transformação social existe uma brecha ainda não suprida que, bem poderiam as inovações legislativas do constitucionalismo latino-americano fazer plausíveis.

PALAVRAS CHAVE: povos originários; direitos da natureza; sustentabilidade; território.

RESUMEN: La región latino-americana caracterizada por su vasta diversidad étnica, cultural, y biológica, comparte un proceso colonial que la uniformó en la praxis mercantilista y más tarde liberal. Ante la tendencia global de protección de la naturaleza y del auge del neo constitucionalismo, América Latina ha constitucionalizado la naturaleza, elevando la protección ambiental como derecho fundamental en el marco de la sustentabilidad. Así mismo, existe la inclusión epistemológica de los pueblos originarios sobre la naturaleza en los textos constitucionales de algunos países latino-americanos, traspasando la inserción estandarizada como derecho fundamental. Ejemplificando las tendencias actuales encontramos las cartas magnas de Brasil y de Ecuador. En 1988 la Constitución Brasileña elevó a derecho fundamental la preservación del medio ambiente cambiando el paradigma de la normatividad tradicional, sistematizando el ordenamiento jurídico brasileño. Acrecentando la concepción jurídica, a la sustentabilidad ambiental considerada como paradigma constitucional frente al modelo capitalista de producción y consumo imperante. Respecto de la Constitución de Ecuador, el texto eleva a la naturaleza o *Pachamama* como sujeto de derecho con garantías procesales para su protección. El concepto holístico es inspirado por la cosmogonía de los pueblos originarios y consecuentemente debe ser respetado como cualquier otro derecho fundamental. La constitucionalización del medio ambiente y el concepto de naturaleza en los textos jurídicos representan una ruptura de paradigma jurídico y un cuestionamiento de ideologías. La concepción de la naturaleza conforme a la cosmogonía de los pueblos originarios en los textos constitucionales representa un desafío a ser cumplido en la realidad latino-americana. De la narrativa constitucional a la transformación social existe una brecha aún no suprimida que, bien podrían las innovaciones legislativas del constitucionalismo latinoamericano hacer plausibles.

PALABRAS CLAVE: pueblos originarios; derechos de la naturale-

za; sustentabilidad; territorio.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto analisar a influência da cosmogonia indígena nos textos constitucionais sobre a proteção do meio ambiente do Brasil e do Equador, sendo elevado à categoria de direito fundamental. Frente a distintos contextos históricos, sociais e políticos, as Constituições do Brasil e do Equador quebraram paradigmas representando a vanguarda no quesito ambientalista e virando modelo a inspirar a região latino-americana.

Desde a segunda metade do século XX, a consciência ecológica se tornou global frente à inegável crise ambiental. América Latina, abundante em biodiversidade, em metais e muitos outros produtos interessantes para o comércio, fizeram da região alvo de exploração desde a chegada dos europeus até hoje como nações independentes. A espoliação conduz à degradação ambiental e em consequência a afetação dos ecossistemas, da fauna, da flora, da vida humana.

Os Estados latino-americanos têm reagido ante o desastre ecológico, inserindo progressivamente normas que oferecem proteção ao meio ambiente para garantir a sobrevivência humana como prioridade. Mas a consciência ecológica latino-americana tem evoluído, garantir um meio ambiente equilibrado não é suficiente, a Natureza como núcleo da vida é a concepção prevalecente. A perspectiva antropocêntrica é suplantada pela biocêntrica, onde o homem é só uma parte, não é o todo, ideologia dos povos indígenas, de nossa origem.

O artigo está dividido em quatro partes, a primeira apresenta brevemente a paulatina constitucionalização do meio ambiente na região latino-americana. Em um segundo momento, a inovação da Constituição do Equador de introduzir a cosmogonia indígena nos dispositivos constitucionais de proteção ambiental. Posteriormente na terceira parte, a vanguarda constitucional do Brasil de inserir a sustentabilidade e o meio ambiente equilibrado para garantir a vida humana. Finalmente, uma reflexão sobre os contextos que facilitaram a inserção da cosmogonia indígena na proteção ambiental na Constituição do Equador em respeito da Constituição do Brasil.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA AMÉRICA LATINA

A incorporação do meio ambiente como um direito fundamental encontra-se nas Cartas Magna de América Latina. A elevação ao nível constitucional do direito a um meio ambiente sadio representa o interesse do Estado em diminuir sua destruição frente ao iminente ecocídio. Assim mesmo, esse direito está vinculado com outros direitos fundamentais como saúde e vida, fortalecendo sua fundamentação. Evidentemente a proteção ambiental também representa o interesse econômico e utilitário de sua exploração para satisfazer as necessidades e os caprichos humanos.

A proteção jurídica do meio ambiente na América Latina chega tarde, mas no tempo preciso antes de sua irremediável devastação. Depois da chegada dos europeus ao Novo Continente, a região latino-americana tem sido objeto de uma constante espoliação. Desde a época da colônia até a independência do jugo europeu, América Latina foi vista como uma região exportadora de alimentos, metais, petróleo e um sem-fim de matérias primas para o mundo.

Mas a espoliação continua. A globalização tem obrigado aos países latino-americanos a maximizar sua produção com práticas neoliberais e participar do competitivo mercado mundial. O desmatamento tem sido uma atividade constante para favorecer as atividades agropecuárias, assim como a produção industrial é incentivada ainda que acrescente a poluição. América Latina sustenta o mundo, mas é incapaz de atender as necessidades básicas a sua própria população.

As práticas capitalistas estão longe de melhorar a economia da região latino-americana, a qualidade de vida da população não tem melhorado nem as condições de trabalho e de saúde. Os recursos naturais estão se esgotando e a qualidade da terra, da água e do ar são danificadas pelo seu uso indiscriminado e ilimitado. Comprometido o meio ambiente sadio, é axiomático que a vida estaria seriamente ameaçada.

Depois da Segunda Guerra mundial o meio ambiente foi inserido nas agendas dos Estados nacionais ante a preocupação pela sua degradação, instrumentos internacionais foram criados para fortalecer a proteção jurídica ambiental no patamar da cooperação internacional. Porém, o direito a um meio ambiente sadio foi estabelecido como um direito fundamental inerente ao ser humano e pertencente aos direitos de solidariedade de terceira geração.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não incluiu o meio ambiente no catálogo de direitos, as declarações emanadas das Conferências das Nações Unidas realizadas em 1972, 1992 e 2002 e o Relatório Brundtland de 1987, acordaram a consciência sobre o deterioração ambiental e o futuro de planeta. (RUIZ MENDOZA; MARTÍNEZ TORRES, 2003, p. 17-24). Os primórdios de um corpus jurídico em material ambiental iniciam e o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio se materializa no Protocolo de São Salvador em 1988 (BORREIRO NAVIA, p. 13).

O caráter global, geracional, atual e futuro do direito ao meio ambiente sadio faz que sua transcendência comece do nível internacional para o interno. Assim mesmo a constitucionalização deste direito na região latino-americana tem sido incentivada pelo fim dos regimes totalitários ou autoritários, do início dos processos de democratização e pelo reconhecimento de outros direitos fundamentais no nível internacional.

De início, existe uma defasagem geracional entre as Constituições Latino-americanas e em consequência uma defasagem em quanto à adoção de políticas ambientais. Em uma primeira etapa encontram as Constituições entre os anos vinte e setenta sendo a precursora a Constituição Mexicana promulgada em 1917. Na segunda etapa, encontram-se aquelas promulgadas nos anos oitenta como a do Brasil e do Chile. E finalmente as Constituições dos anos 90 e 2000, como a de Argentina, Equador e Bolívia (CORZO SOSA, 2010, p. 146, 147).

Nos anos 70 as Constituições latino-americanas faziam referência ao meio ambiente como uma área setorial, mormente orientada à exploração econômica. Desde os anos 90, alguns países de América Latina elevaram no nível constitucional o direito a um meio ambiente, sendo esse “reverdecimento” uma quebra de paradigma do modelo constitucional liberal para um modelo constitucional que equilibra a relação sociedade-mercado (KRESALJA; OCHOA, 2009, p. 333).

Nos últimos dez anos, a maioria dos países de América Latina tem construído um corpo jurídico em matéria ambiental e de maneira simultânea, numerosas ONGs têm sido criadas para fortalecer a defesa dos direitos ambientais com a participação da sociedade, fortalecendo a democracia. Mas a inserção do direito ambiental é de maneira desigual na América Latina, alguns países contemplam políticas ambientais e outros vão além e reconhecem o direito ao meio ambiente como um direito fundamental. (BORREIRO NAVIA, p. 12).

As Constituições Latino-americanas por regra geral estabelecem que os recursos naturais de seus respectivos territórios são propriedade do Estado, no exercício da sua soberania nacional. A respeito dos dispositivos constitucionais que enunciam o marco das políticas ambientais, faculdades e responsabilidades das instituições ambientais, existem aqueles que foram inspirados na racionalidade econômica com o fim de administrar os recursos naturais, e aqueles propriamente ambientais que na base da sustentabilidade procuram a proteção do meio ambiente (BORREIRO NAVIA, p. 12).

O reconhecimento latino-americano do direito ao meio ambiente no patamar constitucional tem sido concretizado sob diferentes termos. México, Brasil, Argentina, Equador, entre outros, tem reconhecido o direito a um meio ambiente saudável e/ou ecologicamente equilibrado. Chile, Equador e Panamá preferem o termo livre de poluição. Peru faz referência a um direito ambiental adequado ao desenvolvimento da vida, e Honduras adequado para o desenvolvimento das pessoas (CORZO SOSA, 2010, p. 148).

Em geral o meio ambiente tem sido reconhecido como um direito, mas em determinados casos além de um direito é considerado um dever do Estado. Bolívia assinala que é dever do Estado e da população manter o equilíbrio ambiental. Para Costa Rica, o Estado tem o fim cultural de proteger as belezas naturais e para Guatemala, o Estado deve prevenir a poluição ambiental. Honduras estabelece que o Estado conserve o meio ambiente adequado; Panamá assinala que o Estado garantirá que a população desfrute de um meio ambiente saudável. No Uruguai o meio ambiente é de interesse geral (CORZO SOSA, 2010, p. 148).

Mas, conforme Jaume Vernet e Jordi Jaria (2007, p. 529), alguns destes ordenamentos jurídicos que reconhecem esse direito têm um déficit de efetividade real. Os Estados com maior nível de eficácia no seu Direito tendem progressivamente a reconhecer o direito a um meio ambiente sadio ou adequando, por enquanto aqueles com menos eficácia tendem aumentar o reconhecimento e a exigibilidade jurídica do direito já conteúdo nas Constituições.

Com as Constituições de Equador (2008) e do Bolívia (2009), iniciou uma nova etapa do constitucionalismo latino-americano, do tipo pluralista, que incorpora numerosos direitos desde a perspectiva do *buen vivir* que abrangem a proteção ambiental desde uma perspectiva indígena considerando a natureza como a *Madre Tierra*, e “projeta uma compreensão da comunidade em harmonia, respeito e equilíbrio com todas as formas de vida”. Uma mudança de paradigma que procura a refundação de insti-

tuições e a promoção de um modelo de desenvolvimento que reconhece a sabedoria ancestral como meio de preservação do meio ambiente (WOLKMER; AUGUSTIN; WOLKMER, p. 56, 58).

A vanguarda do constitucionalismo latino-americano reside no estabelecimento de medidas de resistência contra o extrativismo. Contudo, precisa-se da atuação do poder público, do poder jurisdicional em particular, para concretizar a transição de um modelo neoliberal, extrativista para aquele modelo inovador baseado no *buen vivir*. O direito a um meio ambiente sadio é superado pelo *ecoconstitucionalismo* latino-americano, estabelecendo que não possa existir justiça social sem justiça ambiental (WILHELM, 2011, p. 4, 18).

Atualmente a questão de desenvolvimento de um marco jurídico ambiental tem sido quase uniforme na América Latina, contando com uma bagagem normativa com maiores mecanismos de controle e de sanção. Se bem que as Constituições progressistas andinas enfrentem o desafio de transformar em realidade o caráter biocêntrico dos textos constitucionais, estabelecem um precedente para a região em quanto à tentativa de colocar um freio ao modelo econômico extrativista enaltecendo a natureza como parte integral da vida.

2 O CONCEITO JURÍDICO DA NATUREZA NA CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR: UMA PROPOSTA PARA PRESERVAR O MEIO AMBIENTE

Igual a outros países latino-americanos, o Equador, compartilha semelhanças no que diz respeito dos processos históricos e econômicos dos seus congêneres, mas com relação às suas características territoriais mantém particularidades, como a pequena extensão e uma ampla biodiversidade, começando pelas ilhas Galápagos. Por outra parte, é um dos países com população “originária” ou indígena significativa pela sua diversidade cultural e organização comunitária.

Essas características permitem fazer ênfase no tema da preservação da natureza, levando em conta que a dita preservação é uma necessidade diante dos projetos extrativistas e agroindustriais gerados pelo capitalismo, criando também, com isso, diferentes movimentos sociais encaminhados para a luta e defesa da natureza.

No período pós-neoliberal, junto com essa invasão territorial, apa-

recem os governos progressistas (TZEIMA, 2012, p.3-2), com os quais foi possível introduzir os conteúdos da cosmovisão ou cosmogonia dos povos originários do Equador sobre a natureza no texto constitucional, gerando-se com isso um caráter inovador, não apenas à Constituição Equatoriana, mas também à América Latina toda.

Assim, a cosmogonia dos povos originários do Equador pode ser distinguida pelas suas diferentes características, uma delas —o nosso foco de interesse— refere-se à relação do ser humano com a natureza, para compreender o conceito constitucional desta. Precisamos então nos referir a alguns exemplos da vida cotidiana nos quais se manifesta a cosmogonia em termos apontados, assim poderemos também explicar os princípios ético-valorativos que seguem as suas dinâmicas de vida social, surgidas da sua construção cosmogônica para reproduzir o seu modo de viver, onde a natureza é de grande importância depois de 500 anos de agressão causada pelo processo de colonização.

Os princípios ético-valorativos (ACOSTA; MARTINEZ, 2011, p. 209) mais importantes da cosmogonia ou cosmovisão até agora identificados são: 1) reciprocidade, 2) relacionalidade, 3) correspondência, e 4) complementariedade. Nestas quatro referências podemos identificar o sentido que se observa na práxis da vida cotidiana e que influi nos âmbitos, social, político, cultural, econômico e normativo.

Pela sua vez, esses elementos expressam-se como relevantes princípios ético-valorativos da cosmovisão andina do Equador, e são muito semelhantes àqueles presentes na cosmovisão mesoamericana (ORDOÑEZ CIFUENTES, 2007, p. 50-53). Por isso pode-se falar no seu sentido mais amplo de, uma cosmovisão andino-mesoamericana, que deixa ver para além dos povos do Equador, pois como modelo teórico serve para observar outros valores éticos presentes na América Latina, incluindo geografias culturais diversas; O Brasil, por exemplo, um dos países com um grande número de diferentes povos originários morando no seu território, os quais fazem parte da sua contemporaneidade cosmopolita.

Veamos como é entendida a natureza, chamada de *Pachamama*, na cosmovisão andino-mesoamericana, segundo os quatro elementos ou princípios estudados com o nome de “*comunalidade*” no México. A *comunalidade*, é uma forma de entender e falar do coletivismo índio, é a lógica que permite organizar, estruturar e fazer funcionar a vida social dos originários ou indígenas mexicanos (RENDÓN MONZÓN, 2003, p. 21).

Pode-se dizer que o coletivismo índio abrange os quatro valores da

cosmovisão andina, pelo qual é também mesoamericana, e pode ser explicado observando as dinâmicas sociais do “Dom” (MAUSS, 1971, p.18) e participação entre as pessoas pertencentes a uma comunidade originária. Por exemplo, quando eles constroem uma casa ou um caminho para uso da comunidade toda, o trabalho é feito sem pagamento, pois se trata de uma doação e não de uma compra e venda, por isso a retribuição do trabalho gratuito será feita posteriormente, quando alguém das “famílias extensas” (CORREAS, 2007, p.72) que participaram precisar de ajuda. Então ele receberá da comunidade outra doação, mas não um pagamento, mesmo que ele tivesse recebido ajuda por causa do trabalho anteriormente feito.

De maneira similar, a Partição e o Dom ou doação acontece como na relação dos sujeitos da comunidade com a natureza, por exemplo, no momento de fazer uma dança ou cerimônia pedindo chuva para ter uma boa produção agrícola. Neste caso, pratica-se o princípio de reciprocidade entre o sujeito e a *Pachamama*. Existe ao mesmo tempo uma relação filial de complementaridade e de correspondência que sacraliza a terra, não apenas como terras agricultáveis, mas também como natureza inteira formada por água, ar, plantas e animais.

Outro exemplo que pode explicar a relação recíproca de correspondência e relacionalidade com a natureza é o uso das plantas medicinais. Elas outorgam-lhes as propriedades curativas, e os povos originários correspondem a essa doação respeitando a natureza e fazendo cerimônias e rituais. A eles corresponde também o cuidado com os rios, que alimentam a umidade dos morros e às vezes também cuidam da planta como se ela fosse uma pessoa, levam-na para visitar as casas de todos os vizinhos e oferecem-lhe alimentos. Também lhe dão um nome sagrado. O nome surge a partir da sua própria língua. Dão-lhe um segundo nome na língua do colonizador, como acontece com a cactácea chamada *Huachuma* ou *São Pedro*, que se pode encontrar principalmente na região sul do Equador, o *Peyote* na região norte do México.

Com certeza as características ético-valorativas de reciprocidade, relacionalidade e correspondência, fazem parte da complementaridade entre o ser humano e a natureza. Estamos, sem dúvida, diante de uma dinâmica de relações simbióticas para além da cosmovisão antropocêntrica do capitalismo, a qual considera o homem como o centro dos mundos, e a quem pertence o direito de dominar a terra. Pelo contrário, a cosmovisão ou cosmogonia andina-mesoamericana constitui-se como um conjunto de

relações intersubjetivas, porque o ser humano faz parte da natureza e sente-se parte dela.

Assim, os princípios já explicados foram introduzidos na Constituição do Equador, publicada no dia 20 de outubro de 2008, desde o preâmbulo comemorando “*la naturaleza, la Pachamama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*” (EQUADOR, 2008, p. 7).

Mais adiante, no título II sobre os Direitos, Capítulo sétimo, estabelecem-se os direitos da natureza, relacionados com o Título VII o regime do bom viver e Capítulo segundo, da biodiversidade e recursos naturais, Seção primeira sobre natureza e meio ambiente. Assim imbricam-se concepções diferentes, por um lado a natureza como um sujeito (*Pachamama*) segundo os povos originários, e por outro a concepção ambientalista.

O artigo 71 dispõe que a natureza ou *Pachamama*, por ser o lugar onde se reproduz e se realiza a vida, tem o direito a ver respeitada a sua existência, manutenção e regeneração dos ciclos vitais, estrutura, funções e processo evolutivos. Por isso ensina o parágrafo que, as pessoas todas, comunidade, povo (nacionalidade), poderão exigir o cumprimento dos direitos da natureza.

Depois, a Constituição estabelece, no seu artigo 395, os princípios dos direitos ambientais: 1) O Estado garantirá um modelo sustentável de desenvolvimento para um meio ambiente equilibrado, devendo respeitar igualmente a diversidade cultural que preserve a biodiversidade e a capacidade de regeneração natural dos ecossistemas, de modo que assegure a satisfação das necessidades para as gerações presentes e futuras, 2) aplicação das políticas de forma transversal e obrigatória para o Estado; 3) o Estado garantirá a participação das pessoas, comunidades, povos e nacionalidades que forem afetadas pelo planejamento, a execução e controle das atividades que geram impactos ambientais; e 4) caso que se apresentarem dúvidas sobre o tema ambiental, aplicar-se-á o sentido da interpretação mais favorável para proteger o meio ambiente e respeitar a natureza (*Pachamama*) porque ela é diferente.

Portanto, nos artigos já assinalados há uma complementaridade, porque a natureza tem direitos que, ao mesmo tempo, são obrigações ambientais para o Estado, com o intuito de garantir o respeito à natureza. Se o Estado desrespeitar os princípios ambientais, afetará a natureza. Por outro lado, é evidente que o cidadão e as comunidades não têm a mesma obrigação que o Estado, pois o cidadão não é o criador das leis que permitem a entrada das empresas estrangeiras que causam os piores danos ambientais.

Graças ao fato de o Equador ter uma Constituição inovadora, por

haver introduzido o conceito da *Pachamama*, como um sujeito de direito que faz parte de uma relação intersubjetiva, é importante pensar na sua eficácia no futuro. Portanto será feita uma breve observação da resolução proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) considerando o assunto do povo equatoriano Sarayaku (MELO, 2002, p. 2).

A resolução da CIDH resolveu, em junho de 2012, sobre a instalação de pentolita para extrair petróleo nas terras do povo Sarayaku. No final do julgamento, a corte ordenou removê-la, argumentando que foi violado o direito da propriedade privada dos povos indígenas. (MELO, 2002, p. 2).

Essa decisão da corte demonstra a não existência, ainda, de um critério sobre os direitos da natureza, como propõe a Constituição equatoriana segundo a cosmogonia dos povos originários. É verdade que a resolução foi proferida num assunto iniciado bem antes da promulgação da Constituição equatoriana de 2008. Contudo, não utilizou nem a doutrina dos direitos da natureza que serviram para elaborar a Constituição. Portanto, não promoveu uma cultura dos direitos da *Pachamama*, também promovidos pela Constituição.

Apesar dessa resolução, hoje o governo equatoriano pretende realizar o mesmo projeto para extrair petróleo em outro lugar da selva. Então, qual é a importância dos direitos da natureza na Constituição, se eles, afinal, não servirão para garantir um meio ambiente equilibrado, porque as decisões vão depender dos sujeitos de carne e osso que seguem os interesses das empresas petroleiras e outras extrativistas?

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988: DEMOCRATIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

Nenhuma das Constituições do Brasil anteriores à vigente abordou o meio ambiente de maneira específica. O direito ambiental era inexistente e as regulações sobre os recursos naturais careciam de sistematização sendo sua referência nas leis como setorial, evidenciando a perspectiva utilitarista da natureza. Não existia uma preocupação do legislador pela proteção do meio ambiente, só existiam referências à regulamentação dos recursos naturais com fins exploratórios:

Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a com-

petência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos da Saúde Pública, da Água e de Pesca. (SILVA, 2003. p.46).

Um exemplo da postura extrativista perante o meio ambiente antes de 1988, é a implementação de políticas econômicas para o industrialização e urbanização durante o governo do Presidente Emílio Garrastazu Médici, que sob o lema “integrar para não entregar”, foram desmatados vários quilômetros de mata nativa para a construção da chamada rodovia Transamazônica (AMORIM BULZICO, 2009, p. 198). Ante a ausência de políticas públicas que evitassem a degradação ambiental e fomentassem sua proteção, hoje percebe-se a destruição dos principais ecossistemas brasileiros.

A constitucionalização do meio ambiente em 1988 representou uma quebra de paradigma para o Brasil e se tornou referência vanguardista para outros países. Um capítulo completo da Constituição (Capítulo VI) está dedicado ao meio ambiente, estabelecendo nele as responsabilidades compartilhadas entre Estado e sociedade para a proteção ambiental pelo viés de um compromisso intergeracional (PADILHA, 2014, p. 14-16). A partir da Constituição de 1988, o direito ambiental nasce e se sistematiza.

A responsabilidade compartilhada estabelecida pela Constituição cria um *elo de solidariedade*, fundada em mecanismos da Democracia que implicam a participação cidadã através de diversos meios de efetivação da ordem constitucional ambiental, desenvolvendo “a participação popular, por meios administrativos e judiciais, exigindo educação ambiental, amplitude e transparência de informações e de acesso à justiça, bem como inúmeros deveres de gestão ambiental aos poderes públicos” (PADILHA, 2014, p. 20).

A Constituição de 1988 foi uma das primeiras Cartas Magnas que estabeleceu o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dentro do panorama pós-ditadura rumo à democratização do Brasil e ante o movimento ambientalista internacional, favoreceu-se a proteção do meio ambiente no nível constitucional desenvolvendo um dos arcabouços legislativos mais avançados em matéria ambiental.

O artigo 225 constitucional estabelece que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras

gerações ” (BRASIL, 1988). A este respeito:

trata-se de um direito fundamental – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; nele se verifica a definição de um bem jurídico diferenciado, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida – o bem ambiental; bem como, a afirmação de um dever solidário imposto ao Estado e à coletividade – defender e preservar o meio ambiente; consagra um direito intergeracional, ou seja, destina a preservação do equilíbrio do meio ambiente também para aqueles que ainda não podem gozá-lo – as futuras gerações; além de prever garantias para a efetividade desse direito – na imposição de atuações positivas do poder público por meio de adoção de Políticas Públicas Ambientais. (PADILHA, 2011, p. 172-176)

É axiomático que o direito a um meio ambiente seja um direito fundamental pertencente à terceira geração protegido pela Constituição de 1988 e avalizado pelo Supremo Tribunal Federal:

O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³

Analisando o artigo 225 percebe-se o espírito ambientalista da sua redação, já que contem vários princípios do Direito Ambiental emanados das

³ Cf. STF- MS nº 22.164. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.10.95, DJ, 17 nov. 95; RE nº 134.297. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.95, DJ, 22 set. 95.

Desse modo, estão presentes, de alguma forma, no art. 225 da C.F. os seguintes princípios: a) o do Direito Humano Fundamental, ao afirmar em seu caput que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; b) o da Cooperação, o da Obrigatoriedade da Ação Estatal e o do Direito-Dever da Participação Popular, quando, em seu caput, diz que a proteção ambiental é dever do Poder Público e da coletividade; c) o do Desenvolvimento Sustentável, ao afirmar, em seu caput, que o meio ambiente deve ser preservado para as presentes e futuras gerações; d) o da Prevenção ou Precaução, ao exigir, em seu inciso IV, o estudo prévio de impacto ambiental; e) o da Educação Ambiental, em seu inciso VI; f) o da Soberania, implicitamente, em seu § 4º, ao definir alguns bens NACIONAIS; e g) o da Ubiquidade, já que, em seu caput, o art. 225 transpassa a ideia de que o “desequilíbrio” ecológico poderia afetar não só o causador do “desequilíbrio”, mas a coletividade como um todo. (BRITO, 2012)

Assim mesmo, foram estabelecidos mecanismos constitucionais para exercer o direito e o dever de todo cidadão brasileiro de proteger o meio ambiente, sendo: a ação civil pública, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção e a ação popular constitucional (BRITO; BRITO, 2012). A utilização destes meios processuais reafirma o caráter inovador da Constituição de 1988 e a intenção do constituinte de fortalecer a democracia.

Portanto, a Constituição de 1988 tem sido a única em elevar no nível constitucional a questão ambiental na história republicana brasileira, criando e sistematizando o Direito Ambiental assim como estabelecendo o direito do meio ambiente sadio como um direito fundamental. Ante o contexto internacional de consciência ecológica, o Brasil adota a sustentabilidade como um dos princípios reitores ante a crise ambiental.

4 AS CONTRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO EQUADOR E DO BRASIL PARA ALCANÇAR O EQUILÍBRIO SOCIOAMBIENTAL

Os casos apresentados das Constituições do Equador e do Brasil

tratam de dois assuntos que têm grande relação, por um lado o aporte da cosmogonia originária ou indígena dos povos do Equador, e por outro o eixo ambientalista. Isso não significa que o Equador não tenha conteúdos sob o direito ambiental ou o Brasil se omita de estabelecer direitos que se possam relacionar com as questões dos povos originários, porém neste último caso a cosmogonia originária não foi introduzida no texto da mesma forma expressa como fez o constituinte equatoriano.

O Brasil tem uma tradição dos direitos ambientais na América latina, por ter uma Constituição pioneira ambientalista desde 1988 e por sua vez, no reconhecimento de alguns direitos dos povos originários, antecipando-se ao Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho –OIT-, naquilo referido a questão nomeada “indígena e tribal”, pois o Convênio 169 da OIT, foi criado em 1989.

Mas não devemos ignorar que, o Brasil é um país com uma extensão territorial muito grande e com jazidas de água doce na região sul que faz parte da terceira maior do mundo, o mesmo que na região norte da área amazônica, junto com a jazida mineira estrategicamente importante (CECEÑA, 2013, p. 1-3).

Esta riqueza natural do Brasil é um fator que atrai a indústria extrativista e favorece o investimento estrangeiro das metrópoles internacionais, criando mais “proletariado externo” (RIBEIRO, 1975, p. 69), agravando a situação que vinha acontecendo já nos inícios do neoliberalismo desde finais dos anos setentas até a atualidade, apesar da existência de governos democráticos nos últimos dez anos.

Foram então os interesses do investimento estrangeiro junto com o aumento do proletariado externo, os ingredientes que forçaram estabelecer um freio constitucional aos sujeitos capitalistas interessados, chamados juridicamente “empresas” para diminuir os danos ao meio ambiente, mas também para controlar os descontentes dos movimentos sociais, que vinham lutando por melhores condições de vida e por distribuição da terra. (BARRACLOUGH; DOMINIKE, 1973, p. 88).

Não se esqueça de que alguns dos conteúdos sob os direitos agrários foram estabelecidos nos governos militares, não para ajudar a população camponesa ligada à terra ou aos povos originários, mas sim para favorecer a agroindústria de investimento estrangeiro (BARRACLOUGH; DOMINIKE, 1973, p. 80-87).

Então deve se reconhecer que a proteção ao meio ambiente no sentido estabelecido na Constituição de 1988, naquilo que favorece as co-

letividades dos diferentes setores da população para um meio ambiente equilibrado por ser de uso comum, é o logro das lutas sociais, mas não uma bondade na conduta dos empresários para respeitar a natureza fazendo as atividades extrativista e agroindustrial de maneira sustentável, é por isso que ainda se insiste em produzir grandes quantidades de alimentos para exportação, por exemplo.

Quanto à ingerência dos povos originários para proteger o meio ambiente, não encontramos na Constituição Brasileira nos termos da Constituição Equatoriana como foi mencionado acima, mas não por isso pararam de defender a natureza, que inclui o homem como parte dela. Chegado o momento oportuno é muito provável que os povos originários do Brasil iniciem também um extenso percurso por introduzir a sua cosmogonia.

Do mesmo modo, Equador tem biodiversidade significativa e uma das jazidas petrolíferas estratégicas do mundo (CECENÁ, 2013, p. 1-3), portanto, há também interesses da investimento estrangeiro, mas a população originária é de 7% do total da população no país. Esta característica quantitativa da sua população originária constitui uma diferença, em vista que o Brasil só tem 0.5 % (CEPAL, 2010, p.1).

Essa população originária do Equador foi a mesma que se fortaleceu desde meados do século XX para formar depois em 1988 a Confederação de Nacionalidades Indígenas de Equador (CONAIE), organizando-se não apenas como movimentos isolados, mas também como união de povos para dialogar e realizar propostas à assembleia constituinte.

Assim, aproveitando um governo progressista da história da América Latina, conseguiu-se introduzir a cosmogonia indígena nos pontos mencionados acima no texto constitucional. Por isso a força destes povos radica na sua quantidade, experiência, e também do momento oportuno. Certamente os povos souberam dialogar para construir as propostas depois de 500 anos de resistência e do sofrimento pelas injustiças.

Em ambos os países, estão presentes as regras meta-jurídicas da economia igualmente que as disposições legais surgidas da pressão social que procura o bem viver ou o *Sumak Kawsay* -em língua kichwa. Isso quer dizer que, no entanto as regras meta-jurídicas do capitalismo selvagem, vão seguir tentando ser utilizadas como justificativa para resolver conflitos surgidos com motivo de desrespeito à proteção do meio ambiente e da natureza como sujeito de direito, no momento de interpretar a lei. É por isso que não basta pensar nos direitos da natureza e na proteção do meio

ambiente confiando nas decisões das autoridades judiciárias.

Diante dessa possibilidade de desrespeito e das interpretações favoráveis para o capitalismo e em prejuízo da sociedade e a natureza, apesar das disposições já assinaladas e no texto expresso no caso de Equador que afirma o dever de favorecer a natureza no momento da interpretação. Assim, a sociedade em geral deve pensar que além de reproduzir estes exemplos constitucionais dentro de suas geografias dos distintos países sem importar a extensão territorial ou o maior ou menor número de povos originários, também é necessário criar uma cultura jurídica de respeito à natureza pra manter o meio ambiente equilibrado e sadio para todas e todos os sujeitos e seres vivos, e deter a exploração dos recursos não renováveis, que através do tempo terá resultados catastróficos.

Essa cultura jurídica não é possível somente com as disposições legais, mas também com a participação da sociedade, que antes deve iniciar um diálogo diatópico e intercultural (COLL; VACHON, 1996, p. 274, 275) deixando de lado as diferenças e refletindo com uma perspectiva “no-sótrica”, em outras palavras uma perspectiva abrangente de todos e todas (LENKERSDORF, 1999), porque não é possível exigir diálogo ao capitalismo mas sim a os que vivem as consequências do desrespeito dos direitos ambientais que prejudicam a natureza e ao ser humano.

O diálogo diatópico também não é uma tarefa simples, porém na atualidade estamos na era digital e essa revolução tecnológica segundo Darcy Ribeiro, apresentar-se-ia como um momento para pensar em outra civilização humana e solidária (RIBEIRO, 1975, p. 34), e agora nós estamos nesse momento e temos que atuar além do que os funcionários públicos podem fazer, porque ainda que alguns dos governos da América Latina sejam considerados como governos progressistas, são poucos e a globalização influi para manter a dependência econômica da América Latina.

Então, a tarefa da sociedade é conseguir a coordenação social iniciando o diálogo diatópico ainda que seja paradoxalmente com aquela ferramenta que foi criada pra reduzir o tempo dos negócios do capital financeiro: a internet. Assim será possível continuar a comunicação para conhecer ao outro com quem é possível construir a nova sociedade na era digital.

CONCLUSÃO

O Brasil e Equador são com certeza, pioneiros no direito ambiental e da natureza, respectivamente. O primeiro desde a sua Constituição

de 1988 e o segundo na sua Constituição de 2008. Embora a defasagem temporal tenha a ver com os seus processos históricos de lutas diante da economia capitalista que tem invadido os territórios para ser explorados e ao mesmo tempo porque nos dois países ganharam força movimentos distintos, por um lado no Equador a Confederação de Nacionalidades Indígenas de Equador (CONAIE) e no Brasil as lutas pela distribuição da terra considerando que, a sua população originária é minoritária em relação ao Equador.

A conquista desses espaços constitucionais para introduzir os direitos da natureza, considerando-a como sujeito ou *Pachamama* no sentido da cosmogonia andino-mesoamericana dos povos de Equador e o sentido coletivista do meio ambiente como bem diferenciado e de uso comum no Brasil, representam os pontos chave nas duas Constituições. Os aportes do fundo da questão sob a preservação do meio ambiente e defesa da natureza, tem sua relevância e podem ser valorizadas, além de inspirar outras Constituições latino-americanas.

Porém sem antes considerar a questão da iniciativa da sociedade que abrangente os povos dos originários de ambos países e dos outros da região latino-americana, deve-se fortalecer sua cultura jurídica de proteção e defesa da natureza e meio ambiente equilibrado, servindo-se do diálogo diatópico entre eles e não deixando a tarefa toda somente aos órgãos estatais, entre eles, o judiciário para resolver o conflito e não o prevenir. Isto porque os órgãos do estado estão expostos a seguir as leis da economia de mercado em detrimento da *Pachamama*, portanto, negando um equilíbrio ecológico para as presentes e as futuras gerações.

REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA Alberto, MARTÍNEZ Esperanza. (Org.). **La naturaleza con derechos.** De la filosofía a la política. Quito: Abya Ayala, 2011.

AMORIM BULZICO, Bettina Augusta. **O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado:** Origens, Definições e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira. 2009. 239f. Dissertação. (Mestrado em Direito). UniBrasil, Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/o_direito_fundamen

tal_.pdf> Acesso em> 22 out. 2015.

BORRERO NAVIA, José M. **Derecho Ambiental y cultura legal en América Latina**. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=529> Acesso em: 10 out. 2015.

BARRACLOUGH, Solon, DOMINIQUE L. Arthur. La estructura agraria en siete países de América Latina. In: FEDER, Ernest. **La lucha de clases en el campo**. Análisis estructural de la economía agrícola latinoamericana. México: Fondo de cultura económica, 1973.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso> 10 out. 2015

BRITO, Álvaro de Azevedo Alves; BRITO, Fernando de Azevedo Alves. **A tendência ambientalista da constituição federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tend%C3%Aancia-ambientalista-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988>> Acesso> 15 out. 2015.

CECENIA Esther. **Mapas recursos naturales**. OLAG, 2013. Disponível em: <<http://www.geopolitica.ws/collection/mapas/>> acesso em: 15 Out.15.

CEPAL. **Los pueblos indígenas em América Latina**: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. CEPAL, 2014. Disponível em: <http://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/indigenas_espanol.pdf> Acesso em: 28 out. 15.

COLL, Nicolau A., VACHON, R. Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y enseñanza del pluralismo jurídico. In: ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio. **Etnicidad y derecho**. Un diálogo postergado entre los científicos sociales, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996.

CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I**. México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México y Ediciones Coyoacán, 2007.

CORZO SOSA, Edgar. Derecho al medio ambiente adecuado, reconocimiento jurídico y acceso a la justicia (Protección). Un esbozo. IN: CARMONA TINOCO, Jorge Ulises e HORI FOJACO, Jorge M. (Coords.). **Derechos Humanos y Medio Ambiente**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 145-198. Disponible em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2759/9.pdf>> Acceso em: 15 out. 2015.

ECUADOR, **Constitución (2008) Constitución Política de la República de Ecuador**, Asamblea nacional de la República de Ecuador, Ecuador, 2011.

KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **Derecho constitucional económico**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

LENKERSDORF, Carlos, **Los hombres verdaderos**. Voces y testimonios tojolabales, México: Siglo XXI, 1999.

MAUSS, Marcel, **Ensayo sobre los dones**: razones y forma del cambio en las sociedades primitivas. Madrid: Tecnos, 1971.

MELO, Mario. El caso Sarayaku: una lucha por el ambiente y los derechos humanos en la Amazonia ecuatoriana. In: **Aportes andino**. Derechos a un ambiente Sano, Ecuador, n. 15, mai 2006.

ORDOÑEZ CIFUENTES José Emilio, **Derecho Indígena en Mesoamérica**. Construcción epistemológica y axiológica, México-Guatemala, Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena, 2007.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2011.

O Compromisso Constitucional Brasileiro com a Sustentabilidade Ambiental. In: ENCONTRO NACIONAL CONPEDI, 23, 2014, Florianópolis. **Direito e Sustentabilidade – I**. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014. p. 11-28. Disponível em: <<http://www.publica-direito.com.br/artigos/?cod=152c97a9bb6f2aba>> Acesso em: 20 out. 2015.

RENDÓN MONZÓN, Juan José. **La comunalidad**. México: CONACULTA, 2003.

RIBEIRO Darcy. **Teoria de Brasil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

RUIZ MENDOZA, Belizza Janet; MARTÍNEZ TORRES, José Honorio. El Derecho a un Ambiente Sano en una Perspectiva Latinoamericana. IN: **El Derecho Humano a un Medio Ambiente Sano**. 6to. Certamen de Ensayo sobre Derechos Humanos. 1ª Ed. Estado de México: Comisión de Derechos Humanos Estado de México, 2003, p. 11-38. Disponível em: <<http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/difus/ensayo/6En.pdf>> Acesso em: 15 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TZEIMA, Andrés, **Estado y Desarrollo en América Latina**: el escenario de las ciencias sociales latinoamericanas en tiempos de crisis y transición (2006-2012). Buenos Aires: Miemo, 2012.

VERNET, Jaume; JARIA, Jordi. **El Derecho a un medio ambiente sano**: su reconocimiento en el Constitucionalismo Comparado y en el Derecho Internacional. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/not/not14.pdf>> Acesso em: 5 out. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima S. “Novo” direito à água no Constitucionalismo da América Latina. **Revista Internacional Interdisciplinar INTERThesis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 51-69, Jan-Jul. 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/HP/Documents/Dialnet-ONovoDireitoAAguaNoConstitucionalismo-DaAmericaLati-5175783.pdf>> Acesso em: 20 out. 2015.

WILHELMI, Marco Aparicio. Nuevo Constitucionalismo, Derechos y Medio Ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. **Revista General de Derecho** Público Comparado, Madrid, n. 9, p. 1-24, 2011. Disponível em: <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410617&d=1> Acesso em: 20 out. 2015.

A HERMENÊUTICA A FAVOR DA PLURINACIONALIDADE DE POVOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

LA HERMENÉUTICA EN FAVOR DE PLURINACIONALIDADES DE LOS PUEBLOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

Leopoldo Rocha Soares
Cesar Augusto Ribeiro Nunes

RESUMO: O reconhecimento da existência de diferentes concepções acerca do conceito de família, direito de propriedade, crime, etc, no âmbito do mesmo Estado Nacional revela a artificialidade que marcou a sua formação histórica, especialmente na América Latina dominada pelos colonizadores europeus a partir do século XVI. Contudo, as crises produzidas pela modernidade no campo político, econômico e social acentuam a necessidade de reconhecimento das identidades outrora encobertas, como expressão da dignidade humana e da autodeterminação dos povos. Esse irrefutável movimento vem exigindo do Direito a legitimação destas expressões, o que é evidente em países como a Bolívia e o Equador, cujas Constituições Federais não apenas contemplam diferentes formas de manifestação cultural como trazem mecanismos de empoderamento dos diferentes povos. Nesse bojo, a Constituição Federal do Brasil é marcada pela contemplação de direitos aos povos originários e populações tradicionais, porém o faz de forma genérica, ao erigir a dignidade humana a fundamento e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo da República Federativa do Brasil. É certo que a constituição dedica alguns poucos artigos aos “índios” e às comunidades quilombolas, porém não apresenta qualquer forma de empoderamento destes, tornando mais difícil a tarefa daqueles que buscam por um reconhecimento não totalizador. Nesse bojo, uma nova hermenêutica das normas constitucionais, surgida no seio do pós-positivismo a partir da necessidade de ampliação da ideia de dignidade humana, surge como possível instrumento de emancipação dos povos originários e tradicionais também no Brasil. O chamado *neo-constitucionalismo*, aliado a uma epistemologia própria e pós-colonialista dos países latinos, é capaz de orientar a aplicação da norma constitucional

no sentido de empoderar aqueles que manifestam diferentes conceitos de família, propriedade, crime, etc, ainda que de forma tímida, mas suficiente para se chamar a atenção para a necessidade de institucionalização de mecanismos que dêem voz a esses grupos. A formação do conselho de sentença exclusivamente por membros de uma aldeia *macuxi*, no norte do Estado de Roraima, em um Tribunal do Júri realizado no mês de Abril de 2015 no interior desta mesma aldeia, embora passível de diversas críticas, nos sinaliza essa possibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: plurinacionalidade; Brasil; Constituição Federal; hermenêutica; neoconstitucionalismo.

RESUMEN: *El reconocimiento de las diferentes concepciones sobre el concepto de familia, derechos de propiedad, la delincuencia, etc., dentro del mismo estado nación revela la artificialidad que marcó su desarrollo histórico, especialmente en América Latina dominada por los colonos europeos a partir del siglo XVI. Sin embargo, las crisis producidas por la modernidad en el campo político, económico y social marcan la necesidad de que el reconocimiento de las identidades antes encubiertas, como expresión de la dignidad humana y la autodeterminación de los pueblos. Este movimiento irrefutable ha estado exigiendo el derecho a legitimar estas expresiones, que es evidente en países como Bolivia y Ecuador, cuyas Constituciones no sólo incluyen diferentes formas de expresión cultural como tren mecanismos de empoderamiento de los diferentes pueblos. En este sentido, la Constitución Federal del Brasil está marcada por la contemplación de los derechos de los pueblos indígenas y poblaciones tradicionales, pero de forma genérica, al erigir la dignidad humana como fundación y construcción de una justa y solidaria sociedad, objetivo de la República Federativa del Brasil. Es cierto que la Constitución dedica algunos pocos artículos a los “indios” y las comunidades “quilombolas”, pero no proporciona ninguna forma de empoderamiento de éstas, haciendo más difícil para los que buscan un reconocimiento no totalizador. Así, una nueva hermenéutica de las normas constitucionales, que surgió dentro del pos-positivismo a partir de la necesidad de ampliar la idea de la dignidad humana, es un posible instrumento para el empoderamiento de los pueblos indígenas y también tradicionales en Brasil. El neoconstitucionalismo, combinado con una epistemología propia y pos-colonialista de los países latinos, es capaz de orientar la aplicación de la norma constitucional con el fin de potenciar los que expresan diferentes conceptos de*

familia, de propiedad, de delincuencia, etc., aunque tímidamente, pero lo suficiente para llamar la atención sobre la necesidad de la institucionalización de mecanismos que dan voz a esos grupos. La formación del consejo de sentencia exclusivamente por miembros de la aldea Macuxi en el nortño estado de Roraima, en un juicio con jurado que tuvo lugar en abril 2015 dentro de este mismo pueblo, aunque sujeta a diversas críticas, las señales en esta posibilidad.

PALABRAS CLAVE: plurinacionalidad; Brasil; Constitución Federal; hermenéutica; neoconstitucionalismo.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado do desenvolvimento de estudos sobre o Estado Moderno e o constitucionalismo, bem como da percepção de que ainda hoje impera a mesma lógica de dominação que permeou a formação do Estado nacional na virada do século XV para o século XVI, a partir da consolidação da ideia de soberania. Nessa esteira, e a partir da realidade brasileira, parte-se da premissa de que o Estado constitucional democrático tem um viés totalizador, de enquadramento das diversidades culturais a um modelo oficial de expressão da vida e da cultura, promovendo a continuidade do processo de encobrimento que marcou a formação do Estado nacional.

Assim, embora o Estado moderno tenha como referência histórica a sociedade política europeia, a mesma lógica de dominação permeia a atuação dos Estados nacionais em todo o mundo, com destaque aos países da América latina e, mais especificamente o Brasil. Com o movimento de unificação dos Estados nacionais europeus, diversos povos se uniram, ainda que artificialmente, em torno de hinos, bandeiras, exércitos e, sobretudo, ordenamentos jurídicos impostos sob a justificativa do monopólio do uso legítimo da força pela entidade estatal. Essa unificação, outrossim, é fruto da imposição de alguma dinastia dominante que, para manter sua posição hegemônica, inventou tradições e símbolos que evidenciassem uma identidade entre ela e os grupos dominados, surgindo a ideia de nação.

Na América latina, particularmente, essa unificação de grupos heterogêneos foi imposta pelos Estados europeus colonizadores e reafirmada ao longo de um penoso e violento período de encobrimento dos povos originários, o que perdurou mesmo após os processos de independência

política dessas colônias, acrescentando-se ao rol dos povos encobertos os negros vindos do continente africano e seus descendentes.

Com efeito, os Estados europeus empreenderam suas atividades de exploração nas colônias americanas impulsionados por motivações econômicas que resultaram, dentre outras coisas, no empreendimento de aculturação de diversos povos, atentando contra as manifestações e os saberes daqueles que genericamente chamaram de “indígenas”, ao mesmo tempo em que subjugaram os grupos humanos de africanos reificados na condição de instrumentos e utilizados como escravos nas grandes fazendas e minas de metais preciosos (no caso do Brasil, nas fazendas de cana-de-açúcar e café, assim como nas minas de ouro das gerais e do extremo oeste da América portuguesa).

No Brasil, como medida de defesa, esses grupos encobertos procuravam a marginalidade pelo isolamento em aldeias e nos chamados quilombos, porque ali eram livres para desenvolver práticas bastante peculiares, inclusive no tocante à organização social e manifestação jurídica de seus indivíduos. No seio das comunidades remanescentes, que sobreviveram à tentativa de aculturação dos portugueses e da elite colonial brasileira, essas manifestações permaneceram, embora ainda encobertas, mesmo depois do processo de independência das colônias e, assim, da formação dos Estados nacionais na América latina, e de alguma forma assim permanecem até hoje, o que exige uma visão mais cuidadosa do Estado brasileiro no sentido de dar efetividade ao artigo 215, § 1º, da Constituição Federal.

Consequência da ideia de que as manifestações sociais e jurídicas cultivadas por essas comunidades permanecem vivas ainda hoje, indivíduos ligados culturalmente às comunidades quilombolas têm outra percepção quanto as regras de organização social, sobretudo quando se trata da punição às condutas reprovadas pelo grupo e a relação dos indivíduos e da comunidade com a terra.

Trata-se, portanto, de regramentos axiologicamente diferentes do que é imposto pelo ordenamento jurídico oficial apresentado pelo Estado, de modo que a negativa de vigência àquelas regras - materiais e processuais (inclusive de jurisdição)-, reforça a violência colonial que suprimiu destas pessoas a viabilidade de uma vida efetivamente digna, condizente com as respectivas crenças e saberes culturalmente afirmados durante tanto tempo.

Assim, considerando que a Constituição brasileira assenta-se nas bases do multiculturalismo, porém não contempla de forma expressa e

adequada as manifestações de plurinacionalidade dos povos encobertos e marginalizados durante o período colonial, o caminho da hermenêutica se mostra como o único capaz de dar meios empoderamento aos povos tradicionais, permitindo-lhes expressar suas manifestações jurídicas e organizações sociais próprias. Isso se mostra possível e desejável, sobretudo quando tomamos por paradigma o importante movimento constitucional de reconhecimento das manifestações jurídicas dos povos tradicionais e campestres no âmbito da América latina, especialmente no Equador (Constituição de 2008) e na Bolívia (Constituição de 2009).

A temática do pluralismo jurídico é defendida há muito tempo, inclusive no Brasil, e se mostra adequada à ideia de reconhecimento de diversas fontes de Direito, inclusive alheias às normas positivadas pelo Estado, no que se enquadra as regras de organização social das comunidades e povos tradicionais. Nesse contexto a necessidade de se observar a Constituição Federal brasileira a partir de uma hermenêutica pós-positivista e engajada com os preceitos do pós-colonialismo, para reconhecimento efetivo das manifestações culturais de comunidades tradicionais e a salvaguarda da efetividade dos Direitos Fundamentais de seus membros e da própria coletividade.

1 A FORMAÇÃO DO ESTADO NACIONAL, A CENTRALIDADE DO DIREITO E A PROPAGAÇÃO DO MODELO EUROPEU NA MODERNIDADE

A formação dos Estados nacionais, o que determinou a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, nos trouxe o que parece ter sido a última grande e importante mudança de época da história da sociedade política humana. Certamente, “todo o período compreendido entre os séculos XV e XVIII [...] caracterizou-se por uma série de *transformações na estrutura da sociedade europeia ocidental*” (AQUINO, 1995, p. 13). De tão marcante, denomina-se modernidade não apenas a nova organização político-social da humanidade ocidental, marcada pela revitalização dos centros urbanos e a unicidade do poder político na figura dos reis, mas a inauguração de novas bases culturais e epistemológicas que tomaram conta de nossas vidas de forma quase irrefutável.

“‘Modernidade’ refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (GID-

DENS, 1991, p. 11). Com efeito, a modernidade trouxe ao mundo novos parâmetros de moral e de virtude que influenciam as relações sociais e políticas até os dias de hoje. O conjunto da valorização e uniformização do tempo e do trabalho, da valorização do capital e do individualismo protegido pelas proposições normativas de um Direito uniforme, resultou na formação do pensamento que ainda hoje permeia e justifica as relações de poder e sustentam as normas de inclusão/exclusão do contrato social.

Para entendermos melhor esse contexto, é importante voltar um pouco mais na história e perceber, no avançar das relações políticas da Idade Média, a formação da ideia de poder absoluto e controlador do Estado nacional. O feudalismo, modo de produção preponderante no período medieval, surge a partir da desagregação do Império Romano do ocidente, por ocasião da invasão dos povos “bárbaros”, e assim é marcado pela descentralização das relações de poder. Se antes, o Império Romano simbolizava a unificação de um grande número de povos, espalhados em vasta extensão territorial, sob a “batuta” de um chefe político, na Idade Média o poder é exercido no interior dos feudos, e é expresso substancialmente nas relações de suserania/vassalagem.

Contudo, na medida em que estas relações jurídicas de homenagem entre suseranos e vassalos se tornavam crescentemente complexas, mais a humanidade se aproximava da ideia de soberania, tal como hoje a conhecemos, “uma das bases da ideia de Estado Moderno” (DALLARI, 1998, p. 74), definida como “o poder perpétuo e absoluto do estado, ou seja, é o mais alto poder de comando” (BODIN *apud* DOWNS, 1969, p.32). É nesse contexto que a filosofia política difunde a ideia de que “o estado deve ter o mais absoluto controle sobre as pessoas e corporações dentro de seu território” (*idem*, p. 32), justificando, em meados da segunda metade do século XVI, o processo de encobrimento iniciado décadas antes no continente europeu.

Com efeito, o período de transição do século XV para o século XVI é marcado por dois importantes eventos reveladores do ideal dominador daquilo que se conhece por *eurocentrismo*: a expulsão dos muçulmanos e dos judeus da Península Ibérica, consolidando os Estados nacionais europeus como símbolos da dominação territorial e política interna, e a invasão que estes Estados dali em diante promovem nas Américas, sobretudo na América latina.

Outro momento histórico bastante ilustrativo desse processo de consolidação do Estado nacional europeu e sua soberania dominadora, foi a assinatura da chamada Paz de *Westfalia*, em meados do século XVII.

Tratou-se de um conjunto de Tratados Internacionais que, encerrando diversas guerras religiosas, especialmente a chamada *Guerra dos Trinta Anos*, reconheceu a existência formal e jurídica de diversos Estados europeus, consolidando inúmeras aquisições territoriais (PALLIERI, 1969, p. 16), permitindo a expansão do processo de dominação de outros povos e a *europização* do mundo, algo então típico da modernidade.

Em suma, é de se notar que o Estado Moderno foi concebido em meio a diversas disputas (bélicas, ideológicas, econômicas, etc), fazendo com que a lógica da dominação estivesse sempre presente. Assim, o modelo político da modernidade foi forjado em bases essencialmente uniformizadoras, evidenciando a necessidade de homogeneizar comportamentos em torno de uma identidade nacional como forma de viabilização do exercício do poder soberano.

A formação dessas identidades a partir de símbolos como a bandeira, o hino e as armas nacionais, dentre outros, teve como propósito a criação de uma “universalidade indefinida” (HOBBSAWM, 2012, p. 24) que reunisse o maior número de pessoas em torno de uma entidade de natureza política - porque traduz uma relação de dominação e imposição de regras para governo do grupo, baseada no exercício da violência e da coação - a qual, já dissemos, se atribuiu o nome de Estado nacional, resultando, inexoravelmente, no encobrimento de grupos que tradicionalmente manifestavam formas de vida e cultura diferentes dos dominadores.

Este cenário político se fez sentir na América latina, onde a artificialidade do processo de encobrimento é revelador da plurinacionalidade evidenciada pela pesquisa ora projetada. Analisando de forma um pouco mais detida a situação política da América no período colonial, percebe-se a utilização de um método bastante violento de dominação integral do “outro”, assim considerado qualquer indivíduo que não se identificasse como nacional de Estado europeu:

A América Latina foi a *primeira colônia* da Europa moderna – sem metáforas, já que historicamente foi a primeira “periferia” antes da África ou Ásia. A colonização da vida cotidiana do índio, do escravo africano pouco depois, foi o primeiro processo “europeu” de “modernização”, de civilização, de “subsumir” (ou alienar) o Outro como “si-mesmo”; mas agora não mais como objeto de uma práxis guerreira, de violência pura [...], e sim de uma práxis erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, quer dizer, do *domínio* dos

corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalhos, de instituições criadas por uma nova burocracia política, etc [...]. É o começo da domesticação, estruturação, colonização do “modo” como aquelas pessoas viviam e reproduziam sua vida humana. (DUSSEL, 1993, p. 50)

Com a colonização, o continente americano serviu de tabuleiro para vigorosas disputas entre as pretensas potências europeias, na busca de consolidação do poder político: “É a América Latina, região das veias abertas. Desde o descobrimento até nossos dias, tudo se transformou em capital europeu ou, mais tarde, norte-americano, e como tal tem-se acumulado e se acumula até hoje nos distantes centros de poder” (GALEANO, 1978, p. 14).

Esta é também precisamente a questão com a história do espaço/tempo específico que hoje chamamos América Latina. Por sua constituição históricoestruturalmente dependente dentro do atual padrão de poder, esteve todo esse tempo limitada a ser o espaço privilegiado de exercício da colonialidade do poder. E visto que nesse padrão de poder o modo hegemônico de produção e de controle de conhecimento é o eurocentrismo, encontraremos nessa história amálgamas, contradições e des/encontros análogos aos que Cide Hamete Benengeli havia conseguido perceber em seu próprio espaço/tempo. (QUIJANO, 2005, p. 14)

Nesse contexto, o período colonial foi tempo de aculturação dos diferentes, ou seja, o índio, o negro africano e seus descendentes, especialmente para nós brasileiros, no cenário da América portuguesa. Com a independência das colônias latinas, e a formação dos Estados nacionais americanos, nada se alterou na ordem política daqui, na medida em que “herdamos” a percepção positivista de civilização e a “necessidade” de imposição da cultura pretensamente mais desenvolvida de uns sobre as demais manifestações de vida dos “outros”, tidas por primitivas.

Assim, nas primeiras décadas do período republicano brasileiro, ainda classificávamos os “índios” como silvícolas, portanto incapazes de autodeterminação (o que perdurou por quase um século, alterando-se apenas com o Código Civil de 2002), e pouco sabíamos sobre as comunidades quilombolas, razão pela qual as desprezávamos. Nesse período, em algumas comunidades sequer havia chegado a notícia da abolição do regime de escravidão.

Com efeito, impregnados pela lógica moderna de dominação, ain-

da hoje protegemos a culturalidade histórica dos “grupos participantes do processo civilizatório nacional” como mero objeto de contemplação, e, portanto, não reconhecemos o caráter normativo da organização social destes povos silenciados, ainda que ele faça parte de forma importante da manifestação cultural destes grupos, negligenciando a origem dos seus saberes e manifestações de vida.

2 A NATUREZA MULTICULTURAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PLURINACIONALIDADE NO BRASIL

Se analisarmos a Constituição Federal brasileira de 1988 a partir de uma ótica positivista, perceberemos que ela tem, a princípio, uma inspiração notadamente multicultural, porque contempla a existência de culturas e povos diferentes. Porém não é capaz de dotá-los do adequado poder de autodeterminação na medida em que os indivíduos se veem obrigados a dobrar-se diante de um ordenamento jurídico estranho a eles, e assim revelador dessa relação de dominação.

Will Kymlicka nos ajuda a compreender melhor as facetas do multiculturalismo ao apontar, para fins de ilustração, “três tendências gerais no contexto das democracias ocidentais”: a) os povos indígenas (*indigenous peoples*); b) nacionalismos minoritários (*minority nationalisms*), assim entendidos a grupos encobertos pelos símbolos nacionais impostos pelo poder político hegemônico na formação do Estado nacional; e c) grupos imigrantes (*immigrant groups*) (KYMICKA, 2007, p. 66-71).

A Constituição da República Federativa do Brasil faz genéricas alusões a todos esses grupos, dispensando aos indivíduos que os formam, indiscriminadamente, a condição formal de sujeito de direito diante de um sistema unificado e totalitário de normas que nem sempre são compatíveis com suas culturas. Assim, parece ser uma grande incoerência dispensar a esses sujeitos a garantia de dignidade se não reconhece como legítimos os elementos formadores de suas expressões de vida.

Destes grupos, destacamos os dois primeiros (povos indígenas e os nacionalismos minoritários) para tratar do que vem sendo chamado de plurinacionalidade, especialmente na América latina, e assim avançarmos no sentido da efetivação de direitos políticos e de cidadania para além do simples reconhecimento e tolerância das diferenças.

Na América portuguesa, o esforço unificador de manutenção do

vasto território surgido após as incursões bandeirantes violadoras do conhecido Tratado de Tordesilhas faz surgir um Estado repleto de manifestações multiculturais heterogêneas, embora rotuladas de forma violenta pela generalização dos grupos sob a alcunha indígena. Na porção espanhola, a fragmentação foi notória, revelada pelos diversos Estados formados após os movimentos de emancipação (FAUSTO, 1997, p. 146), o que também não impediu o encobrimento de diversas culturalidades no interior de fronteiras artificialmente estabelecidas.

Esse é o contexto em que se formaram os sistemas constitucionais na América, caracterizados sempre pela totalização, ou seja, pela tentativa de uniformização de conceitos e culturas, tendo como paradigma o que se expressava pelo Estado nacional na Europa:

A memória pós-colonial e a retórica da modernidade ocidental nos mostra que os sistemas constitucionais na América Latina, de tradição romano-germânica, foram constituídos no modelo da unidade jurídica e da homogeneidade político-cultural, cujas bases epistemológicas sustentam a sistematicidade e normatividade Estatal como única dotada de validade e legitimidade. (NASCIMENTO, 2014, p. 206)

Esse confinamento totalizador, entretanto, hoje nos é revelador do que se denomina plurinacionalidade, ou seja, o reconhecimento da existência, no mesmo espaço territorial do Estado nacional, de concepções diferentes sobre família, direito de propriedade, crime, etc, ainda que apenas no campo teórico (embora já exista a posituação constitucional de tal reconhecimento, como na lei fundamental boliviana). Assim “assistimos à constituição de estados multi-étnicos que resgatam as identidades pré-existentes, anteriores a formação do estado nacional” (MAGALHÃES, 2008. p. 201).

Com efeito, a partir do encobrimento das diferenças culturalmente manifestadas antes mesmo da chegada dos europeus às Américas, é possível um novo arranjo jurídico que resgate as experiências culturais dos povos tradicionais e os reconheça não apenas formalmente como sujeitos de um direito que lhes é estranho e imposto.

Percebe-se que no momento mesmo em que se criam as teorias por meio das quais todos os homens são reconhecidos como sujeitos de direitos em função de sua humanidade, se atrela esse reconheci-

mento a um modelo de humanidade específico (é preciso ser Imago Dei), os direitos são reconhecidos quando o OUTRO se identifica e reconhece na imagem do UM.

Talvez, por isso, ainda hoje (nos primeiros anos do século XXI), as questões referentes aos direitos dos diferentes se dividam em posições antagônicas sobre jus e dominium. Perguntamo-nos acerca do que é justo dar a eles e em que medida o reconhecimento do que é devido (o jus) implica em um imediato pagamento para que se faça justiça. Também discutimos se todos os homens seriam efetivamente iguais em função de sua liberdade ou se este estatuto não seria suficiente para garantir aos povos diferentes a mesma dignidade; nos perguntamos em que medida esta diferença seria razão para direitos ou motivo para punição. (SANTOS, 2008, p. 14)

Assim, o sentimento de protagonismo e a visibilidade da cultura de povos tradicionais é fundamental para a efetivação do bordão da dignidade humana, e a América Latina parece ser a fonte de onde emanará tal libertação.

A América Latina vem sofrendo um processo de transformação social democrática importante e surpreendente. Da Argentina ao México os movimentos sociais vêm se mobilizando e conquistando importantes vitórias eleitorais. Direitos historicamente negados às populações indígenas agora são reconhecidos. Em meio a estes variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, mas nenhum abandonou o caminho institucional da democracia representativa, somando a esta uma forte democracia dialógica participativa. (MAGALHÃES, 2011)

A tradicionalidade dos habitantes nativos das Américas remonta ao período pré-colonial, e ainda que não possamos afirmar com certeza as suas origens em terras ameríndias, manifestaram aqui durante muito tempo antes da chegada dos europeus um modo próprio de vida e de relação com a terra. Aliás, quando da chegada dos europeus, no início do século XVI, havia uma pluralidade de tribos que, embora apresentassem alguma homogeneidade de cultura e língua (FAUSTO, 1997, p. 37), certamente manifestavam organizações sociais peculiares. Na medida em que apresentavam algum isolamento geográfico, supunha-se a ideia de autodeterminação.

Nesse contexto, a generalização dos nativos sob a alcunha de índios sugere uma falsa homogeneidade, própria do Estado moderno europeu, mas

que acabou por favorecer a dominação que lhes foi impingida durante todo o período colonial. Desde muito tempo, e até hoje nos livros de história, os integrantes das comunidades originárias foram violentamente descritos como bárbaros não-civilizados, razão pela qual empreendeu-se campanha de catequização e aculturação que os dizimou: “Encontraram os portugueses em Pôrto Seguro uma gente em pleno estado de selvageria; e as expedições subseqüentes à de Cabral reconheceram que toda a terra estava ocupada por populações que pareciam da mesma raça” (POMBO, 1948, p. 24).

O que de presente vemos é que todos são de côr castanha e sem barba, e só se distinguem em serem uns mais bárbaros que outros (posto que todos o são assaz). Os mais bárbaros se chamam in genere Tapuias, dos quais há muitas castas de diversos nomes, diversas línguas, e inimigos uns dos outros. (SALVADOR, 1954, p. 72)

No entanto, o relato dos colonizadores europeus não nos impede de conhecer a rica e plural cultura das comunidades originárias daqueles que verdadeiramente povoaram as Américas, e o Brasil em particular: “é preciso relativizar a ideia de o Brasil ter sido descoberto por Pedro Álvares Cabral. (...) Antes deles [navegadores portugueses], o atual território brasileiro era habitado: estima-se a população indígena entre 1 e 5 milhões no Brasil de 1500” (OLIVIERI; VILLA, 2012, p. 9).

Resultado da atuação dos europeus,

Como geralmente sucede quando uma cultura primitiva entra em contato com uma civilização avançada, a velha cultura dos habitantes nativos das ilhas sofreu um enorme retrocesso. Logo após a chegada dos europeus o elemento caraíba nativo começou a diluir-se pelo cruzamento inter-racial, fazendo surgir uma nova linhagem de mestiços. As expedições escravistas que se dirigiam da Hispaníola para as outras ilhas, multiplicaram-se após a morte de Isabel, em 1504, e em alguns casos se realizaram sob os auspícios ou, pelo menos, com a aprovação da coroa, para quem elas eram proveitosas. (DOZER, 1974, p. 134)

Contudo, apesar de toda essa violência física e cultural empreendida contra os habitantes originários das Américas, comunidades continuaram cultivando modos de vida e organização social próprios, preservando ou criando identidades que as qualificam como verdadeiras nacionalidades, a

despeito da ideia moderna e artificial de um Estado nacional.

No tocante às comunidades remanescentes dos quilombos formados pelos escravos que fugiam dos domínios de seus senhores, a inclusão no rol de manifestações de plurinacionalidade se evidencia pela culturalidade de seus saberes e expressões de vida, entendendo-se cultura em sua concepção moderna, cunhada na segunda metade do século XVIII, “para distinguir as realizações humanas dos fatos ‘duros’ da natureza” (BAUMAN, 2012, p. 11).

A relação de submissão dos negros africanos em relação aos portugueses se iniciou antes da colonização do Brasil. Portugal já os fazia escravos desde primeira metade do século XV, quando ocuparam a costa africana e ali instalaram feitorias para estocagem das mercadorias adquiridas dos chefes e mercadores nativos até que os navios portugueses recolhessem para distribuição na Europa (FAUSTO, 1997, p. 29):

Da costa ocidental da África, os portugueses levavam pequenas quantidades de ouro em pó, marfim, cujo comércio se achava até então em mãos de mercadores árabes e era feito através do Egito, a variedade de pimenta chamada malagueta e, a partir de 1441, sobretudo escravos. Estes foram, no começo, encaminhados a Portugal, sendo utilizados em trabalhos domésticos e ocupações urbanas (FAUSTO, 1997, p. 29).

Com efeito, a opção pela utilização da mão de obra do negro africano não causou qualquer espanto ou constrangimento em um mundo que já se habituara à submissão deste como escravo. Aliás, a própria instituição religiosa que procurava proteger o índio da escravização, mesmo sem respeitar propriamente a cultura “indígena”, despudoradamente incentivava o negro como cativo:

Em defesa, ao mesmo tempo, dos indígenas e dos colonos europeus, acudiu, também, em 1661, o preclaro padre Antônio Vieira, dizendo que no Maranhão só haveria *remédio permanente de vida quando entrassem, com força, escravos de Angola* (MORAES, 1986, p. 17).

Aldo Azevedo Soares, citando Nina Rodrigues, afirma que:

a escravidão negra aqui é contemporânea à colonização brasileira. Faltava o braço para o trabalho da lavoura, já que os índios não se prestavam a ser escravos, ora por inaptidão, ora por proteção dos

jesuítas, e, por isso, acompanhando o que se processava na Europa e nos Estados Unidos, iniciou-se, pouco menos de 50 (cinquenta) anos após a descoberta do Brasil, o tráfico de negros para cá, vindos da África (RODRIGUES *apud* SOARES, 1995, p. 55).

O regime de escravidão perdurou no Brasil por mais de três séculos, subjugando o negro à condição de “coisa”, impossibilitado de manifestar a própria vontade na medida em que obrigado a agir de acordo com os desígnios de quem detinha ascensão sobre ele, seu senhor (PINSKY, 1986, p. 33), em uma relação de direito real, a título de propriedade ou posse, já que os negros eram objeto das mais variadas espécies de negócios jurídicos.

Assim, o conjunto de todas as condições severas a que era submetido o escravo impulsionava-o à tentativa de resistir, e a fuga se mostrava a mais adequada das formas de reação. A retirada violenta do negro do convívio do grupo ao qual pertencia e de seu ambiente natural, na África, as condições de transporte nos navios negreiros, a supressão da liberdade física, de culto, religião e crenças, a humilhação de ser equiparado à mercadoria e os castigos físicos impostos, tudo isso despertava no escravo o desejo de obter a liberdade, por vezes de forma tão violenta quanto à sua redução à condição servil:

A reação do homem negro contras a escravidão, na América portuguesa, teve três aspectos principais: (a) a revolta organizada, pela tomada do poder, que encontrou a sua expressão nos levantes de negros malês (muçulmanos), na Bahia, entre 1807 e 1835, (b) a insurreição armada, especialmente no caso de Manuel Balaio (1839) no Maranhão; e (c) a fuga para o mato, de que resultaram os quilombos, tão bem exemplificados no de Palmares (CARNEIRO, 2005, p. 245).

Assim formaram-se os quilombos, comunidades compostas pelos negros fugidos das grandes fazendas de cana-de-açúcar e das minas de pedras e metais preciosos. Nos quilombos os negros se organizavam politicamente e exerciam eficaz economia de subsistência:

Esses sítios de fuga e de defesa eram chamados geralmente *quilombos*, palavra oriunda da língua dos negros que neles predominavam – os bantos, e que significava exatamente, de acordo com a opinião da maioria das autoridades, habitação (BRANDÃO, 1978, p. 3).

Ademais, a fuga das fazendas e das minas de ouro e diamantes propiciava ao negro congregar-se novamente em comunidade, fazendo parte de um grupo de pessoas outrora sujeitas às mesmas imposições, que entoavam os cânticos e bailavam danças em comum no ambiente cativo que deixavam para trás. E por essa razão, o quilombo não era só uma morada ou espaço de simples habitação.

Ainda que transitoriamente em alguns casos, os quilombos representavam a conquista de direitos e deveres em um contexto social de respeito, tolerância e liberdade de manifestação de cultura e de ideias. Além de servirem como local de moradia ou de expressão de direitos de cidadania de quem era visto pelo ordenamento jurídico oficial como coisa (*res*), o quilombo, ainda, “é a expressão de uma luta contra-aculturativa do negro. (...) Para manter seus traços culturais como a língua, religião, costume, etc., o escravo fugia e se organizava em quilombos” (GUIMARÃES, 1988, p. 17), concedendo ainda mais importância e significado à peculiar forma de organização social e jurídica dos quilombos.

O ato de fugir das fazendas de cana-de-açúcar e instalar-se em quilombos, portanto, nos indica a busca de cidadania por parte do negro escravizado pelo regime colonial, de modo que não há como falar de comunidades quilombolas sem dimensionar essa busca pelo exercício de direitos, ou seja, de cidadania.

Nesse sentido, aponta Aldo Azevedo Soares:

Era o quilombo o meio, o instrumento de que dispunham os negros cativos para possibilitar, pelo menos, a esperança de algum dia obter a liberdade.

(...)

Essa instituição passava então à categoria de Estado, a partir de sua formação. Tinha todas as características de nação, eis que era um povo politicamente organizado, com governo próprio, e dispunha de administração específica, e cuja segurança representava quase toda a estrutura do quilombo. Era uma nação que tinha como objetivo primeiro o bem comum a ser alcançado, que era o exercício da cidadania, a liberdade e o bom viver do indivíduo fora e dentro de sua comunidade (SOARES, 1995, p. 57).

Embora possa parecer exagerada a atribuição da categoria de Estado aos quilombos, sobretudo porque sua administração não era dotada de

reconhecimento, não se pode olvidar do fato de que refugiar-se em local isolado como única forma de sair da condição de *res*, e assim ser erigido à condição de indivíduo, sujeito de direitos e obrigações, tinha o propósito de realização das condições de cidadania, razão pela qual os quilombos se formaram como locais de exercício democrático para seus habitantes.

Nesse contexto, percebe-se que o termo “quilombo” não se restringe ao aspecto espacial de moradia, de simples território onde reside um grupo de pessoas. Mais do que isso, as comunidades se apresentam, para a sociedade e para os próprios quilombolas, como símbolo do processo de luta pelos direitos de liberdade e cidadania, assim como de livre expressão de hábitos, crenças e dos saberes desenvolvidos e reproduzidos com o passar do tempo. Mais importante, o quilombo é espaço de uma organização social própria daqueles que foram marginalizados pelo próprio Estado brasileiro.

3 A ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE COMUNIDADES TRADICIONAIS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A peculiar organização político-social das comunidades originárias e das comunidades quilombolas no Brasil é fruto do cerceamento tradicional dos “índios” e do isolamento a que se viram obrigados os negros, movidos pela ânsia da liberdade e da cidadania, e assim não se pode negar vigência a esta organização, sob pena de não se promover a dignidade humana dessas pessoas:

As comunidades remanescentes de quilombos são verdadeiros núcleos de resistência histórica; abrigam a população negra escravizada e desprovida de acesso a políticas públicas educacionais, de saúde, habitação e trabalho. Os quilombolas estão agregados à necessidade de sobrevivência e a uma ancestralidade comum, representada em seus elementos linguísticos, religiosos, culturais e na organização político-social. (ANJOS, 2006, p. 9).

Outros países latinos positivaram expressamente em suas Constituições o reconhecimento da plurinacionalidade que os caracterizam, promovendo o direito de autodeterminação de comunidades tradicionais, com a ressalva de que não é qualquer grupo a se autodeclarar tradicional que terá o direito de autodeterminação. Tampouco se propõe o fim do Estado, porém o reconhecimento da sua condição de intermediador das relações sociais, sobretudo entre grupos de culturalidades diferentes, e por isso necessitados

de um processo dialógico de construção dos meios comuns de resolução de conflitos.

Nesse cenário, o Brasil não pode ficar alheio a esse movimento crescente de atribuição de direitos de autodeterminação dos povos tradicionais. Em que pese a expressa disposição da Constituição acerca do reconhecimento da organização social dos índios (artigo 231 da Constituição Federal de 1988), a norma não foi capaz de outorgar às comunidades o adequado direito de autodeterminação sem que estivessem presos aos paradigmas de uma modernidade na qual não se reconhecem.

Ademais, outros grupos têm a mesma expressão de culturalidade no seu modo de expressão política e jurídica, tal como as comunidades remanescentes dos quilombos, e não recebem da Constituição o mesmo tratamento, ainda que formal, limitados assim ao direito de propriedade de terra (artigo 68 do ADCT), sem que isso se reflita no reconhecimento da peculiar relação dos indivíduos com essa terra.

No entanto, e considerando o grande esforço empreendido no período colonial e do império no sentido de manter a homogeneidade do território, a despeito da heterogeneidade dos povos, não se espera uma reforma constitucional que contemple preceitos pós-coloniais de autodeterminação de povos tradicionais. Com efeito, ganha em importância o estudo de uma hermenêutica constitucional engajada com a efetivação de direitos a todos, inclusive povos encobertos e minoritários, utilizando-se dos princípios pós-positivistas, tais como do efeito integrador, da concórdia prática (ou da harmonização), da convivência das liberdades públicas, da força normativa da Constituição, da máxima efetividade e da conformidade funcional (ou justeza).

Assim, ao reconhecer a peculiar organização social de comunidades indígenas, parece clara a “vontade da Constituição” em preservar essa expressão cultural, não havendo melhor maneira para isso do que o reconhecimento de sua validade e eficácia. Contudo, tal reconhecimento não poderia restringir-se ao plano formal, ganhando em importância o princípio hermenêutico da efetividade, que significa “a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos valores e interesses por ela tutelados” (BARROSO, 2009, p. 305), mesmo quando a organização peculiar dessas comunidades conflite com o ordenamento posto pelo Estado nacional, contemplando assim o princípio da dignidade da pessoa humana.

E a despeito do silêncio constitucional quanto às demais comuni-

dades tradicionais, especialmente as comunidades remanescentes dos quilombos, o princípio da unidade da Constituição é capaz de fazer irradiar os efeitos do tratamento peculiar dado ao índio quanto à sua organização social, nos seguintes termos:

Já se consignou que a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. (BARROSO, 2009, p. 302)

Note-se que a utilização de princípios para reconhecimento da plurinacionalidade é recorrente, o que decorre do grau de abertura e determinação dessa espécie normativa, capaz de contemplar os anseios pós-colonialistas que, se não são novos, recentemente têm encontrado maior escopo constitucional para que afluam cada vez mais.

“O reconhecimento de *normatividade aos princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo” (BARROSO, 2009, p. 310), e assim “a definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade” (id., p. 310). No contexto de uma sociedade aberta e fundamentalmente plural (tal como preceituado pelo preâmbulo da Constituição Federal e no seu artigo 1º), é imperativo que a interpretação dada a esses princípios seja no sentido da emancipação política e social das comunidades tradicionais, contemplando as diferenças do plurinacionalismo que permaneceu encoberto durante tanto tempo, desde a chegada dos europeus, especialmente dos portugueses no Brasil.

CONCLUSÃO

A formação do Estado nacional moderno e a forma como são impostos os seus ideais totalizadores na América resultou no encobrimento de diversas nacionalidades, originárias ou não, sufocando culturas que a própria Constituição Federal brasileira afirma a importância de se preservar (assim como as demais constituições americanas, todas inspiradas pela segunda geração de direitos fundamentais, surgida no início do século XX).

Nesse contexto, a presença de importantes e variados preceitos de conteúdo indeterminado na Carta Constitucional (princípios), e assim a atividade interpretativa que emana de uma sociedade aberta, permite o reconhecimento das organizações sociais peculiares aos povos e comunidades tradicionais.

É possível, inclusive, reconhecer juridicidade às normas de organização social das comunidades indígenas e das comunidades quilombolas, para que tenham vigência formal e eficácia paralelamente às normas gerais emanadas do Estado brasileiro, o que deriva de um conjunto de orientações hermenêuticas engajadas com as ideias de pós-colonialismo e a plurinacionalidade.

O isolamento das comunidades tradicionais já nos indica a ocorrência de normas específicas de organização social, especialmente no tocante às sanções por condutas indesejadas e na relação do indivíduo e da comunidade com a terra. No caso dos índios, tal organização precede à colonização portuguesa. Quanto às comunidades quilombolas, a busca pela liberdade representou, historicamente, a oportunidade de expressão de direitos pelos negros.

Ainda que todos esses grupos tivessem o Direito colonial como referência e alguma influência da religião católica, essa expressão de “cidadania” se traduzia em regras próprias, que precisam ser reconhecidas como vigentes, válidas e eficazes. A Constituição da Bolívia de 2009, ícone de Constituição plurinacional, cria a jurisdição indígena e a enuncia em grau de paridade com a jurisdição ordinária, restando restrita ao interior das sociedades originárias campesinas (etnias). Ademais, cria o Tribunal Constitucional Plurinacional, formado por igual número de juízes da jurisdição ordinária e indígena, dotado ainda de órgão auxiliar de descolonização, responsável pela tradução das decisões para as línguas nativas e pela divulgação/esclarecimento das decisões para todo o país.

Embora a Constituição brasileira de 1988 não seja dotada de instrumentos de promoção da plurinacionalidade, reconhece, no artigo 231, a organização social das tribos indígenas, juntamente com o direito de propriedade das terras tradicionalmente ocupadas. Em relação às comunidades quilombolas, a Constituição expressamente reconhece apenas o direito de propriedade definitiva das terras ocupadas, e o faz no artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, porém não pode se furtar ao reconhecimento da organização social destes

grupos, tal como o faz em relação aos índios.

Diante disso, e considerando a proteção das manifestações culturais, além da existência de procedimentos firmes de reconhecimento das comunidades indígenas e quilombolas, parece ser possível a caracterização plurinacional da Constituição brasileira de 1988 por meio de uma hermenêutica pós-colonialista, influenciada pelo pós-positivismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo. **Quilombolas: tradições e cultura da resistência**. São Paulo: Aori Comunicação, 2006.

AQUINO, Rubim Santos Leão de, *et al.* **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**, 34ª ed., rev. e amp., Rio de Janeiro: Ao livro técnico: 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BRANDÃO, Théo. **Cadernos de folclore: Quilombo**. Rio de Janeiro: Graphos, 1978.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 29 set. 2015.

CARNEIRO, Edison. **Antologia do negro brasileiro: de Joaquim Nabuco a Jorge Amado, os textos mais significativos sobre a presença do negro em nosso país**. Rio de Janeiro: Agir, 2005.

_____. **O quilombo dos palmares**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DOWNS, Robert B. **Obras básicas**: fundamentos do pensamento moderno, Rio de Janeiro: Renes, 1969.

DOZER, Donald Marquand. **América latina**: uma perspectiva histórica. 2ª ed., Porto Alegre: Editora Globo, 1974.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade, Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 5ª ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, São Paulo: Unesp, 1991

GUIMARÃES, Carlos Magno. **A negação da ordem escravista: quilombos em Minas Gerais no século XVIII**. São Paulo: Ícone, 1988.

HOBBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira: 2012.

KYMLICKA, Will. **Multicultural Odysseys**, Oxford: Oxford University press, 2007.

LEAL, Hermes. **Quilombo: uma aventura no vão das almas**. São Paulo: Mercury, 1995.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. **Plurinacionalidade e cosmopolitismo**: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 53, p. 201-215, jul/dez. 2008.

_____. **O Estado plurinacional na América Latina**, 2011, *in* <<http://joseluizquadrosmagalhaes.blogspot.com.br/2011/04/302-arti->

gos-o-estado-plurinacional-na.html>. Acesso em 18 mai. 2015.

MORAES, Evaristo de. **A escravidão africana no Brasil: das origens à extinção**. 2ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

NASCIMENTO, Sandra. Constituição, Estado plurinacional e autodeterminação étnico-indígena: um giro ao constitucionalismo latinoamericano. In. Orides Mezzaroba, et. al. **Teoria do Estado e da Constituição**: coleção CONPEDI/Unicuritiba, vol. 37, 1ª ed., Curitiba: Clássica Editora, 2014.

OLIVIERI, Antonio Carlos; VILLA, Marco Antonio [org.]. **Cronistas do descobrimento**. 5ª ed., São Paulo: Ática, 2012.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **A doutrina do Estado**, Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 4ª ed., São Paulo: Global, 1986.

POMBO, Rocha. **História do Brasil**. 5ª ed., São Paulo: Melhoramentos, 1948.

QUIJANO, Anibal. **Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina**, Estud. av. [online], vol. 19 nº 55, São Paulo, pp. 9-31, Set./Dez. 2005. Acesso em 18 mai. 2015.

SALVADOR, Frei Vicente do. **História do Brasil: 1500-1627**. 4ª ed., São Paulo: Melhoramentos, 1954.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. **Re-conhecer ou conhecer? Reflexões sobre direitos, diversidades e reconhecimento**. Aula ministrada na EACH-USP. São Paulo. 08 jul. 2008.

SOARES, Aldo Azevedo. **Kalunga: o Direito de existir (questões antropológicas e jurídicas sobre remanescentes de quilombo)**. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 1995.

A LUTA PELA TERRA NO BRASIL E A NECESSIDADE DE UM DIREITO VERDADEIRAMENTE PLURAL

LA LUCHA POR LA TIERRA EN BRASIL Y LA NECESIDAD DE UN DERECHO VERDADERAMENTE PLURAL

Clarissa Machado de Azevedo Vaz

RESUMO: A luta pela distribuição justa da terra no Brasil se confunde com a própria história de colonização e processo de independência política do país. Historicamente, o direito à terra pelos povos tradicionais foram postergados, e pouco se garantiu na cultura do pensamento moderno que confunde direito com lei. A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes garantias, mas não serviu para solucionar os conflitos fundiários no país – o que demonstra os limites das mudanças legislativas e a importância de que elas estejam apoiadas em processos materiais de mudança. Atualmente o cenário fundiário permanece conflituoso, não só no Brasil, como em toda a América Latina, e essa violência se manifesta de maneira especial com os povos tradicionais. Momento em que se verifica a necessidade de se desenvolver um novo direito que se liberta do pensamento moderno que privilegia a proteção da propriedade privada, para se desenvolver um direito de caráter subjetivo, que busque soluções adequadas à tradição dos povos. E que, para isso, os envolvam na solução dos conflitos. Os princípios gerais do direito, os usos e costumes, a natureza, a história de cada povo, são capazes de produzir juridicidade. Porém, a garantia dessa participação é essencial para o desenvolvimento de um direito verdadeiramente plural. Assim, o presente artigo irá investigar as maneiras pelas quais os mecanismos garantidores do acesso à terra no Brasil são insuficientes para as soluções de conflitos relacionados a terra.

PALAVRAS-CHAVE: luta pela terra; pluralismo; novo constitucionalismo.

RESUMEN: *La lucha por la justa distribución de la tierra en Brasil se entrelaza con la historia de la colonización y proceso de independencia política del país. Históricamente, el derecho a la tierra de los pueblos tradicionales se pospuso y poco ha sido garantizado en la cultura del pensamiento moderno que*

confunde derecho y ley. La Constitución Federal de 1988 trajo importantes garantías, pero no ha logrado resolver los conflictos por la tierra en el país – lo que demuestra los límites de los cambios legislativos y la importancia de que estén apoyados en procesos materiales de cambio. Hoy en día el escenario fundiario sigue siendo de confrontación, no sólo en Brasil sino en toda América Latina, y esa violencia se manifiesta de manera especial con los pueblos tradicionales. Momento en que hay una necesidad de desarrollar un nuevo derecho que se libera del pensamiento moderno que favorece la protección de la propiedad privada, para desarrollar un derecho de carácter subjetivo, que busca soluciones adecuadas a la tradición de los pueblos. Y que, para ello, involucrándolos en la resolución de conflictos. Los principios generales del derecho, los usos y costumbres, la naturaleza, la historia de cada pueblo, son capaces de producir la juridicidad. Sin embargo, la garantía de esta participación es esencial para el desarrollo de un derecho verdaderamente plural. Por lo tanto, este artículo investigará las maneras por las que los mecanismos que garantizan el acceso a la tierra en Brasil son insuficientes en la resolución de conflictos relacionados con la tierra.

PALABRAS CLAVE: *Lucha por la tierra; pluralismo; nuevo constitucionalismo.*

INTRODUÇÃO

No período do Brasil colônia, o sistema de sesmarias contribuiu essencialmente com essa situação fundiária. Portugal, com medo de perder suas “terras conquistadas”, se viu obrigado a utilizar mecanismos para controlar o território da colônia. Utilizou, então, uma adaptação do regime de sesmarias adotado em outros territórios da Coroa.

Nesse sentido, destacamos cronologicamente, a evolução histórica da formação fundiária do Brasil. Desde a independência formal do Brasil de Portugal (1822) passando pela abolição da Escravatura (1888), pouco se alterou.

Com o regime de sesmarias se dá o início do processo de centralização e monopólio da propriedade da terra. Em 1822, a Coroa pôe fim a esse sistema, deixando o Brasil sem nenhuma legislação específica, e levando ao seguinte quadro fundiário:

- 1- Proprietários legítimos, por títulos de sesmarias concedidas e confirmadas, com todas as obrigações adimplidas pelos sesmeiros.

- 2- Possuidores de terras originárias de sesmarias, mas sem confirmação, por inadimplência das obrigações assumidas pelos sesmeiros.
- 3- Possuidores sem nenhum título hábil subjacente.
- 4- Terras devolutas, aquelas que, dadas em sesmarias, foram devolvidas, porque os sesmeiros caíram em comisso. (MARQUES, 2012, p. 25).

A partir da independência formal da Brasil, a primeira tentativa de regulamentar a questão indígena foi o Projeto de Lei “Apontamentos para a Civilização dos Índios no Brasil” de José Bonifácio de Andrade e Silva. Entretanto, ainda que se tratasse de um projeto que objetivava a integração do indígena a sociedade, transformando-os em força de trabalho, a Constituinte de 1824, apenas previu a catequese, que chamou de educação religiosa e industrial.

Entre a extinção do regime de sesmarias e a criação da Lei de Terras em 1850, houve um lapso legislativo de 28 anos, conhecido como o regime das posses, ou do apossamento. Esse regime serviu para aumentar a concentração de terras com base na pistolagem, ou seja, a lei do mais forte.

A chamada Lei de Terras (Lei n. 601 de 1850) também não trouxe avanços, pois legitimou o que tinha sido estabelecido durante o período sem legislação, e ainda estipulou que o acesso à terra só se realizaria através de sua compra. Assim a Lei de Terras se pautava basicamente em 4 pontos:

- 1- Proibir a investidura de qualquer súdito, ou estrangeiro, no domínio de terras devolutas, excetuando-se os casos de compra e venda;
- 2- Outorgar de títulos de domínio aos detentores de sesmarias não confirmadas;
- 3- Outorgar títulos de domínio a portadores de quaisquer outros tipos de concessões de terras feitas na forma da lei então vigente, uma vez comprovado o cumprimento das obrigações assumidas nos respectivos instrumentos;
- 4- Assegurar a aquisição “do domínio de terras devolutas” através da legitimação da posse, desde que fosse mansa e pacífica, anterior e até a vigência da Lei. (MARQUES, 2012, p.25).

A já mencionada Lei de Terras, destina algumas terras devolutas para a colonização, conforme se observa do artigo 12 da Lei 601 de 1850. Essa previsão, apenas destinou terras para formação de aldeamentos, na

modalidade de usufrutuários. No mesmo mês, em 1850, foi promulgada a Lei Eusébio de Queiroz, proibindo o tráfico de escravos e abrindo caminho para o “trabalho livre”. Aqui ganha validade a tese de José de Souza Martins (2010) sobre o “cativeiro da terra”: quando o trabalho é escravo a terra pode ser livre (o regime dos coronéis permanece inalterado); quando o trabalho é livre a terra tem de ser escrava.

Mesmo com a abolição da Escravatura (1888) e a Proclamação da República (1889), as relações de desenvolvimento no campo continuaram da mesma forma, pois a concentração de terras se mantinha nas mãos da oligarquia agrária.

Ao estabelecer que o acesso à terra só se daria mediante a compra, a legislação fechava as portas para dois grandes grupos sociais que iam surgindo naquele período histórico, os escravos libertos e seus descendentes e os imigrantes pobres vindos da Europa para trabalhar nas grandes lavouras, consolidando os latifúndios, que passaram a utilizar de mão-de-obra farta e barata na produção de monoculturas, como por exemplo o café e a cana-de-açúcar, cultivados basicamente para exportação:

A Lei de Terras transformava as terras devolutas em monopólios do Estado e Estado controlado por uma forte classe de grandes fazendeiros. Os camponeses não proprietários, os que chegassem depois da Lei de Terras ou aqueles que não tiveram suas posses legitimadas em 1850, sujeitavam-se, pois, como assinalaria na época da abolição da escravatura um grande fazendeiro de café e empresário, a trabalhar para a grande fazenda, acumulando pecúlio, com o qual pudessem mais tarde comprar terras, até do próprio fazendeiro. (MARTINS, 2012, p. 42).

Já no Brasil República (1889), a necessidade de transformar o indígena em trabalhadores assalariados, ou seja, força de trabalho, é substituída pela necessidade de, cada vez mais, explorar as terras onde se encontravam.

O Código Civil de 1916, privilegia a propriedade privada, uma vez que, ainda que reconhecesse a figura da posse, não disponibiliza mecanismos hábeis para a sua comprovação, tornando mais fácil comprovar a propriedade, mesmo que com documentos falsos, que a posse. Também trouxe um pensamento excludente para o indígena, tratando-o como incapaz e fortalecendo a ideia de que deveria ser tutelado pelo Estado.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946, nada avançou em relação

aos indígenas e camponeses, apenas manteve as terras onde se encontravam indígenas sob a tutela do estado, mantendo o mercado de terras.

Mais adiante em 1964, com a promulgação do Estatuto da Terra, mesmo com institutos inéditos para o país, como o caso da possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária, mantém parte do que já havia sido estabelecido pela Lei de Terras, como por exemplo a propriedade das terras devolutas nas mãos do Estado, mantendo inalterada a estrutura fundiária do país:

Isto porque não enfrentou o aspecto fundamental da estrutura agrária brasileira, ou seja, o monopólio de imensa extensão de terra, por uma minoria de latifundiários, que explora a grande massa de lavradores sem ou com pouca terra. (VINHAS, 1968, p.12).

O Estatuto do Índio veio em 1973 com a manutenção da ótica integralizadora:

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.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Observa-se que, ainda que haja a previsão de preservação de sua cultura, não protege o indígena enquanto comunidade tradicional, mas sim proporcionar a sua integralização.

Toda a mobilização democrática da Assembleia Constituinte de 1988, por sua vez, desembocou na contradição interna na Constituição que dali resultou: a convivência da função social da propriedade com o impedimento de desapropriação das propriedades consideradas produtivas. Tal mecanismo, na verdade, consistiu num travamento da desapropriação com base na função social da propriedade, muito mais ampla, em seus critérios social, econômico e ambiental, que a verificação da produtividade baseada nos critérios instrumentais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

1 PROGRESSO E DESENVOLVIMENTO:

A “MODERNIZAÇÃO” DO CAMPO

A questão agrária torna-se cada vez mais evidente no cenário nacional. Em 1950 aumenta a discussão sobre a necessidade de se realizar a distribuição de terras de maneira mais justa, uma vez que o latifúndio impede o desenvolvimento no país. Porém, o setor político era formado, em sua maioria, por uma oligarquia conservadora, composta por grandes “proprietários de terras”, toda a discussão ficou polarizada entre a reforma agrária e a modernização.

Analisando o atraso nas relações de trabalho no campo, sempre se chega ao latifúndio. O prejuízo da manutenção do sistema de latifúndio é sentido por todos, ele permite e mantém formas de exploração semifeudal, impedindo que o camponês progrida da agricultura de subsistência para a agricultura familiar ou para trabalhador verdadeiramente assalariado com todas as suas garantias legais.

O Brasil apresenta a sua exploração agrícola pautada na monocultura, basicamente (soja, milho, oleogênicos, café, cana-de-açúcar). Daí se verifica um certo atraso na sua modernização, pois nesse contexto somente a cana-de-açúcar necessita realmente de uma indústria, as demais necessitam apenas de alguns maquinários agrícolas, pois são exportados *in natura*, não se modificando antes de se exportar.

Na década de 60, o cenário que se tinha no campo era de pequenos proprietários, que desenvolviam agricultura de subsistência, mas que também se assalariavam nas grandes propriedades e os colonos que trabalhavam e residiam nas grandes fazendas.

De acordo com as lições de Marx (O Capital, livro III – cap. 47, II), sobre a renda da terra, em sua forma mais simples se produz “quando o produtor direto trabalha parte da semana num terreno que lhe pertence de fato, com instrumentos que lhe pertencem de fato ou de direito (arado, gado, etc.), e emprega os outros dias da semana em trabalhar no terreno do latifundiário”.

Os colonos plantavam nos espaços dentro das lavouras de café, e para isso pagavam uma espécie de aluguel para o fazendeiro. Assim, o colono era triplamente explorado, primeiro porque recebia apenas uma pequena mesada para cultivar e colher; segundo porque pagava para utilizar os espaços vazios da fazenda; e isso significava, em terceiro lugar, limpar, arar, construir cercas, fertilizar o solo sem cobrar nada além por isso.

Tudo isso era controlado pelo proprietário através de um contrato,

feito pelo próprio fazendeiro, que, além de tudo, ainda obrigava o colono a entregar as primeiras colheitas para ele, pois são os colonos que plantam alimentos, e o fazendeiro também necessita alimentar todos que vivem na fazenda. Ocorre que, tal produção é entregue pelo preço estabelecido pelo fazendeiro, geralmente muito baixos que os preços normais.

No final desse ciclo, o fazendeiro retira do colono a renda-trabalho, renda-produto, renda-dinheiro, nesse sentido, explica Marighela (1980, p. 26)

O fazendeiro de café, por exemplo, acumula todas as formas de renda pré-capitalista e mais a renda capitalista absorvida para si, amealhando uma riqueza individual considerável (gasta nos grandes centros urbanos), geralmente não concorrendo para qualquer passo adiante na economia agrária ou para a elevação total da fazenda à categoria de um empreendimento capitalista do campo, restringindo a circulação de mercadorias e o incremento do valor de uso e de troca, impondo às forças produtivas entraves feudais insuportáveis.

Sendo assim, a fazenda de monocultura de grão, como por exemplo o café, era destinada ao comércio exterior e a servir aos interesses do imperialismo e dos grandes fazendeiros, mantendo o colono nessa condição, onde sua força de trabalho não consegue ser livre. E isso proporciona um cenário bastante conflitante, visto que, os colonos começam a se rebelar contra essas condições, e a reivindicar seus direitos de assalariados.

Até a década de 1920-30, o setor agrícola funcionava numa dinâmica de expansão da lavoura cafeeira e pela incorporação do trabalho semi-assalariado dos contratos de “colonato”, somente é potente o suficiente para a incorporação de pequena parcela do trabalho livre, herdado do antigo setor de subsistência e, evidentemente, dos novos imigrantes.

Contudo, as relações sociais sobre as quais se assentaria o novo regime de trabalho depois da abolição longe estavam de caminhar para o aprofundamento do assalariamento na economia nacional.

Esse momento é marcado por muita resistência e violência no campo, e torna-se marco também, do surgimento de diversos movimentos sociais, como por exemplo as Ligas Camponesas no Nordeste (Paraíba e Pernambuco).

É no contexto do regime militar que o Congresso Nacional, formado por sua maioria de representantes dos latifundiários, discute e aprova o Estatuto da Terra (1964), um ano após a aprovação da Lei que instituiu o

Crédito Agrícola.

Para haver a modernização do campo seria necessário que os proprietários tivessem capital suficiente para fazer com que os seus produtos concorressem no mercado de capitais, o que segundo DELGADO seria uma “antinomia “reforma agrária” versus “modernização técnica” proposta pelos conservadores em 1964”. Foi estabelecido o Crédito Agrícola, como instrumento capaz de modernizar o campo, sem se alterar a sua estrutura fundiária.

Toda a discussão foi orientada pelo argumento de que não havia a existência de uma questão agrária, assim houve uma total desconsideração da estrutura fundiária, bem como das relações de trabalho existentes no campo. O debate político sobre a realidade do campo, via toda a situação com bons olhos, segundo DELFIM NETO (1963), a manutenção fundiária e a modernização sem reforma traria as seguintes consequências:

- 1) Liberação de mão de obra a ser utilizada no setor industrial, sem diminuir a quantidade produzida de alimentos;
- 2) Criação de mercado para os produtos da indústria;
- 3) Expansão das exportações; e
- 4) Financiamento de parte de capitalização da economia.

Assim, não se modifica as relações de trabalho no campo, somente se “moderniza” as máquinas (como já dito, essas máquinas não são utilizadas para a modificação da colheita, mas apenas para seu cultivo), e insumos de exploração da terra, criando-se a ilusão de que se estabeleceu indústrias agrícolas no campo.

Nesse processo, se desenvolve a monocultura, que utiliza a necessidade de consumir insumos industriais, bem como de maquinários agrícolas como forma de justificar a modernização do campo, porém sem se ressaltar que trata-se apenas de uma “modernização técnica”.

Isso foi reforçado pela instituição do Sistema Nacional de Crédito Rural, incentivou o aprofundamento das relações de crédito na agricultura, financiando a aquisição de insumos e maquinários agrícolas, proporcionando aos grandes proprietários de terras a possibilidade de inserir-se na chamada “modernização técnica” (DELGADO, 2005, p.58), uma vez que, na prática, se desenvolvia a monocultura.

Por outro lado, o pequeno proprietário (camponês), também esti-

mulado a utilizar o crédito, apenas se endividou, pois além de sua produção ser feita em menor escala, ele produz produtos alimentícios, difícil de concorrer com a produção de monocultura, tendo que abrir mão de suas poucas terras para pagar o financiamento.

Entre 1940 e 1980, houve o famigerado êxodo rural, os moradores do campo foram obrigados a procurar outros meios de sobrevivência nas cidades. Segundo dados estatísticos da época, das migrações internas do campo para as grandes cidades nesse período, em 1970 dos 30 milhões de migrantes 21 milhões saíram do campo para as cidades. (FIBGE, 1979, p. 23).

Mas essa mudança não transforma as relações de trabalho no campo, em capitalistas ou modernas, senão vejamos:

Em primeiro lugar, porque a transposição demográfica da população agrícola não está associada ao crescimento tão somente de uma massa assalariada no mercado urbano, mas também do enorme contingente de trabalhadores sem vínculo com economia formal. Em segundo lugar, porque permanece no setor agrícola um contingente expressivo de agricultores de subsistência, sem inserção no mercado de trabalho. (Delgado, 2005, p. 39).

O fim do governo militar, e a crise da modernização técnica do campo, volta-se a discutir a Reforma Agrária. Na Nova República chega-se a desenvolver o Primeiro Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRA), mais uma vez deixado para “segundo plano”, isso porque nos anos 90 o Brasil enfrenta um governo de políticas neoliberais, nos dizeres de Delgado (2005, p. 51) “este ciclo obsta o papel que o Estado precisaria exercer para cumprir os direitos sociais agrários inscritos na Constituição, que prescreve a função social da propriedade fundiária”.

Para Moacir Palmeira (1989, p. 90) a terminologia correta a ser aplicada não é êxodo rural mais sim expropriação do campesinato, ainda, segundo o autor esse movimento prescinde a modernização técnica da agricultura. Assim não é a modernização que expulsa o camponês, mas sim suas relações de trabalho, “as expulsões de posseiros deixam de ser apenas episódios de uma trajetória que pode terminar, embora não necessariamente, com a conquista definitiva de um pedaço de terra, para dar lugar a uma urbanização precoce”.

Analisando a situação agrária do país na segunda metade do Século XX, que foi marcado pela luta de trabalhadores, tanto no campo quanto na cidade, além das ocupações de terras, nesse período, segundo Medeiros

(2010, p. 127)

Devido aos efeitos sociais e políticos da construção de grandes usinas hidrelétricas, do avanço da fronteira agrícola e pecuária, provocando a destruição de áreas de matas habitadas por populações indígenas e tradicionais, além do impacto da modernização rural sobre os pequenos agricultores.

O saldo que se tem após a modernização do campo é o da expropriação dos camponeses, que se tornaram trabalhadores assalariados, porém sem emprego, e, logicamente sem salários. Na questão indígena, o aldeamento, retirada de seus territórios tradicionais, isolamento e uma suposta sensação de que estariam protegidos dentro das aldeias.

CONCLUSÃO

Os apontamentos aqui apresentados possuem um pressuposto histórico. E analisando a evolução da legislação brasileira em relação as terras e territórios, observa-se que estamos muito distantes de uma realidade digna, uma vez que desde a colonização até os dias atuais se privilegia a concentração de terras.

A primeira forma de incentivo ao monopólio das terras foi a desconsideração dos povos que aqui já existiam, muito antes da colonização. A utilização de um sistema legal preexistente, por si só, não considerava outra forma de aquisição de terras a não ser as concedidas pelo Rei – o que impedia que sujeitos alheios ao sistema, como os índios, se tornassem proprietários por aquisição originária (MARÉS, 2003).

É importante frisar que a concentração de terras prejudica não só os camponeses, como todas as comunidades tradicionais. Na medida em que há concentração de terras também há concentração de capital, tornando um ciclo vicioso, onde se busca cada vez mais.

Uma legislação que favorece fatores econômicos, como por exemplo um mercado de terras é extremamente prejudicial. E, na medida em que essa legislação é a expressão do Direito nas sociedades pautadas no pensamento moderno, o cenário será de alta conflituosidade.

Assim, para além das Leis e do pensamento moderno que defende o crescimento econômico desenfreado, deve haver um Direito. O Direito

deve agir de forma autônoma, reconhecendo a pluralidade de etnias e comunidades, ainda que no Estado-Nação. E, dessa forma, reconhecer também tudo que se agregar a esse pensamento, ou seja, se distanciar do pensamento hegemônico padronizador. Para além de uma mudança Constitucional, é necessário mudança no Direito, reconhecendo a diversidade de gentes.

REFERÊNCIAS

BARAN, Paul Alexander. **A economia política do desenvolvimento**. São Paulo: Abril cultural, 1984.

DELGADO, Guilherme Costa. A questão agrária no Brasil 1950-2003. In: Luciana Jaccoud. Et al. **Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo**. Brasília: IPEA, 2005.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 10. ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra**. 9. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2010.

_____. **Os camponeses e a política no Brasil**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

MARX, Karl. 1950. **Le Capital**. Tomo III. Paris, Éditions Sociales.

MEDEIROS, Leonilde Sérvo. Movimentos sociais no campo, lutas por direitos e reforma agrária na segunda metade do século XX. In: Miguel Carte. Et al. **Combatendo a desigualdade social: O MST e a reforma agrária no Brasil**. São Paulo: editora UNESP, 2010.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. **A agricultura camponesa no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 1997.

PANINI, Carmela. **Reforma agrária dentro e fora da lei**. 500 anos de história inacabada. São Paulo: Paulinas, 1990.

PINTO, João Batista Moreira. A ação instituinte dos novos movimentos sociais frente à lei. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. Vol. 2.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **El derecho que sigue nasciendo del Pueblo**. Movimientos sociales y pluralismo jurídico. México, D.F.: Fontamara, 2012.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entraram em cena**: experiências e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo 1970-1980. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JR., José Geraldo de (org.). **O direito achado na rua**: uma introdução crítica ao direito. Brasília: Edunb, 1988. P. 46-51.

SILVA, Lígia Maria Osório. **Terra, direito e poder**. O latifúndio improdutivo na legislação agrária brasileira. Boletim da ABA. Nº 27, jan./jun. 1997. Florianópolis: Associação Brasileira de Antropologia, 1997. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/aba/boletins/b27/04.htm>>. Acesso em: 2 ago. 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SOUZA JR., José Geraldo de. Direito como Liberdade: **O Direito Achado na Rua**. Experiências populares emancipatórias de criação do Direito. 2008. 338 p. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

_____. Movimentos sociais: emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (Org). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991. v. 1.

_____; MOLINA, Mônica Castagna; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). **Introdução crítica ao direito agrário**. (Série O Direito Achado na Rua, vol. 3). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito à reforma agrária**. O direito face aos novos conflitos sociais. Leme-SP: Editora de Direito, 1997.

VINHAS, M. **Problemas agrário-camponeses do Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRO E EQUATORIANO

*LA REPARACIÓN POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE:
UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE LOS TEXTOS
CONSTITUCIONALES ECUATORIANO Y BRASILEÑO*

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

Cleide Calgaro

Sandrine Araujo Santos

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo realizar um comparativo entre a Constituição Brasileira e a Constituição Equatoriana no que diz respeito à conformação do bem ambiental e à proteção da natureza – investigando, particularmente, os possíveis efeitos da reforma constitucional equatoriana sobre a reparação *lato sensu* do dano ambiental. Consoante boa da parte da doutrina brasileira, bem como no entendimento dos tribunais, a indenização é apenas um meio subsidiário de reparação do dano ambiental difuso, utilizado quando não viável a restauração *in situ* ou a compensação ecológica. Não obstante, é bastante controversa a definição acerca da viabilidade ou não da restauração natural: em um grande número de casos, recorre-se à indenização em pecúnia, não sendo o ambiente restabelecido ao estado anterior; ademais, o *quantum* da indenização é matéria polêmica, e apenas por ficção jurídica pode ser considerado reparado o dano. No contexto constitucional equatoriano, a elevação da *Pachamama* ao *status* de sujeito de direito permite dispor que a natureza terá como um de seus direitos principais a restauração dos seus ecossistemas de forma integral. Apesar dos obstáculos técnicos, há diferenças fundamentais nesta concepção jurídica, uma vez que os danos às pessoas, que podem ser convertidos em pecúnia, são epistemologicamente distintos dos danos à natureza, que não se confundem com os danos às pessoas. Desta maneira, tratando-se de diferentes bens e diferentes titulares de direitos atingidos (os particulares e a *Pachamama*), a obrigação de restaurar a natureza degradada é ilimitada e infungível. Além da metodologia própria do direito comparado, adota-se o procedimento analítico para o estudo da legislação e da jurisprudência associada ao recorte temático proposto.

O texto ora apresentado é redigido em forma de ensaio, uma vez que: (i) os dados disponíveis permitem fornecer as balizas para a compreensão das diferenças entre os dois ordenamentos jurídicos considerados, no trato da reparação do dano ambiental; (ii) como o trabalho é de natureza continuada, os dados jurisprudenciais ainda não permitem apresentar resultados definitivos em termos estatísticos, senão apenas esboçar as principais tendências na matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Novos direitos. Constitucionalismo latino-americano. Reparação ambiental. Meio ambiente.

RESUMEN: El presente trabajo pretende realizar una comparación entre la Constitución de Brasil y la Constitución del Ecuador en cuanto a la formación de buen ambiente y la protección de la naturaleza-investigando, en particular, los posibles efectos de la reforma constitucional ecuatoriana sobre reparación de daños al medio ambiente lato sensu. Según el bien de la doctrina brasileña, así como en la comprensión de los tribunales, la indemnización es sólo un medio para reparar filial daño ambiental difusa, utilizado cuando no hay restauración posible in situ o compensación ecológica. Sin embargo, es bastante controvertida la definición acerca de la viabilidad de la restauración natural: en un gran número de casos, el establecimiento en pecunia, no el medio ambiente restaura el estado anterior; Además, la cuantía de la indemnización es una cuestión de controversia y sólo por legal puede considerarse ficción reparado el daño. En el contexto constitucional ecuatoriano, la elevación de la Pachamama a la condición de sujeto de derecho permite disposición que carácter tendrá como uno de sus principales derechos de la restauración de sus ecosistemas de forma completa. A pesar de los obstáculos técnicos, hay diferencias fundamentales en este concepto legal, desde el daño a las personas, que pueden ser convertidos en pecunia, son epistémicamente diferentes de daño a la naturaleza, que no debe confundirse con el daño a las personas. De esta manera, en el caso de bienes diversos y distintos titulares afectados (personas y Pachamama), la obligación de restituir la naturaleza degradada es ilimitada y infungível. Además de su propia metodología del derecho comparado, adopta el procedimiento de prueba para el estudio de la legislación y la jurisprudencia asociada con el recorte del tema propuesto. El texto se redacta en forma de ensayo, puesto que: (i) la disposición permite propor-

cionar balizas para entender las diferencias entre los dos sistemas jurídicos considerados en la reparación de los daños ambientales; (ii) cómo la obra continua en la naturaleza, los datos jurisprudenciales aún no permiten resultados definitivos en términos estadísticos o simplemente esbozar las principales tendencias en el campo.

PALABRAS CLAVE: Nuevos derechos. Constitucionalismo de América Latina. Reparación ambiental. Medio ambiente.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho analisam-se os textos constitucionais do Brasil e do Equador, com a finalidade de melhor compreender se, e de que maneira, um e outro repercutem na temática da reparação do dano ambiental – seja na modalidade de reconstituição natural, compensação ecológica ou indenização. Por outras palavras, investiga-se, de maneira ainda não conclusiva, se os caracteres comumente associados ao chamado “novo” constitucionalismo latino americano, tais como o plurinacionalismo e a cosmovisão andina, apresentam vantagens, ao menos em potencial, em termos de produzir consequências práticas no plano da reparação de danos ambientais.

A Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), face a sua inovação na promoção de direitos, é reputada como *Constituição Cidadã*, porquanto valoriza bens associados a diversos grupos sociais diversos; notadamente, recepciona direitos emergentes, os chamados *novos direitos*, de conformação recente, dentre eles o direito ao meio ambiente. O artigo 225, como se sabe, consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Contudo, observa-se na Constituição de 1988, na visão de Zaffaroni, um “ambientalismo superficial”, vez que a proteção dos bens naturais tem o fito de voltar-se à proteção dos direitos do ser humano sobre a natureza. Nestas circunstâncias o ser humano reafirma-se enquanto único e legítimo detentor do direito de dispor do meio ambiente de maneira sadia e equilibrada, um bem a ser utilizado e usufruído pelas presentes e futuras gerações, porém de maneira a assegurar a sua durabilidade.

Em contrapartida, inserida no chamado novo constitucionalismo latino-americano, nasce a Constituição do Equador de 2008 (ECUADOR, 2008), ou *Constituição de Montecristi*, edificando-se em ideias con-

vergentes a um viés pluralista, multicultural, descentralizador e social. Essa Constituição inaugura nova ordem, estimulando uma democracia participativa e pluralista, descerrando um novo papel para a sociedade civil em face da sociedade política, propondo a integração de minorias marginalizadas, o plurinacionalismo e o comunitarismo. O texto constitucional equatoriano enaltece ainda as raízes, a espiritualidade e a sabedoria de suas culturas aborígenes.

A pesquisa, que esboça no presente artigo alguns de seus primeiros resultados, propõe como hipótese que o modo como se concebe juridicamente a reparação do dano ambiental tenderia a mudar drasticamente, desde um ponto de vista epistemológico, em razão do modelo constitucional em tela – o que não significa necessariamente efetividade social, uma vez que essa depende de outros condicionantes, mormente de ordem política e jurídica.

No contexto brasileiro, os tribunais entendem que a indenização é um meio subsidiário de reparação do dano ambiental difuso, a ser utilizado quando não viável a restauração *in situ* ou a compensação ecológica. O cerne da questão está na análise desta plausibilidade, avaliando-se o fato de haver viabilidade ou não na restauração do dano ambiental – pois, em inúmeros casos, recorre-se à indenização em pecúnia, não sendo o ambiente restabelecido ao seu estado anterior, ou algo próximo disso. Assim, ainda que a jurisprudência reconheça a preferência da restituição natural, essa é frequentemente afastada por argumentos de viabilidade econômica, o que tende a esvaziar as normas de proteção ambientais. A depender do valor da indenização em pecúnia, que supostamente compensará, juridicamente, o dano ao ambiente, a degradação ambiental pode até mesmo converter-se em atitude deliberada do poluidor, uma vez que o benefício econômico, em dada situação, seja maior do que o “prejuízo” de uma eventual indenização.

Já no contexto equatoriano, com a elevação da natureza ao patamar de sujeito de direitos, valorizando-se a *Pachamama* (Mãe-Terra), conduz-se ao entendimento de que a natureza guarda em seus principais direitos a restauração dos seus ecossistemas de forma integral. Assim, embora existam obstáculos técnicos, prioriza-se a restauração natural. Pode-se observar que há diferenças fundamentais nesta concepção jurídica, uma vez que os danos às pessoas, que podem ser convertidos em pecúnia por ficção jurídica, são materialmente e epistemologicamente distintos dos danos aos ecossistemas, que não se confundem com os danos às pessoas.

O método utilizado é analítico e comparativo, tendo como base o estudo comparado das Constituições Brasileira e Equatoriana, no que refere à reparação e restauração do dano ambiental. Utilizam-se, fundamentalmente, os textos constitucionais e a bibliografia. O texto é redigido em forma de ensaio, uma vez que os argumentos são apresentados como cenário tendencial, sem uma rigorosa sustentação em termos jurisprudenciais. Não obstante, uma abordagem jurisprudencial preliminar serve de ilustração de como algumas das noções estruturantes da *Constituição de Montecristi* abrem novas possibilidades em termos de eficácia da responsabilidade por danos ambientais. Como etapa subsequente da pesquisa, pretende-se realizar investigação jurisprudencial mais abrangente, a fim de sustentar e complementar a hipótese lançada neste escrito com exemplos mais representativos das novas tendências observáveis, sobretudo, na corte constitucional equatoriana.

1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: COMPARATIVO ENTRE BRASIL E EQUADOR

No Brasil, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) ficou conhecida como Constituição Cidadã, por suas inovações no reconhecimento de direitos. No que concerne ao meio ambiente, igualmente inovou ao consagrar um direito-dever de uso e preservação. Por outro lado, manteve a concepção de que o ambiente, ainda que reconhecida sua complexidade e essencialidade para a vida, está a serviço do homem. Essa Constituição é responsável pela elevação do meio ambiente à categoria de bens tutelados pelo ordenamento jurídico, sintetizando e fortalecendo um marco de proteção ao bem ambiental, bem como atribuindo o direito de um meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental de todos. Ao se tratar do meio ambiente na Constituição (BRASIL, 1988), há sempre que se fazer referência à inclusão, no art. 170, da preservação do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica. Neste sentido,

[...] a necessidade de assegurar a base natural da vida (natureza) coloca novos matizes na política econômica. É, na verdade, o grande desafio das políticas econômicas. A obviedade da necessidade de uma relação sustentável entre o desenvolvimento industrial e meio ambiente é exatamente a mesma da irreversibilidade da dependência da sociedade moderna dos seus avanços técnicos e industriais.

Assim, qualquer política econômica deve zelar por um desenvolvimento da atividade econômica e de todo seu instrumental tecnológico ajustado com a conservação dos recursos naturais e com uma melhora efetiva da qualidade de vida da população. (DERANI, 1997, p. 239).

Além disso, a questão ambiental está explícita em um capítulo específico, o Capítulo VI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde o art. 225 declara que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, incumbindo “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. De acordo com Medeiros, a partir da década de 1980,

[...] as disposições legais referentes à proteção ambiental apresentaram maior fôlego, culminando na Constituição Federal de 1988, que dedicou um capítulo inteiro ao tema. A Lei nº 6.803, de 1980, veio normatizar o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição. Em 1981, podemos destacar a Lei nº 6.902, que cria áreas de proteção ambiental e as estações ecológicas, além do advento da Lei nº 6.938, que disciplinou e instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, adotando princípios e regras estabelecidas pela Carta resultante da Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, em 1972. (MEDEIROS, 2004, p.60).

Assim, observa-se que esse dispositivo trata o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações e ao mesmo tempo demonstra que o Poder Público e a coletividade têm o dever de preservá-lo. O direito ao meio ambiente equilibrado é um *direito de solidariedade*, “pertencente à terceira geração de direitos fundamentais, provindo do direito à vida, por intermédio do direito à saúde”. (FERREIRA FILHO, 1997, p. 102). O meio ambiente é considerado, ainda, um “bem de uso comum do povo” – bens de uso comum do povo são aqueles que, “por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições” (DI PIETRO, 2003, p. 545). Além da determinação constitucional, a apropriação privada do meio ambiente é intrinsecamente abusiva (SILVEIRA, 2014), posto que se trata de bem imaterial, essencial à sadia qualidade de vida, que não se confunde com os bens individualmente considerados (nem mesmo com os “recursos natu-

rais”) que integram a qualidade ambiental.

Considerando a evolução legal e doutrinária acerca da temática, depreende-se que a visão brasileira de preservação ambiental não contemplou a natureza como sujeito de direitos, mas sim a preservação de suas qualidades para que o ser humano possa dela usufruir, permitindo que as demais gerações o façam da mesma forma. Este conceito vai muito além da visão mecanicista do ambiente, que prevalece desde o século XVI; contudo, mantém o ser humano como sujeito e destinatário da proteção ambiental. No presente trabalho, não se pretende assumir uma posição definitiva acerca do debate (desgastado, de certo modo, em seus argumentos usuais), acerca do antropocentrismo e do biocentrismo. Não se pretende perguntar, aqui, pela maneira racionalmente mais correta de pensar a relação entre homem e natureza – tema que, sustenta-se, pode ser pensado de maneira particularmente frutífera a partir da noção de natureza-projeto, na esteira de François Ost (SILVEIRA; GRASSI, 2014, p. 76-93). Antes, pretende-se investigar como, no mundo concreto, as noções fundantes do “novo” constitucionalismo latino-americano repercutem na questão da resposta jurisdicional ao dano ambiental.

Investigando a Constituição Equatoriana, conhecida como Constituição de Montecristi, nota-se a busca pela proteção da *Pachamana* (Mãe Terra) e do *Sumak Kawsay* (bem viver), em uma lógica de preservação ambiental substancialmente diversa daquela observável a partir da ordem jurídica brasileira. Ademais, observa-se um distanciamento da lógica moderna que sacraliza a ciência como forma de linguagem objetiva, eliminando e subjugando outras formas de saber (espiritualidade, intuição). Segundo Santamaría,

[...] toda aquella forma que no era susceptible de ser demostrable objetivamente, experimentable, medible, cuantificable, externalizable, transmitida por escrito, sujeta a ser verificada por medio de los sentidos, simplemente no debía ser considerada con seriedad. (SANTAMARÍA, 2010, p. 46-47).

Neste rumo, o constitucionalismo moderno pauta-se pela lógica de “objetificação” que, associada à economia capitalista e ao culto ao progresso técnico científico, valora a natureza antes de tudo como *objeto de uso/ consumo*, bem como norteia as decisões político-jurídicas consoante uma

lógica patriarcal e colonialista, que sufoca largamente as decisões judiciais e as políticas protetivas do bem ambiental.

Com o devido título de renovação que lhe cabe, a Constituição Equatoriana (ECUADOR, 2008), veio comprometer-se com uma cosmovisão e uma transformação radical da sua sociedade, para reconstruir uma racionalidade ambiental reputada diferente daquela com que o direito, o modo de produção capitalista e a modernidade estão acostumados. É lícito argumentar que essa Constituição, seja qual for o sucesso relativo de suas proposições, manifesta uma forma de resistência do povo indígena, uma carta em defesa da autonomia, da libertação das amarras da colonização. Como afirmam Sousa Santos e Meneses, manifesta-se ali “o lado dos oprimidos pelas diferentes formas de dominação colonial e capitalista” (2010, p. 13). Destarte, remete o texto constitucional à reparação dos danos causados à natureza, na esteira do hiperconsumismo moderno.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a condição econômica do povo equatoriano também é de pobreza. Neste país, mais de 80% dos indígenas vivem nesta situação (SIEDER, 2011, p. 305). Esses problemas sociais e a insatisfação popular acabam refletindo no movimento constitucional. A população indígena teve forte participação nesse processo, e encontrou ali uma forma de positivar seus direitos e disputar a institucionalidade. A ideia do *Sumak Kawsay* em diversas partes das recentes Constituições Latino-Americanas demonstra o considerável protagonismo indígena no processo Constituinte. No Equador houve o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, além da manutenção de sua identidade, incluindo, também, a conservação e o desenvolvimento de sua espiritualidade, de suas tradições culturais, linguísticas, sociais, políticas e econômicas, bem como manutenção da posse ancestral comunitária das suas terras que são inalienáveis, imprescritíveis e indivisíveis. Corrobora neste sentido, o art. 84 da Constituição do Equador, que dispõe:

Art. 84 - La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. (ECUADOR, 2008)

Somando-se a estes direitos, o povo indígena possui, segundo o texto, a propriedade intelectual de seus conhecimentos ancestrais, de seu uso e valorização, além de manter e administrar o seu patrimônio histórico e cultural, conforme dispõe a lei. Também possui o direito à educação de qualidade em um sistema educacional bilíngue. Nos termos do art. 83, deveres e responsabilidades são atribuídas ao povo equatoriano. No item 3 do citado artigo, tem-se a atribuição de “*defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales*” (ECUADOR, 2008). No mesmo artigo, no item 6, a atribuição de “*respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible*” (ECUADOR, 2008). E ainda, no item 7, a atribuição de “*promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir*” (ECUADOR, 2008). Pela observação destes enunciados, depreende-se que a Assembleia Constituinte Equatoriana retrata a manifestação de um povo que busca constantemente o respeito à natureza como ente, configurando o Estado equatoriano como único e indivisível nessa busca, de forma a inspirar todas as suas políticas e suas instituições, a estabelecer como meta a conservação, a restauração, a proteção e o respeito ao patrimônio cultural e ambiental, em todas as suas esferas. Para eles, a natureza deve ser respeitada, ou seja, a *Pachamama*, local onde a vida se realiza e se concretiza, deve ser reconhecida como ente, ou seja, *sujeito de direitos*, como se observa no art. 71 que segue:

Art. 71- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. (ECUADOR, 2008)

Portanto, a natureza é tratada como um *sujeito de direitos*. Isso não significa, evidentemente, que constitua ela uma fonte de produção jurídica; afinal, as normas são produzidas por humanos. Trata-se, antes, de assegurar que a natureza constitui um ente merecedor de proteção ju-

rídica, independentemente da proteção de que são destinatários os seres humanos. O artigo 71 prevê o incentivo a ser realizado por parte do Estado para que as pessoas naturais e jurídicas, além das coletivas, protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema. Embora essa garantia seja resultado da ação humana (pois que se trata, afinal, de uma garantia normativa), a natureza é protegida pelo valor intrínseco que se lhe reconhece, não redutível à utilidade que represente para o homem. Resta aqui igualmente um incentivo à coletividade, para priorização do *Sumak Kawsay*, o qual pretende reestabelecer esse aspecto de coletividade, de um sentido comunitário, não individualista, da vida. O *Sumak Kawsay* aparece como uma resposta da cosmovisão indígena, que objetiva agregar o homem e a natureza de forma respeitosa, harmônica, e que não resume a qualidade de vida à capacidade de consumo ou de auferir posses materiais, nem reduz a possibilidade de desenvolvimento ao sentido estrito de crescimento econômico (GUDYNAS, 2011c, p. 02; DÁVALOS, 2009, p. 05-07).

O *Sumak Kawsay* cumpre dois objetivos segundo Tortosa (2009, p. 5): (a) um no campo simbólico, retratando a visão de mundo daqueles que foram marginalizados, ou mesmo excluídos; (b) e o outro no campo econômico, ao apontar os equívocos do desenvolvimentismo, a partir da realidade periférica. Já para Houtart (2011, p. 5), o *Sumak Kawsay*, ou Bem-viver, possui dupla função, sendo que faz uma crítica ao modelo econômico vigente e propõe alternativas para a reconstrução política, social e cultural da sociedade.

No Equador, a Constituição faz referência ao *bem viver* em seu preâmbulo, onde indica uma nova forma de convivência cidadã, em harmonia com a natureza, na direção do *Sumak Kawsay*. Posteriormente, adota um direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que vai garantir esse *Buen Vivir*, conforme afirma art. 14 da Constituição. Também, continua afirmando que o Estado será responsável pela promoção e geração de conhecimento, pela pesquisa científica e pela potencialização dos saberes ancestrais, em consonância com o *Sumak Kawsay* (vide art. 387.2). Continua afirmando que as políticas públicas e as prestações de serviços públicos sejam orientadas de maneira a efetivar o *Buen Vivir*, com base no art. 85.1. (ECUADOR, 2008). Para Dávalos, o *Sumak Kawsay*

[...] es la voz de los pueblos kechwas para el buen vivir. El buen vivir

es una concepción de la vida alejada de los parámetros más caros de la modernidad y el crecimiento económico: el individualismo, la búsqueda del lucro, la relación costo-beneficio como axiomática social, la utilización de la naturaleza, la relación estratégica entre seres humanos, la mercantilización total de todas las esferas de la vida humana, la violencia inherente al egoísmo del consumidor, etc. El buen vivir expresa una relación diferente entre los seres humanos y con su entorno social y natural. El buen vivir incorpora una dimensión humana, ética y holística al relacionamiento de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza (DÁVALOS, 2008, p. 3).

Por fim, a *Pachamama* e o *Buen Vivir* têm como base a pluralidade do conhecimento, criando uma solidariedade vinculante entre pessoa, sociedade e natureza (MÉDICI, 2011, p. 112). Por isso, a *Constituição de Montecristi* possui uma visão biocêntrica de natureza, conforme retrata Wolkmer:

Possivelmente, o momento primeiro e de grande impacto para o “novo” constitucionalismo latino-americano vem a ser representado pela Constituição do Equador de 2008, por seu arrojado “giro biocêntrico”, admitindo direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do “bem viver”. A inovação desses direitos não impede de se reconhecer os avanços gerais e o enriquecimento dos direitos coletivos como “direitos das comunidades, povos e nacionalidades”, destacando a ampliação de seus sujeitos, dentre as nacionalidades indígenas, os afro-equatorianos, comunais e os povos costeiros [...] (WOLKMER, 2013, p. 33).

Desta forma, pode-se afirmar que o constitucionalismo equatoriano assume uma concepção de sustentabilidade oposta àquela do crescimento econômico ilimitado, com a realização do homem pautada na criação de riqueza resultante da reprodução expandida do capital. Trata-se de um novo modelo de valorização de vida, onde os ciclos ecológicos merecem respeito e têm proteção legal, enfraquecendo-se o antropocentrismo, no sentido negativo segundo o qual a expressão vem sendo referida pelos movimentos de denúncia e combate às causas modernas da degradação ecológica, e da degradação dos laços humanos.

O constitucionalismo equatoriano, evidentemente, não pode ser idealizado, sob pena da perda de rigor sociológico acerca das suas consequências socioambientais. Não obstante, para além dos debates em torno

das abstrações legais, postula-se que as coordenadas gerais apresentadas acima poderiam resultar em um efeito positivo concreto sobre diversos temáticas jurídicas – dentre elas, no plano da responsabilidade, a questão da reparação dos danos causados ao meio ambiente. Para dizer o menos, o constitucionalismo equatoriano traz elementos para uma mudança de perspectiva acerca da reparação do dano ambiental; a qual, para resultar em benefícios práticos, depende de uma série de condicionantes outros.

2 CONSIDERAÇÕES À REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

A análise das formas de reparação do dano ambiental se inicia a partir do texto constitucional brasileiro, para efeito do estudo comparado cujas linhas gerais serão esboçadas no presente texto. A Constituição Brasileira (BRASIL, 1988) assegurou a preservação do meio ambiente nos termos do já citado art. 225. Neste artigo, em seu § 1º, foram fixadas obrigações a serem obedecidas pelo Poder Público, com vistas à efetividade dos supracitados direitos. Desta forma, observa-se, além do dever de proteção imposto à coletividade, a necessidade da atuação estatal para que sejam evitados os danos ambientais e dissuadidas as ações tendentes a tanto, tendo em vista que as agressões ambientais, como regra, são de difícil ou impossível reversão. Assim é que, no §3º do mesmo artigo, determina-se que os infratores das normas ambientais, quer sejam pessoas físicas ou mesmo jurídicas, ficam sujeitos às infrações penais e administrativas, além da reparação dos danos causados. A responsabilidade de quem degrada é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa.

Corrobora com este enunciado o art. 14, §1º, da Lei 6.938/81 (BRASIL, 1981). A partir destes artigos, observa-se que existe a imposição de reparação integral do prejuízo causado. O objetivo é realizar a recomposição do meio ambiente, na medida do possível, ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Coaduna ainda, neste sentido, a adoção do princípio do poluidor-pagador, que impõe, a quem degrada, a obrigação de arcar com as despesas de reparação e repressão da poluição; ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação, ou omissão. A Lei 6.938/81 - Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981), no art. 3º, inc. II e III assim define a degradação ambiental:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; [...]

É indubitável que o dano causado à natureza deve resultar em consequências jurídicas, já que o dano ambiental

[...] consiste em uma lesão (prejuízo) que venha a afetar determinado interesse relativo aos bens materiais de qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País (pessoa física ou jurídica), de forma individual ou coletiva (com reflexos no campo individual e metaindividual) representada pela deterioração ou mesmo pela perda (parcial ou integral) de aludidos bens materiais (corpóreos) (FIORILLO, 2011, p. 106).

Entende-se que todos os danos causados devam ser sanados. Assim, a reparação ambiental está ligada à noção de retratação dos prejuízos relacionados a cada caso concreto. A reparação do dano pode ocorrer por meio da restauração natural (*in situ*), da compensação (*ex situ*) ou da indenização pecuniária. A prioridade é a de que o bem ambiental volte a ter as características mais próximas do original – trata-se da primeira forma de reparação possível, a *restauração natural* do próprio meio lesado, ou restauração *in situ*. Não obstante, na imensa maioria dos casos, ocorrido o dano ambiental, este ambiente não pode ser reconstituído, perdendo suas características iniciais, restando duas decisões fundamentais: a primeira concernente à interrupção da atividade lesiva; a segunda, à reposição do meio ambiente à posição mais próxima possível do estado anterior a degradação. Machado entende que “não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto” (2011, p. 369).

A restauração *in situ* frequentemente não restabelece o meio ambiente ao seu exato estado inicial. Por isso é que, consoante Catalá,

[...] a reparação não objetiva reprimir o status quo ante, pois, além da impossibilidade de substituir os componentes naturais do ambiente por outros idênticos, emergem diversas dificuldades científicas e técnicas. Em primeiro lugar, dificilmente se conhece o estado inicial do meio ambiente degradado, por inexistirem inventários ou estudos científicos globais realizados antes da degradação. Em segundo lugar, é indispensável dispor de critérios científicos capazes de calcular o grau de reconstituição do meio ambiente danificado, de tal forma que o standard de reparação estabelecido para cada caso em concreto corresponda ao standard de qualidade ambiental legalmente previsto. Finalmente, há que se considerar as dúvidas relativas à própria existência do dano ambiental, pois é difícil prever os efeitos futuros do fato lesivo em cotejo com a capacidade de regeneração natural (CATALÁ, 2004, p. 44).

A segunda modalidade de reparação, que deve ser aventada após a restauração *in situ*, é a *compensação ecológica*. Em não sendo possível a recuperação natural integral do bem lesado, a legislação permite a substituição por outro bem que possa exercer a mesma função ou aplicando-se uma sanção monetária que permita realizar esta substituição. Segundo Mirra, a ideia de compensação implica “numa certa equivalência, dentro do possível, entre o que se perde com a degradação do ambiente e o que se obtém a título de reposição da qualidade ambiental” (2002, p. 288). A aplicação da compensação deve considerar, dentre seus parâmetros, os princípios da equivalência, razoabilidade e proporcionalidade (LEITE e AYALA, 2011, p. 217).

Na terceira modalidade tem-se a *indenização*, ou seja, a imposição de sanção monetária diante da lesão do bem ambiental. Conforme o entendimento dos tribunais brasileiros, a indenização se constitui em um meio subsidiário de reparação do dano. Desta forma, sua aplicação teria lugar quando não fossem viáveis a *restauração in situ* ou a *compensação ecológica*. Coloca-se a indenização em dinheiro como forma subsidiária por não trabalhar com a ideia primordial de restauração do bem – já que apenas por mera ficção jurídica se poderia considerar sanado um bem imaterial, inalienável, infungível e não passível de valoração, por meio de prestação em pecúnia.

A questão da indenização tem espaço considerável nas discussões acerca da reparação, já que há controvérsias acerca dos critérios de aferição da viabilidade

de ou não da restauração ambiental, bem como da avaliação do valor a ser indenizado. Essas controvérsias compreendem, portanto, a possibilidade de aplicação da pena pecuniária em detrimento do restabelecimento do meio ambiente quando este último for considerado inviável ou muito custoso para o demandado. A discussão também diz respeito à forma de cálculo do valor da indenização, tema sobre o qual muitos debates já foram realizados, e textos escritos.

Expostas as formas de reparação previstas no ordenamento brasileiro, cumpre observar, a partir das teses jurisprudenciais expostas na Edição nº 30, de Direito Ambiental pelo Superior Tribunal de Justiça, que para a efetiva reparação do dano ambiental, admite-se a condenação cumulativa e simultânea das obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar.

De sua parte, na Constituição Equatoriana (ECUADOR, 2008), o art. 72, assim determina:

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Pela leitura do artigo exposto, verifica-se que a reparação do dano ambiental se efetiva pela restauração; pois, elevada a natureza a sujeito de direitos, a reparação deve dar-se diretamente ao 'sujeito' lesado, afastando-se da ideia de que seu restabelecimento se dê apenas em prol do ser humano (de maneira que a indenização passa a ser concebível quando a restauração total não for possível, ou até mesmo quando for possível mas não viável economicamente, ou tecnicamente difícil). Assim, toda a atuação, no modelo equatoriano, deve ser voltada para uma efetiva restauração da natureza, da *Pachamama* degradada. A aplicação da compensação ou indenização também é possível, porém não à natureza, e sim apenas às vítimas (humanos) que dependam dos sistemas que foram degradados. Importa, neste contexto, salientar as palavras de Gudynas:

Finalmente, los derechos de la Naturaleza se refuerzan por medio del

reconocimiento del derecho a la “restauración integral”. Este punto ha pasado desapercibido en varias ocasiones, pero es otra de las innovaciones impactantes del texto de Montecristi. La restauración es la recuperación de ecosistemas degradados o modificados a una condición similar o igual a su estado original silvestre, antes que se produjeran impactos de origen humano. (GUDYNAS, 2011b, p. 242)

Destarte, tanto pela análise do teor constitucional, quanto pela visão da doutrina, nota-se a valorização da natureza, que guarda entre seus direitos a restauração dos seus ecossistemas de forma integral. Essa obrigação jamais pode ser convertida em obrigação de indenizar, posto que não interessa, do ponto de vista da “saúde” do meio natural, a indenização pecuniária, e sim apenas o uso de todas as maneiras tecnicamente possíveis de mitigar os impactos causados. Nos casos de danos graves ou permanentes (total ou parcialmente irreversíveis), ou de restauração muito dispendiosa, deverão ser utilizados todos os meios eficazes para alcançar essa reparação, ou todas as medidas adequadas para eliminar ou mitigar as consequências nocivas ao ambiente.

Mesmo tendo ciência dos desafios técnicos e procedimentais a respeito, há que se notar a mudança paradigmática entre: (i) no caso brasileiro, adotar-se uma prioridade relativa entre restauração, compensação e indenização, para quaisquer danos ambientais; (ii) no caso equatoriano, a distinção entre os danos às pessoas, que podem ser convertidos em pecúnia, e os danos aos ecossistemas, que devem ser restaurados, com eliminação ou mitigação dos efeitos nocivos de todas as formas tecnicamente possíveis – danos estes que, ademais, não podem ser considerados reparados senão por meio da reparação natural. Sendo diferentes os bens e os titulares dos direitos atingidos (os particulares, por um lado, e a *Pachamama*, por outro), a obrigação de restaurar a natureza degradada é *primordial* sobre outras obrigações, *ilimitada* e, sobretudo, *infungível*.

A previsão valorativa da *Pachamama* é a restituição ao estado anterior à lesão. Assim,

[...] cuando el daño es irreversible, o bien, el costo de la reparación violenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se debe buscar otras formas de composición del daño acaecido. Una de estas formas es la restauración equivalente o también llamada restauración alternativa, la cual consiste en realizar obras componedoras del ambiente, ya no en

el lugar o fuente donde aconteció, sino en otros ecosistemas que sí permitan la recomposición de sus elementos, y que igualmente se encuentran degradados. De esta forma, a manera de ejemplo, a un industrial que emita grandes cantidades de emanaciones a la atmosfera contaminándola con gases que causan efecto invernadero, se le puede obligar a sembrar o reforestar un terreno con el fin que los árboles en crecimiento sirvan de sumideros de la contaminación ambiental, o bien, a un sujeto que se le encuentre culpable de desecar un humedal causando daños irreversibles en el mismo, se le puede obligar a realizar un plan reparativo de siembra y manejo de la cuenca de un río (PEÑA CHACÓN, 2013, p. 10).

Assim sendo, os destinatários de cada instituto reparatório, seja o da restauração, o da indenização ou aquele da compensação, são diversos, de maneira que as posturas apresentadas por eles também vão divergir. A reparação pecuniária apresenta uma postura que decorre do antropocentrismo e a restauração ecológica arraigada de um posicionamento biocêntrico. Portanto para a constituição equatoriana a reparação e preservação devem ser tidas da seguinte forma:

La presentación de la restauración, y que ésta sea integral, como un derecho bajo rango constitucional es una novedad impactante (no conozco ningún antecedente de este tipo a nivel mundial). Desde el punto de vista de la ética ambiental esta postura es compatible en algunos aspectos con el biocentrismo en tanto refuerza la ampliación de los derechos. Pero también se aparta debido a su fuerte apego a una ingeniería ambiental basada en una pretensión de ciencias suficientes y efectivas no sólo en comprender el funcionamiento de la Naturaleza, sino en “repararla” y poder regresar a estados anteriores. En realidad las visiones biocéntricas desconfían de estos extremos, y se sienten más confortables con las posturas de mínima intervención y las tecnologías apropiadas (GUDYNAS, 2011, p. 114).

O Equador preconiza a *necessária* restauração *in situ* ou *ex situ*; ou seja, a restauração do local atingido ou a compensação pela restauração de outro local anteriormente atingido, pertinente ao mesmo ecossistema, de maneira que os danos ao meio ambiente devem ser necessariamente pagos em *moeda ecológica*. Não se dispõe da *indenização* para a Pachamama, ou de quaisquer formas de compensação que não impliquem o enfrentamento das consequências ecológicas nocivas. Generalizando-se a aplicação dessa norma (ou seja, tornando-a norma em um sentido forte), seria possível

desfazer o dano, em um certo sentido, para que o meio natural volte o mais próximo possível ao seu estado anterior. Apesar disso, se a lesão for irreparável, se agirá sobre os ecossistemas de modo a compensar os efeitos ecológicos nocivos até o ponto em que o dano seja “pago” na *moeda ecológica*, que é o que interessa sob o ponto de vista ecossistêmico, no propósito de proteção do seu valor intrínseco (o qual, embora intrínseco, não deixa de ser humanamente atribuído e resguardado).

Vislumbrou-se em 2011, na *Corte Provincial de Justicia de Loja*, a primeira decisão judicial abordando a natureza como sujeito de direitos, no distinto caso do Rio Vilcabamba, em que figurou como réu o *Governo da Provincial de Loja*. O já célebre caso retrata a obra da estrada Vilcabamba-Quinara, em que os resíduos desta obra eram depositados junto ao referido rio, que em períodos de cheia, inundava áreas próximas. Tais inundações causaram contaminação do solo por combustíveis, acúmulo de resíduos junto ao Rio, entre outros danos, cuja responsabilidade de reparação foi imposta ao réu, face aos direitos da natureza. É importante ressaltar que as potencialidades abertas pela *Constituição de Montecristi* no que tange à reparação do dano ambiental devem ser lidas no contexto de uma série de condicionantes econômicas, culturais, (geo) políticas – o que implica, por exemplo, compreender e discutir o que Gudynas (2012) designa o “novo extrativismo progressista” na América Latina, o sentido intrínseco e as limitações que o cenário contemporâneo traz para a temática em tela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção do novo constitucionalismo latino-americano é uma ideia pluralista, que proporciona uma nova visão do Direito Constitucional, pautando-se pelo estabelecimento de uma relação diversa entre o ser humano e o meio ambiente e um tratamento inusitado do problema da cidadania; elementos estes cujas consequências de ordem político-jurídica são potencialmente positivas. O *Sumak Kawsay* apresenta-se como fundamento de um modelo de sociedade alternativo, em face das concepções usuais, e permite o rompimento com antropocentrismo e seu sentido negativo – como cultura de celebração da onipotência do ser humano em face dos demais seres vivos, somada à coisificação do que é natural, que resulta na perda do sentimento de pertencimento e na supervalorização

do consumo como modo de subjetivação. Nessa esteira, a positivação dos direitos da *Pachamama* possibilita uma leitura *sui generis* do direito Constitucional. Lida-se com novos institutos jurídicos cujo imaginário fundante destoa do imaginário moderno, e representa um movimento de ruptura.

É fundamental que a preservação da natureza como sujeito de direitos não seja discutida, no plano acadêmico, apenas à luz do debate racional sobre o que é um sujeito de direito. Mais interessante do que isso é observar as consequências reais e potenciais para a atuação concreta das instituições. Por trás da abstração da *Pachamama*, existe o sentido de afirmação de identidades culturais, de modos de pensar o mundo e de atribuir valores, que são bastante concretas e autênticas. No momento histórico da assim chamada “crise ecológica”, a possibilidade de se compreender juridicamente a mãe-natureza como ente em face do qual todos devem obrigações, que não podem ser convertidas em benesses quaisquer (que é o ponto de vista utilitarista), pode representar, para os povos andinos e latinos em geral, um sinal de civilidade. Isso é válido ainda que não reste claro o exato sentido jurídico da *Pachamama* ou do *Sumak Kawsay*. Esse debate é necessário, em face das peculiaridades da linguagem jurídica, porém as possibilidades abertas pelo texto constitucional equatoriano são muito significativas.

A reparação do dano ambiental é fundamental para a preservação ambiental e para o desenvolvimento sustentável, tanto pela mitigação dos impactos humanos sobre o meio natural, como em razão do seu efeito dissuasório. Dentre os desafios do instituto da reparação, está o de fazer com que o meio ambiente volte ao estado anterior, ou ao menos que se realizem todas as ações tecnicamente possíveis para mitigar os impactos, quando a reconstituição se mostrar inviável. Ganha força, neste contexto, a gestão precaucional, ou seja, a necessidade (muito debatida e pouco efetivada) de se evitar o dano mesmo quando as consequências negativas da atividade ou empreendimento são cientificamente incertas, apesar das evidências, para que não reste a necessidade de reparação posterior. Desta maneira, a adoção de uma nova racionalidade ambiental constitui pré-requisito para conter a ação humana funesta em face dos ecossistemas e do próprio ambiente humano. A esta solução primária devem ser sucedidas soluções técnicas, científicas ou jurídicas, para assegurar a vida humana de qualidade, bem como a durabilidade do meio natural. Neste particular, destaca-se o papel das políticas públicas de sustentabilidade voltadas ao espaço local, que permitam que a população possa participar mais diretamente dos processos decisórios, sentindo-se pertencente àquele espaço que ocupa.

Observa-se na Constituição do Equador, bem como nas interpretações doutrinárias recentes e alguns julgados como o da *Corte Provincial de Justicia de Loja* (ECUADOR, 2015b), que os contornos jurídicos da *Pachamama* ou do *Sumak Kawsay* devem repercutir na temática da reparação do dano ambiental de maneira altamente positiva. O presente trabalho, portanto, marca o início de um segundo momento da pesquisa, a qual se concentrará na análise jurisprudencial em torno do tratamento da reparação do dano ambiental, apresentando uma amostragem representativa de casos, nos quais se poderá observar se o posicionamento das cortes equatorianas, sobretudo de *La Corte Constitucional del Ecuador*, permite falar concretamente de um *padrão* de proteção jurídica contra a degradação ambiental.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos*: de la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 24 out. 2015.

_____. **Constituição: República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 jul 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses. Edição nº 30: Direito Ambiental. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>> Acesso em 18 mar. 2016.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é Direito Ambiental: dos des-caminhos da casa à Harmonia da Nave**. Florianópolis: Habitus, 2003.

CATALÁ, Lucía Gomis. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 36, out/2004, DTR/2004/576.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo, Saraiva, 2008.

DÁVALOS, Pablo. *Reflexiones sobre el Sumak Kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*. In.: **América Latina em Movimento**, 2008. p.3. Disponível em: <http://alainet.org/active/25617&lang=es>. Acesso em: 15 ago 2015.

_____, Pablo. *El “Sumak Kawsay” (Buen Vivir) y las cesuras del desarrollo*. In: **América Latina em movimientos**, 2009, Disponível em: <http://alainet.org/active/23920&lang=es%3E>. Acesso em 12 out. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ECUADOR. **Constitución del Ecuador de 2008**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bol-sillo.pdf>. Acesso em 31 jul 2015.

ECUADOR. Corte Provincial de Justicia de Loja. Acción de Protección nº11121-2011-0010. Disponível em: <http://pachamama.org.ec/wp-content/uploads/2011/06/proteccion-derecho_snatura-loja-11.pdf>. Acesso em 18 mar. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUATTARI, Élix. **As três ecologias**. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, São Paulo: Papirus, 2004.

GUDYNAS, Eduardo. Desarrollo, derechos de La naturaleza y buen vivir después de Montecristi. In.: WEBER, Gabriela (org.). **Debates sobre cooperación de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil em Ecuador.** Quito: Centro de Investigaciones. Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011.

_____. Los derechos de la naturaleza en serio. In: ACOSTA, Alberto, MARTÍNEZ, Esperanza. **La Natureza com Derechos. De la filosofía a la política.** Quito: Abya Yala/Universidad Politécnica Salesiana. 2011b.

_____. O novo extrativismo progressista na América do Sul: teses sobre um velho problema sob novas expressões. LÉNA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. (orgs.). **Enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade.** Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 303-318.

_____. *Buen Vivir: germinando alternativas al desarrollo.* In: **América Latina em Movimiento.** No. 462. 2011c. p.1–14. Disponível em: <http://alainet.org/publica/462.phtml>. Acesso em 12 out. 2015.

HOUTART, François, *El concepto de Sumak Kawsay (Buen Vivir) y su correspondencia com el Bien Comun de la humanidad.* In: **América Latina em Movimiento.** 2011. p.1–19. Disponível em: <http://alainet.org/activel/47004&lang=es>. Acesso em 12 out. 2015.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. **Saber ambiental: sustentabilidade racionalidade, complexidade, poder.** 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTÍNEZ, Esperanza. **Pachamama y Sumak Kawsai**. Disponível em: <<http://www.sicsal.net/reflexiones/CentenarioProanhoEMartinez.pdf>>. Acesso em: 15 ago 2015.

MEDEIROS, Fernanda Luiza. **Meio Ambiente. Dever e direito fundamental**. 1ª Edição. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editoras Ltda., 2004.

MÉDICI, Alejandro M. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*. In: **Revista Derecho y Ciencias Sociales**. Outubro 2010. p. 3-23.

_____. *Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones*. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. In: **Otros logros: revistas de estudios críticos**. Año 1. Nro. 1. 2011. p. 94-124.

MENEZES, Maria Paula. Introdução. In.: SOUSA SANTOS, Boaventura; MENEZES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. 2ª ed. CES. 2010. p. 9-21.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. Lisboa: Piaget, 1997.

PEÑA CHACÓN, Mário. *Daño, responsabilidad y reparación ambiental*. Apud PLAZA, Ricardo Crespo. La responsabilidad en el daño ambiental y la necesidad de una ley. **Temas de Análisis**. Ecuador (Quito), nº 32, mayo 2013.

PENNA, Carlos Gabaglia. **O estado do planeta. A sociedade de consumo e degradação ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008**. Quito, 2011.

Disponível em: <http://www.rosalux.org.ec/es/mediateca/documentos/239-neoconstitucionalismo>. Acesso em 12 out. 2015

SANTOS, Boaventura de Sousa. *De las dualidades a las ecologías*. 1ªed. La Paz: Red Boliviana de mujeres transformando la Economía. 2012.

SENDIM, Cunhal apud GOMES, Carla Amado. **Direito Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina GARAVITO, César Roberto (org.). *El Derecho em América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 303-323.

SILVA, José A. da. **Direito Constitucional Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, 398 p.

_____. GRASSI, Karine. Configuração e justificação de um direito fundamental ao meio ambiente à luz dos conceitos de meio justo e natureza-projeto em François Ost. **Revista Direito e Práxis**, v. 5, p. 76-93, 2014. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8198/9246>>. Acesso em 30 out. 2015.

TORTOSA, José María. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen vivir*. 2009. Disponível em: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombres-propios/Documents/NPTortosa0908.pdf>. Acesso em 12 out. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. In.: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista/3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em 31 Jul 2015.

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 171.

_____; WOLKMER, Maria de Fátima S. **Repensando a Natureza e o Meio Ambiente na Teoria Constitucional da América Latina**. In.: Revista Novos Estudos Jurídicos, Nº 3, Vol. 19, Set-Dez. 2014. Disponível em: < <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676>>. Acesso em 31 jul 2015.

_____. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino** – americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

AS INOVAÇÕES POLÍTICAS DA CONSTITUIÇÃO DA BOLÍVIA COMO MODELO PARA A SUPERAÇÃO DA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA BRASILEIRA

LE INNOVAZIONI POLITICHE DELLA COSTITUZIONE DELLA BOLIVIA COME MODELLO PER SUPERARE LA CRISI DI RAPPRESENTANZA POLITICA BRASILIANA

Janaína Maria Bettes

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, no *caput* do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sendo garantidos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Portanto, o tratamento despendido aos indivíduos integrantes de diversas culturas formadoras do Estado brasileiro acaba sendo uniforme, pois, a princípio, não haveria distinção entre os diversos grupos sociais. Em outras palavras, as mesmas diferenças que são inadmitidas pelo Direito pátrio acabam tendo um efeito reverso, por desconsiderar as peculiaridades dos diversos grupos sociais, tanto em termos normativos, como em termos práticos. A população brasileira como um todo, sejam os habitantes dos grandes centros urbanos, sejam as comunidades tradicionais, sofre de um mal cada vez mais evidente e de difícil superação, a chamada “crise de representatividade política”. Isto porque seus representantes eleitos democraticamente, em um sistema político ultrapassado, encontram-se envoltos em um manto de descredibilidade, o qual surge por uma série de motivos, dentre os quais mencionar o crescente distanciamento de interesses entre governantes e governados, a crise do modelo de Estado, a corrupção sem limites e a constatação de que o povo não possui mecanismos apropriados para se manifestar adequadamente em relação às decisões políticas mais importantes. Em contrapartida, a Constituição boliviana de 2009 é tida como uma das Constituições mais modernas e inovadoras em termos sociais, pois propõe novas possibilidades de participação popular, com o respeito à diversidade cultural das nações indígenas lá existentes (artigo 26, inciso II, item 4), além daquele modelo clássico de escolha de representantes, vindo a contribuir com o debate de como superar a referida crise. Diante de tais considerações, o objetivo deste estudo é investigar os dispositivos constitucionais bolivianos inovadores

e de que modo tais práticas podem ser adotadas ou não no Brasil, como forma de alívio ou, quiçá, superação da crise de representatividade política que se vislumbra neste país.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Estado. Democracia. América Latina. Representação política.

SOMMARIO: *La Costituzione della Repubblica federativa del Brasile stabilito nella caput dell'articolo 5, che "tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di alcun tipo", che garantiva i diritti alla vita, alla libertà, uguaglianza, sicurezza e proprietà. Pertanto, il trattamento dato ai individui provenienti da culture diverse che formano lo stato brasiliano finisce per essere uniforme, perché, in un primo momento, non ci sarebbe alcuna distinzione tra i diversi gruppi sociali. In altre parole, le stesse differenze che non sono admitidas per il Diritto nazionale finiscono per avere un effetto inverso, trascurando le peculiarità dei vari gruppi sociali, sia in termini normativi, sia in pratica. La popolazione nel suo complesso, sono gli abitanti dei grandi centri urbani, sia le comunità tradizionali, soffre di un male sempre più evidente e difficile da superare, la "crisi politica di rappresentanza". Questo perché i loro rappresentanti eletti democraticamente, in un sistema politico obsoleto, sono avvolti in un manto discredibilità, che nasce per una serie di motivi, tra i quali può essere citato il crescente distanziamento di interessi tra governanti e governati, la crisi del modello di Stato, la corruzione senza limiti e la scoperta che la gente non ha meccanismi appropriati per esprimere in modo adeguato sulle più importanti decisioni politiche. D'altra parte, la Costituzione boliviana del 2009 è considerata una dei più Costituzioni moderne e innovative in termini sociali, perché propone nuove possibilità di partecipazione popolare, rispetto della diversità culturale dei popoli indigeni lì esistenti (articolo 26, punto II, punto 4), oltre che modello classico di scelta dei rappresentanti, contribuendo al dibattito su come superare la crisi. Alla luce di queste considerazioni, l'obiettivo di questo studio è quello di indagare le disposizioni costituzionali boliviani innovativi e come tali pratiche possono essere adottati o meno in Brasile, come una forma di sollievo o, forse, di superare la crisi della rappresentanza politica che si vede in questo paese.*

PAROLE-CHIAVE: Costituzionalismo. Stato. Democrazia. America Latina. Rappresentanza politica.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil determina, no *caput* do seu 5º Artigo, que todas as pessoas são consideradas iguais perante a lei, sem distinções de quaisquer espécies, e assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país seus respectivos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Este dispositivo tem como consequência o tratamento homogêneo dado a cada um dos indivíduos que concorrem para a formação do Estado brasileiro. Isto porque são desconsiderados os elementos definidores dos diversos grupos sociais, ou seja, suas peculiaridades culturais e pessoais, com o fim de promover a igualdade e a uniformidade de tratamento que toda pessoa obtém da lei.

Há, deste modo, uma visível contraditória dos pontos de vista teórico e prático, pois naquela perspectiva não se admite que o Direito trate os indivíduos de diferentes modos entre si; ao passo que na segunda não se vislumbra o devido respeito aos elementos culturais e organizações de cada comunidade, seja em relação às pessoas que vivem em centros urbanos ou áreas rurais, seja em relação aos membros de comunidades tradicionais.

A equiparação jurídica de todos os integrantes da sociedade faz com que, de um lado, se tenha a igualdade formal entre eles, mas, de outro lado, se tenha uma verdadeira situação de invisibilidade das minorias étnicas diante sistema normativo, pelo descaso com seus fatores culturais.

A maioria da população de brasileiros e estrangeiros residentes no país é considerada vítima da “crise de representatividade”, em decorrência da precariedade dos mecanismos de manifestação democrática existentes no país, como será visto adiante. Contudo, as ditas comunidades tradicionais deparam-se com um cenário mais desolador ainda, pois não conseguem participar ativamente nas esferas políticas, tanto pela ausência de representantes políticos eleitos, pela falta de proteção adequada de seus interesses pelos governantes, como pelo impedimento que há de se manifestarem em conformidade com suas próprias tradições e costumes.

Se a realidade política brasileira precisa passar por importantes transformações para a concretização dos ideais democráticos e respeito à sociodiversidade, a Bolívia encontra-se mais a frente, desde a promulgação da sua nova Constituição, em 2009, a qual introduz novos elementos de manifestação democrática, de participação popular nas decisões políticas e

de tutela aos grupos sociais minoritários no que tange às suas organizações políticas e jurídicas, fazendo com que todos os bolivianos e as bolivianas possam colaborar com os atos de governo.

À luz desta ordem de ideias, visa-se analisar o panorama em que se desenvolve a chamada “crise de representatividade brasileira” e quais são os dispositivos presentes no Texto Constitucional brasileiro que permitem a participação política da sociedade. Para que, em um segundo momento, sejam demonstradas as inovações políticas trazidas pela Constituição boliviana, de modo a inspirar a promoção de alterações e aprimoramentos no âmbito político brasileiro capazes de corrigir as falhas democráticas aqui existentes.

1 A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Para que se possa entender as grandes diferenças existentes entre as Constituições brasileira e boliviana, é importante compreender em que consiste a crise de representatividade política, já que ela é responsável pela origem das reflexões sobre a melhoria das condições de participação democrática da população no Brasil.

A crise que permeia a democracia representativa advém do fato de que o modelo de Estado assumido na atualidade pela grande maioria dos países é insatisfatório e muito aquém do necessário de um ponto de vista social (NOGUEIRA, 2014, p. 91-92; VELLOSO, 2006, p. 10-12; BORRHEIM, 2006, p. 225).

Ademais, o modelo de democracia majoritária, que permite a escolha de representantes por meio do maior número de votos acolhidos, gera a segregação dos demais integrantes da sociedade que não conseguiram eleger seus representantes e, ainda, têm seus interesses políticos postos de lado neste processo (BOBBIO, 2000, p. 92-93).

Segundo Norberto Bobbio, a escolha dos representantes da população por meio de uma participação direta do processo democrático, com a utilização do voto, influencia apenas a “formação da vontade da maioria parlamentar; mas o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar.” (BOBBIO, 2004, p. 64)

O referido autor parte do entendimento de que as perturbações que afetam a política, nos moldes atuais conhecidos, são provenientes de dois principais fatores: o primeiro refere-se ao limite que é imposto à partici-

pação popular, a qual vem a se manifestar em intervalos regulares de tempo, com o fim de dar legitimidade aos seus governantes, sendo que estes desejam apenas a sua perpetuação no poder e gradativamente diminuem seu grau de preocupação em representar seus eleitores. Já o segundo fator trata da influência, por meio de propagandas, das organizações tidas como poderosas nos processos eleitorais (BOBBIO, 2004, p. 64).

É importante frisar que a crise de representatividade se acentua diante do descrédito atribuído pela população aos políticos, que grande parte das vezes estão envolvidos em escândalos de corrupção (NOGUEIRA, 2014, p. 100-101), e, principalmente, pela frequente manipulação de votos e decisões políticas com base em interesses pessoais e de grupos específicos, que conflitam diretamente com aqueles dos representados (NOGUEIRA, 2014, p. 98-101; SADER, 2003, p. 328-319).

O Congresso Nacional brasileiro, formado pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, é constituído em sua ampla maioria por cidadãos detentores de grandes fortunas, que desenvolvem todo tipo de manobras em votações, com a finalidade única de obter benefícios particulares (DALMAU, 2014, p. 20-26), e que pouco refletem a composição da sociedade, haja vista que há poucas mulheres, homossexuais e minorias étnicas eleitos ou, ainda, sem representantes.

A situação agrava-se diante da invisibilidade das comunidades indígenas, como se sabe, pois tem seus interesses preteridos pelo Estado e se tornam alvo de olhares mais atentos apenas quando interferem em demarcações de terras com latifundiários ou mineradores, vindo a dificultar a consolidação de explorações econômicas.

Para que possa ficar clara a conjuntura política nacional, merece destaque uma pesquisa desenvolvida recentemente sobre os integrantes do Congresso Nacional após o término das eleições parlamentares de 2014, com o fim de demonstrar a disparidade entre a formação da sociedade brasileira e a composição daquele órgão.

O estudo obteve como resultado dados alarmantes, justamente porque se trata da composição mais conservadora desde o ano de 1964 (AGÊNCIA BRASIL, 2015) e de pouca congruência com a maioria do povo brasileiro. Constatou-se que, dos parlamentares eleitos, 153 são deputados federais donos de propriedades rurais; 217 desenvolvem atividades empresariais e 51 representam sindicatos.

Ainda que as mulheres totalizem 51% da população brasileira, tão

somente 10% dos parlamentares eleitos são do sexo feminino. 53% dos nacionais são pretos ou pardos, mas seus representantes formam aproximadamente 20% da Câmara. Praticamente metade dos parlamentares tem patrimônio superior a R\$ 1 milhão, enquanto que 60% dos trabalhadores ganham até 2 salários mínimos. E 37% dos brasileiros tem ensino superior, sendo representados por 80% dos parlamentares eleitos (NUZZI, 2014).

A ocorrência mais preocupante se manifesta perante os povos indígenas, os quais são hoje formados por aproximadamente 900 mil habitantes e que não têm sequer um único representante eleito no Congresso Nacional. A título de esclarecimento, Mário Juruna foi o único indígena a integrar o Parlamento, tendo sido eleito em 1983 (NUZZI, 2014; “Em 125 anos...”, 2014).

Diante da obsolescência do modelo de representação política adotado no país, é necessária a criação de novos mecanismos aptos a dar concretude à democracia, promovendo a adequada integração e participação dos diversos nichos sociais nacionais.

Ainda não há solução definitiva para o problema da crise em questão, sendo necessária a reflexão sobre novos métodos e a construção de uma nova identidade política que efetivamente reflita a realidade da população, que permita o adequado acesso desta na elaboração das decisões governamentais mais relevantes e articule a harmonização de interesses dos grupos economicamente dominantes e as minorias carentes.

As novas Constituições da América Latina, desde a década de 1990, com a Magna Carta colombiana, e principalmente os Textos Constitucionais da Bolívia e do Equador, do final da década de 2000, são verdadeiros paradigmas a serem seguidos pelos demais países que almejam aprimorar suas técnicas de manifestação política popular, ultrapassando os limites do antigo modelo de democracia indireta.

Tanto no Equador, como na Bolívia, as disposições constitucionais permitem a participação igualitária, em tese, de homens e mulheres nas decisões políticas estatais, justamente pela necessidade de compor igualitariamente determinadas instituições estatais, e a escolha de representantes passa a ser pautada em procedimentos e tradições culturais de cada grupo étnico específico.

Como a Bolívia promulgou sua Magna Carta em 2009, sendo, portanto, mais recente que a do Equador, que data de 2008, e por ter interessantes inovações em termos de participação política democrática, convém estudá-la como um verdadeiro parâmetro a inspirar modificações na Constituição brasileira, com o fim de encontrar sugestões de aprimoramento do

sistema político, no que toca à representatividade e à participação política de todos os grupos sociais.

2 MEIOS CONSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA POPULAR NO BRASIL

A Constituição da República do Brasil de 1988 resultou do processo de transição democrática ocorrido em meados da década de 1980, após o fim de 21 anos de governo ditatorial, em que a democracia teve pouco ou nenhum espaço para se consolidar. Além de definir o país como um Estado Democrático de Direito (Artigo 1º), a Magna Carta objetivou unificar o seu povo como uma só nação detentora de igualdade de direitos (Artigo 5º) e de oportunidades (Artigo 3º, incisos I a IV).

Esta busca pela igualdade jurídica da Constituição acabou sendo problemática em alguns aspectos, como o tratamento dado às comunidades indígenas, em que se reconheceu o direito a sua própria organização social, costumes, línguas e crenças de cada grupo, e os direitos originários sobre as terras que ocupam (Artigo 231 C.F.); mas negando o direito à autodeterminação, a qual é reconhecida aos povos de outras nações (Artigo 4º.). Ou seja, no Brasil admite-se a existência de uma só nação, de um só povo, não sendo permitidas a autodeterminação e a pluralidade jurídica dos povos indígenas brasileiros.

A República Federativa do Brasil tem como fundamento o pluralismo político (Artigo 1º, inciso V), que permite a existência de múltiplos partidos políticos, de diversas ideologias, desde que respeitados os requisitos mínimos para a sua criação, definidos pela Lei 9.096/95; a soberania nacional, o regime democrático, e os direitos fundamentais humanos.

Diante da possibilidade de se organizar em diferentes partidos políticos, de acordo com sua livre convicção e interesse, a Constituição escolheu o voto, e direcionou o restante do sistema para isso, como o principal instrumento de deliberação popular, sem desconsiderar outras esparsas ferramentas de participação democrática direta.

Nos termos do Artigo 14, portanto, fica assegurada a soberania popular que “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Paulo Bonavides define o sufrágio como “o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou

indiretamente na soberania” (2000, p. 293). A participação direta ocorre quando a população organizada politicamente decide determinado tema relevante para o governo; enquanto que a participação indireta, segundo o referido autor, ocorre por meio de representantes eleitos (2000, p. 293).

A soberania popular, assim sendo, permite a escolha direta dos representantes políticos do povo, que integrarão os Poderes Executivo e Legislativo da União, dos Estados-membros e dos Municípios, bem como garante que a sociedade demonstre seus verdadeiros interesses em questões importantes, por meio de plebiscitos, referendos e iniciativas populares de leis.

Em linhas gerais, entende-se que o plebiscito é um ato extraordinário em que o povo deve se manifestar favoravelmente ou não acerca de determinado assunto de relevância política, antes da elaboração do ato normativo, seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo (BONAVIDES, 2000, p. 372). A Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, esclarece no Artigo 2º, parágrafo 1º, que “o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.” (BRASIL, 1998)

O referendo é o poder atribuído ao povo para sancionar determinada lei, após esta passar pelos trâmites no Parlamento (BONAVIDES, 2000, p. 365). A referida Lei nº 9.709 informa no Artigo 2º, parágrafo 2º, que “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.” (BRASIL, 1998)

Ambos os institutos serão convocados por decreto legislativo, nos termos do Artigo 3º, da Lei nº 9.709/98, quando tratarem de questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e em casos de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados. Nas questões de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tanto o plebiscito, como o referendo, serão convocados nos termos da respectiva Constituição Estadual ou Lei Orgânica (Artigo 6º).

Por fim, a lei de iniciativa popular é a possibilidade de propor um projeto de lei de acordo com os interesses sociais, desde que presentes os requisitos necessários para tal. Assim, a Lei 9.709/98, explica que:

Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco

Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º. O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º. O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.

Para que o cidadão tenha capacidade eleitoral ativa é preciso ser maior de 18 anos e menor de 70 anos, período de tempo em que o voto é obrigatório, sendo este direito facultado aos brasileiros maiores de 16 anos e menores de 18 anos, bem como aos maiores de 70 anos e analfabetos (Artigo 14, parágrafo 1º, incisos I e II).

Para ser eleito, o cidadão precisa se submeter aos requisitos definidos na Constituição e na legislação esparsa (Artigo 14, parágrafo 3º); sem que haja possibilidade de escolha ou designação de membros nos moldes eventualmente admitidos pelas comunidades tradicionais.

Diante de tais colocações, depreende-se a situação precária em que se encontram os meios de participação popular no Brasil, haja vista que o voto em eleições ocorre entre longos períodos de tempo, distanciando em muito os atos dos governantes dos anseios sociais; a utilização de referendos e plebiscitos é mínima, tendo ocorrido apenas dois de cada espécie em toda a história brasileira, conforme divulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2015); e apenas quatro projetos de iniciativa popular foram convertidos em lei, conforme noticiado pela Câmara dos Deputados (LUDGERO, 2015).

Assim sendo, parte-se agora para o estudo das inovações políticas trazidas pela Constituição Boliviana de 2009, com o fim de incutir alterações e aperfeiçoamentos no sistema brasileiro de participação política pública.

3 INOVAÇÕES POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS BOLIVIANAS

A Constituição da Bolívia promoveu uma relevante mudança nas

concepções de estrutura do Estado, ao admitir, em seu território, a plurinacionalidade da sua população, resultante do fato de que esta é composta por grupos sociais muitos distintos entre si, com pelo menos 36 diferentes nações indígenas reconhecidas oficialmente.

E foi esta admissão da plurinacionalidade que abriu portas para a renovação nas concepções políticas até então utilizadas no país, pois foram implantados novos instrumentos de participação das nações indígenas nas decisões fundamentais do Estado, de acordo com os costumes de cada povo; estabelecendo, assim, a combinação das manifestações democráticas clássicas com aquelas advindas das populações tradicionais.

Embora não seja o objeto de estudo deste artigo, é interessante mencionar que o Texto Constitucional boliviano lançou mão de um novo sistema de Justiça, justamente por harmonizar a convivência entre as estruturas judiciais ordinária e a indígena originária campesina.

Logo de início, em seu Artigo 1º, a Constituição da Bolívia declara que o país se constitui em um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, caracterizado pela democracia e pelas pluralidades política, jurídica, cultural e econômica em suas muitas vertentes, típicas de cada povo formador do Estado.

O 2º Artigo explica que as nações e povos indígenas pré-coloniais têm garantida a sua autodeterminação, que se manifesta pela autonomia, pelo autogoverno, pela cultura, pelas instituições e pelas entidades territoriais.

É da combinação dos Artigos 3º e 8º, inciso II, que se vislumbra a composição da sociedade, pelo reconhecimento da igualdade, perante o Estado, de homens e mulheres, sejam urbanos, indígenas ou afrobolivianos, além de serem disciplinados outros importantes valores, como a inclusão, a dignidade, a equidade social e de gênero e a justiça social. Em outras palavras, é possível compreender que todo cidadão detém a garantia de poder utilizar, em condições de igualdade, os seus direitos civis, políticos e culturais, pois é fim do Estado a promoção de uma sociedade mais justa e equilibrada, pautada pela ausência de discriminação e pela interação saudável das diferentes culturas (Artigo 9º).

Por sua vez, o Capítulo Terceiro, da Primeira Parte, disciplina o sistema de governo boliviano, o qual passa a ser regido pela combinação dos institutos clássicos de democracia representativa com os novos modelos propostos pela Constituição.

O Artigo 11, inciso I, informa que a democracia será exercida de

três diferentes formas: a representativa, a participativa e a comunitária.

A democracia representativa caracteriza-se pela escolha direta dos representantes políticos em eleições, para formar o Legislativo e o Executivo.

A democracia participativa é marcada pela manifestação direta do povo em decisões do governo, por meio dos seguintes instrumentos: iniciativa de lei popular, referendo, revogação de mandato, assembleia, *cabildo* e consulta prévia, podendo ser utilizados outros eventuais instrumentos que forem adequados para este fim.

Já a democracia comunitária será exercida por meio de eleições, designações ou nomeações de autoridades, nos termos das normas e procedimentos próprios de cada uma das nações indígenas originário campesinas.

É inviável, portanto, a comparação entre os institutos de participação democrática brasileiros e os bolivianos, pois estes ultrapassam as limitadas noções brasileiras de manifestação política popular, ao instituir a democracia comunitária e a democracia participativa que permite a promoção de assembleias, *cabildos* e revogações de mandatos.

A análise da Constituição boliviana pode despertar novos rumos para a superação da crise de representatividade brasileira, pois muitas lições podem ser extraídas daquela. Neste sentido está o Artigo 26, o qual define que todos os cidadãos podem participar livremente da formação, do exercício e do controle do poder político, por meio de seus representantes ou diretamente, em igualdade de condições. A participação ocorrerá por meio de partidos políticos, pelo sufrágio universal, pela fiscalização dos atos públicos e pela eleição direta dos representantes das nações indígenas originário campesinas.

Esta última parte ultrapassa os limites da mera obrigação imposta às populações indígenas de que indiquem seus representantes. Trata-se, em verdade, da tutela despendida a estes grupos de colaborar com a formação das deliberações políticas do país, da garantia de defender os interesses considerados como mais relevantes, lançando mão dos instrumentos mais adequados com suas culturas.

Como não poderia ser diferente, a Constituição boliviana ainda assegurou mais uma série de direitos aos povos indígenas no que tange à democracia estatal, tais como a integração das suas instituições à estrutura geral do Estado; a cosmovisão como guia do funcionamento dos seus sistemas políticos; a obrigatoriedade de consulta prévia às medidas legislativas

e administrativas que possam afetá-los, e a participação em instituições estatais (Artigo 30, inciso II).

É importante frisar a organização da Assembleia Legislativa Plurinacional, pois se tornou obrigatória a inclusão de todos os setores sociais na sua composição, inclusive cada uma das nações indígenas reconhecidas oficialmente.

Ao contrário do Congresso Nacional brasileiro bicameral, a Assembleia Legislativa Plurinacional é composta por uma câmara, que responde pela aprovação e pela sanção de leis aplicáveis em todo o território boliviano (Artigo 148). É constituída por 157 membros eleitos proporcionalmente com critérios demográficos e territoriais (Artigo 149, inciso I), sendo assegurada a participação equitativa dos povos e nações indígenas originário campesinas (Artigo 149, inciso IV), nos moldes das circunscrições estabelecidas em lei própria (Artigo 151, inciso II).

O procedimento legislativo é iniciado por algumas entidades, conforme o Artigo 160, inciso I, mas especialmente pela Assembleia Legislativa Plurinacional, que reflete adequadamente a composição da sociedade boliviana, como visto anteriormente, ou seja, a população tem uma chance maior de ter seus interesses atendidos pelo governo.

O Artigo 220 estabelece que mulheres e homens que se candidatarem a cargos públicos serão escolhidos pelos agrupamentos cidadãos, pelos partidos políticos e, também, pelos povos e nações indígenas originárias campesinas. Todos esses grupos terão sua organização e funcionamento desenvolvidos de forma democrática, conforme definido pelo Artigo 221, inciso I. E as escolhas dos candidatos indígenas ocorrerão de acordo com suas próprias normas de democracia comunitária e formas próprias de eleição (Artigo 221, inciso III, e Artigo 222).

Vale destacar que a Magna Carta trata da existência de entidades territoriais indígenas originário campesinas autônomas, que são constituídas por seus territórios, municípios e suas regiões territoriais (Artigo 291). Tais entidades são orientadas pelo Estatuto autonômico, que será redigido de acordo com as suas normas e seus procedimentos, a Constituição e a *Ley Marco de Autonomías y Descentralización* (Artigo 292), sendo que os governos funcionarão mediante suas próprias normas e organizações (Artigo 297).

No que tange ao poder constituinte, outra inovação foi introduzida. Deixando de lado a teoria clássica constitucional que determina que o exercício poder originário se esgota no ato de criação da Constituição,

e que o poder derivado limita-se a atualizar o Texto Constitucional, respeitando determinados dispositivos imutáveis, a Constituição boliviana elimina do ordenamento jurídico o poder constituinte derivado ao afirmar que o Texto Constitucional é a norma suprema do sistema jurídico, a qual se submetem todos os cidadãos e cidadãs (Artigo 406), e passível de reforma em sua totalidade ou em relação a seus fundamentos, direitos, deveres e garantias, apenas mediante a convocação de uma nova Assembleia Constituinte originária, com plenos poderes, pela vontade popular em referendo solicitado por iniciativa popular (Artigo 408).

Segundo Pedro Brandão, a necessidade de se convocar uma Assembleia Constituinte originária para efetivar alterações na redação constitucional, bem como promover mudanças na sua estrutura e no rol de direitos positivados, é suficiente para demonstrar que houve a exclusão da figura do poder constituinte constituído do sistema constitucional boliviano (BRANDÃO, 2015, p. 20).

À luz de todos os apontamentos e conteúdos até então expostos neste artigo, ficam evidenciadas as inovações proporcionadas pelo advento da Constituição da Bolívia de 2009 em relação à participação política social, as quais ensejam reflexões por parte aos estudiosos do Direito Constitucional e sugerem aprimoramentos nas demais Constituições dos países latino-americanos, em especial no Brasil, como aqui pretendido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido neste artigo é relevante diante da realidade política brasileira atual, a qual caracterizada pelo constante afastamento dos governantes com a população, pelo descrédito da sociedade em relação à política e pela crise de representatividade, gerada por uma série ampla de fatores diversos.

Tratar da crise de representatividade, do modo como foi feito no início, acaba por instigar a curiosidade sobre outras importantes questões, como a existência de alternativas; a possibilidade de supressão das falhas nos mecanismos de participação democrática popular; os métodos capazes de aproximar a esfera política do cidadão; como este pode interferir diretamente na política sem precisar se candidatar a cargos públicos; bem como se o modelo de Estado adotado atualmente pode ser aprimorado ou substituído por outra forma de organização social.

Todas essas questões, e tantas outras que poderiam ser aqui apontadas, são de elevado grau de seriedade, profundidade e de complexa resolução a curto prazo. São, em verdade, situações que exigem a reflexão mais detida de todos os membros da sociedade; e que serão resolvidas paulatinamente, para que haja o devido respeito a todos os grupos sociais e para que se construam novos modelos políticos mais adequados à realidade do povo brasileiro.

Algumas saídas para esses problemas são possíveis de se vislumbrar no Texto Constitucional da Bolívia, ainda que não se possa afirmar que seriam soluções definitivas a estes embates, tendo em vista que nunca antes se viu uma organização social disposta em torno de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, constituído por 36 nações indígenas originário campesinas, e com o respeito à pluralidade política, jurídica, cultural e econômica.

A adoção da cosmovisão e do pluralismo tornam o fenômeno do constitucionalismo desprovido do caráter totalizador ou uniformizador, haja vista que o seu objetivo passa a ser “o somatório de diferentes perspectivas e concepções, que têm pontos de interseção e contato.” (BRANDÃO, 2015, p. 43).

Ademais, a Bolívia foi capaz de elaborar uma Magna Carta envolta na mais pura manifestação de descolonização já vista desde o século XV, a partir do momento que cinge com os ideais elitistas e individualistas típicos do eurocentrismo, e introduz as cosmovisões dos povos e nações tradicionais indígenas em seus mais diversos aspectos, como os jurídico, político, econômico e cultural (BRANDÃO, 2015, p. 51).

A ausência do culto ao individualismo exacerbado, e a presença da noção coletivista de interação social faz deste Texto Constitucional tão único em termos políticos, na medida em que admite e harmoniza as diversidades populares, permitindo que cada povo possa, de acordo com os seus costumes, tradições e entendimentos, interagir direta ou indiretamente nos rumos políticos do país, consolidando a construção de um novo modelo de Estado, mais condizendo com a sociedade que o sustenta.

Deste modo, ficou demonstrada a superação do modelo clássico de democracia representativa pela introdução de novas formas de representação, de participação e de manifestação comunitária, dentre as quais destacam-se a iniciativa de lei popular, referendo, revogação de mandato, assembleia, *cabildo*, consulta prévia, escolha de representantes em eleições ou até por meio de designação ou nomeação de autoridades.

Algumas destas alternativas poderiam, se devidamente estudadas, ser introduzidas na política brasileira, com o fim de contribuir para a superação da crise de representatividade política e garantir a maior participação dos cidadãos brasileiros, considerados em seus aspectos de diversidade, multiculturalidade e pluriétnicidade, vindo a contribuir, assim, para uma representação mais adequada, sincera e plural dos povos formadores do Estado brasileiro junto ao Parlamento.

A reforma política aflige frequentemente a sociedade brasileira e os mecanismos escolhidos acabam sempre ficando defasados diante dos mais profundos anseios sociais, justamente porque são promovidas apenas alterações em leis eleitorais esparsas ou emendas constitucionais, as quais não são suficientes para suprir a demanda de alterações que o cenário político exige.

A inclusão de todos os grupos sociais nos processos de deliberação política pública, mediante o uso de instrumentos que tornem efetiva a participação democrática é o passo inicial de uma longa jornada rumo à construção de um sistema político mais igualitário, justo, harmonioso e democrático para o Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Nova composição do Congresso é a mais conservadora desde 1964. **Valor Econômico**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3843910/nova-composicao-do-congresso-e-mais-conservadora-desde-1964>>. Acesso em 24 set 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>>. Acesso em: 24 set 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/index.htm>> Acesso em: 22 out 2015.

DALMAU, Rúben Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. In: RIBAS, Luiz Otávio. (Org.). **Constituinte Exclusiva: Um outro sistema político é possível**. São Paulo: [s.n.], 2014. p. 20 – 26. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/Livro%20Juridico%20Constituente%20Exclusiva%202014.pdf>>. Acesso em: 19 set 2014.

Em 125 anos de República o Brasil só teve um parlamentar indígena, Juru-na. **Partido Democrático Trabalhista**. Disponível em: <<http://www.pdt.org.br/noticias/em-125-anos-de-republica-o-brasil-so-teve-um-parlamentar-indigena-juruna>>. Acesso em: 24 set 2015.

LUDGERO, Lucas. A participação democrática por meio de referendo, plebiscito e projetos de iniciativa popular no Brasil - Bloco 1. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://cd.jusbrasil.com.br/noticias/248967853/a-participacao-democratica-por-meio-de-referendo-plebiscito-e-projetos-de-iniciativa-popular-no-brasil-bloco-1>>. Acesso em: 05 nov 2015.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Representação, crise e mal-estar institucional. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 29, n. 1, p. 91-111, abr. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269922014000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 08 out. 2015.

NUZZI, Vitor. Congresso Nacional, retrato desfocado da sociedade brasileira. **Revista do Brasil**. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/101/no-congresso-nacional-retrato-desfocado-da-sociedade-brasileira-2775.html>>. Acesso em: 24 set 2015.

SADER, Emir. A refundação do Estado e da Política. In: NOVAES, Adauto (org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plebiscitos e referendos**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>>. Acesso em: 03 nov 2015.

VELLOSO, João Paulo dos Reis. **Crise política e reforma das instituições do Estado Brasileiro**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

ESTADOS PLURINACIONAIS: A ESPERANÇA CONSTITUCIONALIZADA E SEUS OBSTÁCULOS REAIS

ESTADOS PLURINACIONALES: LA ESPERANZA CONSTITUCIONALIZADA Y SUS OBSTÁCULOS REALES

Adriele F. Andrade Précoma
Anibal Alejandro Rojas Hernández

RESUMO: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, estudado como uma corrente constitucionalista de forte caráter pluralista e marcada por intensa participação popular nos processos constituintes, vem sendo reconhecido como importante passo na direção de refundar Estados que passam a se reconhecer Plurinacionais, tendo o Equador e a Bolívia como expoentes. Conhecidos os processos de formação dos Estados latino-americanos voltados a legitimar juridicamente a apropriação privada da natureza e a integrar os povos na sociedade hegemônica, satisfazendo aos interesses dos países colonizadores e das elites nacionais em formação, justifica-se o otimismo dos teóricos frente à constitucionalização de um maior espaço de participação política e de maior autonomia dos povos nestes Estados agora Plurinacionais. Contudo, neste momento posterior às Constituintes, estão já emergindo retrocessos do que se conseguiu fazer reconhecer no texto formal das Constituições. Esses retrocessos podem ser verificados pela ineficácia e desrespeito a pactos constitucionais, por retrocessos legislativos, por decisões judiciais e mesmo por cerceamento de participação popular por parte dos governos, seja via repressões a movimentos sociais descontentes com as políticas governamentais, seja por não respeitar processos participativos tais como a consulta prévia, livre e informada. Com essa análise pretende-se possibilitar a reflexão acerca da concretização da refundação desses Estados como Plurinacionais, estudando o que foi reconhecido nas Constituições e verificando o que está sendo materializado.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Latino-Americano. Estado Plurinacional. Movimentos sociais.

RESUMEN: *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, estudiado como una corriente constitucionalista de fuerte carácter pluralista y marcada*

por una intensa participación popular en los procesos constituyentes, viene siendo reconocido como un importante paso en dirección para refundar los Estados que se reconocen Plurinacionales, teniendo al Ecuador y a Bolivia como sus exponentes principales. Teniendo en cuenta que los procesos de formación de los Estados Latinoamericanos fueron realizados para legitimar jurídicamente la apropiación privada de la naturaleza y para integrar los pueblos en una sociedad hegemónica, así como para satisfacer los intereses de los países colonizadores de las elites nacionales en formación, se justifica el optimismo de los teóricos frente a la constitucionalización de un mayor espacio de participación política y de mayor autonomía de los pueblos en estos Estados ahora Plurinacionales. Sin embargo, en este momento posterior a las Asambleas Constituyentes, están emergiendo retrocesos de lo que se consiguió hacer reconocer en el texto formal de las Constituciones. Esos retrocesos pueden ser verificados por la ineficacia y el irrespeto a los pactos constitucionales, por algunos retrocesos legislativos así como por decisiones judiciales y, de la misma forma, por un cercenamiento de la participación popular por parte de los gobiernos, ya sea por medio de represiones a los movimientos sociales por descontentos en las políticas gubernamentales, o por no respetar procesos participativos tales como la consulta previa, libre e informada. Con este análisis se pretende posibilitar la reflexión acerca de la concretización de la refundación de esos Estados como Plurinacionales, estudiando lo que fue reconocido en las Constituciones y verificando lo que está siendo materializado.

PALABRAS CLAVE: *Constitucionalismo Latinoamericano. Estado Plurinacional. Movimientos sociales.*

INTRODUÇÃO

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano vem sendo estudado como uma corrente constitucionalista de forte caráter pluralista e marcada por intensa participação popular nos processos constituintes. Nessa corrente, o Equador e a Bolívia são apontados como expoentes por terem proposto a refundação de seus Estados como Plurinacionais em suas mais recentes Constituições. Num primeiro momento de análise desses processos constituintes nos mencionados países, os estudiosos do tema puseram-se otimistas frente à constitucionalização de um maior espaço de participação política e de maior autonomia dos povos nestes Estados agora

Plurinacionais. Neste momento posterior, tomada certa distância da efervescência constituinte nesses países, já se pode verificar a emergência de obstáculos à realização do se conseguiu fazer reconhecer no texto formal das Constituições mediante fortes processos de lutas sociais.

Este trabalho propõe-se a firmar uma base ao estudo dessas análises mais atualizadas, que começam a apontar retrocessos ao consignado nas Constituições boliviana e equatoriana. Para esse fim, iniciaremos o artigo apresentando o constitucionalismo pluralista na América Latina, dentro do qual se inserem as Constituições do Equador e da Bolívia. Em seguida, elucidaremos acerca da constitucionalização dos Estados Plurinacionais na Bolívia e no Equador nas suas mais recentes constituições para, por fim, termos algumas reflexões a respeito das dificuldades para a implementação desses Estados Plurinacionais nesses países, de modo a abrir a percepção crítica para superar a leitura rasa dos avances logrados apenas textualmente nas Constituições dos países estudados.

1 O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO PLURALISTA

O Constitucionalismo Latino Americano, cuja história remonta à formação dos Estados Nacionais na América Latina quando foram formatados tanto os Estados quanto suas Constituições nos modelos de suas metrópoles colonizadoras, desde os anos 1980 tem sido contemplado como se renovando num sentido pluralista.

Muitas análises estão sendo dedicadas a esses movimentos constitucionais da América Latina no século XX, uma vez que estão despontando com características bem específicas, tais como o destacado eixo central da busca pela legitimidade democrática, ou seja, com participação política, cidadania ativa e primazia pela soberania popular tanto no exercício do poder constituinte originário quanto no derivado (FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 385). A partir do vislumbre dessa renovação, vem sendo estudado como o ‘Novo Constitucionalismo Latino-Americano’.

Até há pouco, os tons utilizados pelos que vêm se dedicando a estudar essas correntes constitucionais pluralistas foram muito comemorativos. Não por menos. Constituições como as do Equador e da Bolívia alimentaram a esperança de uma revolução possível protagonizada pelos movimentos sociais, destacadamente os movimentos indígenas que passam

a ver consideradas as suas próprias nações. Assim se fortaleceu, ainda, a esperança dos que defendem um aprofundamento da participação democrática e dos defensores de uma relação diversa do homem com a natureza.

Em destaque estão as Constituições da Bolívia e do Equador por inovarem com a configuração do Estado como Plurinacional e a inclusão da cosmovisão indígena, com a previsão da busca pela Vida em Plenitude, ou Bem Viver, e com o reconhecimento de direitos da natureza (direitos da Pachamama no Equador e a Mãe Terra na Bolívia), características que marcam avanços na marcha pela descolonização.

As atuais Constituições desses países preveem refundar seus Estados como Plurinacionais, buscando superar a visão monista de Estado-Nação que imperou desde o período das Independências na América Latina, quando foram forjados Estados voltados a legitimar juridicamente a apropriação privada da natureza e a integrar os povos na sociedade hegemônica, satisfazendo aos interesses dos países colonizadores e das elites nacionais em formação (SOUZA FILHO, 2003, p. 247). Com essa raiz, os Estados Latino-Americanos mantêm-se numa situação colonial permanente, frente a qual os textos constitucionais do Equador e da Bolívia consignam expressamente o objetivo de fazerem a transição para a descolonização, ao que Raúl Prada (2011, p. 48) agrega também considerar como um horizonte de transição para ir mais além do mundo capitalista e do mundo moderno com seus modelos multiculturais.

2 ESTADOS PLURINACIONAIS NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

Justifica-se o otimismo dos teóricos frente à constitucionalização de um maior espaço de participação política e de maior autonomia dos povos nestes Estados agora Plurinacionais, como constitucionalmente previsto nas atuais Constituições da Bolívia e do Equador.

Na Constituição equatoriana de 2008, além de no artigo inaugural pelo qual se define o Equador como um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico, a plurinacionalidade aparece no artigo 6º, definindo que a nacionalidade equatoriana é o vínculo jurídico das pessoas com o Estado, sem prejuízo de sua pertença a alguma das nacionalidades indígenas coexistentes no Equador Plurinacional.

No decorrer da Constituição do Equador de 2008, vários outros artigos relacionam-se à plurinacionalidade. Neste trabalho não se esgotará a análise, mas serão elencados artigos ressaltados por Alberto Acosta e Esperanza Martinez (2009, p. 194). No artigo 10º as comunidades, nacionalidades e coletividades aparecem como titulares de direitos ao lado das pessoas e da natureza. No artigo 56 está consignado que as comunidades, povos e nacionalidades indígenas, o povo afroequatoriano, o povo montubio e as comunas formam parte do Estado equatoriano, único e indivisível. No artigo 57 são elencados direitos coletivos reconhecidos e garantidos às comunas, comunidades, povos e nacionalidades indígenas, em resumo: direito à identidade; a não ser vítima de racismo nem discriminação e a receber reparação caso sofram racismo, xenofobia e outras formas de discriminação e intolerância; direito à propriedade de terras comunitárias, com isenção de taxas e impostos; à posse de terras e territórios ancestrais; à participação no uso, usufruto, administração e conservação dos recursos naturais; direito à consulta prévia, livre e informada; direito a práticas próprias de manejo da biodiversidade; às formas próprias de convivência e organização social; ao exercício do direito próprio, respeitados os direitos constitucionais; direito a não serem retirados de suas terras ancestrais; direito a conhecimentos coletivos, proibida toda forma de apropriação desses conhecimentos; ao patrimônio cultural e histórico; à educação intercultural e bilíngue; direito às circunscrições especiais para preservar sua cultura (ECUADOR, 2008).

No artigo 85 garante-se a participação das pessoas, comunidades, povos e nacionalidades na formulação, execução, avaliação e controle das políticas públicas e serviços públicos. No artigo 156 prevê-se a constituição e funcionamento de Conselhos Nacionais de igualdade para a promoção dos direitos constitucionais e internacionais de direitos humanos. A garantia da Justiça Indígena consta no artigo 171, sendo garantida a aplicação do direito próprio, desde que não seja contrário à Constituição e aos direitos humanos. Pelo artigo 257 fica estabelecida a possibilidade de governos territoriais autônomos em circunscrições territoriais indígenas e afroequatorianas, regidos por princípios de interculturalidade, plurinacionalidade e de acordo com os direitos coletivos (ECUADOR, 2008).

Com relação à atual Constituição Política do Estado (CPE) boliviano, por toda ela há normas relativas à plurinacionalidade, importando ressaltar alguns de seus dispositivos de maior relevo. Nos primeiros três artigos, referentes às bases fundamentais do Estado, fica definido o modelo

de Estado da Bolívia como Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. Esse Estado está fundado na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico (art. 1º). Reconhece-se a existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários campesinos e seu domínio ancestral sobre seus territórios, garantindo-se sua livre determinação no marco da unidade do Estado, que consiste em seu direito à autonomia, ao autogoverno, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de suas entidades territoriais (art. 2º). Considera-se que a nação boliviana está conformada pela totalidade das bolivianas e dos bolivianos, as nações e povos indígenas originários campesinos, e as comunidades interculturais e afrobolivianas que, em conjunto, constituem o povo boliviano (art. 3º).

Ainda, todo o capítulo 4º da Constituição da Bolívia de 2009 dedica-se aos direitos das nações e povos indígenas originários campesinos. O artigo 30.I define como nação e povo indígena originário campesino toda a coletividade humana que comparta identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, cuja existência seja anterior à invasão colonial espanhola. No inciso II fica consignado que, no marco da unidade do Estado e de acordo com a Constituição, as nações e povos indígenas originários campesinos gozam de direitos elencados em dezoito tópicos (BOLÍVIA, 2009). Esses direitos, como explica Burgoa (2010, p. 48), vem para garantir sua livre determinação, sua cultura, sua autonomia, suas instituições, a consolidação de seus territórios, sua cosmovisão, sua história frente à reconstituição do Estado Plurinacional.

A autora ainda chama atenção para a necessidade de estrutura e organização funcional do Estado para garantir o Estado Plurinacional, sendo premente também a articulação entre diferentes formas de autonomias e a ruptura das estruturas hierárquicas do Estado através de gestões que abram processos horizontais de descentralização e desconcentração (BURGOA, 2010, p. 49-52).

Ademais, considera a autora como essencial para o Estado Plurinacional uma economia plural que articule as diferentes formas de organização econômica, visto que em uma sociedade com múltiplas civilizações coexistem distintos sistemas econômicos que têm lógicas civilizatórias diferentes, tanto em sua concepção de desenvolvimento como em sua produção e distribuição de ganhos (BURGOA, 2010, p. 53).

No texto constitucional boliviano, uma economia plural consta na

previsão, por exemplo, do artigo 307 pelo qual o Estado reconhecerá, respeitará, protegerá e promoverá a organização econômica comunitária; e do artigo 313, no qual a organização econômica da Bolívia volta-se a eliminar a pobreza e a exclusão social e econômica, pelo *vivir bien* (BOLÍVIA, 2009). O texto constitucional equatoriano reconhece formas de economia comunitária, mas deixa para serem regulamentadas infraconstitucionalmente. Pelo artigo 319, reconhecem-se diversas formas de organização de produção dentre as quais as comunitárias e cooperativas, associativas, familiares, domésticas (ECUADOR, 2008).

Tanto no Equador quanto na Bolívia a plurinacionalidade vem marcada, além das identidades culturais, pela demanda de controle dos recursos naturais, como expõe Santos (2010, p. 84). A própria concretude da plurinacionalidade passa pelo controle político e econômico dos recursos naturais, sem o que a plurinacionalidade queda simplesmente discursiva (SANTOS, 2009, p. 39).

Outro importante avanço trazido pelas novas Cartas Políticas dos Estados Plurinacionais está na disposição de se estabelecerem diálogos entre as cosmovisões indígenas e as do mundo ocidental. O *sumaj qamaña* e *sumak kawsay*, contidos nas Constituições da Bolívia e do Equador, é uma representação da cosmovisão indígena composta por uma série compreensões do que é a vida e a relação da natureza com o homem, trazida a nossa linguagem. Assim define a Lei Marco da Mãe Terra na Bolívia (Lei nº 300 de 2012), em seu artigo 5.2:

El Vivir Bien (Sumaj Kamaña, Sumaj Kausay, Yaiko Kavi Püve). Es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo.

Burgoa (2010, p. 44) frisa que a reconstituição do Estado Plurinacional se inspira nesse forte elemento axiológico forte: o *Vivir Bien* como princípio e como fim do Estado, que exige uma gestão diferenciada dos recursos naturais. A inclusão do *Vivir Bien / Buen Vivir*, proveniente da cosmovisão dos povos originários, como princípio nas Constituições da Bolívia e do Equador é importante manifestação da interculturalidade, sem o que inexistiria a plurinacionalidade perseguida por esses Estados. Neste ponto, importa citar Quintanilla (2010, p. 66) quando se refere à promoção da interculturalidade como uma função essencial do Estado Plurinacional, sendo uma transversal necessária no processo de encontro entre distintas visões de país para permitir a convivência e o respeito, além da mútua aprendizagem nesta tarefa estratégica de construir uma cidadania multicultural.

Visto, em suma, como o Estado Plurinacional está consignado nas Constituições da Bolívia e do Equador, no próximo item serão tecidas reflexões acerca de que a realidade se está delineando bem diversa das conquistas constitucionais. Sente-se o impalatável amargo do descompromisso em fazer valer os preceitos constitucionais alcançados a árduas custas pelos movimentos sociais.

3 OBSTÁCULOS À IMPLEMENTAÇÃO DOS ESTADOS PLURINACIONAIS DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

Há duas formas de olhar as realidades hoje dos Estados Plurinacionais. A primeira delas faz referência às possibilidades de mudança que se apresentaram desde a edificação daqueles novos paradigmas constitucionais e a segunda refere-se às reestruturações pelas quais passa o sistema econômico capitalista na América Latina. Ainda que se possam verificar avanços preponderantemente em termos sociais, manteve-se e, em alguns campos, até se aprofundou a forma econômica exploratória nos Estados Plurinacionais do Equador e na Bolívia.

Os processos de mudança como os que iniciaram a ocorrer na Bolívia e no Equador no princípio do século XXI estão inacabados, mas permanecem vocacionados a ir mais além do que até atualmente se alcançou. Ao mesmo tempo, o velho modelo quer impor-se como barreira. Nesse embate, o novo modelo do Estado Plurinacional, cujo eixo central é a mudança estrutural da sociedade, enfrenta o velho modelo estatal que, para manter suas antigas lógicas, visa travar as possibilidades de tornar reais

outras formas sociais, culturais, econômicas de vida (TAPIA, 2010).

Álvaro García Linera (2010, p. 9-42), vice-presidente da Bolívia e um dos formadores intelectuais das teorias para a refundação do Estado, em 2010 considerou que todo processo de transformação ocorre em ciclos. Isso significa que as sociedades encontram-se em constantes processos de mudanças, resultando necessário neste momento avaliar se não há perda do impulso de transformação e verificar se houve materialmente alguma transformação no Estado.

Nesse intento avaliativo, atualmente participantes de algumas construções teóricas durante os últimos processos constituintes nesses países vêm se posicionando contrários aos governos, acusando-os de estarem destruindo o que se projetava para o Estado Plurinacional.

Mesmo considerando as diferenças dentro dos processos constituintes, e também nas causas históricas que fizeram com que a Bolívia e o Equador vivessem uma Assembleia Constituinte recentemente, certo é que, por mais que haja diferenças entre tais processos, ambos foram respostas para construir em cada país lógicas similares de sociedades plurais baseadas no respeito à Mãe Terra, e portanto, abrindo a possibilidade de se construírem como alternativas ao modelo exploratório e hegemônico do *capital*. Hoje, porém, veem-se fortes retrocessos ao que foi institucionalizado nesses países, chegando ao ponto de termos que perguntar quais foram as efetivas transformações que os Estados Plurinacionais trouxeram no sentido de reconstruir sociedades a partir das necessidades que a realidade plural do povo exige.

Nesses países enfrentam-se fortes contradições ao se tentar materializar o que rege o Estado Plurinacional. Especialmente no referente à exploração de recursos naturais, mantém-se um modelo extrativista para dar sustentabilidade econômica às políticas públicas voltadas aos avanços sociais. Como casos insígnias há os avanços sobre a Terra Indígena e Parque Nacional Isiboro-Secure (TIPNIS) na Bolívia e sobre o Parque Nacional Yasuní (PNY) no Equador, ambos fundamentais para a proteção da biodiversidade do continente, além de serem territórios com populações indígenas.

O governo boliviano de Evo Morales aprovou o projeto de uma rodovia atravessando o território indígena do TIPNIS, ligando dois centros urbanos: Villa Tunari e San Ignacio de Moxos. A aprovação desse projeto em 2007, contudo, ocorreu sem uma negociação ou consulta prévia com os povos do território em questão. Frente a isso, nos meses de agosto, setem-

bro e outubro de 2011 ocorreu a Marcha Indígena do TIPNIS, revelando ao menos três importantes contradições: uma relacionada aos interesses distintos entre os diversos povos indígenas, de compreensões também distintas a respeito de desenvolvimento; outra com relação ao modelo econômico extrativo primário exportador ao mercado global que, ao invés de mudar, aprofundou-se na década em que os bolivianos esperavam avançar à industrialização dos hidrocarbonetos; e, por fim, revelou as contradições entre a dimensão política do Estado Plurinacional e esse modelo extrativo primário exportador que requer um Estado centralista e mono nacionalista, como explica Sarela Paz (2012). Para a autora, o Estado Plurinacional da Bolívia projeta funcionar com princípios econômicos e políticos plurais que são limitados pelo horizonte de um modelo econômico extrativista que hegemoniza as políticas de Estado.

Nesse cenário, instaurou-se conflito entre povos indígenas do TIPNIS. Por um lado, havia a economia étnica amazônica das comunidades indígenas *yuracares*, *chimanes* y *moxeño trinitarias* de uso, acesso e aproveitamento dos bens da floresta de forma coletiva; por outro lado, a economia de produção da folha de coca dos colonizadores andinos que migraram à região, *quechuas* e *aymaras*, pelo uso, acesso e aproveitamento dos bens da floresta de forma individual, priorizando a floresta convertível em terra para o cultivo da folha de coca (PAZ, 2012). Nesse conflito, verificou-se uma divisão entre as minorias e as majorias indígenas que se haviam aglutinado no momento constituinte boliviano (SCHAVELZON, 2015, p. 58).

Posteriormente, em 2012, o governo realizou uma consulta que deixou margem a muitas críticas ao dar por resolvida a consulta em aprovação à obra por simples maioria e sem respeitar a busca por consenso, além de não trazer informações claras a respeito da obra. Pior ainda, o governo ameaçava os povos que rechaçavam a rodovia, dizendo que eles colocavam em perigo a extensão de terras demarcadas e que arriscavam o repasse de recursos, e incitava uns povos contra os outros. E mais, tentava desqualificar os indígenas dizendo que os povos contrários eram uma minoria manipulada por ONGs e por um “ecologismo esquerdista infantil” que frearia o processo mais importante de desenvolvimento de políticas sociais dos últimos séculos no país, justificando a necessidade do extrativismo como meio de distribuir riqueza (SCHAVELZON, 2015, p. 56-66). Diante disso, Salvador Schavelzon (2015, p. 62) aponta que o conflito do TIPNIS é muito ilustrativo para entender o problema da Vida em Plenitude e da

plurinacionalidade.

No Equador, da mesma forma que o TIPNIS na Bolívia, o Parque Nacional Yasuní é importante repositório de biodiversidade e há nele populações indígenas as quais desenvolvem sua cultura em seu território. Além disso, o Yasuní apresenta também grande importância econômica, pois nele encontram-se jazidas estimadas em 846 milhões de barris de petróleo (ACOSTA, 2009, p. 190). Frente a isso, o presidente Rafael Correa fez uma proposta para a comunidade internacional de manter a preservação desse Parque, assim deixando de explorar as jazidas petrolíferas, se em contrapartida recebesse da comunidade internacional uma indenização de 50% do total que o Estado equatoriano receberia se fosse explorar economicamente o petróleo da região.

Esta iniciativa ITT constituye un punto de ruptura en la historia ambiental y también es, aunque no exclusivamente, una propuesta emblemática para enfrentar en la práctica el calentamiento global. Supera la etapa de los discursos sin propuestas efectivas. Es un paso vigoroso para cuestionar la lógica del desarrollo extractivista (primario-exportador) y simultáneamente, es una opción para construir globalmente el buen vivir; entendido como la vida en armonía de los seres humanos consigo mismos y con la naturaleza. El proyecto, en concreto, se sustenta en una visión respetuosa de la naturaleza y de las opciones culturales de los pueblos libres en aislamiento voluntario que todavía habitan en ese territorio amazónico (ACOSTA, 2009, p. 189).

Contudo, a proposta do presidente Correa não foi aprovada pela comunidade internacional, fazendo com que o governo decidisse explorar o petróleo no Parque Nacional Yasuní, despertando, assim, uma série de fortes críticas da sociedade, que se articulou num movimento chamado ‘Yasunidos’. O intuito dos Yasunidos era conseguir as assinaturas necessárias para submeter a exploração do Yasuní a um referendo nacional. Esse pleito, ao final, não conseguiu observar os requisitos mínimos formais exigidos pela Constituição e deixou livre o espaço para o começo da exploração do Parque Nacional do Yasuní (CONSTANTE, 2014). Com isso, o governo está atualmente explorando parte do petróleo no referido Parque, supostamente tendo dado resolução ao impasse de sopesar valores: “*Aunque se descarguen 400 millones de toneladas de CO2 al ambiente, los mendigos dejarían de seguir sentados sobre un saco de riqueza*”

(VALENCIA, 2015).

Como avalia Salvador Schavelzon (2015, p. 68-69), os conflitos do TIPNIS na Bolívia e do Yasuní no Equador são emblemáticos para entender o quadro político que se estabelece após estabelecidos os governos progressistas de Rafael Correa e Evo Morales. Como corrente na América do Sul, marcada de conflitos em torno da megamineração, represas, agronegócio e petróleo, os altos preços das matérias-primas impulsionaram explorações que beneficiavam grandes empresas e financiavam os gastos sociais do Estado – base política eleitoral dos governos. Continuando sua análise, o autor aponta:

A pesar de los derechos, a pesar de las viejas alianzas de la época de lucha previa a la llegada al poder, los nuevos gobiernos necesitaron de los ingresos del extrativismo para viabilidad política. Nuevas alianzas con sectores regionales poderosos mostrarían una continuidad política con el modelo defendido por sectores opositores, en un consenso por el desarrollo que mostraría tanto a progresistas como a neoliberales apostando por el mismo modelo de ampliación del consumo y expansión del capital.

Contra essa realidade de ampliação do modelo do capital, há vozes que põem em debate a plurinacionalidade e a Vida em Plenitude, conceitos surgidos nos processos constituintes onde recém começavam a se apresentar diferentes perspectivas a respeito de prioridades políticas, e mantidos como poderosos instrumentos para defender políticas distintas. No cenário atual, contudo, mostra-se frágil e em crise a capacidade de manter como parte de um mesmo projeto a busca de soberania econômica e a luta contra a pobreza com a autonomia e o respeito aos direitos coletivos e do meio ambiente, como avalia Salvador Schavelzon (2015, p. 69).

Por fim se pode anotar que esses dois casos são marcos para análise do período pós-constituente do Equador e da Bolívia, uma vez que neles se conseguem projetar os desvios dos processos de mudança propostos com a constitucionalização dos Estados Plurinacionais. Em ambas as ocasiões se pode vislumbrar a postura dos governos dos dois países de afastar a participação popular nos assuntos pertinentes ao desenvolvimento econômico dos países, portanto, restando avessos à plena participação e aos avanços para uma democracia participativa e que garanta a livre determinação dos povos indígenas. Verifica-se, ainda, que os governos não concretizam a su-

peração de regimes depredatórios da natureza como consta na Vida em Plenitude, justificando sua atuação de manter o caminho desenvolvimentista do *capital* vociferando agirem em prol de avanços sociais.

Há ainda retrocessos ao projeto de Estados Plurinacionais equatoriano e boliviano sendo impostos via legislações infraconstitucionais promulgadas na contramão do que foi constitucionalizado em torno da Vida em Plenitude. Com os pressupostos da Vida em Plenitude deveria ser construída uma outra lógica de relação com a natureza que está, contudo, constantemente vulnerada pelas políticas do governo.

Amostra do descaso do governo de Evo Morales com o compromisso com a Vida em Plenitude e com a abertura democrática do projeto do Estado Plurinacional na Bolívia, que deveria garantir a livre determinação e consulta popular, está consignada na *Ley de minería y metalurgia* (Lei nº 535 de 2014). Essa lei inclui prerrogativas para despojar comunidades de suas terras para o fomento da exploração mineira. Além de ampliar campos para a exploração de recursos naturais, não observa o direito à consulta prévia, livre e informada ao limitar a obrigação do Estado de fazer a consulta somente na fase de exploração dos recursos – isso pelo parágrafo II do artigo 207, no qual está previsto que as operações mineiras de prospecção e sondagem não requerem a consulta prévia. Fica evidenciada a contraposição ao mandato constitucional da consulta prévia diante de medidas administrativas ou legislativas que possam afetar os povos indígenas originário camponeses, como consta no texto constitucional boliviano, no Artigo 30.II.15 (BOLÍVIA, 2009):

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

A força política centrada no Poder Executivo em ambos os países, que se manteve fortalecido mesmo dentro da necessidade de descentralização do poder nos Estados Plurinacionais, com governos que vêm se mantendo no poder já há dez anos, tem mostrado a manutenção de uma

ordem que visa afastar a participação popular nas decisões estatais. Dessa forma, relega até mesmo as forças sociais que, no momento pré-constituente, articularam-se para eleger tais governos. Hoje, os governos não só dão-lhes as costas, mas muitas vezes as atacam, tentando deslocá-las da contenda política.

Demonstrativo disso, na Bolívia, os conflitos entre as organizações indígenas *Central de Pueblos y Comunidades Indígenas del Oriente Boliviano* (CIDOB) e *Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu* (CONAMAQ) iniciados com as divergências em relação ao TIPNIS na Bolívia levaram à cisão dessas organizações entre aquelas ligadas ao governo – que passaram a ser identificadas como ‘oficialistas’ – e as que correspondem a mandatos diretos dos indígenas, chamadas ‘orgânicas’ (LÓPEZ, 2014). No Equador, o distanciamento entre Rafael Correa e as organizações indígenas remonta ao momento pré-constituente, por ocasião da negativa do indígena Luis Macas, então presidente da *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* (CONAIE), de se candidatar como vice-presidente da República na chapa de Rafael Correa nas eleições de 2006 (BRAVO, 2015, p. 245-246).

Os Estados Plurinacionais, como já mencionado, são produto de mobilizações sociais e exigências populares de transformação da realidade constantes tanto na Bolívia como no Equador. Um dos importantes aspectos dos Estados Plurinacionais constitucionalizados nesses países, por fruto de reivindicações populares, é justamente o espaço à ingerência dentro dos Estados pelas nações e povos indígenas e pela população. Contudo, o que se tem visto é uma retaliação por parte dos governos à participação social inclusive via repressões aos movimentos sociais, dentre os quais anteriormente uniram-se para construir conjuntamente o Estado Plurinacional.

Na Bolívia, ao sul do país, dentro dos territórios Guarani há fortes resistências frente ao intento do governo de explorar seus territórios sem realizar a devida consulta prévia. Dessa forma, o governo boliviano, justificando atuar dentro da Lei de Mineração e Metalurgia de 2014, expediu quatro decretos que ordenavam a imediata exploração desses territórios. Diante disso, os povos Guarani organizaram bloqueios de estrada e protestos que terminaram fortemente reprimidos pelo Estado (VILCANESON, 2015).

O panorama no Equador não é distinto. Em 13 de agosto de 2015, os movimentos sociais convocaram uma greve nacional em protesto contra

várias medidas desenvolvidas pelo governo, como a expansão da fronteira mineira, o tratado de livre comércio com a União Europeia, entre outros. O movimento nacional, que era para ser uma jornada de mobilização pacífica, converteu-se em um movimento fortemente reprimido pelo governo, com mais de 30 pessoas capturadas e vários feridos (HILL, 2015).

Vê-se, assim, que em ambos os países está ocorrendo um rechaço à participação social – embora essa tenha sido a força motriz das constituintes que levaram ao reconhecimento constitucional dos Estados Plurinacionais, e força tão fundamental a esse modelo de Estado. Os governos que se mantêm centralizadores do poder, ao se verem questionados via movimentos sociais, respondem com força desmedida e repressões acirradas que foram uma das causas da queda de seus antecessores.

Pelo exposto, pode-se dizer que vem ocorrendo no Equador e na Bolívia uma freagem no processo de mudança e transição à descolonização inicialmente projetado com a reconstrução desses Estados como Plurinacionais. Isso porque os governos não vem primando pela implantação de um Estado Plurinacional, pois executam políticas públicas voltadas a avanços em termos sociais, mas em detrimento da participação e consulta popular e sem superar a expansão do modelo extrativista.

Nesse sentido, Raúl Prada (2013, p. 3) aponta ser espantosa a capacidade de crescimento demonstrado pelo Estado boliviano na última década, porém esse crescimento revela um alto custo. O paradoxo em que se encontra a Bolívia está em alcançar um crescimento econômico através da nacionalização dos recursos naturais, obtendo assim uma distribuição das receitas obtidas, mas, ao mesmo tempo, cair na frieza das cifras – que tiveram acréscimo notável dada a temporada de alta dos preços das matérias-primas no mercado internacional – reproduzindo e expandindo um sistema extrativista que tanto rechaçava, mas do qual hoje se coloca cada vez mais dependente e sem nenhuma alternativa visível.

El problema es que la estructura económica sigue siendo la misma, la preponderancia expansiva del modelo extractivista, el perfil dominante de un Estado rentista. Las cifras han crecido, empero no se ha transformado la estructura económica. De este crecimiento económico cuantitativo, los mayores beneficiarios fueron los bancos, por lo tanto, su lógica especulativa financiera salió beneficiada. También la empresa privada se beneficia con este “crecimiento económico”, el Estado tiene más para gastar, aunque muchas veces no ejecuta su propio presupuesto.

Hay más grasa, pero el cuerpo sigue siendo enfermo; hablamos de una economía dependiente (PRADA, 2013, p. 3).

Em vista dessas realidades, esses Estados anunciados como Plurinacionais nas Constituições boliviana e equatoriana concretamente pouco se tem afastado da formulação de Estados-Nação. Não pelos mandatos que se estabelecem em suas Cartas Políticas, que lograram projetar consideráveis avanços para a transição à descolonização, mas porque até o momento não houve desligamento da concepção ocidental de Estado que restringe a participação social, explora recursos naturais e se impõe mediante a repressão sistemática aos movimentos sociais.

Com o incremento da exploração de recursos naturais e a temporada de alta dos preços das matérias-primas, os Estados Plurinacionais alcançaram grandes progressos em termos macroeconômicos, como apontado no Relatório da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) sobre a evolução econômica na América Latina (CEPAL, 2014, p. 8). Contudo, muito embora esses índices permitam que seus governantes vangloriem-se pelos índices de desenvolvimento, permanecem seguindo as já bem vincadas trilhas do expansionismo extrativista e deixando de lado os projetos de Estado Plurinacional e Vida em Plenitude como pressupostos civilizatórios de transição para superar o antigo modelo de exploração social e ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os breves apontamentos desse artigo, pode-se dizer que o Equador e a Bolívia não estão conferindo concretude aos Estados Plurinacionais, pois a despeito de carregarem em si e construírem um discurso de respeito à livre determinação dos povos e dirigido à proteção da Mãe Terra, ao mesmo tempo, nas práticas governamentais, desenvolvem políticas de forte exploração dos recursos naturais e com afastamento da participação popular, além de por vezes reprimi-la violentamente.

Veem-se, então, poucas mudanças no Poder, apesar de que o cerne dos Estados Plurinacionais esteja na descentralização desse poder de modo a garantir a livre determinação dos povos. Continuamente voltado aos ditames do *capital*, os Estados Plurinacionais que se queriam fazer símbolo de um aprofundamento democrático e como transição à superação de modelos co-

loniais de Estado-Nação capitalista, na prática não se têm distanciado muito de governos neoliberais, igualmente voltados à ampliação do consumo e expansão do capital pela via do extrativismo primário, além das práticas repressivas aos movimentos sociais e limitantes da participação popular.

É possível verificar, portanto, que, embora o Estado Plurinacional se anuncie como um projeto de descolonização nos países em que foi institucionalizado, não tem conseguido se desmantelar das amarras do colonialismo externo e tem também mantido relações de colonialismo interno, visto que o poder continua centralizado em Poderes Executivos fortes, renegadores e repressores da participação social nas decisões estatais, e com governos que continuam expandindo o modelo econômico extrativo primário exportador sob o argumento de buscarem receitas para atender às demandas sociais – ainda que façam essa escolha sem consultar à sociedade, e, especialmente, sem consultar às sociedades afetadas diretamente com as explorações, como os povos e nações indígena originário camponesas –, mantendo a condição servil e dependente perante o mercado internacional.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **La maldición de la abundancia**. Quito: Abya Ayala. 2009.

ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Compiladores). **Plurinacionalidad: democracia en la diversidad**. Quito: Abya-Yala, 2009.

BOLÍVIA. Constitución (2009). **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <http://www.comunicacion.gob.bo/sites/default/files/docs/Nueva_Constitucion_Politica_del_Estado_Boliviano_0.pdf>. Acesso em: 14 fev. 16.

BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado. **Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano**. 2015. 303 f. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BURGOA, Rebeca E. Delgado. Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). **Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales**

para su desarrollo normativo. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 39-56.

CAMPANINI, Jorge. Centro de Documentación e información de Bolivia. **El Decreto 2366 dicta la sentencia a las áreas protegidas en Bolivia.** Disponível em: <<http://www.cedib.org/wp-content/uploads/2015/05/Decreto-Areas-Protegidas.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe.** 2014. Disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37344/S1420978_es.pdf?sequence=68>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

CONSTANTE, Soraya. El largo camino hacia la consulta popular por el Yasuní. **El país.** 26 de abril de 2014. Quito. Disponível em: <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/26/actualidad/1398473565_711501.html>. Acesso em: 8 de abril de 2016.

DE LA TORRE, Ana Karen. El caso del Yasuní y los supuestos derechos de la pacha mama. **Número zero.** 8 de Agosto de 2014. Disponível em: <<https://medium.com/@numerozero/el-caso-yasuni-y-los-supuestos-derechos-de-la-pacha-mama-1b166a57dc31#.r00krn6of>>. Acesso em: 8 de abril de 2016.

ECUADOR. Constitución (2008). **Constitución de la Republica del Ecuador.** Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 14 fev. 16.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. In: **Pensar (UNIFOR)**, v. 16, 2011, p. 371-408.

HILL, David. Protestas de miles de ecuatorianos se encuentran con una represión brutal. **The Guardian.** 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://paronacionalecuado.wix.com/paronacional#!Protestas-de-miles-de-ecuatorianos-se-encuentran-con-una-represión-brutal/cjds/55d-605320cf2c407285d5ade>> Acesso em: 8 de abril de 2016.

LINERA, Álvaro García. El Estado en transición. Bloque de poder y punto de bifurcación. In: LINERA, Álvaro García; PRADA, Raúl; TAPIA, Luis; CAMACHO, Oscar Vega. **El Estado. Campo de Lucha**. La Paz: Muela del Diablo Editores, 2010, p. 9-42.

LÓPEZ, Jaime. Evo Morales tropieza con los movimientos indígenas. 05/02/2014. In: **El Mundo**. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/internacional/2014/02/05/52f26126268e3efa738b4571.html>>. Acesso em: 20 abril 2016.

MAMANI, Fernando Huanacuni. **Buen Vivir / Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOÍ, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. Pelos direitos de Pachamama e pelo bem viver: um novo modelo sócio-ambiental ecocêntrico, comunitário e solidário. In: MARÉS, Carlos Frederico; FERREIRA, Heline Sivini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. (Org.). **Direito Socioambiental: uma questão para América Latina**. 1ed. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

PAZ, Sarela. **La Marcha Indígena del TIPNIS en Bolivia y su relación con los modelos extractivos de America del Sur**. Agosto de 2012. Disponível em: <http://somossur.net/documentos/sarela_marchaTIPNIS_extractivismo.pdf>. Acesso em: 18 abril 2016.

PRADA, Raúl. **Horizontes de la descolonización y del Estado plurinacional: ensayo histórico y político sobre la relación de la crisis y el cambio**. 2011. Disponível em: <http://rosalux-europa.info/userfiles/file/Prada_Horizontes_de_la_descolonizacion_y_del_Estado_plurinacional.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

_____. El proceso constituyente. In: ARKONADA, Katu (Coord.). **Un Estado, muchos pueblos: la construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador**. Barcelona: Icaria Editorial, 2012, p. 53-90.

_____. Capitalismo andino amazónico e ilusão estadística. In: **Rebelión**.

25 jan. 2013. Bolívia. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=162757>>. Acesso em: 08 abril 2016.

QUINTANILLA, Juan Carlos Pinto. Aportes a la reflexión política de la Constitución. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). **Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 57-72.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Compiladores). **Plurinacionalidad: democracia en la diversidad**. Quito: Abya-Yala, 2009, p. 21-62.

_____. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010.

SCHAVELZON, Salvador. **Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir**: dos conceptos leídos desde Bolívia y Ecuador post-constituyentes. Quito: Abya-Yala, 2015.

SOMOS SUR. **CONAMAQ Orgánico vs. CONAMAQ oficialista**. 2 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.somossur.net/socio-cultural/los-movimientos-sociales-en-tiempos-de-evo/1564-conamaq-organico-vs-conamaq-oficialista.html>>. Acesso em: 8 abril 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 228-256.

TAPIA, Luis. El Estado en condiciones de abigarramiento. In: LINERA, Álvaro García; PRADA, Raúl; TAPIA, Luis; CAMACHO, Oscar Vega. **El Estado. Campo de Lucha**. La Paz: Muela del Diablo Editores, 2010, p. 97-128.

VALENCIA, Fernando. La gran estafa del Yasuní: Bloque 31, con error de reservas del 97%. **Focus**. 30 de setembro de 2015. Quito. Disponível em: <<http://focusecuador.net/2015/09/30/la-gran-estafa-del-yasuni-bloque-31-con-error-de-reservas-del-97-2/>> Acesso em: 8 de abril de 2016.

VILCANESON, Carlos. Brutal represión y cacería de indígenas guaraníes en Bolivia. In: **Pueblos originários**. 21 de agosto de 2015. La Paz. Disponível em: <<https://agenciadenoticiaspueblosoriginarios.wordpress.com/2015/08/21/brutal-represion-y-caceria-de-indigenas-guaranies-en-bolivia/>>. Acesso em: 8 de abril de 2016.

HENDA 'YVA: DE LA INVISIBILIDAD AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS, UN ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS INDÍGENAS EN EL PARAGUAY A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992

HENDA 'YVA: DA INVISIBILIDADE AO RECONHECIMENTO DE DIREITOS, UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DOS INDÍGENAS NO PARAGUAI À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1992

Cecilio Arnaldo Rivas Ayala
Susan Raquel Vega Bordón
Mario Alberto Penayo Quintana

RESUMEN: El artículo se propone realizar un análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1992, relativa al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en el territorio paraguayo, se pretende vislumbrar la transición del periodo en el cual eran considerados “invisibles” por el Estado nacional a la etapa donde sus derechos ganaron rango constitucional. La expresión guaraní “Henda ‘Yva” significa “aquellos que no tienen lugar”, y es el reflejo exacto de la manera como las comunidades indígenas fueron tratadas a lo largo de la historia, desde los colonizadores hasta los gobiernos legítimamente constituidos. Con la Constitución de 1992 el Estado paraguayo reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo, y en lo que respecta a la identidad étnica determina de manera clara que queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales de la Constitución. En lo atinente a los conflictos jurisdiccionales la Carta Magna determina que se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. La intención del trabajo es verificar el cambio de paradigma de la visión que tenía el Estado paraguayo hasta antes de la sanción de la Constitución y observar la importancia de este instrumento para el efectivo reconocimiento de los

derechos de estas minorías. En un segundo plano se pretende analizar la efectividad de esos derechos en el contexto el derecho material, ya que si bien los derechos conferidos a los indígenas cuentan con un status constitucional, el Estado no logra la consolidación de los mismos, incluso ha sido en tres ocasiones condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a derechos de comunidades indígenas. Por último, se propone realizar una perspectiva a futuro de la situación de estas comunidades consideradas vulnerables bajo los postulados explorados por la Constitución de 1992.

PALABRAS CLAVE: Comunidades indígenas. Paraguay. Reconocimiento de derechos.

RESUMO: O artigo se propõe realizar uma análise das disposições contidas na Constituição de 1992, relativas ao reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas no território paraguaio, se pretende vislumbrar a transição do período no qual eram considerados “invisíveis” pelo Estado nacional à etapa onde seus direitos obtiveram status constitucional. A expressão guarani “Henda’Yva” significa “aqueles que não tem lugar”, e é o reflexo exato da maneira como as comunidades indígenas foram tratadas ao longo da história, desde os colonizadores até os governos legitimamente constituídos. Com a Constituição de 1992 o Estado paraguaio reconhece a existência de povos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores à formação e organização do Estado paraguaio, e no que tange a identidade étnica determina de maneira clara que fica reconhecido e garantido o direito dos povos indígenas a preservar e a desenvolver sua identidade étnica no seu respectivo hábitat. Eles também tem direito a aplicar livremente seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, de igual modo a voluntária sujeição a suas normas consuetudinárias para a regulação da convivência interior sempre que elas não atentem contra os direitos fundamentais da Constituição. No atinente aos conflitos jurisdicionais a Magna Carta determina que se leve em consideração o direito consuetudinário indígena. A intenção do trabalho é verificar a mudança de paradigma, da visão que o Estado paraguaio tinha até a promulgação da Constituição atual e observar a importância deste instrumento para o efetivo reconhecimento dos direitos destas minorias. Em um segundo plano se pretende analisar a efetividade desses direitos no contexto do di-

reito material, considerando que mesmo sendo conferidos aos indígenas esses direitos no âmbito constitucional, o Estado não logra a consolidação dos mesmos, nesse sentido o Paraguai foi condenado em três ocasiões pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações aos direitos de comunidades indígenas. Por último, se propõe realizar uma perspectiva futura da situação dessas comunidades consideradas vulneráveis sob os postulados expostos na Constituição de 1992.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidades indígenas. Paraguai. Reconhecimento de direitos.

INTRODUCCIÓN

Desde su independencia en 1811, el Paraguay no hacía referencia a las poblaciones indígenas o a la cultura indígena en sus Constituciones o instrumentos positivos tenidos como tales, misma circunstancia también es observada en las cartas fundamentales latinoamericanas.

La Constitución de 1870 menciona dentro de las atribuciones del Congreso Nacional en su artículo 72: Corresponde al Congreso: 13. Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al cristianismo y a la civilización. Resulta evidente el posicionamiento del Estado frente a las poblaciones indígenas, tenidas hasta este entonces como pueblos hostiles a los cuales se les debía intentar un tratamiento pacífico y la imposición la religión cristiana y su inserción a la “civilización”.

Posteriormente la Constitución de 1967, vigente hasta la sanción de la actual carta fundamental, hacía referencia a la importancia del idioma guaraní, si bien no enaltecendo su origen indígena sino desde las perspectiva de constituir un patrimonio cultural:

Artículo 92. El Estado fomentará la cultura en todas sus manifestaciones. Protegerá la lengua guaraní y promoverá su enseñanza, evolución y perfeccionamiento. Velará por la conservación de los documentos, las obras, los objetos y monumentos de valor histórico, arqueológico o artístico que se encuentren en el país, y arbitrará los medios para que sirvan a los fines de la educación.

Un importante avance en la legislación y en la postura gubernamental trajo consigo la sanción de la Constitución Nacional en junio de

1992, una parte de la población, denominada como minoría, otras veces como grupo vulnerable tiene reconocidos y garantizados sus derechos: los pueblos indígenas.

La Convención Nacional Constituyente, ensalzada por el proceso de redemocratización de nuestro país consagra un capítulo especial a los pueblos originarios que hasta ese entonces eran invisibilizados por el sistema.

Se plantean importantes disposiciones que pretenden modificar el *status quo* referente a la posición del Estado paraguayo frente a las comunidades autóctonas, postura hasta ese entonces caracterizada por el debilitamiento del control indígenas sobre sus territorios, la ausencia de políticas públicas efectivas que los integren efectivamente a la sociedad, el descaso hacia el fomento de su cultura y por sobre todo el trato discriminatorio, racista e injusto que recibieron y continuaban recibiendo.

El artículo se propone realizar un análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1992, relativa al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en el territorio paraguayo, se pretende vislumbrar la transición del periodo en el cual eran considerados “invisibles” por el Estado nacional a la etapa donde sus derechos ganaron rango constitucional.

Del mismo modo el trabajo pretende traer un breve y sistemático análisis de la situación de los indígenas en Paraguay, teniendo como premisas de estudio, varios aspectos relacionados a cómo estas comunidades son tratadas por el Estado y por consiguiente de qué manera son implementadas decisiones de carácter normativo que tienen incidencia sobre su cotidiano.

SITUACION DE LOS INDIGENAS

Para hablar de la situación de los pueblos originarios, es necesario indagar en los orígenes o las raíces de los problemas, que le causaron la llegada de los europeos con su visión conquistadora, en la obra Interculturalidad en Paraguay, otro desafío postergado de Enrique Ayala leemos:

Los problemas estructurales: La historia de genocidio, etnocidio y despojo hacia la población aborigen en América por parte de los grupos de origen europeo tiene relación en parte con la visión conquistadora propia de la cultura de los grupos llegados en confrontación con la visión de equilibrio y armonía cósmica propia de las culturas indo-americanas. La naturaleza de la cultura europea impulsa al despliegue hacia la dominación y la eliminación de los

otros diferentes, mientras la proyección de la cultura indo-americana tiene más relación con sostener el equilibrio con los otros y con la propia naturaleza. En situaciones de dominio por parte de un grupo de conquista la resistencia de los pueblos originarios se da principalmente a través del repliegue o de la mimetización, a modo de encubrir su diferencia rechazada.

En la historia de nuestros pueblos de América es común que el pequeño grupo identificado con la cultura de origen europeo se ha ubicado y se mantiene hace siglos en la cima de la pirámide de las clases sociales y por el contrario aquellos grupos identificados con lo indígena, nativo, campesino o criollo se ubican en la base de la pirámide. En el Paraguay la expropiación o despojo territorial de los pueblos indígenas se ha consolidado muy tempranamente, con el gobierno de Carlos Antonio López, en 1840, donde se hizo desaparecer jurídicamente a los pueblos de indios como la propia identidad indígena. En todo el Paraguay, es un muy pequeño grupo, tradicionalmente identificado con el origen y/o la cultura europea o migrante, el que conserva la propiedad de más del 80 % de las tierras, moviliza y disfruta de más del 90 % de las riquezas del país, disfruta de la seguridad oficial y ocupa históricamente relevantes puestos en los Gobiernos de turno. En el Chaco Paraguayo, resultado de la tendencia histórica de invisibilización de los pueblos originarios, las minorías no indígenas, principalmente migrantes menonitas, ocupan y controlan la propiedad de las tierras entre una mayoría de población indígena. En la región Oriental del Paraguay, la población indígena es minoritaria con lo que más fácilmente crece la violencia y el despojo sistemático de sus territorios. (AYALA, 2015, p. 25-26)

A manera de ejemplo transcribimos un caso relatado por Rehnfeldt y Kretschmer (2004):

La situación de los Guaraní en Paraguay, se vio afectada profundamente debido a la expansión de la frontera agrícola y la ocupación de su hábitat tradicional por diferentes proyectos de colonización, enmarcados en la política de modernización agraria del Estado paraguayo que comienza hacia 1960. La construcción de las Represas hidroeléctricas de Yacyretá e Itaipú - décadas de 1970 y 1980-, tuvieron un efecto sumamente negativo al inundar gran parte de las comunidades Guaraní de la Región. En esa misma época se inicia una masiva venta de tierras fiscales a latifundistas, empresas agropecuarias y forestales. Todo ello, sin considerar que esas tierras estaban habitadas por pueblos indígenas. El contacto con la so-

ciudad paraguaya fue sumamente destructivo para la economía de los indígenas Guaraní. En primer lugar, fueron despojados de sus tierras tradicionales y, en segundo lugar, la gran deforestación, que se produjo como consecuencia del avance colonizador, acabó con la fauna y flora silvestres, medios básicos de subsistencia

Al desaparecer las posibilidades de desarrollar su economía tradicional, los Guaraní tuvieron que combinar múltiples estrategias económicas para sobrevivir, aprovechando todas las posibilidades a su alcance. Estudios recientes dan cuenta que en la mayoría de las comunidades guaraní se practica una serie de actividades económicas como la caza, la pesca, la recolección, la artesanía, la agricultura, la cría de animales menores y el trabajo asalariado. La diferencia estriba, fundamentalmente, en el peso que tiene una actividad determinada en comparación con las otras, pero todas están presentes.

Si pudiésemos sintetizar la situación de los pueblos originarios del Paraguay sería la siguiente expresión “Injusticia perpetúa”.

Los pueblos indígenas padecen las consecuencias de la injusticia histórica, a saber la colonización, la desposesión de sus tierras, territorios y recursos, la opresión y la discriminación, así como la falta de control de sus propios modos de vida. Los Estados coloniales y modernos, en la búsqueda del crecimiento económico, les han denegado ampliamente su derecho al desarrollo. De resultas de ello, los pueblos indígenas suelen perder ante actores más poderosos y se convierten en los grupos más empobrecidos de sus países. (ONU, 2010)

En el devenir histórico de nuestro país, ellos, nuestros hermanos indígenas siempre fueron y son grupos vulnerables y ninguneados desde varios sectores del Estado mas allá de las lindas letras que figuran en la Ley que establecen sus derechos y ni que decir las instituciones que están para salvaguardar su bienestar.

El modelo económico capitalista, neoliberal que afecta a nuestro país y sus efectos:

la acción depredadora de la sociedad nacional tiene consecuencias suficientemente conocidas en insistentemente denunciadas, despojo de tierras comunitarias, desintegración de la economía familiar, incorporación marginal de mano de obra indígena a los mercados laborales regionales, dependencias por parte de las etnias de actividades económicas no indígenas y en algunas partes como el chaco

central o zonas fronterizas del Brasil , la inmersión de las mismas en una población de origen mayoritariamente europea. Estos factores determinaron el debilitamiento de la producción simbólica cuando no la desarticulación de muchas comunidades. (ESCOBAR, TICIO. VYSOKOLAN, OLEG)

La desposesión de sus tierras, territorios, recursos, la opresión la discriminación desintegración de la economía familiar, el debilitamiento de la producción simbólicas son males que padecen nuestros indígenas se llega hasta el punto de la violencia metafísica se ha intentado y se intenta modificar sus creencias en una clara demostración de etnocentrismo e ignorancia multicultural y pluricultural propuestos desde epistemologías dominantes, tratando

[...] aplicar su propio paradigma de creencias, un modelo intolerante de evangelización, dominante en la práctica misionera, ha desencadenado eficientes procesos de destrucción de las bases religiosas indígenas y generadas el desmantelamiento de los ritos y las expresiones a ellos ligados. (ESCOBAR, 1993)

Cuando los escolares indígenas se ven expuestos solamente a la ideología nacional en detrimento de su ideología nativa nos lleva a pensar en la pérdida de identidad, ya que se encuentran atrapados en tierra de nadie, están en peligro de perder parte de su identidad, su conexión con sus padres y antepasados y, en última instancia, de quedar atrapados en tierra de nadie, lo cual los despoja de un importante aspecto de su identidad sin que por ello lleguen a ser totalmente asimilados por la sociedad nacional dominante.

LOS ACHE: LA TRADICIÓN APLASTADA

El caso de los ache es ilustrativo de un modelo deculturativo fulminante, estos indígenas sufrieron tan brutalmente el impacto de la expansión neocolonial y fueron étnicamente forzados a cambiar bruscamente sus sistemas de vida que, en la mayoría de los casos, no tuvieron de readaptar sus símbolos, sus orígenes, sus imágenes y sus ritos a las circunstancias impuestas, en menos de tres décadas, muchas comunidades fueron étnicamente arrasadas (ESCOBAR *et. al.* 1993, p. 1-6).

ESTADÍSTICAS

A continuación presentamos datos estadísticos de los pueblos originarios del Paraguay, estos datos son resultados del censo 2012 realizado y organizado por la Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos del País

Gráfico 1: PARAGUAY. PUEBLOS INDÍGENAS
Distribución de la población por fuente, 2012



Fuente:
STP/DGEEC. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas 2012.
STP/DGEEC. Censo Nacional de Población y Viviendas 2012.

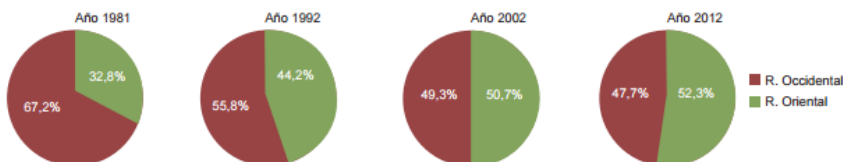
El pueblo Mbya es el de mayor población y más extendido. Los pueblos Ayoreo, Guaraní Ñandeva, Guaraní Occidental, Qom, Aché, Maká e Ybytosó, presentan una proporción muy similar de población entre sí.

Cuadro 1: PARAGUAY. PUEBLOS INDÍGENAS
Distribución de la población por región, periodo 1981-2012

Año	R. Oriental	R. Occidental	Total
1981	12.706	25.997	38.703
1992	21.872	27.615	49.487
2002	44.135	42.964	87.099
2012	58.969	53.879	112.848

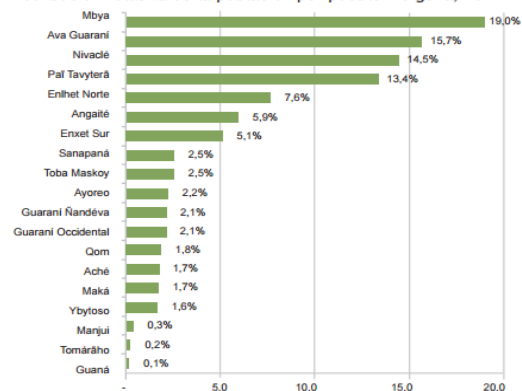
Fuente:
INDI. Censo y Estudio de la Población Indígena del Paraguay 1981.
STP/DGEEC. Censo Nacional de Población y Viviendas 1992.
STP/DGEEC. II Censo Nacional Indígena de Población y Viviendas 2002.
STP/DGEEC. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas 2012.

Gráfico 2: PARAGUAY. PUEBLOS INDÍGENAS
Distribución de la población por región, periodo 1981-2012



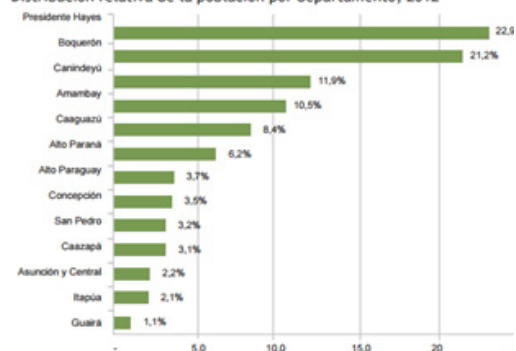
Fuente:
INDI. Censo y Estudio de la Población Indígena del Paraguay 1981.
STP/DGEEC. Censo Nacional de Población y Viviendas 1992.
STP/DGEEC. II Censo Nacional Indígena de Población y Viviendas 2002.
STP/DGEEC. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas 2012.

Gráfico 3: PARAGUAY. PUEBLOS INDÍGENAS
Distribución relativa de la población por pueblo indígena, 2012



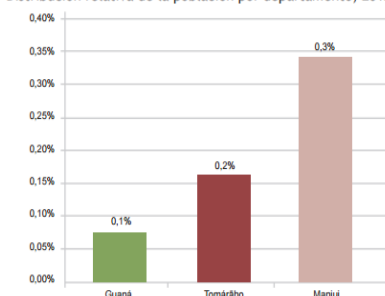
Fuente:
STP/DGEEC. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas 2012.

Gráfico 4: PARAGUAY. PUEBLOS INDÍGENAS
Distribución relativa de la población por departamento, 2012



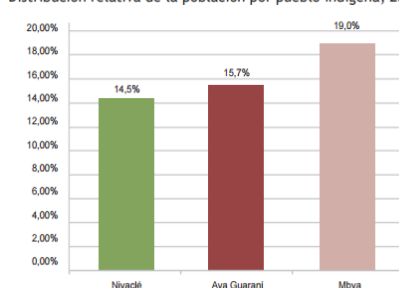
Fuente:
STP/DGEEC. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas 2012.

Gráfico 6: PARAGUAY. PUEBLOS INDÍGENAS
Distribución relativa de la población por departamento, 2012



Fuente: STP/DGEEC. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas 2012.

Gráfico 5: PARAGUAY. PUEBLOS INDÍGENAS
Distribución relativa de la población por pueblo indígena, 2012



Fuente: STP/DGEEC. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas 2012.

En los gráficos 5 y 6 se muestra a la población indígena en dos grupos: pueblos de mayor población y otros de menor población. Esta diferenciación permitiría abordar con mayor cuidado cualquier intervención con estos pueblos y sus comunidades. Los pueblos de mayor presencia son: Mbya, Ava Guaraní y Nivacle, mientras que los que representan un menor porcentaje son: Guaná, Tomaráho y Manjui. De no tomarse medidas oportunas, la disminución de la población de estos pueblos podría acentuarse peligrosamente.

EDUCACION Y DISCRIMINACION

La relatora de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, denunció la discriminación que sufren los indígenas en Paraguay. El 76 por ciento de los nativos se encuentra en situación de pobreza extrema, según datos del estatal Instituto Nacional del Indígena (INDI). La relatora también llamó la atención sobre “la discriminación y el racismo que existe” contra ellos.¹

Con relación a la educación existen varias dificultades, probablemente los niños indígenas, al llegar a la escuela, estén cansados, enfermos o con hambre y tal vez frecuentemente son víctimas de *bullying* o del uso del castigo corporal sigue siendo una cuestión generalizada.

La cultura de la desigualdad manifestada en la discriminación étnica y cultural en las escuelas es un obstáculo importante para la igualdad de

¹ Cf. ONU denuncia discriminación contra indígenas disponible en :<http://www.paraguay.com/nacionales/onu-denuncia-discriminacion-contraindigenas-119535>. Página web consultada en fecha: 25 de Octubre de 2015, 10:45 hs.

acceso a la educación, y causa del bajo rendimiento escolar y del incremento en la tasa de deserción escolar. Las niñas indígenas, se encuentran ante situaciones difíciles relacionados con el ambiente poco grato en las escuelas, la discriminación por motivo de sexo, la violencia de toda clase en los colegios y, en ocasiones, el abuso sexual, todo lo cual contribuye a las elevadas tasas de deserción escolar.

La falta de recursos crea una diferencia tremenda en la educación. Con suma asiduidad, los sistemas pedagógicos aplicados desde los entes del estado no respetan las diversas culturas de los pueblos indígenas. Son muy pocos los maestros que hablan sus idiomas y sus escuelas suelen carecer de materiales básicos. Los materiales didácticos que proporcionan información exacta e imparcial acerca de los pueblos indígenas y de sus modos de vida son muy escasos

SALUD INDIGENA

En el informe elaborado por Organización Panamericana de la Salud (OPS) leemos

En Paraguay existen pequeños grupos aislados de la etnia Ayoreo (que pueden representar unas 50 personas o más), diseminados en el territorio tradicional Ayoreo en el Norte del Chaco y en la región fronteriza con Bolivia. Algunos estarían pasando entre los dos países y se encuentran mejor protegidos del lado boliviano donde está el amplio Parque Nacional Kaa Iya con una cierta infraestructura de protección, cuando del lado paraguayo no hay legislación específica para su protección. En parte, la problemática de los aislados está aquí también ligada a la problemática de fronteras, en este caso entre Paraguay y Bolivia. Los grupos que se concentran en territorio paraguayo, pertenecientes al grupo local Totobiegosode y a otros grupos locales, están en situación de peligro inmediato por las presiones ejercidas sobre las tierras que ocupan. La principal característica de la situación de los aislados en Paraguay es que la mayor parte de las tierras de su hábitat está en manos de propietarios privados (menos del 10% del territorio son Parques o Áreas Protegidas Nacionales). Las propuestas de planes de uso productivo con explotación ganadera y forestal por parte de estos propietarios privados son generalmente aprobadas por las autoridades sin tomar en cuenta la presencia y los intereses de los grupos en aislamiento voluntario. A nivel institucional, existen en el Chaco paraguayo

ONGs cuyo único objetivo es la protección de estos grupos. Existe una organización étnica Ayoreo que apoya directamente la protección de los grupos aislados. El Estado es poco presente, contradictorio en sus políticas, y la protección de los aislados depende siempre de algunas personas aliadas. (BRACKELAIRE, 2006)

Por su parte Alderete (2004) señala que

El estado de salud de los Ayoreos, Enxet, Ava Guarani, Tomarahos y otros pueblos indígenas del Paraguay es apremiante, en 1996 cientos de niños murieron de diarrea, infecciones pulmonares y otras enfermedades que afectaron en un 80% la población indígena, agrega además [...] la incidencia de la tuberculosis en los pueblos indígenas es diez veces mayor que la tasa nacional, (OPS, 1997) La subalimentación, la destrucción de su habitar y la falta de atención sanitaria agravan la mala salud de los pueblos indígenas del Paraguay. (ALDERETE, 2004, p. 61)

LA CUESTIÓN SOCIO LABORAL

El trabajo ofrece una mirada crítica sobre los impactos socio-culturales y económicos del cultivo de transgénicos en comunidades indígenas y campesinas de la región este del Paraguay, se presta especial atención al uso del *Roundup*, con los indudables costos ambientales y los inciertos riesgos a la salud humana y animal. Los impactos e interacciones que la tecnomercantilización de los organismos genéticamente modificados OGM tienen sobre las poblaciones afectadas y el medio ambiente —especies, suelo, agua, bosque, flora, fauna— se discuten en el trabajo.

El alcance del uso del glifosato en cultivos transgénicos no sólo involucraría el medio ambiente del cultivo, sino que llegan a generar profundos cambios culturales, tecnológicos, de manejo, ambientales, económicos, sociales y legales, cuyos efectos ya lo vislumbramos con el ocaso de comunidades campesinas e indígenas, quienes al no encontrar estrategias adecuadas para enfrentarlos, colapsan como colectividad. El trabajo contiene importantes elementos para renovar el debate y el pensamiento crítico en torno a la problemática de la agricultura transgénica y su impacto en poblaciones indígenas y campesinas (CENTURION, 2012).

Por su parte, la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY) en el Informe Sombra (2005), sostiene que el Estado no ha adoptado, cuanto menos en el último quinquenio, las medidas positivas

necesarias para dar satisfacción a reclamos indígenas de tierra que llevan más diez años de tramitación inclusive ante las autoridades respectivas. En este contexto, la obsolescencia del marco jurídico institucional, y la incapacidad del INDI (Instituto Paraguayo del Indígena) para dar respuesta y solución a la compleja situación de acceso a la tierra para los indígenas en el Chaco Paraguayo, ha generado un gravamen adicional a algunas comunidades sin tierras aún aseguradas, que se ven enfrentadas en la actualidad con acciones de desalojo promovidas por propietarios a quienes el Estado no ha abonado por la compra de los inmuebles afectados, así como con el levantamiento de medidas judiciales de tutela de su hábitat por las mismas razones. Otros casos conflictivos respecto al derecho de propiedad son los relacionados a invasiones y atropellos a tierras indígenas por terratenientes, campesinos paraguayos, empresas y colonos brasileños o traficantes de madera y animales silvestres en general, tanto en la región Occidental como Oriental.

Sobre el irrespeto a las tierras y territorios indígenas, un estudio reciente realizado por la Organización Internacional del Trabajo en seguimiento de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, señaló que en la región del Chaco Paraguayo, al menos unas 7.930 personas indígenas estarían sometidas directamente a diversas formas de trabajo forzoso, en particular bajo formas de servidumbre por deudas previamente contraídas con los estancieros que los contratan (BEDOYA Y BEDOYA, 2005).

INDÍGENAS Y ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN PARAGUAY

A diferencia de lo que ocurre en otros países de Latinoamérica como en Bolivia o Ecuador, los movimientos y las organizaciones indígenas son aún comparativamente recientes y se hallan todavía en etapa de consolidación. Tradicionalmente han sido las organizaciones no gubernamentales (ONG) las que abogaron por los derechos de los pueblos indígenas e intentaron ganar influencia a nivel político. Aún hoy la incidencia política de las organizaciones indígenas en el Estado es mayoritariamente directa, sobre todo a nivel nacional.

Generalmente son las ONG quienes conducen el diálogo político con el gobierno e impulsan la participación política. Son con frecuencia también las ONG las que administran los recursos de las organizaciones indígenas y manejan el desenvolvimiento financiero, ya que muchas de

las organizaciones indígenas no cuentan con personería jurídica propia. La dispersión geográfica así como la heterogeneidad de las tradiciones y condiciones actuales de vida se traducen en una amplia variedad de grados de organización de los diferentes pueblos indígenas.

Al tiempo que algunos de ellos logran incursionar con reclamos firmes en los procesos de toma de decisión, pretenden proteger modos tradicionales de vida o actúan en defensa de sus derechos de manera concertada con actores no estatales, otros en cambio están social y culturalmente marginados en un grado tal, que apenas pueden o no pueden insertarse en el discurso social y político (a nivel local). No obstante ello, en los últimos años las organizaciones indígenas y ONG que trabajan de manera conjunta con los indígenas han registrado avances en el fortalecimiento de sus organizaciones y los reclamos de sus derechos. Como destacado ejemplo entre las organizaciones indígenas debe citarse en primer lugar a la federación de las organizaciones indígenas en Paraguay, la “Coordinadora por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas – CAPI”.

Esta federación agrupa a 14 organizaciones indígenas de todas las regiones del país, que trabajan de manera conjunta a nivel nacional, en pro de la implementación de los derechos constitucionalmente garantizados. Al mismo tiempo, CAPI busca trabajar a nivel internacional en busca de un mejoramiento de la situación de los pueblos indígenas en Paraguay.

La Federación de Asociaciones Guaraníes de la Región Oriental del Paraguay (FEDERACIÓN) y la Comisión de Pueblos y Comunidades Indígenas del Chaco Paraguayo (CPI Chaco) son las dos grandes federaciones a nivel regional. De parte de las ONG, es POJOAJU (Asociación de ONGs del Paraguay) como federación la que brinda soporte a los asuntos de las organizaciones indígenas. Las organizaciones Tierraviva y Oguasu se ocupan especialmente del tema de los derechos de la tierra. Tierraviva, una ONG que apoya a los Enxet del Chaco en la salvaguarda de sus derechos e ya ha accionado exitosamente en dos oportunidades ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, recibe apoyo de ONGs tales como Intermon-Oxfam, Brot für die Welt (Pan para el Mundo) o la Rainforest Foundation (Fundación Bosque Tropical). Oguasu es una organización cristiana ecuménica, cuyo objetivo no es la tarea misional sino el apoyo a la autodeterminación cultural y económica de los indígenas. Trabaja especialmente con el pueblo de los Mbya Guaraní, brindándole apoyo en la construcción de estructuras de autoayuda para el aseguramiento de la

atención a la salud y el mejoramiento de su situación alimentaria. En el año 2006, el PNUD encargó a Oguasu el desarrollo de un proyecto para la regularización de los territorios Mbya. Este proyecto es financiado por el Banco Mundial y AECID. La antropóloga María Elizabeth Rehnfeldt, ligada a Oguasu, fue designada por Lugo como responsable por la educación de los indígenas (Educación Indígena).²

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL PARAGUAYA

Un importante avance fue propiciado por la Carta Magna de 1992, los convencionales constituyentes otorgaron especial cuidado en otorgar un apartado dentro del Título II: De los Derechos, de los Deberes y de las Garantías, en donde el Capítulo V “De los pueblos indígenas”, dedica varios artículos en primer término al reconocimiento de los pueblos indígenas, en particular el artículo 62 “De los pueblos indígenas y grupos étnicos”, los define como: culturas anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

El artículo supracitado merece un especial análisis, puesto que se establece el posicionamiento del Estado frente a los pueblos originarios, reconociéndoles un lugar privilegiado habida cuenta que los mismos serían titulares de Derechos aún antes de la constitución del Estado, como organización jurídico política atinente a aglutinar a una población en un territorio determinado y bajo un gobierno. Esto es, se puede observar una preeminencia de los pueblos autóctonos y su cultura ante la figura del Estado Nación creada por el Tratado de Westfalia y ampliamente difundida en occidente.

Ahora bien, ese reconocimiento debe implicar un compromiso por parte de ese mismo Estado para que puedan encontrarse vías de cumplimiento del enunciado constitucional, a través de políticas públicas que busquen la extirpación de la discriminación y el racismo, que son las verdaderas facetas de la postura que asume el Estado frente a los indígenas.

Se intentan por medio del artículo Art. 64 “De la propiedad comunitaria”, establecer un tipo discriminación positiva, o si se quiere un privilegio en lo concerniente a la propiedad de la tierra, el artículo referido reza:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria

² Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe (KIVLAK/GIZ) Pueblos Indígenas en Paraguay.

de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Tales afirmaciones no conciben con el cotidiano vivir de las comunidades indígenas de Paraguay, que son despojadas de su territorio, en tiempos anteriores en la intención de beneficiar a militares latifundistas vinculados al régimen stronista y en tiempos actuales a los grandes explotadores del agronegocio. La cuestión relativa a la tierra es uno de los puntos neurálgicos de los conflictos que existen entre las comunidades indígenas y el Estado paraguayo.

Tal afirmación inclusive ha adquirido notoriedad en el ámbito del Derecho Internacional, pues la violación de los derechos indígenas con relación a la propiedad de la tierra ha llegado a la instancia de tribunales internacionales de Derechos Humanos. Paraguay es el único país bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana que ha sido condenado tres veces por la violación de los derechos de los pueblos indígenas.

En el año 2010, la Corte Interamericana dicta sentencia condenatoria donde identifica una serie de violaciones sufridas por la comunidad *Xákmok Kásek* y ordena al Estado paraguayo tomar medidas para reparar los daños sufridos. Esa resolución se suma a otras dos anteriores: En el 2005 y 2006, la Corte emitió sentencias a favor de las comunidades indígenas *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*. A pesar de que las órdenes de esta Corte tienen carácter vinculante, el cumplimiento en relación con estos dos casos ha sido ínfimo.

Otra particularidad relativa a una garantía de rango constitucional la encontramos en el derecho de participación de los indígenas en la vida política y cultural del país, prerrogativa señalada explícitamente en el artículo 65 “Del Derecho a la participación”, que constituye letra muerta habida cuenta como las decisiones de orden gubernamental que los afectan son tomadas sin la realización de la consulta previa, sin la socialización de las normas que traen consigo un total avasallamiento a su territorio, cultura e identidad.

Las políticas públicas implementadas por los sucesivos gobiernos tampoco contemplan lo consagrado por el artículo 66 “De la Educación y Asistencia” que en su parte pertinente dispone:

El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

En el ámbito educativo es justamente en donde la cuestión se muestra más acuciante, ya que son implementados sistemáticos programas que ignoran la importancia de que las comunidades indígenas preserven la invaluable riqueza de su cultura. Por citar una disposición, mencionamos la Ley 3231/07 “Que crea la Dirección General de Educación Escolar Indígena”, que trae en su contenido diversas disposiciones contrapuestas y variadas lagunas, y lo más grave, la misma fue elaborada y sancionada sin la consulta previa a las comunidades indígenas.

De todo lo señalado hasta aquí podemos afirmar que el Estado paraguayo posee una deuda histórica con los pueblos originarios que habitan su territorio, además posee desafíos concretos a corto, mediano y largo plazo, esto debido a los preocupantes indicadores que apuntan la no inclusión social de los pueblos indígenas, situación que solamente puede ser revertida con métodos de intervención más eficaces y políticas públicas que otorguen una mayor participación de los mismos y con ellos lograr un mejor diálogo y relacionamiento con el Estado.

CONCLUSIÓN

Las tareas pendientes del Estado con relación a los pueblos originarios son innúmeras, en explanación de este trabajo este hecho pudo ser observado de manera explícita, lo que proponemos al final de esta tarea es realizar un análisis de lo dispuesto en la Constitución Nacional, pero con una mirada desde la perspectiva del derecho del Siglo XXI, con el ímpetu de superar la ideología dominante impuesta por la modernidad, puesto que estamos tratando de derechos de índole colectivo de sociedades que siempre estuvieron ajenas al derecho hegemónico.

En otras palabras, no puede escapar a nuestra percepción fáctica de que la visión de las comunidades indígenas es totalmente opuesta a las particularidades impuestas por el Derecho positivo tradicional, ellos se refleja en la postura que los mismos tienen sobre la propiedad comunitaria

de la tierra, y no de propiedad privada, bien como el derecho de existir como colectividad étnica. Por lo tanto la aplicación de normas que lo afecten debe observar y aplicar esas particularidades.

La Constitución de 1992, apuntó hacia una perspectiva descolonial, no solamente al permitir, como también al garantizar que los pueblos indígenas, o por lo menos lo que resto de ellos, pudiesen seguir existiendo con la libertad de ser pueblo, culturalmente diferenciado de la sociedad dominante.

Se hace imperante realizar un análisis de la situación actual de las comunidades indígenas ya no desde un enfoque que apunta al pasado, con una simple referencia a pueblos que ya habitaban el territorio nacional, en donde al momento del cumplimiento efectivo de disposiciones legales nos perdemos en reflexiones y argumentos de carácter civilista clásico, con criterios totalmente restrictivos sino desde una mirada a futuro, para lograr la efectiva integración de estas poblaciones.

Cabe por lo tanto un total cambio de paradigmas, no sustentado en meras disposiciones que intentar garantizar derechos individuales, resguardados en categorías de derechos inventados por los doctrinarios, que lo único que logran es imponer la ideología de la dominación, exclusión y hasta eliminación de los pueblos originarios.

Resaltamos nuevamente, la deuda del Estado paraguayo con los indígenas es enorme, las violaciones a sus derechos se renueva a cada gobierno, estamos hablando de comunidades que sobreviven y resisten hace siglos a despojos, atropellos y violaciones que se remontan al periodo del Paraguay colonia, y este trato persiste, por lo que si no es asumido un compromiso serio por parte del Estado, estas comunidades que tanto lucharon y siguen resistiendo, continuarán siendo comunidades invisibilizadas e ignoradas.

REFERENCIAS

ALDERETE, Ethel. **Salud y pueblos indígenas**. Editorial Abya Yala, 2004.

AYALA, Enrique Amarilla. **Interculturalidad en Paraguay**: otro desafío postergado. pp. 25-26. Disponible en <http://www.creas.org/recursos/archivosdoc/entramado/10-01/intercultural.pdf>. Acceso en 22 de diciembre

de 2015.

BRACKELAIRE, Vincent. **Situación de los últimos pueblos indígenas aislados en América latina (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela).** Diagnóstico regional para facilitar estrategias de protección. 2006. Disponible en: <<http://www.ops.org.bo/textocompleto/pi31295.pdf>>. Acceso en 22 de diciembre de 2015.

CENTURIÓN Mereles, H., 2011. **Cultivo de soja transgénica.** Efectos en comunidades campesinas e indígenas del este paraguayo. En Universidad Autónoma Indígena de México, Revista Ra Ximhai, Vol. 7 Nro. 3, Sinaloa.

ESCOBAR, Ticio; VYSOKOLAN, Oleg. **La Belleza de los otros:** Paraguay: crisis y desafíos del arte indígena actual. pp.1-6 Asunción: RP EDICIONES, 1993.

ONU, Organización de las Naciones Unidas. **La situación de los pueblos indígenas del mundo.** Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas — DPI/2551/A — 09-64061 — Enero de 2010.

PARAGUAY. **Constitución Nacional de la República del Paraguay,** Congreso Nacional, Asunción 1992.

REHNFELDT, Marilin; KRETSCHMER. **Regina Tierra, migración y economía.** Análisis de datos proporcionados por el Censo Indígena 2002. Fernando de la Mora. DGEEC, 2004.

NATUREZA, TERRITÓRIO E DIREITO: UMA COMPREENSÃO FILOSÓFICA DO DIREITO A PARTIR DA COSMOVISÃO INDÍGENA LATINO-AMERICANA³

*NATURE, TERRITORY AND RIGHTS: A PHILOSOPHICAL
UNDERSTANDING OF RIGHTS FROM THE LATIN-AMERICAN
INDIGENOUS COSMOVISION*

Júlio da Silveira Moreira⁴

RESUMO: Este trabalho relaciona a terra, a natureza e os direitos de amplitude comunitária, buscando a compreensão da cosmovisão indígena latino-americana e da superação do capitalismo. Mostramos como a doutrina racionalista europeia pode ser superada pelo materialismo histórico e dialético e ao mesmo tempo pela cosmovisão indígena. Apontamos a narrativa da Criação no Popol Vuh para demonstrar uma relação não fragmentada entre ser humano e natureza, acrescentando a concepção da Terra como ser vivo, e a compreensão de Mariátegui segundo a qual a vida vem da terra. Por fim, adentramos mais na compreensão do fenômeno jurídico a partir da cosmovisão indígena, ressaltando o direito ao território e à autodeterminação.

PALAVRAS-CHAVE: Cosmovisão indígena. *Anima mundi*. Território. Autodeterminação.

ABSTRACT: *This work relations land, nature and community wide rights, searching the understanding of the Latin-American indigenous cosmovision and the overcoming of capitalism. We demonstrate how the European rationalist doctrine can be overcome by historical and dialectic materialism and indigenous cosmovision at same time. We expose the narrative of Creation in the Popol Vuh to show an unfragmented relation among human being and nature, adding the conception of Earth as a living being and the Mariátegui's understanding the life comes from the land. Finally, we enter in the understand-*

³ Texto construído a partir de comunicação oral apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental, de 10 a 12 de novembro de 2015, em Curitiba, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, e avanços e reflexões posteriores.

⁴ Professor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA). Doutor em Sociologia. E-mail: julio.moreira@unila.edu.br

ding of juridical phenomenon from the indigenous cosmovision, emphasizing the right to territory and self-determination.

KEYWORDS: *Indigenous cosmovision. Anima mundi. Territory. Self-determination.*

INTRODUÇÃO

O direito socioambiental é uma parte importante da crítica ao positivismo jurídico e às práticas de opressão de Estado na América Latina, exatamente porque sua visão vai além da fragmentação entre natureza e seres humanos, que ora pressupõe uma natureza sem seres humanos, ora pressupõe a natureza como mero objeto de satisfação das necessidades humanas.

O direito é especista (doutrina que supõe a superioridade da espécie humana sobre todos os seres vivos, para concluir que estes só existem para servi-la). Afinal, o direito é um fenômeno intrínseco ao capitalismo e sua justificação se baseia na doutrina racionalista europeia, que supõe os humanos como indivíduos egoístas, abstratos e isolados que têm no seu próximo um concorrente e não um pressuposto de existência. Por estar fundado nessa cosmovisão, o direito exclui outras cosmovisões.

O objetivo desse artigo é relacionar elementos que permitam superar a doutrina racionalista europeia e ao mesmo tempo permitam uma crítica do direito a partir da cosmovisão indígena latino-americana e de outras fontes de pensamento transcendental. Esses elementos, relacionados, conduzem às lutas coletivas e históricas contra a opressão, como a afirmação coletiva do território e da autodeterminação.

1 CRÍTICA DA DOUTRINA RACIONALISTA EUROPEIA

Especialmente na Europa entre os séculos XIII e XIX, a burguesia ascendia em processos revolucionários para a superação da ordem social e econômica feudal. A filosofia correspondente a esse processo – o Iluminismo – introduziu avanços importantíssimos no pensamento da humanidade. Por outro lado, como bem demonstraram Marx e Engels, essa filosofia, embora pintasse a si própria como um pensamento universal, estava limitada aos esquemas de raciocínio da classe social que a formulava, e que, por razões de sua própria sobrevivência como classe, excluía os

setores oprimidos dessa sociedade em transição. Ao mesmo tempo em que pretendia romper com o obscurantismo e opressão de uma ordem feudal decadente, formulava o ser humano como indivíduo abstrato e isolado do contexto social. Ao pretender romper com o teocentrismo, instaurava um antropocentrismo baseado na separação entre homem e natureza e cujo critério de separação é a razão. O ser humano (leia-se o ser humano burguês, como bem expuseram Marx e Engels) seria superior aos demais seres por poder raciocinar sobre os problemas da sua vida; a natureza seria meramente instrumental, um conjunto de objetos a serviço do homem.

Naquele contexto histórico-espacial, Marx e Engels sintetizaram uma filosofia oposta à do racionalismo burguês, a partir do ponto de vista da classe que então se consolidava como revolucionária – o proletariado. Essa filosofia é o materialismo histórico e dialético, que inspira um conjunto de pensamentos, ações e ideologias, e que é revolucionário porque expressa o pensamento e o interesse social de uma classe oprimida.

Acontece que se passaram apenas 227 anos desde a Queda da Bastilha, fato histórico associado à Revolução Francesa, e, nesse sentido, a sociedade burguesa é apenas um átomo na relatividade histórica e espacial do universo. Para ficar apenas com as teorias atualmente dominantes, o ser humano existe há 200 mil anos e os seres vivos no planeta Terra há 10 bilhões de anos, e essas teorias nunca foram capazes de apontar a existência de seres vivos fora deste planeta, que é um grão de areia em uma das 100 bilhões de galáxias⁵.

Os chamados povos originários, em todas as partes do mundo – e cuja existência é muito anterior ao feudalismo europeu, – possuíam formas de pensamento que foram rompidas tanto pela ordem social feudal como pela burguesa. Aqui está um dos pontos importante deste artigo: entender uma filosofia que esteja além do pensamento ocidental e de sua linearidade histórica parcial.

O fenômeno sobre o qual examinamos a cosmovisão dos povos originários está envolvido pela relação/unidade entre sujeito humano e natureza. O próprio fato de utilizarmos duas palavras diferentes (sujeito humano e natureza) já mostra como nossa visão limitada está marcada pela divisão e pela separação. Isso vem do nosso esquema de pensamento (marcado por uma linguagem limitada a nossa situação histórica) que separa

⁵ Os dados aqui trazidos foram tomados de fontes de conhecimentos gerais e são imprecisos, porque há diferentes teorias sobre o surgimento do universo e da espécie humana, assim como pela constatação de que o universo é infinito. A finalidade dos dados é permitir um exercício de relativização para mostrar o quanto o que entendemos como história e tempo é parcial e incompleto.

para relacionar. Essa unidade deve ser compreendida como uma relação entre o todo e a parte (unidade recíproca e não separação hermética entre todo e parte). O ser humano como parte da natureza e a natureza como todo integral que se reflete dentro da existência humana.

A separação entre homem e natureza, própria do racionalismo europeu modernista, se imprime na própria base do direito, de todo o fenômeno jurídico em si. O próprio fenômeno jurídico, portanto, é um grão de areia na infinitude das relações universais entre seres vivos. Isso significa que o direito não é um mediador natural e universal nem sequer das relações humanas. Ao mesmo tempo, o direito é um mediador necessário do padrão de sociedade capitalista.

Como aponta Marx (2004) em “A Questão Judaica”, o direito existe como uma defesa do homem egoísta, que vê no seu próximo uma ameaça. Esse direito também tem subjacente a ideia de superioridade do homem sobre a natureza, de que esta existe para servir a ele, de maneira instrumental, fragmentando a existência humana e a colocando no centro de todas as relações. A relação jurídica é uma relação entre sujeitos de direito - os quais, na explicação de Pachukanis (1988) iluminada pela teoria do valor, são o pressuposto para a realização da troca de mercadorias como elemento atômico e universal do capitalismo. Esses sujeitos de direito são humanos dotados virtualmente dos atributos de liberdade e igualdade para portar as mercadorias que são trocadas, aí incluindo sua própria força de trabalho, no caso das relações de produção capitalistas.

O fato é que esse direito, destinado a regular relações e fenômenos específicos, não incorpora em nenhum sentido a natureza como relação, e sim como objeto - que aliás, só pode ser visto, pelas lentes do capitalismo, como mercadoria atual ou potencial (o que no direito civil recebe o nome de bem jurídico), até porquê, o que for da natureza que não puder ser transformado em mercadoria, como o ar que respiramos, não tem nenhuma importância para o direito. Qualquer livro de Parte Geral do Direito Civil, ao explicar a definição de bens jurídicos, deixa isso bem claro.

Estando, assim, qualquer ser não humano excluído da condição de sujeito de direito, qualquer ramo do direito que tente tutelar esses seres - como o direito ambiental ou o direito dos animais - fica truncado em seus próprios mecanismos e regras. Será que os princípios jurídicos de proteção das árvores existem em função das árvores ou em função dos homens? A resposta é clara. Até quando tutela o meio ambiente, esse direito está volta-

do para o interesse de alguns seres humanos, pois são os únicos seres cujo interesse pode ter carácter jurídico (vale lembrar aqui que o conceito de capacidade jurídica é bem mais restrito que o espaço temporal compreendido entre o nascimento e a morte). Até mesmo a ética ambiental consistente no primado de preservação para as gerações futuras, presente nas legislações consideradas mais avançadas e nos tratados internacionais, está imbuída dessa lógica. Deve-se proteger para as gerações futuras de homens, e não porque haja algum sentido próprio na preservação.

O jusfilósofo belga François Ost (1997) tenta lidar com essa problemática, dando exemplos de situações extremas em que a natureza, tutelada pelo direito, ou foi alçada à condição de sujeito, ou foi totalmente substituída. Ele fala que devemos encontrar o vínculo e o limite entre o homem e a natureza, ou seja, entender o que nos une e o que nos separa. Mas até mesmo um filósofo como ele, engajado na questão ambiental e conhecendo o universalismo expresso no que chama de retorno às origens expresso na ideia de *Gaia genatrix*, se trai pelos limites da racionalidade moderna, voltando à mesma separação entre homem e natureza que tenta criticar: “fugindo ao apagamento diante da ‘voz da natureza’, não podemos abster-nos de lhe ditar as notas da partitura”, “seremos sempre nós a dar voz à natureza” (OST, 1997, p. 16).

2 A COSMOVISÃO DO SURGIMENTO DA HUMANIDADE NO POPOL VUH

O livro Popol Wuj (ou Popol Vuh), cujo título pode ser traduzido como livro da comunidade, narra a origem do mundo e do povo *maya k'iche'* (Quiché). Trata-se de uma fonte muito importante para aprofundar na cosmovisão dos povos da América Latina. O tradutor Sam Colop (2012) explica a origem desse texto, que foi transcrito a símbolos latinos entre 1554 e 1558, e cuja tradução mais famosa (porém muito controversa) foi atribuída ao Frei dominicano Francisco Ximenez, entre 1701 e 1703. O texto permaneceu oculto no contexto da colonização da América, até que suas primeiras publicações viessem a aparecer na Europa na segunda metade do século XIX.

*Había un libro original,
que fue escrito antiguamente,
sólo que están ocultos quienes lo leen*

*quienes lo interpretan.
Es grande su descripción
y el relato de cómo se terminó de crear todo el Cielo y
la Tierra [...]
(COLOP, 2012, p. 2)*

Em apertado resumo, quando só havia o Céu e o Mar, a Terra foi trazida debaixo da água pelas divindades Coração do Céu (Uk'u'x Kaj) - um grupo de três divindades, auxiliada pelas divindades maiores (como o Criador e o Formador). A Terra passou a ter um coração: o Coração da Terra. Com a Terra, se formaram as montanhas, vales, e as correntes de água. Então foi plantada uma árvore (Ceiba) para separar o Céu da Terra. Suas raízes alcançavam o inframundo e suas folhas alcançavam o supramundo. E então foram criados os animais, incluindo os veados e pássaros como guardiões da natureza. As divindades então perceberam que os animais não eram capazes de reconhecer sua criação, e então passaram às tentativas de criar os humanos. As primeiras tentativas, a partir do barro e da madeira, foram fracassadas. Os primeiros humanos foram então criados a partir do milho:

*Sólo fueron mazorcas amarillas
mazorcas blancas su carne;
sólo de masa de maíz fueron las piernas
los brazos humanos;
los de nuestros padres primigenios
[...]
Y cuando la creación dio su fruto,
aparecieron los humanos:
hablaron y platicaron;
vieron y
escucharon.
Caminaron y
tocaron las cosas.
Eran muy buenas gentes,
eran hermosas sus facciones varoniles.
Tuvieron respiración
y podían ver;
al punto se extendió su mirada*

*alcanzaron a ver
alcanzaron a conocer todo lo habido debajo del Cielo.
Cuando miraban, al instante observaban y
contemplaban la bóveda del Cielo,
la faz de la Tierra.*
(COLOP, 2012, p. 113-15)

A criação dos primeiros humanos a partir do milho demonstra, sem que seja necessária muita especulação lógica, a dialética de totalidade incluyente entre humano e natureza. O milho é o alimento que dá vida ao humano e conforma sua carne. Ao mesmo tempo, o humano planta o milho para continuar vivendo. Ao mesmo tempo em que o humano dá vida ao milho, obtém daí sua própria vida. Ao plantá-lo, estabelece toda sua cultura e cosmovisão, como demonstrava Bonfil Batalla: “al cultivar el maíz los seres humanos también se cultivaron” (apud VILLA *et al* (orgs.), 2012, p. 11). O milho não é uma coisa, um objeto, é um fruto sagrado da terra que, em ciclos, dá vida e permite a existência da humanidade.

3 A VIDA DO UNIVERSO

Há várias correntes de pensamento que sustentam a existência de vida e, inclusive, de alma, em muitos seres diferentes dos humanos e também dos animais e vegetais. Essa forma de pensamento contribui para a compreensão da relação entre humano e natureza. Para o filósofo espiritualista italiano Giordano Bruno, os planetas, incluindo a Terra, são seres vivos e possuem alma: “si, pues, la tierra y otros mundos son animales en un sentido diferente del de los que comúnmente se consideran tales, son, en todo caso, animales con mayor y más excelente razón” (BRUNO, 1981, p. 120).

O planeta Terra seria uma partícula finita num universo que é infinito. A alma da Terra é uma parte da manifestação absoluta do universo, ou seja, por ser finita é parte, conteúdo, e o universo, infinito, é o todo, continente, que, por ser absoluto, é Deus. A alma é uma manifestação do todo na parte. A alma do planeta é o seu princípio intrínseco e que lhe dá movimento:

La tierra y tantos otros cuerpos, que son llamados astros, miembros principales del universo, así como dan vida y alimento a las cosas que toman su materia de ellos y a los mismos la restituyen, igualmente y aun en mayor grado, tienen la vida en sí; por la cual, con una orde-

nada y natural voluntad, se mueven hacia las cosas por principio intrínseco y por los espacios que les convienen. Y no existen otros motores extrínsecos, que mediante el movimiento de fantásticas esferas lleguen a transportar estos cuerpos, concebidos como enclavadas en aquéllas (BRUNO, 1972, p. 51)

Essa concepção coincide com a visão de Platão (2011) sobre a alma do mundo (*anima mundi*), presente, entre outras obras, no Timeu-Crítias. Essa alma não é só sensitiva, é também intelectiva. Os filósofos gregos, por sua vez, tomaram da filosofia védica (baseada nas escrituras sagradas da Índia) para nutrir essas reflexões.

No livro Srimad Baghavatam [s.d.] (canto 1, capítulo 2, verso 11), se diz que “los trascendentalistas eruditos que conocen la Verdad Absoluta, llaman a esa sustancia no dual Brahman, Paramātmā o Bhagavān”. São três as percepções do mundo espiritual, a Verdade Absoluta: Brahman é a percepção impessoal do universo, o primeiro nível de percepção da natureza divina; Paramātmā é a Superalma, a presença dessa natureza divina no coração de cada ser vivo; e Bhagavān é a chamada Suprema Personalidade de Deus, a condensação da natureza divina na forma pessoal e superior a qualquer ser vivo da natureza material. No famoso diálogo entre Arjuna e Krishna, no livro Baghavad Gita, Arjuna pede a Krishna para ver sua forma universal, para em seguida vê-lo outra vez em sua forma pessoal.

4 COSMOVISÃO INDÍGENA E SUPERAÇÃO DO CAPITALISMO

O Frei dominicano Bartolomé de Las Casas (2016, p. 11-12), nos primeiros anos da colonização da América, empreendeu um profundo conhecimento dos povos originários e uma denúncia radical da Conquista:

[...] que los tiranos inventaron, prosiguieron y han cometido [que] llaman conquistas, en las cuales, si se permitiesen, han de tornarse a hacer, pues de sí mismas (hechas contra aquellas indianas gentes, pacíficas, humildes y mansas que a nadie ofenden), son inicuas, tiránicas y por toda ley natural, divina y humana, condenadas, detestadas e malditas.

[...] el ansia temeraria e irracional de los que tienen por nada indebidamente derramar tan inmensa copia de humana sangre e despoblar de sus naturales moradores y poseedores, matando mil cuentos de gentes,

aquellas tierras grandísimas, e robar incomparables tesoros.

Em diferentes matizes, outros religiosos da época colonial denunciaram a Conquista, a exemplo do jesuíta peruano Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, cuja *Carta a los Españoles Americanos*, de 1792, chegou às mãos de Francisco de Miranda como um manifesto inaugural das revoluções de independência.

No começo do século XX, Manuel González Prada (2003, p. 8) retoma a defesa dos índios e de sua cosmovisão e ordem social.

La organización política y social del antiguo imperio admira hoy a reformadores y revolucionarios europeos. Verdad, Atahualpa no sabía el Padrenuestro ni Calchuima pensaba en el misterio de la Trinidad; pero el culto del Sol era quizá menos absurdo que la Religión católica.

Aqui há maior clareza de sua condição de sujeito revolucionário que se liberta por si próprio e não pela clemência de outros sujeitos. Assim coloca a questão: “La cuestión del indio, más que pedagógica, es económica, es social. ¿Cómo resolverla?”. E conclui:

Al indio no se le predique humildad y resignación, sino orgullo y rebeldía. ¿Qué ha ganado con trescientos o cuatrocientos años de conformidad y paciencia? Mientras menos autoridades sufra, de mayores daños se liberta. Hay un hecho revelador: reina mayor bienestar en las comarcas más distantes de las grandes haciendas, se disfruta de más orden y tranquilidad en los pueblos menos frecuentados por las autoridades. En resumen: el indio se redimirá merced a su esfuerzo propio, no por la humanización de sus opresores. Todo blanco es, más o menos, un Pizarro, un Valverde o un Areche. (GONZÁLEZ PRADA, 2003, p. 10)

Outro intelectual peruano que introduz o carácter revolucionário dos povos originários é Luiz Eduardo Valcárcel, especialmente no livro *Tempestad en Los Andes*, com prólogo de Mariátegui (*apud* VALCÁRCCEL, 1975, p. 11-12).

El “nuevo indio” no es un ser mítico abstracto, al cual preste existencia solo la fe del profeta. Lo sentimos viviente, real, activo, en las estancias finales de esta “película serrana”, que es como el propio autor define a su libro Lo que distingue al “nuevo indio” no es la instrucción sino el espíritu. (El alfabeto no redime al indio.) El “nuevo indio” espera. Tiene una meta. He ahí su secreto y su fuerza. Todo lo demás existe en él por añadidura. Así lo he conocido yo también en más de un mensajero

de la raza venido a Lima.

No es la civilización, no es el alfabeto del blanco, lo que levanta el alma del indio. Es el mito, es la idea de la revolución socialista. La esperanza indígena es absolutamente revolucionaria. El mismo mito, la misma idea, son agentes decisivos del despertar de otros viejos pueblos, de otras viejas razas en colapso: hidúes, chinos, etc. La historia universal tiende hoy como nunca a regirse por el mismo cuadrante.

La reivindicación indígena carece de concreción histórica mientras se mantiene en un plano filosófico o cultural. Para adquirirla - esto es para adquirir realidad, corporeidad, - necesita convertirse en reivindicación económica y política. El socialismo nos ha enseñado a plantear el problema indígena en nuevos términos. Hemos dejado de considerarlo abstractamente como problema étnico o moral para reconocerlo concretamente como problema social, económico y político.

Com essas palavras de Mariátegui, fica clara a aproximação entre o materialismo histórico e dialético e a cosmovisão indígena.

Ao tratar da importância da terra para o Tawantinsuyo (a civilização Inca), Valcárcel (*apud* MARIÁTEGUI, 1969, p. 34) explica:

La tierra en la tradición regnícola, es la madre común: de sus entrañas no sólo salen los frutos alimenticios, sino el hombre mismo. La tierra depara todos los bienes. El culto de la Mama Pacha es par de la heliolatría, y como el sol no es de nadie en particular, tampoco el planeta lo es. Hermanados los dos conceptos en la ideología aborígen, nació el agrarismo, que es propiedad comunitaria de los campos y religión universal del astro del día

Nessa concepção segundo a qual a vida vem da terra, Mariátegui (1969, p. 28) afirma que

La tierra ha sido siempre toda la alegría del indio. El indio ha desposado la tierra. Siente que “la vida viene de la tierra” y vuelve a la tierra. Por ende, el indio puede ser indiferente a todo, menos a la posesión de la tierra que sus manos y su aliento labran y fecundan religiosamente.

Aqui está colocado o significado do direito ao território para se pensar atualmente com apoio na cosmovisão indígena. Assim como o racionalismo constitui o elemento filosófico da ideologia burguesa, a propriedade privada constitui o seu elemento jurídico e econômico. A cosmovisão indígena, supera a concepção burguesa não só no âmbito da filosofia, mas

também em sua noção de território, que também está fundada na integralidade do humano à natureza.

Para essa cosmovisão, a vida vem da terra, e isso tem um significado diferente da objetificação da terra na noção de propriedade privada e sua mercantilização. A terra não é necessária porque é fonte de renda, mas sim porque é fonte de vida, e da própria vida daquele que vive nela. Não basta o próprio conceito de terra, é preciso compreendê-la como natureza, que inclui todos os elementos constituintes da terra, mais a água, o ar, as árvores, as flores, os frutos, os animais e as energias todos esses seres movimentam com sua existência.

5 NATUREZA, TERRITÓRIO E AUTODETERMINAÇÃO

As reflexões trazidas no tópico anterior também trazem repercussão para o direito. Numa rápida e descuidada observação, talvez o campo jurídico que mais se relacione com a ideia da vida da Terra seja o direito ambiental. O que faz certo sentido, já que esse princípio foi lembrado ou reconhecido durante muitas conferências internacionais sobre meio ambiente, no âmbito das Nações Unidas.

Desde 1948, já se falava na criação de uma Carta Mundial para a Natureza. Em 1987, o documento “Nosso futuro comum” (também chamado de relatório Brundtland), buscou mudar a forma instrumental com que a política e a economia humanas encaram a natureza. De aí em diante se popularizou o termo desenvolvimento sustentável, bem como a inclusão das questões sociais e coletivas no conceito de meio ambiente: a pobreza e a injustiça social como obstáculos aos objetivos ambientais. Em 1992 houve a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ou Rio-92. Em 2000, após várias discussões e rascunhos, foi publicada a Carta da Terra, documento que reconhece que a Terra “está viva com uma comunidade de vida única” (2010, p. 10); preconiza o respeito a todos os seres vivos e a responsabilidade universal, e reconhece que “todos os seres estão interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente do uso humano” (2010, p. 12).

Embora tragam avanços e instrumentos importantes para processos de mudança social, as conferências internacionais sobre meio ambiente e textos que delas resultam estão cheios de ilusões. Se um leitor crítico as analisa bem, pode perceber que todo o seu discurso, carregado de roman-

tismo, continua sendo instrumentalista e a-histórico. A leitura atenta da Carta da Terra revela o velho modelo de democracia liberal, uma agenda de mercado e um padrão capitalista de exploração dos recursos naturais.

Voltamos à nossa forma limitada de acessar o conhecimento de forma fragmentada, seguindo a racionalidade europeia moderna, em que o humano é separado da natureza. Quando o direito se dispõe a proteger a natureza, parece que mantém a mesma lógica, só trocando o pólo. Agora, a legislação protege uma natureza sem humanos. São vários os exemplos de políticas públicas e ações de Estado em que se violam direitos humanos com pretexto de proteger a natureza. Podemos observar, por exemplo, conflitos agrários em que coletividades de camponeses em luta pela terra sofreram ações de reintegração de posse fundamentadas no fato de estarem em área de proteção ambiental.

Gabriel Gino Almeida e Théo Marés (2010, p. 104) explicam de que forma, no Brasil, a legislação ambiental se desenvolveu divorciada da legislação civil, dando como paradigmática a falta de diálogo entre o Estatuto da Terra, de 1964, e o Código Florestal, de 1965. Tanto a legislação ambiental quanto a legislação fundiária abordam a mesma Terra. Esses autores propõem um exercício mental de pedir para uma criança de sete anos de idade desenhar a terra sem desenhar as coisas que estão nela. Quando uma criança começa um desenho, ela traça uma linha, que é a terra, e, logo em seguida, desenha as coisas que estão nela: sua família, as árvores, as flores, as casas, o céu. Se tivesse desenhado só a linha, nós mesmos não saberíamos do que se tratava aquele desenho. Ao mesmo tempo, sem a terra, não haveria como existirem as árvores, flores, a família, etc. “Muito embora qualquer ser humano saiba desde seus sete anos, muitas vezes mesmo antes disso, que não há natureza sem terra, o Direito moderno, invenção genuinamente humana, realizou a proeza de separar ficticiamente a terra da natureza”.

Na América Latina, o processo de discussão e aplicação do direito ambiental vem acompanhado de lutas por direitos coletivos:

Aos poucos, índios, quilombolas, comunidades tradicionais e ativistas de movimentos ambientalistas perceberam que sua caminhada deveria ser conjunta, pois não havia fronteira definida entre suas reivindicações. (STEFANELLO, 2014, p. 87).

Coincidimos com esse autor na percepção de que é preciso superar

“a tradicional visão cartesiana que transformou a natureza e mesmo os humanos em objetos e mercadorias”, e que é preciso chegar a uma “nova concepção de direitos, numa perspectiva de simbiose entre todos os seres vivos e demais elementos que compõem a natureza” (STEFANELLO, 2014, p. 96). Agregamos, porém, que, mais que uma concepção de direitos, é preciso superar o capitalismo e construir uma realidade cujas relações entre seres vivos correspondam a essa simbiose. Afinal, dentro do que temos refletido até agora, o fenômeno jurídico e, com ele, a figura do sujeito de direito, são intrinsecamente ligados à sociabilidade capitalista.

É claro, porém, que a prática traz elementos indispensáveis para a reflexão filosófica abstrata, e as lutas por outros tipos de sociabilidades se manifestam como lutas por direitos. Daí retoma sentido falar dos direitos socioambientais nos marcos das lutas das coletividades organizadas e das populações tradicionais.

Agregando as reflexões que trouxemos há pouco sobre a relação dos povos indígenas com a terra, retomando Mariátegui e outros autores, concluímos que as lutas socioambientais estão marcadas pela afirmação coletiva do território e da autodeterminação. E voltamos às conferências internacionais de meio ambiente: no geral, elas não abordam esses temas, porque exatamente aqui estão os elementos de conflito com os interesses das potências econômicas e políticas em escalas mundial e locais.

Antes de aparecer no âmbito das Nações Unidas (pós 1945), os direitos de território e autodeterminação já haviam aparecido no contexto das lutas anticoloniais e por libertação nacional. Aliás, esses direitos têm raiz no direito natural de revolução, afirmado pela própria burguesia europeia em seu momento histórico, quando lutava para derrubar o regime feudal. Afinal, o contrato social que instaura um governo só pode ser mantido se esse governo agir no interesse do próprio povo, que é quem legitima esse poder - aqui se faz mais que claro o sentido de autodeterminação política.

Locke (1998) afirmava:

Donde fica claro que a força e não o direito instalou sobre alguém, embora tenha o nome de rebelião, não constitui contudo ofensa a Deus, mas é o que Ele permite e aprova (LOCKE, 1998, p. 558).

Quando uma longa cadeia de abusos, prevaricações e ardis, tendendo na mesma direção, torna o propósito visível para o povo, que não pode deixar de perceber a que está submetido e de ver para onde está indo, não é de estranhar que ele então se levante e trate de depositar

o mando em mãos que possam garantir-lhe os fins para os quais o governo foi originariamente constituído (LOCKE, 1998, p. 583).

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os direitos declarados como naturais e imprescritíveis são “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Posteriormente, as declarações de direito e constituições foram abandonando o direito de “resistência à opressão” e afirmando cada vez mais “a liberdade, a propriedade, a segurança” em seu sentido formal associado à troca de mercadorias.

No âmbito das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, confirmou essa fragmentação, porém não pôde omitir o direito de resistência, ao declarar que “é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”. Hoje, as próprias potências mundiais imperialistas manipulam populações em nome do direito de resistência para derrubar apenas governos e órgãos de poder que não lhes sejam favoráveis.

Quando o direito de autodeterminação é afirmado nas lutas anticoloniais (sobretudo da América, África e Ásia), soma-se o carácter da relação integral com a natureza e a defesa do território ancestral.

O primeiro artigo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 1966, afirma que “todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos, ou Declaração de Argel, de 1976, é também fruto desses processos de luta anticolonial. Ela começa com um direito elementar: o direito à existência enquanto povo. Essa existência se expande para muitos aspectos: identidade nacional e cultural, território, mobilidade, língua, autodeterminação política e econômica.

Outro documento jurídico internacional que incorpora essa cosmovisão é a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, de 1989, ou Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, também incorpora esse sentido, associando os direitos de autodeterminação e autogoverno com o direito ao território, e proibindo as desocupações forçadas.

Os parâmetros de reconhecimento das terras indígenas no sistema jurídico brasileiro, muito impulsionados por esses documentos internacionais e pelos laudos de antropólogos comprometidos, e sobretudo pelas lutas ininterruptas dos povos indígenas desde a colonização, já têm incorporada essa noção de território, que se diferencia da relação de propriedade privada da lógica do direito civil. A terra não possui apenas elementos materiais, mas também espirituais: aquilo que não pode ser visto importa mais do que o que é visível diretamente aos órgãos dos sentidos. A terra não é simplesmente objeto de uso e satisfação de necessidades materiais; ela é uma expressão do universo, da Verdade Absoluta, da qual o sujeito também faz parte.

A história de colonização na América Latina, assinala uma prática comum, tanto por parte da Coroa Espanhola, como por parte da Coroa Portuguesa: o genocídio e expulsão das terras, em nome da doutrina cristã e do padrão europeu de civilização. Ao mesmo tempo, integrantes de certas ordens religiosas, como os jesuítas e os dominicanos, assumiram decididamente a defesa desses povos frente aos próprios poderes coloniais. Daí resultaram as missões, ou reduções, muito conhecidas na história do sul do Brasil, bem como Argentina e Paraguai. Ao mesmo tempo, essas organizações políticas e territoriais baseadas na solidariedade e lideradas por religiosos católicos, também cumpriram o papel de retirar os povos de seus territórios sagrados. Esse processo de expulsão e genocídio segue até os dias de hoje, assumindo inclusive formas particulares e subjetivas, como a construção cultural do preconceito e da negação da identidade indígena.

CONCLUSÕES

Neste breve artigo, abordamos questões já conhecidas da filosofia e do direito, tal como os limites dos parâmetros filosóficos da modernidade e os dilemas do direito ambiental. Ao mesmo tempo, procuramos ir além dessas questões, submetendo à crítica o próprio método de demonstração científica e abordando elementos transcendentais tais como a cosmovisão indígena e a filosofia da natureza.

Retomar conhecimentos expressos, por exemplo, no livro sagrado maya, o Popol Vuh, e na filosofia de Giordano Bruno, em um trabalho de recorte jurídico, é algo bastante original e que certamente terá sido proveitoso para o leitor ou leitora. Assim como frisar a importância do direito de autodeterminação em qualquer contexto social.

Trata-se de importante ruptura, ao mesmo tempo, com a linearidade da crítica da sociedade burguesa, e com as especulações jurídicas que se deleitam diante de discursos políticos que mencionam o *Buen Vivir* e a *Pachamama*, sem realmente criticar a ação dos governos e do Estado. O que se trata, aqui, é de uma crítica filosoficamente respaldada.

Tem sido muito importante olhar para as doutrinas sociológicas e históricas e para o direito tentando escapar das naturalizações que o nosso limitado padrão de estudo e aprendizagem coloca, tais como a concepção mundo euro-centrada e antro-po-centrada, e o direito centrado no indivíduo isolado.

É claro que nosso conhecimento, e sobretudo nossa experiência, ainda são muito pequenos para abordar esses temas com a maior profundidade e autenticidade. Esse artigo tangencia uma variedade de temas que, tomados separadamente, podem ser ainda muito mais aprofundados. Esperamos que o leitor ou leitora, tendo passado por esses raciocínios e argumentos, possa fazer uma análise crítica, e compartilhá-la, se possível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Gino ; MARÉS, T. . As Reais Consequências da Proeza Jurídica de Separar a Terra da Natureza e dos Povos que a Ocupam. In: SONDA, Claudia; TRAUCZYNSKI, Silvia. (Org.). **Reforma Agrária e Meio Ambiente**: teoria e prática no Estado do Paraná. 01ed.Curitiba: Kairós Edições, 2010, v. 01.

BRUNO, Giordano. *Sobre el infinito universo y los mundos*. 2. ed. Buenos Aires: Aguilar, 1981.

_____. **La cena de las cenizas**. Trad. Ernesto Schettino M. México D.F: UNAM, 1972.

CARTA DA TERRA. Valores e princípios para um futuro sustentável. (Cadernos de Educação Ambiental). Foz do Iguaçu: Itaipu Binacional, 2010.

COLOP, Sam. **Popol Wuj** (edición popular). Guatemala: F&G Editores, 2012.

GONZÁLEZ PRADA, Manuel. **Nuestros indios**. Buenos Aires: Biblioteca Virtual Universal, 2003.

LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevísima relación de la destrucción de las Índias*. Barcelona: Red Ediciones, 2016.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARIÁTEGUI, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. 16. ed. Lima: Amauta, 1969.

MARX, Karl. A questão judaica. In: _____. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do Direito e marxismo**. Tradução Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011.

PRABHUPADA, A. C. Bhaktivedanta Swami. **Baghavat Gita como ele é**. 5. ed. São Paulo: The Bhaktivedanta Book Trust, 2015.

SRIMAD BAGHAVATAM [s.d., s.l.]. Disponível em: <<https://www.vedabase.com/es/sb>>. Acesso em 26 jul. 2016.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. Do direito ambiental aos direitos da sociobiodiversidade: fundamentos e perspectivas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; FERREIRA, Helene Sivini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente (orgs.). **Direito socioambiental**: uma questão para América Latina. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

VALCÁRCEL, Luis E. *Tempestad en los Andes*. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal, 1975.

VILLA, Verónica; ROBLES, Evangelina; GODOY BERRUETA, José.
VERA HERRERA, Ramón (orgs.). ***El maíz no es una cosa:*** es un centro
de origen. Mexico D.F.: Colectivo por la Autonomia (COA), Centro de
Análisis Social, Información y Formación (CASIFOP), 2012.

O DESAFIO CONSTITUCIONAL DA DIVERSIDADE

THE CONSTITUTIONAL CHALLENGE OF DIVERSITY

Isabela de Castro Franco⁶

Guilherme Raimundo da Silva⁷

RESUMO: O desenvolvimento de uma análise paradigmático-cultural da Constituição nos insere numa atividade de reflexão das questões políticas relacionadas à lógica do Estado Moderno e suas implicações no centro destinatário do ordenamento jurídico-político: a dimensão humana. A partir desta perspectiva, este estudo desenvolve, primeiramente, a lógica moderna consubstanciada em um Estado Moderno Nacional uniformizador e excludente, incapaz de se sustentar na sociedade contemporânea complexa e pluralista, bem como na maneira com que os paradigmas modernos se relacionam com a Constituição em perspectiva histórica, se fixando ainda no contexto político e jurídico atual. Em segundo plano o trabalho, propõe-se contextualizar a realidade brasileira em seu nível social, assimilando a diversidade cultural, a questão educacional e ecológica, para compor a proposição de que ainda presencia-se uma ordem política, jurídica e constitucional fundamentada e comprometida com as ideologias modernas. A partir disso o trabalho busca analisar a constituição vigente à luz das constituições latino-americanas e verificar as suas possibilidades de enfrentamento dos desafios postos diante de um Estado brasileiro diversificado, plural e multicultural. Traçada a análise, busca-se, através do auxílio das constituições plurinacionais, a possibilidade de se pensar uma Constituição democrática e plural, comprometida com a dimensão integral humana e ecológica. Para serem atingidos os objetivos o trabalho utiliza-se do método hipotético-dedutivo por meio de uma pesquisa bibliográfica sobre multiculturalismo, estados plurinacionais e constituições democráticas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Estado Moderno. Multicultu-

⁶ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. Área de Concentração: Constitucionalismo e Democracia. Pesquisadora do grupo de pesquisa Margens do Direito. Endereço eletrônico <isabelacfranco@gmail.com>

⁷ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. Área de Concentração: Constitucionalismo e Democracia. Bolsista da Capes. Pesquisador do grupo de pesquisa Margens do Direito. Endereço eletrônico <guilherme.silva.adv@hotmail.com>

ralismo. Democracia Participativa.

ABSTRACT: *The development of a paradigm-cultural analysis of the Constitution places us in a reflection activity of policy issues relating to the logic of the modern state and its implications on the recipient center of the legal-political order: the human dimension. From this perspective, this study develops the modern logic embodied in a national modern state unifying and exclusionary, unable to sustain the complex and pluralistic contemporary society and in the way that modern paradigms relate to the Constitution in historical perspective, is still settling in the current political and legal context. In the background work, it is proposed to contextualize the Brazilian reality in their social status, taking in cultural, educational and ecological issues, to compose the proposition that even witnesses to a political, legal and constitutional order grounded and committed to modern ideologies. From this work seeks to analyze the current Constitution in the light of Latin American constitutions and check their coping possibilities of the challenges posed in front of a diverse Brazilian state, plural and multicultural. Traced the analysis, looking up through the aid of multi-country constitutions, the possibility of thinking a democratic and pluralistic constitution, committed to human and ecological integral dimension. To be achieved the goals the job is used the hypothetical-deductive method through a bibliographic research on multiculturalism, multinational states and democratic constitutions.*

KEYWORDS: *Constitution. Modern State. Multiculturalism. Participatory Democracy.*

INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de análise da Constituição relacionada à lógica do Estado Moderno e seus reflexos no centro destinatário do ordenamento jurídico-político: o humano. Desenvolveremos, primeiramente, a lógica moderna consubstanciada em um Estado Moderno Nacional uniformizador e excludente e como se relaciona com a Constituição em perspectiva histórica e como compreendida na atualidade.

Em seguida, propõe-se contextualizar a realidade brasileira em seu nível social. Ou seja, pretende assimilar a diversidade cultural, a questão educacional e de distribuição de renda, como também a desigualdade ra-

cial. A partir da contextualização da realidade brasileira, busca-se analisar a Constituição de 1988 e suas possibilidades de enfrentar os desafios postos por um Estado de grande diversidade cultural, com um povo diversificado espalhado pelos cinco mil quinhentos e setenta municípios.

Traçado a análise, busca-se, através do auxílio do Estado Plurinacional, possibilidade de pensar novas possibilidades ao Estado Brasileiro em perspectivas de reconhecimento integral do indivíduo plural, da diversidade e a concepção humano-ecológica integral.

1 O ESTADO MODERNO

O Estado Moderno diante da abordagem que se propõe tem como marco teórico o ano de 1492⁸, segundo Henrique Dussel o mito da modernidade desenvolve em duas bases, de um lado o conceito de emancipação racional e de outro a justificação da violência.

Para a construção da modernidade foi essencial a criação dos exércitos e polícias nacionais, bancos e moedas nacionais, além da religião, direito e escolas nacionais, os quais tinham por objetivo último a padronização, a criação de uma identidade nacional para que pudesse repousar e sustentar o Estado moderno (nacional). José Luiz Quadros de Magalhães (2012) discorre que o Estado moderno surge da falência do sistema feudal, de forma que nobres e burgueses se aproximaram do rei para o financiamento de exércitos e para que pudessem manter seus privilégios, em que os exércitos dos novos Estados europeus subjugaram a América (exceto os Estados Unidos), África e Ásia, as quais financiaram suas economias.

Ponto relevante é entender porque a uniformização apresenta-se tão importante no Estado Moderno. Justifica-se que a uniformização é o núcleo da lógica moderna para o capitalismo e para o Estado, necessita-se de padronização para ser possível produzir para consumidores em massa e o Estado ter o controle. Destaca-se que a uniformização é o lado oposto da diversidade, que é ocultada pela modernidade.

Em análise da criação do Estado moderno europeu, observa-se que o rei não poderia se identificar com nenhum grupo étnico específico, ou seja, era necessário criar a identidade nacional, a qual foi construída com base na criação do inimigo comum, o estrangeiro, de

⁸ Vale dizer que é divergente entre pesquisadores uma data e a origem do Estado Moderno, destacando que a abordagem tratada é uma perspectiva dentre outras possíveis.

uma religião comum e de uma economia comum. Magalhães (2012, p. 30) salienta que o Estado europeu se formou com a uniformização dos menos diferentes e com a expulsão dos mais diferentes. Este processo ajuda-nos a compreender fenômenos como o nazismo, o ultranacionalismo, o racismo, e, como até hoje, mergulhados no mesmo paradigma moderno estes Estados e os seus nacionais continuem perseguindo, expulsando ou mesmo matando entres outros que ocupam o lugar “d’eles” em algum momento da história.

Souza Santos (2009, p. 205) nos esclarece que o Estado Moderno surge a partir de uma “simplificação brutal da vida”, sendo a construção do Estado Moderno intimamente ligada à construção de uma identidade nacional, ou em outras palavras, da imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, sociais, para que assim todos reconhecessem o poder do Estado.

Já os Estado nacionais na América Latina se formaram pelas lutas de independência ocorridas no século XIX. Todavia, esses Estados soberanos foram construídos por homens brancos, descendentes de europeus. Os povos originários e afrodescendentes, que eram a maior parte da população, ficaram a margem, excluídos de qualquer concepção de nacionalidade. Se na Europa houve o enquadramento e padronização na construção do Estado nacional, na América Latina não se esperavam que indígenas e negros se comportassem como iguais, fazendo sua exclusão.

1.1 A LÓGICA MODERNA: NÓS *VERSUS* ELES

O projeto moderno é marcado pela visão de mundo do colonizador-vencedor e contraposto a ele, estaria o ‘outro’, que é sempre encoberto pelo mito da modernidade (DUSSEL, 1994, p. 08). Assim, a colonização ocorreu com a justificativa de que a invasão da América era de grande utilidade e seria para o bem de todos, o que se verifica um discurso vazio e aponta na realidade a autodenominação de melhor/ civilizado (europeus) e o inferior/incivilizado (conquistados) (DUSSEL, 1994, p. 69).

Nesse sentido, a racionalidade é utilizada como justificativa de um discurso racional de utilidade e benefício de todos, mascarando o projeto moderno que consiste na vitimização do outro, declarando-o incapaz pela própria condição (DUSSEL, 1994, p. 70).

Apresentando com mais clareza, o conceito de modernidade é de

emancipação pela razão, com respeito às civilizações, com sua respectiva estrutura econômica e política. Mas, de forma oculta é o processo de dominação, de violência que exerce sobre o outro.

Há sempre presente o dispositivo “nós x eles”. O objetivo do dispositivo é sempre de retirar a complexidade que existe em torno de pessoas, que são únicas e singulares. Por isso, utilizam-se as nomeações de grupos, os nomes de grupos que, inclusive, serviram para justificar genocídios. Magalhães (2012, p. 34) aponta que “a palavra ‘judeu’ escondeu toda a diversidade histórica pessoal do grupo de pessoas que são chamadas por este nome. A nomeação é um mecanismo de simplificação e de geração de preconceitos que facilita a manipulação e a dominação”.

Nesse aspecto, atentamos ao fato de que a violência é exercida contra determinado grupo de pessoas, no qual o diferente é expulso, morto, torturado, preso, pois carregam a condição ser o outro, decorrente da lógica binária moderna (nós x eles). “Eles” poderíamos apontar aqui os bárbaros, selvagens, mulheres, negros, ou todo aquele que é considerado estranho e não se encaixa no projeto uniformizador do Estado Moderno. A lógica binária *nós x eles* é narcisista e hegemônica, com a característica de subalternização do outro, de forma que a invasão da América marca o genocídio do diferente, considerado selvagem e menos gente (MAGALHÃES, 2013).

É válido que em determinado Conselho Indígena Sul-americano destacou que os crimes cometidos contra os índios são anteriores aos praticados pelo governo nazista alemão, o qual gerou grande impacto político e jurídico. Sob a mesma lógica, incontáveis negros sofreram pelo mito da modernidade. Assim, os índios seriam as primeiras vítimas do holocausto decorrente de um mito da modernidade, depois os negros, judeus, dentre tantos outros (DUSSEL, 1994, p. 152-153).

Destaca-se que inserimos a lógica moderna a fim de entender como ainda hoje ela se sustenta, quando vemos a marca da desigualdade social, racial e de gênero tratando especificamente do Brasil, ainda com a Constituição de 1988 que tem firmes propositos garantistas de igualdade, sem discriminação de qualquer espécie conforme proclamado no *caput* do artigo 5º⁹.

⁹ Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

1.2 O ESTADO MODERNO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Deve-se se atentar que o Estado moderno surge da aliança entre rei, nobreza e burguesia para a manutenção de privilégios decorrentes da crise no sistema feudal. O segundo passo do Estado moderno é o surgimento do constitucionalismo. Com o amadurecimento da burguesia através de seu crescimento econômico, a mesma não busca apenas a proteção do rei, mas também o poder político. Ressalta Magalhães (2012, p. 45-46) que o constitucionalismo moderno surge com necessidade de segurança nas relações econômicas, fazendo com que exista lei maior que o Estado: a Constituição, a qual tem por significado “segurança”. Nesse sentido, o constitucionalismo nasce liberal e não democrático, sendo que demorou bastante a se democratizar.

Discorre o autor que foi decorrente das lutas no século XIX, principalmente pela classe operária, com a proliferação de sindicatos considerados ilegais e o surgimento de partidos políticos de oposição, que foi conquistado o direito ao voto igualitário masculino, antes o que havia na constituição liberal era a previsão do voto censitário, destinados aos homens brancos, proprietários e ricos. Ainda com o casamento entre democracia e constitucionalismo, destaca-se que a convivência entre o constitucionalismo e democracia é tensa, mas necessária (MAGALHÃES, 2012, p. 50).

Se a constituição é segurança, a democracia é transformação, logo, risco. A sociedade democrática é uma sociedade de risco no sentido de que pode se transformar, estando em mutação permanente. Assim, na busca de equilíbrio entre os conceitos se tem a dicotomia da transformação com segurança, mudança com permanência e o risco minimamente previsível. A base do constitucionalismo é oferecer segurança nas transformações decorrentes de processos democráticos, os quais se apresentam nas emendas constitucionais com limites materiais, temporais e processuais. Assim, a constituição não pode mudar completamente arriscando sua segurança, nem ser imutável, não se adequando às transformações sociais. “(...) A constituição enquanto limite e garantia de um núcleo duro imutável, contramajoritário, que protege os direitos fundamentais das maiorias provisórias” (MAGALHÃES, 2012, p. 50).

Reconhece que a sociedade democrática, inevitavelmente, mudará mais rápido que a constituição e chegará o momento em que esta se torna-

rá ultrapassada, sendo chegada a hora de ruptura. Solucionado pelo poder constituinte originário ilimitado do ponto de vista jurídico e limitado à observância à realidade social, cultural, histórica, econômica.

2 O BRASIL E A CONSTITUIÇÃO: DESAFIOS À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIVERSIDADE

2.1 UM POVO DIVERSIFICADO

Um país com 200 milhões de habitantes, com dimensão territorial continental e de diversidade cultural grandiosa posta por seus povos originários, pelo processo de colonização e, posteriormente, pelas emigrações.

Reconhece-se que no Brasil há 896,9 mil indígenas em todo o território nacional, com 274 línguas¹⁰. Ainda com 13 milhões de analfabetos. Com os maiores números de homicídio entre negros.

Reconhecer o racismo é necessário para romper com ele, uma vez que só podemos modificar algo quando reconhecemos. Mas, principalmente, fortalecer a riqueza gastronômica e cultural dada através dos negros é muito importante. O que vale dizer que entender a diversidade cultural é importante para fortalecer a importância dos negros na construção do Estado Brasileiro.

Decorrente da lógica moderna, a desigualdade social caracterizada por poucos deterem grande parte da riqueza do país, enquanto “outros” ignorados pelo projeto moderno sucumbem à fome e à marginalização em que a forma de reprodução dessas condições, é fortemente assegurada por um aparato penal estatal típico de guerra.

2.2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Pode-se dizer, nas palavras do Ministro Ayres Britto (2012) que a Constituição tem humanismo quase poético, no sentido de que possui o sonho, a idealidade de uma sociedade livre e igualitária, ambiciosa em garantir os direitos fundamentais e efetivar os direitos sociais, com a preponderante preservação da vida.

Todavia, deve-se entender que a Constituição é fruto de um pro-

¹⁰IBGE. Censo Indígena 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomas>> Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

cesso histórico, assim como tudo o que existe enquanto construção permanente. Pois todo o presente é impregnado de passado e, em razão disso, deve-se reconhecer a Constituição de 1988 como fruto da luta democrática devida por um período autoritário. Nesse sentido, Bahia (2012, p. 101-104) aponta a ruptura de um regime ditatorial, decorrente do apoio de setores conservadores de elite. De forma que a Constituição de 1988, ainda que com seu espírito popular, respaldada por emendas populares inseridas em seu texto, conserva “ranços” autoritários que ainda se revelam, como exemplo, nas medidas provisórias e no gigantismo do presidencialismo em detrimento do Legislativo.

Alguns desafios constitucionais para o alcance do efetivo reconhecimento à diversidade necessitam ser postos no jogo político. O fortalecimento do poder local-comunitário é uma questão importante. Apesar da expressiva força de ente federativo dada pela Constituição de 1988, percebe-se que o município ainda carece de recursos e atenção no âmbito do Estado brasileiro. E por um lado não pode ser esquecido que este é exatamente o local no qual as pessoas vivem e por consequência o local mais propício para o processamento das questões democráticas e o reconhecimento das diversidades culturais.

Acredita-se que a Constituição simboliza a unidade de seu povo. Mas será que a Constituição de 1988 reconhece toda a diversidade de seu povo? Ao que se apresenta, a Constituição não reconhece sua origem, como fez a Constituição Equatoriana e Bolivariana quando trata no texto da busca do Bem Viver com fundamento em seus povos originários. O Brasil, devido uma colonização brutal, que, inclusive, retirou os traços identitários através da violência sexual e cultural não se reconhece latino-americano.

Talvez, assim, entendemos a repulsa por parte de alguns na divulgação e reconhecimento do fortalecimento da América Latina, mas de forma paradoxal soa encantador e interessante estudar a União Europeia.

Ainda que a constituição aborde questões sobre demarcação de terras indígenas, garantia da igualdade formal racial e de gênero e aponte como objetivo a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, vê-se a dificuldade de efetivação ante uma mentalidade moderna impregnada em nossa cultura, nossa educação e nossa política.

Tão interessante, porém se faz a desconstrução de nossa hermenêutica constitucional. Se o nosso Estado se considera multicultural, com várias expressões e povos, não é viável interpretar a Constituição de modo moderno,

européu e hegemônico. Do mesmo modo acontece com as constituições dos Estados Plurinacionais que mostram potencial reconstrutivo na Teoria da Constituição e exigem uma hermenêutica não moderna e não hegemônica.

3 POR UMA CONSTITUIÇÃO PLURALISTA E UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVA

O conteúdo racional de uma moral baseada no mesmo respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro é a ideia inclusiva perspectivada por este estudo. Habermas (2007, p. 07) também aponta que a desconfiança moderna diante do universalismo que, sem nenhuma cerimônia, a todos assimila e iguala não entende o sentido da moral solidária responsável e, no ardor da batalha, faz desaparecer a estrutura relacional da alteridade e da diferença, que vem sendo validada por um universalismo bem entendido.

A crise de alteridade imposta pela modernidade impulsionou um alerta aos Estados, no entendimento de que não há como se garantir efetivamente os direitos fundamentais da pessoa humana, sem que se reconheça em primeira instância a diversificação dos povos, para depois se reconhecer a singularidade de cada um. Nesse sentido Bittar (2009) opina que as crises da modernidade afetam classes sociais distintas, e que comprometem inclusive a eficácia dos mecanismos sociais de controle ideológico do estado, tais como a educação, a segurança e a justiça, requerendo a modelação das instituições nacionais. Se a crise é generalizada não se pode então medir quais os sistemas mais afetados pela acentuada decadência do sistema jurídico, político e econômico estatal, mas se pode compreender que as classes sociais menos favorecidas e os grupos culturalmente diversificados sofrem um impacto imediato.

Diante desta crise, eis que é importante frisar a formalização do reconhecimento do outro. Em Derrida isso fundamenta a desconstrução do direito (moderno) e o alcance da justiça. Nas palavras do autor “houve um tempo, nem longínquo nem terminado em que ‘nós os homens’ ‘queria dizer’ nós os europeus adultos machos brancos carnívoros e capazes de sacrifícios” (DERRIDA, 2010, p. 34). Assim tem-se a ideia de que essa justiça – a moderna - sobrepõe o outro – a vítima. “Houve ainda, na espécie humana muitos sujeitos que não são reconhecidos como sujeitos, e recebem tratamento de animal” (DERRIDA, 2010, p. 34). A partir de uma grande interlocução com Levinas, Derrida lança ideia que a justiça é

a relação com outrem. Somente assim teremos um direito infinitamente justo cuja base não é o conceito de “homem”, mas o de “outrem”: A extensão do “direito de outrem” é a de “um direito praticamente infinito” (DERRIDA, 2010, p. 42).

Na perspectiva de alteridade e quebra dos mecanismos de dominação de uns aos outros, tem-se que os Estados plurinacionais latino-americanos apostam na integração política de todos os povos e aproximação ativa entre o poder e a população realizada formalmente.

De fato a democracia representativa no Estado Nacional, aqui tratado como Estado Nacional brasileiro guarda o caráter hegemônico e padronizado proveniente da modernidade e da globalização. Santos (2002, p. 110) analisa que é na política dos movimentos de base, onde o alcance da democracia é ativamente buscado e expandido e que a democracia participativa é concebida, não apenas como desejável, mas como uma forma de organização e uma prática política necessária.

É verificável que sob as condições da globalização, as instituições de democracia representativa nacional são subordinadas ao poder hegemônico global, com suas estruturas políticas e econômicas de decisão, ficando mais distantes e, até mesmo, alienadas das populações. É nesse contexto que a política continuada de democracia participativa iniciada por parte dos movimentos sociais teve uma nova relevância (SANTOS, 2002, p. 110). Na busca pela inclusão do outro e no reconhecimento da diversidade é necessária esta desconstrução democrática a fim de se perspectivar a conscientização, se possível total, de necessidade de transformação paradigmática em relação aos mecanismos de dominação modernos excludentes.

Também entende Fraser (2002, p. 13) que o Estado para alcançar o ideal de justiça e o reconhecimento do outro, deverá requerer arranjos não apenas constitucionais, mas também sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir entre si como pares. São necessárias pelo menos duas condições para que a paridade participativa seja possível. Uma das condições requer que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e garantam iguais oportunidades para alcançar a consideração social.

O reconhecimento de direitos historicamente recusados e ocultados aos povos originários da América Latina é consolidado gradativamente em função da abertura para um canal de comunicação mais estreito entre o Poder Público e os povos culturalmente diversificados.

Nos Estados pluralistas prioriza-se um modelo de institucionalização arvorado na democracia participativa, embora ainda perdurem resquícios do modelo democrático representativo. Assim nesta nova sistemática há representação de diversos grupos sociais na tomada de decisões políticas, sendo que os referidos segmentos participam amplamente das discussões sem qualquer tipo de limitação (GRIJALVA, 2008, p. 53)¹¹. A necessidade do Estado brasileiro não é apenas de uma inscrição constitucional capaz de admitir que diferentes seguimentos sociais integrem o poder, mas de instrumentalização efetiva capaz de propiciar a todas as expressões de cultura existentes a efetiva participação igual nas eleições, nas campanhas e nos partidos políticos, para que se tenha uma remodelação da representatividade, sem falar ainda na abertura efetiva à população nas decisões.

A tomada da gestão estatal sob o aspecto da plurinacionalidade e com essa tendência forçosamente democrática concebe o enaltecimento da figura dos grupos oprimidos e explorados (JÚNIOR; ABRAS, 2010, p. 39), nos quais a exposição acima mostrou o quanto foram considerados inferiores e opostos à cultura entendida como superior nos países europeus.

A reinvenção democrática do Estado, ao incorporar a plurinacionalidade e a democracia na forma participativa apresenta uma emancipação social contra-hegemônica, pois abre as portas para a ascensão de uma sociedade multicultural e plural, sobretudo, do reconhecimento constitucional efetivo dos grupos e povos originários. A ideologia agora parte do pressuposto de que não há cultura dominante de um lado e culturas submissas de outro, mas que o ideal de igualdade deve se amoldar às diferentes formas de expressão tendo o reconhecimento do outro no ápice dos projetos.

As novas constituições latino-americanas servem como modelos a serem seguidos, especialmente pelo Estado latino-americano brasileiro que possui uma vasta diversidade cultural e populacional. Essas novas constituições possuem no conteúdo das regras constitucionais, em sua maioria, a regulamen-

¹¹ Grijalva ainda afirma que este constitucionalismo plurinacional deve ser dialógico, concreto e garantista. Dialógico porque conforme necessário requer a comunicação e deliberação permanente de abordagem do outro, o diferente. O nível constitucional no que diz respeito aos direitos das nacionalidades e povos indígenas deve operar interculturalmente. [...] Concreto porque precisa encontrar soluções específicas e ao mesmo tempo consistentes para situações individuais e complexas, e por sua vez, tais situações devem se generalizar para aplicação em situações comparáveis. Para lograr esse encontro entre a norma e a realidade social e cultural, a integração constitucional deve em si mesma ser intercultural e interdisciplinária. [...] Garantista porque essas soluções resultantes em torno dos problemas concretos devem ter por marco a compreensão e a vigência intercultural dos valores constitucionais institucionalizados nos tratados de Direitos Humanos. (Tradução livre).

tação das questões indígenas, como primeiro pressuposto para abertura de participação das demais culturas. Dentre alguns exemplos do texto constitucional temos a equivalência da justiça indígena à justiça institucionalizada; a garantia de representação dos povos originários no parlamento; a reorganização territorial do país, o que garante autonomia às frações territoriais (departamental, regional, municipal e indígena), cada uma delas podendo organizar suas eleições e administrar os recursos econômicos; e o reconhecimento dos direitos de família e propriedade de cada povo originário, são alguns dos pontos essenciais da nova democracia constitucional (MAGALHÃES; WEIL, 2010, p. 13-26). Tão interessante é também a ideia de ecologia integral em uma dimensão humana. Em nosso território, com um povo que se diz amante da terra e suas origens, há que ser repensada a construção do conceito de natureza como um conceito integral e não mais como um recurso a ser dominado e explorado pelo ser civilizado, condicionando o ambiente às necessidades econômicas. Desconstruindo a ideia moderna que temos a respeito da natureza, iremos consequentemente reconstruir o conceito de pessoa humana, superando a ideia de “indivíduo liberal” que nasce e morre distinto e separado de todos e do ambiente, abrindo espaços para a ascensão do “indivíduo plural” e dinâmico que não se limita a um rótulo (MAGALHÃES, 2013).

A importância de uma teoria da constituição que abrace diferentes expressões e incorpore no seio estatal a valorização do multiculturalismo é capaz de superar a lógica moderna e traçar um olhar mais humano nos aparelhos estatais. Magalhães aposta em uma democracia pautada no consenso, mesmo que provisório, mas não majoritário e hegemônico. Ao contrário da democracia moderna essencialmente representativa, a democracia de um Estado incorporado pela plurinacionalidade vai além dos mecanismos representativos majoritários. Não quer dizer que estes mecanismos não existam, mas, sim, que devem ceder espaço crescente para os mecanismos institucionalizados de construção de consensos (MAGALHÃES, 2012, p. 54).

Ao repensarmos o Estado de modo que seja protagonizado o respeito às diferenças étnicas e culturais, por meio da compreensão da existência de uma sociedade multicultural e plural, inauguramos a construção de um novo paradigma estatal que pode não apenas tolerar, mas introduzir os diferentes povos que compõem o território no núcleo estatal.

A reinvenção democrática propiciada pelo pluriculturalismo ou plurinacionalismo enseja uma democracia participativa e dialógica, não apenas representativa das culturas civilizadas dominantes, mas representa-

tiva de todas as culturas, em especial as que foram historicamente foram ocultadas e que agora, em nome da memória jurídica e cultural clamam pela reconstrução por meio de um efetivo garantismo político.

O desafio constitucional de reconhecimento da diversidade é uma luta contra a uniformização moderna que sempre reagiu aos movimentos políticos e comunitários com violência, exclusão, encarceramento e ocultação. Mesmo que houvesse reconhecimento legal e constitucional da diferença, isso foi sempre feito de modo moderno, isto é, o diferente é admitido, mas não deixa de ser contrário ao padrão. Isso faz refletir que a diferença entra no sistema jurídico de modo infiltrado e com isso surgem os preconceitos. As constituições da Bolívia e do Equador constroem a diversidade como um direito individual e coletivo de modo originário, não de forma infiltrada, isto é, mediante a introdução dos povos diversificados no sistema, mas de forma original mediante a construção de um novo sistema.

O reconhecimento original e integral da diversidade, seja ela humana, coletiva ou ecológica é o caminho para a consolidação da solidariedade e complementariedade das relações sociais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA CONSTITUIÇÃO APTA AOS DESAFIOS POSTOS

Veem-se os múltiplos brasileiros existentes nos 5.570 municípios, com inúmeras possibilidades de existência, que, ainda assim, reconhecem-se pela narrativa de vida comum, nas dificuldades enfrentadas pela inefetividade de uma constituição que sonha, mas que precisa de seu povo para efetivá-la.

Esse povo não pode dizer definir ou conceituar, mas que é fruto da diversidade, e, principalmente por isso não pode negá-la. Vale dizer que o ato de racismo contra negros, índios, pardos é uma violência contra o Estado Brasileiro que existe com a junção de toda a diversidade existente. Da mesma forma que negar a cultura europeia é ir contra também as suas origens, a sua história, que embora de uma violência brutal, assim foi escrita.

O que se pretende dizer é que devemos reconhecer nossa história e a partir dela escrever uma história própria, que não nega suas origens, mas constrói algo diferente a partir da diversidade imposta, que necessariamente passa pelo reconhecimento do outro, pelo respeito à diversidade e consequente negação e rompimento com o Estado Moderno.

Pois, conforme aponta Fernando Brant e Milton Nascimento: “Mas

é preciso ter raça sempre, quem trás na pele essa marca, Maria, mistura dor e alegria” Marias, João, Guarani, Quilombolas, rostos múltiplos de um povo uno, que precisam ter sua singularidade infinita reconhecida. Ou seja, deve-se investir em um pluralismo e consequente condicionamento de uma constituição da América do Sul, em que reconhece de forma latente a diversidade.

Para tanto, a emancipação deve ocorrer nos mais diversos planos, na forma de educação, no âmbito democrático, de criação de mecanismos dialógicos que deve conseguir escutar todos os rostos que compõe o Estado, de forma que o município pode ser instrumento para uma democracia participativa.

Creemos que as mudanças constitucionais ou paradigmáticas estatais não ocorrerão apenas através do sonho de um mundo melhor. Essas mudanças ocorrerão como resultado do movimento das leis das sociedades humanas (AVELÁS NUNES, 2012, p. 182). E os povos organizados podem acelerar esse movimento.

É preciso inclusive revestir de humanismo as práticas legais e os movimentos institucionais do Estado nacional. Os povos unidos devem percorrer um caminho estreito, árduo, a serviço do bem comum. Não a serviço do capital ou do poder, da imposição ou dominação, mas a serviço da socialização, da solidariedade, do respeito e da paz. E como diz o poeta se o sonho comanda a vida, a utopia ajuda a fazer o caminho. Encerramos com Chico Buarque de Holanda “apesar de você amanhã há de ser outro dia”.

REFERÊNCIAS

AVELÁS NUNES. Antônio. Europa neoliberal e a crise do capitalismo. In: **Revista Prima Facie**, João Pessoa, v. 11, n. 21, Ano 11, jul-dez, 2012.

BRITTO, Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAHIA. Alexandre Melo Franco *et. al.* In: **Constitucionalismo e Democracia**. Coord. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo *et. al.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DERRIDA, Jacques. Do direito a Justiça. In: **Força de Lei: O fundamento**

místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUSSEL, Enrique. **1492**. El encubrimiento del Otro. Hacia el mito de la modernidad. La Paz: Plural Editores, 1994.

FRASER, Nancy. A Justiça Social na Globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. Trad. TAVARES, Teresa. In.: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.63, outubro de 2002.

GRIJALVA, Augustin. El Estado Plurinacional e Intercultural en La Constitución Ecuatoriana Del 2008. In: **Revista Ecuador Debate**. 2008.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

IBGE. **Censo Indígena 2010**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomias>> acesso em 02 de fev. de 2015.

JUNIOR, Luiz Márcio de Siqueira; ABRAS, Michele. A autodeterminação dos povos no Estado Plurinacional: Da integração latino-americana à objeção dos efeitos perversos da globalização. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v.13, n. 26. 2010.

MAGALHÃES. José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Direito à diversidade individual e coletiva e a superação de uma teoria da Constituição Moderna**. 2013. Disponível em: <<http://jlqm1962.blogspot.com.br/2013/11/artigo-direito-diversidade-individual-e.html>> Acesso em 25 de fevereiro de 2015.

_____; WEIL, Henrique. **Bioética no Estado de Direito Plurinacional**. In: Revista de Direitos Culturais, vol. 5, no. 8, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia**: Os cami-

nhos para uma democracia participativa. (Org.) Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

OS POVOS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E ARGENTINA: UMA ANÁLISE SEGUNDO A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

I POPOLI INDIGENI NELLE COSTITUZIONI BRASILIANA E ARGENTINA: UN'ANALISE SECONDO LA DICHIARAZIONE DELLE NAZIONE UNITE SUI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI

Kelly Cristina Canela¹²

RESUMO: A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, de 2007, é um relevante instrumento para a busca da efetivação dos direitos humanos dos povos indígenas. Através desta Declaração foi reconhecida uma série de direitos individuais e coletivos aos indígenas, tais como direito à diferença, à não discriminação, ao reconhecimento das culturas e das práticas tradicionais indígenas, as quais estão ligadas à ideia de sustentabilidade, direito das crianças indígenas etc. No direito brasileiro, desde a Constituição de 1934, foram consagrados direitos territoriais aos indígenas. Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1988 houve um amplo reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, superando a legislação anterior, inclusive o Estatuto do Índio, Lei nº. 6001 de 1973. Abandonando a perspectiva de assimilação e integração dos indígenas ao ambiente socioeconômico nacional, o art. 231 da Constituição de 1988 reconhece, além dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, os direitos à organização social, aos costumes, à língua, às crenças e tradições. Na Argentina, a discussão sobre a tutela dos direitos indígenas ganhou maior destaque a partir da década de 80, com a retomada a democracia. Porém, foi através da reforma de 1994 que houve a incorporação do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas quanto à sua pré-existência étnica e cultural (art. 75 da Constituição Nacional). A estes povos são reconhecidos, dentre outros, o direito a uma educação bilíngue e intercultural, bem como a participação na gestão de seus recursos naturais e de outros assuntos que os afetem. Através dos métodos dialético e comparatístico, o presente trabalho busca compreender o tratamento que as Constituições do Brasil e da Argentina oferecem no

¹² Professora Doutora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Campus de Franca. E-mail: kellyccanela@gmail.com.

que tange aos direitos dos povos indígenas. A comparação entre o direito constitucional destes países e o confronto desta análise com os direitos humanos dos povos indígenas reconhecidos pela Declaração das Nações Unidas será capaz de demonstrar em que medida tais países latino-americanos possuem um direito apto a garantir o reconhecimento, a promoção e a proteção dos direitos pertencentes à população indígena tutelados na ordem internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Povos indígenas. Direito constitucional.

RIASSUNTO: *La dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, del 2007, è una guida importante per il perseguimento della realizzazione dei diritti umani delle popolazioni indigene. Con tale dichiarazione sono stati riconosciuti una serie di diritti individuali e collettivi degli indigeni, come il diritto alla differenza, di non discriminazione e il riconoscimento delle culture indigene e pratiche tradizionali, che sono collegati all'idea di sostenibilità, diritti dei bambini indigeni ecc. Nel diritto brasiliano, sin dalla Costituzione di 1934, i diritti alla terra sono stati dedicati agli indigeni. Tuttavia, solo con la Costituzione federale del 1988 c'è stata un ampio riconoscimento dei diritti delle popolazioni indigene, superando la precedente normativa, tra cui lo statuto del indigena, la legge n. 6001 del 1973. Abbandonando la prospettiva di assimilazione e di integrazione degli indigeni all'ambiente socio-economico nazionale, l'art. 231 della Costituzione del 1988 riconosce al di là dei diritti per le terre tradizionalmente occupate, i diritti di organizzazione sociale, costumi, lingua, credenze e tradizioni. In Argentina, la discussione sulla tutela dei diritti dei popoli indigeni ha assunto maggiore importanza sin dagli anni '80, con il ritorno alla democrazia. Tuttavia, è stato attraverso la riforma del 1994 che ch'è successo il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni per la loro preesistenza etnica e culturale (art. 75 della Costituzione Nazionale). A costoro sono riconosciute, tra gli altri, il diritto a un'educazione bilingue e interculturale, nonché la partecipazione nella gestione delle loro risorse naturali e altre questioni che li riguardano. Attraverso i metodi dialettico e comparativo, questo articolo cerca di capire il trattamento che le Costituzioni del Brasile e Argentina dispongono per quanto riguarda i diritti delle popolazioni indigene. Il confronto tra il diritto costituzionale di questi paesi e il confronto di questa analisi con i diritti umani dei popoli indigeni riconosciuti*

dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite, sarà in grado di dimostrare in che misura tali paesi latinoamericani hanno un diritto adatto per garantire il riconoscimento, la promozione e la protezione dei diritti appartenenti alla popolazione indigena tutelati nell'ordine internazionale.

PALORE CHIAVE: *Diritti Umani. Popoli indigeni. Direito constitucional.*

INTRODUÇÃO

A busca pelo reconhecimento e efetivação dos direitos dos povos indígenas tem sido uma longa e sofrida luta presente em toda a América Latina e no mundo. Ao longo da história, foram retirados dos indígenas suas terras, suas tradições, suas identidades e suas vidas. Jamais, porém, conseguiram lhes tomar a força para lutar.

O poder econômico e a ignorância humana cegaram a civilização dominante, a qual identificou os indígenas como povo não civilizado e que deveria necessariamente abandonar suas tradições para se integrarem a mais elevada cultura, ao modo de vida “civilizado”. A verdade, porém, é que não existe superioridade de culturas. Toda cultura produzida pelos homens constitui o patrimônio cultural e a maior riqueza da humanidade.

Vários Estados reproduziram, por muito tempo, em suas legislações, normas de caráter discriminatório e, desta forma, legitimaram um verdadeiro atentado à diversidade cultural e à dignidade dos povos indígenas.

Num mundo em que se valoriza cada vez mais a sustentabilidade, passamos a observar o surgimento de normas nacionais e internacionais que reconhecem a relação espiritual e, portanto, sagrada, entre os povos indígenas e suas terras e recursos naturais. A relação dos indígenas com a natureza e seus conhecimentos ancestrais são de extrema relevância para o atual estágio de desenvolvimento das nações.

Vivenciamos, no momento presente, uma ruptura paradigmática no que tange ao direito que disciplina as questões indígenas. É preciso compreender e estudar estas questões para possibilitarmos a real tutela destes povos e para a necessária difusão do conhecimento e conscientização de toda a humanidade.

No presente trabalho, busca-se compreender o caminho evolutivo e a atual importância da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas.

Após esta análise, serão abordadas as normas constitucionais do Brasil e da Argentina sobre as questões indígenas para compreender a situação jurídica de cada país em confronto com a citada Declaração e entre si. Além disso, serão indicados os avanços e os atuais desafios que estes países enfrentam no âmbito da tutela dos povos indígenas.

1 DOS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE TUTELA DOS POVOS INDÍGENAS ATÉ 1989

Embora o presente trabalho esteja concentrado na análise da Declaração das Nações Unidas, importa destacar alguns relevantes instrumentos internacionais que trataram especificamente da questão indígena, não desconsiderando o fato de que o Direito dos Povos Indígenas também deve ser analisado à luz do Sistema Interamericano de Proteção e Promoção do Direitos Humanos. O objetivo desta abordagem é possibilitar a compreensão evolutiva do tema no que tange aos instrumentos internacionais.

Em primeiro lugar, interessa mencionar a Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano, concluída em Patzcuaro, no México, em 1940. Esta Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro através do Decreto Legislativo n. 55, de 17 de julho de 1953, e promulgado pelo Decreto n. 36.098, de 19 de agosto de 1954.

Consta, no seu preâmbulo, o reconhecimento de que as questões indígenas dizem respeito a toda a América, sendo que muitos dos seus países enfrentam problemas praticamente idênticos. Esta seria uma das justificativas para a criação deste Instituto. Visando elucidar estes problemas foram propostas as criações de alguns órgãos: um Congresso Indigenista Interamericano, o Instituto Indigenista Interamericano e os Institutos Indigenistas Nacionais.

Observa-se que a finalidade da criação dos mencionados órgãos foi a formulação de produção científica e técnica, bem como de debates, para servir de apoio à formulação da política indigenista dos diversos países.

A Convenção de Patzcuaro representou um grande avanço para o enfrentamento da questão, mas pode ser observado que ainda não havia sido consagrada a ideia da participação democrática dos povos indígenas nas tomadas de decisões. No art. 4.2, alínea “e”, consta que, dentre as funções do Instituto, está solicitar, coletar, ordenar e distribuir informações sobre as recomendações feitas pelos próprios indígenas nos que tange aos

assuntos de seu interesse. São, portanto, recomendações, mas não atuação ativa na tomada de decisões sobre as políticas indigenistas.

As próximas convenções foram elaboradas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), porém, não dizem respeito apenas ao tema do trabalho e seguridade social. Tais normas abordam propriamente uma ampla tutela dos Direitos Indígenas.

A Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Populações Indígenas e outras Populações Tribais em Países Independentes, de 5 de julho de 1957, foi ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, sendo denunciada posteriormente em razão da ratificação da Convenção 169 pelo Brasil em 2002.

Observa-se, pelo Preâmbulo da Convenção 107, que eram três os seus principais objetivos em relação às populações indígenas e às populações tribais: proteção, integração e melhoria das condições sociais e trabalhistas.

Tratando de diversos assuntos em trinta e sete artigos, além da análise das condições de emprego, formação profissional, segurança social e saúde (arts. 15 a 20), esta Convenção destacava outras questões como as terras indígenas e a educação.

Quanto à disciplina das terras (arts. 11 a 14), garantia-se o direito de propriedade, coletivo ou individual, sobre as terras ocupadas tradicionalmente e a proibição de deslocamento destes povos dos seus territórios. Tal deslocamento, todavia, era permitido excepcionalmente diante dos seguintes motivos: segurança nacional, interesse do desenvolvimento econômico do país ou interesse da saúde destas populações. Neste caso, a população deslocada de suas terras deveria receber outras terras de qualidade ao menos igual à sua ou, se preferisse, simplesmente a indenização (art. 12.2).

No que tange à educação (arts. 21 a 26), fica clara a ênfase dada ao aspecto da integração e não à preservação da identidade cultural. A preocupação era garantir a tais populações o acesso à educação de forma isonômica em relação ao resto da comunidade nacional (art. 21). Deveria ser assegurado às crianças o ensino em língua materna, devendo, porém, haver uma transição progressiva da língua materna à língua nacional. Apenas na medida do possível deveriam ser tomadas medidas para a preservação da língua materna (art. 23).

A Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais, foi adotada em 27 de junho de 1989. Sua aprovação, pelo Congresso Nacional Brasileiro, ocorreu através do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e sua promulgação foi realizada por meio do De-

creto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Na Argentina, esta Convenção foi aprovada pela Lei n. 24.071, de 1992. Neste país, a ratificação ocorreu em 2000.

Trata-se de uma revisão da Convenção 107 da OIT. Na realidade, é possível verificar uma verdadeira ruptura de perspectiva, uma nova fase do reconhecimento dos Direitos dos Povos Indígenas. Com esta Convenção, pode-se falar propriamente de um direito descolonizador (GOMIZ; SALGADO, 2010, p. 23).

Busca-se eliminar a orientação assimilacionista que esteve presente nas normas precedentes e atribuir poder a estes povos para assumirem “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram” (Preâmbulo da Convenção). É reconhecida, desta forma, a autonomia destes povos e, nos termos do Preâmbulo, a sua contribuição para a formação da diversidade cultural e da harmonia social ecológica da humanidade.

Segundo esta Convenção, no seu art. 2º, a promoção e defesa dos direitos dos povos indígenas devem ser realizadas através da atuação coordenada e sistemática dos governos, com a participação dos povos interessados. A partir deste momento, observa-se uma inversão de perspectiva, na medida em que estes povos deixam de ser “guiados” pelo Estado que os integram à cultura nacional e passam a ser sujeitos ativos na definição de seu futuro. O Estado deveria deixar de dominar para estabelecer um diálogo e fornecer meios de implementação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas.

Superando a concepção assimilacionista e integracionista, a Convenção reconhece que tais povos possuem o direito de conservar seus costumes e suas instituições próprias, desde que não violem os direitos fundamentais nacionais e os direitos humanos consagrados internacionalmente. Além disso, os seus costumes, bem como o seus direitos consuetudinários devem ser levados em consideração quando o direito nacional a eles forem aplicados (art. 8º).

O art. 13 desta Convenção reconhece o caráter especial que a relação entre estes povos e as suas terras ocupadas tradicionalmente exercem para a sua cultura e seus valores espirituais. Esta seria uma das razões para a especial tutela dos direitos à posse e à propriedade e para a proibição do traslado destes povos de suas terras. Segundo o art. 16. 2, o traslado e o reassentamento são excepcionais, apenas podendo ocorrer:

[...] com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados .

Observa-se não apenas a necessidade do devido processo legal, mas também do diálogo, da consulta, da participação dos povos indígenas nas decisões que interferem diretamente nos seus interesses. Não basta a simples aplicação da lei. Aliás, neste mesmo sentido, cabe mencionar que o Estado deve consultar os povos interessados antes de autorizar a exploração de recursos naturais existentes nestas terras (art. 15).

Por fim, resta mencionar que, no tocante à educação, deve ser garantido ao povo indígena a oportunidade de dominar a língua oficial da nação e o acesso a todos os níveis de ensino, “pelo menos em condições de igualdade com o restante da comunidade nacional” (art. 26). Todavia, há o cuidado de preservação e difusão da língua original das comunidades indígenas, devendo “ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas” (art. 28).

Esta mudança paradigmática foi o caminho necessário para se chegar à Declaração da Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

2 DA DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Diferentemente das convenções internacionais, que são normas cogentes, as declarações não possuem força obrigatória (são espécies de *soft law*). Contudo, elas são um fundamental instrumento que direciona a construção dos direitos futuros, além de servir como parâmetro hermenêutico para a aplicação do direito e referência para a construção de políticas públicas.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada em 13 de setembro de 2007. É um documento recente, extenso, complexo, sendo composto por quarenta e seis artigos. Pode-se afirmar que a Declaração consolida a ruptura paradigmática mencionada anteriormente e avança muito nas conquistas, restando

para os Estados a concretização das mesmas¹³.

Cria-se um parâmetro aberto de reconhecimento de direitos, apresentando como única limitação a lei fundamentada no respeito às normas internacionais de direitos humanos¹⁴. Consoante o art. 43, a Declaração elenca apenas as “normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo”.

Este instrumento internacional ainda apresenta os sete princípios que devem nortear a interpretação dos seus dispositivos: 1) justiça; 2) democracia; 3) respeito aos direitos humanos; 4) igualdade; 5) não-discriminação; 6) boa governança; e 7) boa-fé.

É importante mencionar algumas das informações apresentadas no Preâmbulo desta Declaração das Nações Unidas e que representam a atual concepção que deve nortear a reconhecimento e tutela dos Direitos Indígenas.

Há o reconhecimento expresso das históricas injustiças sofridas pelos povos indígenas “como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses”.

E tais injustiças continuaram a ser praticadas pelas diversas nações ao longo da história sob o manto da igualdade formal fundada na pretensa superioridade não apenas econômica, mas também cultural, de um povo. Neste sentido, consta na parte introdutória da Declaração que todos os povos são iguais e contribuem com suas diversidades culturais para a formação de um patrimônio comum da humanidade.

Aos povos indígenas é necessário ser ofertado igual tratamento oferecido aos demais povos, devendo ser respeitados os seus conhecimentos¹⁵, suas práticas tradicionais, concepções religiosas e culturais, bem

¹³ Segundo o Preâmbulo da Declaração da Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, de 2007, os Estados são incentivados a cumprirem e aplicarem com eficácia as normas internacionais sobre a tutela dos povos indígenas, com a consulta e cooperação destes.

¹⁴ Art. 63.2: “No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática”.

¹⁵ O conhecimento produzido pelos povos indígenas geram direitos relativos à propriedade intelectual. Eles “têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais” (art. 31).

como suas instituições. A não obediência a esta regra configura discriminação e racismo.

Não é por outra razão que consta expresso no Preâmbulo o seguinte:

[...] todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendem alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas.

Diversos temas são tratados nesta Declaração, cabendo destacar apenas os seguintes: a) a autodeterminação do povo indígena; c) consulta, cooperação de boa-fé e participação na tomada de decisões; c) questão territorial; e d) educação.

Segundo o art. 3º da Declaração, os povos indígenas possuem o direito de definirem os seus destinos, o direito de autodeterminação nas esferas política, de desenvolvimento econômico, social e cultural. É a completa superação das políticas assimilacionistas e integracionistas¹⁶. O artigo seguinte afirma que deve ser garantido o direito ao autogoverno para a direção das questões internas e locais, assim como os meios financeiros suficientes para o exercício desta atividade.

A consulta e a cooperação de boa-fé com povos indígenas são elementos fundamentais para a atuação e legitimação dos atos estatais neste campo. Elas devem estar presentes antes da adoção e aplicação de “medidas legislativas e administrativas que os afetem” (art. 19). Elas também precisam ser realizadas, *u. g.*, na hipótese do art. 32.2, sobre aprovação de projetos de exploração de recursos naturais:

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.

¹⁶ Neste sentido, cabe mencionar o art. 8º: “1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de: (...) d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas”.

O direito de participar, através de seus representantes, das tomadas de decisões nas questões pertinentes aos seus interesses está assegurando no art. 18.

Consoante o art. 25, existe uma relação espiritual entre os indígenas e a terra, bem como recursos naturais:

Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

Em razão desta estreita relação, é conferida uma especial tutela jurídica em relação à terras, territórios e recursos naturais pertencentes originariamente aos indígenas. O traslado destes povos de suas terras e territórios só é admitida mediante “o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados” e “um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso” (art. 10).

Quanto à indenização, “se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada”, havendo a possibilidade de solução diversa, desde que estabelecida de forma livre pelos povos interessados (art. 28. 2).

Quanto à educação, observa-se uma alteração de grande relevância. Os povos indígenas têm o direito, seguindo seus próprios métodos, de estabelecer e controlar os seus sistemas e suas instituições educativas, as quais devem oferecer o ensino em sua língua original (art. 14). Além disso, os indígenas possuem direito, em especial as crianças, de acesso, sem qualquer discriminação, a todos os níveis de ensino da educação nacional.

Esta declaração, embora recente, já ensejou relevantes alterações constitucionais em diferentes países da América Latina, cabendo verificar a situação do Brasil e da Argentina neste contexto.

3 A TUTELA DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A primeira Constituição brasileira a disciplinar o direito dos indi-

genas foi a Constituição de 1934. No seu art. 129, era garantido o direito à posse das terras ocupadas permanentemente, vedando-se a possibilidade de alienação destas terras.

As Constituições posteriores também trataram deste tema, porém sempre permanecendo nas perspectivas de assimilação e integração dos índios à comunidade nacional, ou seja, sem respeitar os valores culturais, espirituais e tradicionais destes povos. Os indígenas eram estigmatizados e tratados com discriminação pela própria ordem jurídica. Foi justamente a Constituição de 1988 que alterou esta perspectiva, reconhecendo-se a plena dignidade dos povos indígenas, ao menos no plano teórico constitucional.

Para contextualizar esta transição, cabe mencionar as diferentes fases de abordagem do tema conforme a espécie de intervenção governamental do Estado brasileiro (LUCIANO, 2006, p. 70).

A primeira fase de tutela dos indígenas tem início com a atuação governamental tutelar. Os índios eram considerados pessoas relativamente incapazes e não apenas no sentido jurídico. Diante deste fato, em 1910, foi criado um órgão para representá-los e protegê-los contra os contínuos abusos, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que, desde 1967, foi substituído pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Este sentido de incapacidade relativa e necessidade de tutela estatal ficaram expressamente consagradas no art. 4º, inc. III, do Código Civil de 1916, o qual utilizava o termo “silvícolas”. Importa mencionar que os índios não são mais elencados entre os relativamente incapazes pelo Código Civil de 2002. Segundo o parágrafo único do art. 4º desta codificação, “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

O Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 1973, pode ser inserido ideologicamente nesta primeira fase, haja vista que, apenas em 1989, com a Convenção 169 da OIT, vamos presenciar, no âmbito internacional, uma ruptura paradigmática na abordagem da questão indígena. Existe o Projeto de Lei n. 2.057, de 1991, que busca a aprovação do Estatuto das Sociedades Indígenas. Há uma urgente necessidade de retomar os debates legislativos para ajustar a legislação infraconstitucional brasileira aos ditames das normas internacionais que tutelam os direitos humanos dos povos indígenas.

A segunda fase, mencionada por Luciano (2006, p. 72), é caracterizada pela tutela não governamental, especificamente pela atuação da Igreja

Católica renovada¹⁷, bem como por organizações não governamentais¹⁸. Ela teve início na década de 70 e estes agentes foram fundamentais, influenciando, inclusive durante o momento de retomada da democracia, as discussões que deram ensejo à Constituição de 1988.

Por fim, a presente fase é caracterizada pela atuação governamental contemporânea de reconhecimento dos direitos originários. Este é um momento de ampliação de diálogo e cooperação entre o Estado e os povos indígenas. Foram criados vários órgãos em diferentes ministérios, rompendo com a autonomia e representatividade hegemônicas da FUNAI. Novas políticas públicas vão sendo delineadas à luz da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Todavia, cabe destacar que ainda há uma grande distância entre o reconhecimento e a tutela efetiva dos direitos indígenas. Neste sentido, cabe mencionar o posicionamento de Luciano (2006, p. 74):

[...] o fato marcante desse período foi a superação teórico-jurídica do princípio da tutela dos povos indígenas por parte do Estado brasileiro (entendida como incapacidade indígena) e o reconhecimento da diversidade cultural e da organização política dos índios. Digo teórico porque até hoje esta mudança na Letra da Lei não foi implementada na prática. A FUNAI, por exemplo, continua atuando a partir da orientação da tutela e do não-reconhecimento das organizações indígenas como interlocutoras diretas e legítimas dos povos indígenas. Outro exemplo pode ser o fato de que algumas políticas públicas destinadas aos povos indígenas, principalmente no âmbito da FUNAI, continuam insistindo na formulação e na execução das tomadas de decisões com pouca ou nenhuma participação indígena e sem qualquer envolvimento compartilhado de responsabilidade. Daí, a permanente crítica dos índios ao órgão.

A Constituição Federal de 1988, mesmo sendo um corpo legislativo extenso, disciplinou o tema de forma breve em dois artigos, apresentando de forma ampla alguns direitos, deixando para o legislador infraconstitucional a análise específica de outros temas. Certamente impulsionada pelos novos paradigmas internacionais, está em vigência, no Brasil, o Decreto n. 6.861, de 2009, sobre

¹⁷ Através de pastorais específicas voltadas para obras assistenciais, ou por meio do Conselho Indigenista Missionário (CIM), responsável por denúncias e atuações políticas.

¹⁸ Mencionam-se, a título de exemplo, algumas organizações citadas por Luciano (2006, p. 72): Operação Amazônica Nativa (OPAN), Comissão Pró-Yanomami (CCPY), Instituto Socioambiental (ISA) etc.

Educação Escolar Indígena, e o Decreto n. 7.742, de 2009, sobre a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas (PNGATI).

É curioso destacar que no ano seguinte ao da promulgação da Constituição de 1988, exatamente em 1989, foi aprovada a Convenção 169 da OIT. É grande o mérito da Constituição de 1988 que, mesmo sendo aprovada anteriormente à Convenção Internacional, já apresenta uma ruptura com a visão de integração e assimilação.

Observa-se, no texto constitucional, um grande destaque no que tange à questão territorial e ao aproveitamento dos recursos naturais.

O Capítulo dedicado aos índios está inserido, na Constituição Federal, no Título VIII, sobre a Ordem Social, especificamente nos arts. 231 e 232.

O art. 231 reconhece a autonomia dos povos indígenas e a dignidade de suas culturas e tradições, as quais devem ser respeitadas e preservadas. Desaparece por completo a indicação de assimilação cultural. São reconhecidos seis direitos mínimos: organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários sobre as terras.

As terras indígenas devem ser demarcadas e protegidas pela União, sendo inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis (art. 231, *caput* e § 4º).

Os incisos do art. 231 tratam exatamente da questão da terra e da exploração dos recursos naturais. Os indígenas têm o direito de posse – a Constituição não confere o direito de propriedade individual ou coletiva – permanente das suas terras ocupadas tradicionalmente, bem como o usufruto exclusivo dos seus recursos naturais (§ 2º). Porém, o Congresso Nacional pode autorizar a exploração dos recursos hídricos ou das riquezas minerais nas terras indígenas desde que observados dois requisitos: 1) as comunidades afetadas devem se consultadas (“ouvidas”); 2) tais comunidades possuem, nos termos da lei, direito de receberem participação nos resultados da lavra (§ 3º). Cabe destacar que este tema gera grande potencial de conflito em razão da relação espiritual que liga estes povos às suas terras e recursos naturais. A existência digna da comunidade indígena está ligada ao uso sustentável das suas terras e de seus recursos naturais e não à exploração econômicas destes. Outra crítica que pode ser formulada aqui é o poder praticamente absoluto que o Congresso Nacional tem nesta esfera.

Quaisquer atos de ocupação, domínio ou posse de terra ou de recursos naturais indígenas são nulos e extintos, não produzindo, desta forma, efeitos jurídicos. O § 6º do art. 235 oferece, como exceção a esta regra,

atos fundados no “relevante interesse público da União”, segundo o disposto em lei complementar. Em caso de nulidade e extinção de atos, não é lícito o ajuizamento de ações ou pedido de indenização em face da União, salvo na hipótese de “benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”.

É vedada a remoção de povos indígenas, salvo suas exceções, *ad referendum* do Congresso Nacional: 1) catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população; ou 2) interesse da soberania nacional. Cessado o risco, deve ser garantido o retorno imediato. Conclui-se, assim, que o traslado da população somente ocorrerá em casos reais de perigo/ urgência, seja para a comunidade indígena, seja para a soberania nacional (§ 5º). Uma crítica que pode ser formulada a respeito deste dispositivo, em confronto com a Declaração das Nações Unidas já analisada, reside no fato de não haver uma consulta prévia e informativa aos povos interessados ou, nos termos no art. 10 da Declaração, não haver “o consentimento livre, prévio e informado dos povos”. Mesmo no caso de perigo ou urgência, há a necessidade de constante diálogo e cooperação de boa-fé entre o Estado e os povos indígenas.

A capacidade processual individual e coletiva dos indígenas está garantida no art. 232.

4 A TUTELA DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO NACIONAL ARGENTINA

A questão indígena já era abordada nas Constituições argentinas mais antigas. A Constituição das Províncias Unidas, de 1819, reconhecia, no seu art. 128, que os índios, assim como os demais cidadãos eram iguais em dignidade e direito. Por outro lado, a Constituição Nacional de 1853, o seu art. 65, inc. 15, determinava a necessidade de haver um trato pacífico com os índios e a sua gradual conversão ao catolicismo.

Além da não valorização das práticas e tradições ancestrais, da cultura e da religião indígena, a igualdade formal perante a lei gerava a possibilidade de retirada das terras indígenas à luz da própria ordem jurídica (DEFENSOR, 2012, p. 8).

A luta pela defesa dos direitos dos povos indígenas ganhou novos rumos após o advento da democracia em 1983, mas, especialmente, nos anos 90, diante de uma abertura simultaneamente social, econômica e jurídica. Tornaram-se mais intensos os debates sobre diversidade, tolerância

e convivência social. Vários movimentos sociais e culturais foram tomando maior força, inclusive o movimento indígena (DEFENSOR, 2012, p. 9), dando ensejo à reforma constitucional de 1994.

A atual Constituição Argentina, embora com redação breve, apresenta alguns fundamentais avanços e uma grande densidade teórica e axiológica. Este fato surge como consequência da Reforma Constitucional de 22 de agosto de 1994 que alterou a redação do seu art. 75, inciso 17:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.¹⁹

De imediato, já é possível observar total coerência entre a Constituição Argentina e a Convenção 169 da OIT.

O reconhecimento da preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos e o respeito à identidade são o resultado de uma longa conquista que ainda necessita da real efetivação cotidiana. Tais povos não são considerados em transição para a integração nacional. Pelo contrário, são povos com dignidade e cultura próprias, que devem ser respeitadas e preservadas, com total respeito à diversidade sociocultural.

O direito à educação bilíngue e intercultural²⁰ é outro relevante avanço da Constituição argentina e que não é encontrado na Constituição brasileira. A educação tem um papel fundamental para garantir a preservação e a valorização das identidades indígenas, inclusive para combater a discriminação e o racismo. É certo que os indígenas devem ter direito ao

¹⁹ Art. 75, inc. 15, da Constituição Nacional Argentina: “Reconhecer a pré-existência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos. Garantir o respeito à sua identidade e o direito a uma educação bilíngue e intercultural; reconhecer a personalidade jurídica das suas comunidades, e a posse e a propriedade comunitárias das terras que tradicionalmente ocupam; e regular a entrega de outras aptas e suficientes para o desenvolvimento humano; nenhuma dela será alienável, transmissível, nem suscetível de gravames ou embargos. Assegurar sua participação na gestão relativa a seus recursos naturais e nos demais interesses que os afetam. As províncias podem exercer concorrentemente estas atribuições”.

²⁰ Vide a Lei n. 26.206/2006, sobre a educação nacional.

ensino nacional, mas jamais sem a isonômica valorização da sua própria língua e cultura. Neste sentido, a educação bilíngue e intercultural proposta na Constituição Argentina supera positivamente inclusive as disposições da Declaração das Nações Unidas neste tema.

A Constituição Argentina também reconhece que as comunidades indígenas possuem personalidade jurídica, o que lhes confere mais poder para atuar diretamente na sociedade em defesa dos seus direitos.

Quanto à questão territorial e ao uso dos recursos naturais, outros notáveis avanços foram consolidados no texto constitucional.

Inicialmente, são reconhecidos os direitos de posse e de propriedade comunitárias²¹ das terras ocupadas tradicionalmente. Mas, além disso, também devem ser entregues outras terras que sejam suficientes e adequadas para garantir o desenvolvimento humano. Observa-se que a posse e propriedade são comunitárias, exatamente para dar poder à comunidade e não dividi-la.

As terras indígenas, além de serem inalienáveis e intransmissíveis, não podem sofrer qualquer gravame ou embargo.

Por fim, a Constituição determina que os indígenas participem da gestão tanto em relação aos recursos naturais das suas terras, quanto a todos os demais assuntos que os afetem. Os povos indígenas deixam de ser sujeitos passivos que aguardam a decisão sobre os seus destinos pelo Estado e passam a atuar ativamente em prol dos seus direitos.

Interessante destacar que o Novo Código Civil da Argentina, diferentemente da codificação civil brasileira, trata dos direitos indígenas reconhecidos constitucionalmente. Este fato demonstra não apenas os novos conceitos que permeiam o direito privado argentino, como, *v.g.*, o direito à diversidade, a interculturalidade, superação do individualismo no que tange ao temas da posse e propriedade. Além disso, demonstram o sério comprometimento deste Estado na busca da efetivação dos direitos indígenas.

Quanto ao direito argentino, é importante destacar que o intenso avanço constitucional no que diz respeito às questões indígenas ainda enfrenta a dificuldade de concretização na esfera prática. Os desafios atuais residem propriamente na aplicação do direito previsto constitucionalmente em todas as esferas do Estado (DEFENSOR, 2012, p. 9).

Aliás, segundo Bazán (2004, p. 320), espera-se que o disposto no art. 75, inc. 17 da Constituição Nacional da Argentina, não seja uma

²¹ Vide a Lei n. 26.160/2006, sobre a emergência em matéria de posse e propriedade das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas originárias. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto n. 1122, de 2007.

“mera cláusula retórica”, reivindicada de forma tão bela.

CONCLUSÕES

O reconhecimento, no âmbito internacional, da igual dignidade entre os diferentes povos, corrigindo injustiças perpetradas ao longo da história, representa uma tardia e fundamental conquista da sociedade contemporânea.

Os novos desafios são a implementação dos mecanismos que possibilitem efetivação destes direitos e a tomada de consciência da população mundial acerca do tema.

Segundo Isa e Berraondo (2012, p. 9), os maiores desafios atuais são o pleno reconhecimento, por parte dos Estados, de todos os direitos consagrados na Declaração das Nações Unidas sobre os direitos indígenas e a implementação e alcance destes direitos. Outro desafio mencionado por Maceira (2001, p. 320), é a participação dos povos indígenas no debate político através conselhos, associações e organizações.

O momento fundamental de ruptura quanto à abordagem estatal das questões indígenas foi, sem dúvida, a aprovação da Convenção 169, de 1989.

É neste período que se localiza a Constituição Brasileira de 1988. Este corpo normativo trouxe uma verdadeira mudança de paradigma para o direito nacional, valorizando a dignidade e diversidade cultural dos povos indígenas. Foram reconhecidos os direitos de organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos quanto às terras ocupadas originalmente.

Estes foram os notáveis avanços que encontram, até hoje, o desafio de efetivação. Deve-se observar, porém, que a questão territorial indígena brasileira ainda precisa avançar também em termos legislativos. Durante este estudo, foi possível observar o grande poder conferido ao Congresso Nacional e, ao mesmo tempo, uma ainda tímida tentativa de participação indígena nas tomadas de decisões, seja na questão do deslocamento de população, seja no que tange ao aproveitamento dos recursos naturais. Devem ser exaltadas as orientações internacionais supracitadas na relação entre o Estado e as comunidades indígenas: consultas prévias, livres e informadas, participação e cooperação de boa-fé.

Destaca-se, ainda, a ausência, na Constituição brasileira, da abordagem sobre o tema educação indígena.

A Constituição argentina, com a reforma de 1994, incorporou no seu texto as conquistas da Convenção 169 da OIT, antecipando e até mes-

mo avançando, em alguns pontos, no que diz respeito às disposições da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas. Cabe destacar o reconhecimento dos direitos de posse e propriedade comunitárias de terras ocupadas originalmente, valorizando o enfoque coletivo e evitando a fragmentação de interesses. Além disso, o Estado deve regular a entrega de outras terras que sejam aptas e suficientes para o desenvolvimento humano. Não há, aqui, a restrição de direitos apenas em relação às terras ocupadas originalmente.

Outro tema que merece destaque no direito argentino é a determinação constitucional que garante aos indígenas educação bilíngue e intercultural.

Além disso, é importante mencionar que a Constituição argentina garante a participação dos povos indígenas na gestão dos seus recursos naturais e de outras questões de seu interesse.

Enquanto a Constituição brasileira dá enfoque na questão territorial indígena – após mencionar vários direitos –, apresentando forte poder estatal, a Constituição argentina menciona, sem privilegiar, diferentes temas como a educação, a posse e a propriedade comunitárias e a participação dos povos indígenas nas questões de seu interesse, dando maior enfoque nas responsabilidades do Estado.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas representa um relevante avanço para o reconhecimento dos direitos indígenas, devendo servir de guia seguro e justo para a formulação de políticas públicas e reformas legislativas dos Estados nesta área. Várias conquistas podem ser destacadas neste instrumento internacional, mas importa a referência de duas nesta conclusão: 1) deve haver a participação e cooperação de boa-fé entre o Estado e os povos indígenas. O Estado, nesta relação, é responsável por dar condições para tais povos efetivarem seus direitos de autodeterminação e desenvolvimento conforme suas necessidades e interesses; e 2) os princípios indicados na Declaração para a interpretação dos seus dispositivos também devem ser utilizados pelos Estados das questões indígenas: justiça, democracia, respeito aos direitos humanos, igualdade, não-discriminação, boa-governança e boa-fé.

Muito foi elaborado nos planos teóricos e legislativos. E há ainda muito a desenvolver. Resta sempre o maior desafio: a efetivação dos direitos.

REFERÊNCIAS

BAZÁN, Víctor. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina:

Diversos Aspectos de la Problemática. Sus Proyecciones en los Ámbitos Interno e Internacional. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Nueva Serie, ano XXXVI, n. 108, set.-dez., 2004, pp. 759-838.

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN. **Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina**. Guía para Consulta. Buenos Aires: Defensor del Pueblo de la Nación, 2012.

GOMIZ, María Micaela; SALGADO, Juan Manuel (orgs.). **Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas**: Su aplicación en el derecho interno argentino. 2 ed. Neuquén: ODHPI, 2010.

ISA, Felipe Gómez; BERRAONDO, Mikel (orgs.). **Los derechos indígenas tras la Declaración**. El desafío de la implementación. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.

MACEIRA, Malena Rocío. El Estado Argentino y los pueblos originarios. El respeto por la propiedad comunitaria. In: **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”**, Año V, Número Especial, 2001, pp. 312-322. Disponible em: <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0034_p-d-der-humanos.pdf>. Acceso: 2/11/2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008.