

Joaquim Shiraishi Neto
— org.



NOVOS DIREITOS NA **AMÉRICA** **LATINA:**

estudo comparativo como
instrumento de reflexão
do próprio Direito



NOVOS DIREITOS NA AMÉRICA LATINA: estudo comparativo
como instrumento
de reflexão do próprio
Direito



Joaquim Shiraishi Neto
— *org.*

NOVOS DIREITOS NA AMÉRICA

LATINA: estudo comparativo
como instrumento de
reflexão do próprio
Direito

São Luís



2016

Copyright © 2016 by EDUFMA

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Profa. Dra. Nair Portela Silva Coutinho
Reitora

Prof. Dr. Fernando Carvalho Silva
Vice-Reitor

EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Prof. Dr. Sanatíel de Jesus Pereira
Diretor

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Jardel Oliveira Santos

Profa. Dra. Michele Goulart Massuchin

Prof. Dr. Jadir Machado Lessa

Profa. Dra. Francisca das Chagas Silva Lima

Bibliotecária Tatiana Cotrim Serra Freire

Profa. Dra. Maria Mary Ferreira

Profa. Dra. Raquel Gomes Noronha

Revisão

Juliana Maria Sá

Projeto Gráfico

Rômulo do Nascimento

Foto da capa

Edilson de Castro Sena (Berê)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Novos Direitos na América Latina: estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio Direito/ Joaquim Shiraishi Neto (org.). – São Luís: EDUFMA, 2016.

ISBN 978-85-7862-565-8
267p.

1. Novos direitos – América Latina. 2. Direito comparado. 3. Direito – Povos indígenas. 4. Crítica jurídica. I. Shiraishi Neto, Joaquim.

CDD 340.8
CDU 34(8)

— Agradecimentos

Inicialmente, gostaria de parabenizar a Fundação de Amparo à Pesquisa e Desenvolvimento Científico no Maranhão (FAPEMA) por sua política de incentivo à pesquisa e à publicação. A FAPEMA vem cumprindo um papel relevante no fortalecimento das pesquisas no Maranhão. Agradeço a oportunidade de participar do Edital APUB 2015 e de ter recebido os recursos necessários à realização da presente publicação. Agradeço, ainda, a FAPEMA, por ser contemplado com uma bolsa de professor visitante, o que me possibilita estar vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR – UFMA).

Agradeço ao coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito, professor Paulo Roberto Barbosa Ramos, por incentivar e fornecer condições à realização de pesquisas e publicações no âmbito do Programa.

Não poderia deixar de agradecer aos membros do Núcleo de Pesquisa em Direito e Diversidade (NUPEDD – UFMA) que sempre estiveram presentes nas minhas atividades, discutindo e compartilhando os problemas e as alegrias.

Agradeço a todos os alunos, que participaram da disciplina “Novos Direitos na América Latina”, oferecida no âmbito do PPGDIR – UFMA. A convivência e as discussões em sala foram importantes para o aperfeiçoamento da proposta do curso. O amadurecimento da proposta de publicação muito se deve a essas discussões em sala. Agradeço, em especial, aos alunos do curso “Novos Direitos na América Latina” inscritos no 1.º semestre de 2015, que confiaram em mim e se dispuseram a submeter os seus textos a esta publicação.

Agradeço aos convidados, que de forma generosa se colocaram à disposição enviando os seus artigos para publicação. Aos professores Antonio Carlos Wolkmer e Carlos Frederico Mares de Souza Filho um agradecimento especial, pois são referências nas discussões críticas do direito para os novos e velhos estudantes, como eu. Agradeço a Maria de Fátima S. Wolkmer, por sua contribuição. Agradeço ao Cesar Baldi, que sempre se colocou à disposição, fornecendo preciosas indicações

sobre a América Latina, especialmente contatos no Equador quando das pesquisas. Agradeço ao professor Raúl Llasag Fernández, da universidad Andina Simon Bolivar – sede Equador, pela sua imensa contribuição na realização das atividades de pesquisa no Equador. Com o Raul tivemos a oportunidade de visitar uma comunidade indígena. Na Bolívia, agradecemos o advogado Idon Chivi que nos recebeu em La Paz. Agradeço ao Marlon Araújo, Geysa Rufino e Judith Costa Vieira, parceiros incansáveis de trabalho e de pesquisa, os quais também contribuíram com esta publicação enviando os seus artigos.

Agradeço, ainda, ao professor Fernando Antônio de Carvalho Dantas, amigo de tantas jornadas. Foi o Fernando, ainda em Manaus, que me apresentou as discussões que estavam ocorrendo na América Latina. Aqui, uma profunda gratidão.

Agradeço, por fim, ao Romulo Nascimento Pereira, que elaborou a parte gráfica desta publicação, e à Juliana Maria Silva de Sá, que se encarregou de fazer a revisão geral dos textos.

— Sumário

- 9 — Tempo de colher
- 13 — Caminhos para a crítica jurídica
- 21 — **Feminismo Pós-Colonial na América Latina: uma proposta de apropriação contra-hegemônica dos direitos humanos**
Lilah de Moraes Barrêto
- 43 — **A regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil e o paradigma da governança**
Thayana Bosi Oliveira Ribeiro
- 60 — **Os mecanismos alternativos de solução de conflitos na perspectiva dos vulneráveis**
Kennya Regyna Mesquita Passos
- 81 — **Impactos da administração gerencial no Judiciário latino americano e brasileiro**
Gioliano Antunes Damasceno
- 109 — **Uma análise da morte digna a partir da dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana**
Diego Ferreira de Oliveira
- 133 — **Judicialização dos conflitos étnicos: os tribunais estão preparados para decidir sobre o direito ao território dos povos e comunidades tradicionais?**
Marlon Aurélio Tapajós Araújo / Geysa Rufino
- 150 — **Pluralismo jurídico indígena no Brasil e Colômbia: um diálogo comparativo**
Judith Costa Vieira

- 168 — Direitos dos povos indígenas na América Latina**
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
- 184 — Novos horizontes na produção do conhecimento: pluralismo, direitos humanos e a questão dos bens comuns**
Antonio Carlos Wolkmer / Maria de Fátima S. Wolkmer
- 202 — As comunidades quilombolas e o novo constitucionalismo latino-americano**
César Augusto Baldi
- 236 — Justicia intercultural en las constituciones plurinacionales de Ecuador y Bolivia**
Raúl Llasag Fernández

— Tempo de colher

Os chamados novos direitos são tão antigos quanto as sementes e, como toda vida viva, as sementes percorrem os longos caminhos dos ciclos vitais pois nascem, crescem, florescem, embelezam, alimentam, adormecem, germinam, morrem, revivem, retornam e, acima de tudo, permanecem. Este fenômeno que, sofisticadamente, a cosmovisão do povo Magüta (Ticuna) conceitua no Livro das árvores ao relatar que “qualquer vida é muito dentro da floresta: Se a gente olha de cima, parece tudo parado. Mas por dentro é diferente. A floresta está sempre em movimento. Há uma vida dentro dela que se transforma sem parar. Vem o vento. Vem a chuva. Caem as folhas. E nascem novas folhas. Das flores saem os frutos. E os frutos são alimento. Os pássaros deixam cair as sementes. Das sementes nascem novas árvores. E vem a noite. Vem a lua. E veem as sombras que multiplicam as árvores. As luzes dos vagalumes são estrelas na terra. E com o sol vem o dia. Esquenta a mata. Ilumina as folhas. Tudo tem cor e movimento” (Jussara Gruber, 1997).

Assim como na poética de vida Ticuna, esta permanência e movimento é o que está escrito e dito – nem sempre expresso porque residem na consciência crítica comum e nas histórias de lutas dos povos – no conjunto de ideias que integram este livro sobre os novos direitos na América Latina em perspectiva comparada. Ideias que se projetam para o futuro como instrumentos de reflexão teórica e metodológica no campo jurídico posto que configuram, como venho dizendo, uma verdadeira epistemologia constitucional que nasce no sul, e que brota das originais e plurais experiências de organização política, de sujeitos, de direitos, de territorialidades, de governos e de concepção de mundo fundada no biocentrismo.

Na América Latina, como atesta a constitucionalista peruana Raquel Yrigoyen Fajardo (2015), os novos direitos que são objetos deste livro foram reconhecidos, em sede constitucional, em ciclos históricos de lutas por direitos e circuitos de diálogos entre as novas constituições do continente sul americano com o direito internacional dos direitos humanos. O primeiro (1982-1988), denominado de ciclo do “Constitucionalismo Multicultural”, é caracterizado pelo reconhecimento

da diversidade cultural (constituições da Guatemala, 1985; Nicarágua, 1987 e Brasil, 1988); o segundo (1989-2005), chamado de ciclo do “Constitucionalismo Pluricultural” é caracterizado pelo reconhecimento de formas de pluralismo jurídico (constituições da Colômbia, 1991; Paraguai, 1992; Peru, 1993; Argentina, 1994; Bolívia, 1994; Equador, 1998; México, 1998-2001 e Venezuela, 1999) e, por último, o terceiro ciclo (2006-2009), denominado “Constitucionalismo Plurinacional” é caracterizado por processos de refundação do estado (constituições do Equador 2008 e Bolívia 2009).

Com muitas razões e, principalmente por constituir novos paradigmas para o direito, para as ciências sociais, para a filosofia política, para a antropologia, para a economia e para a ciência política, entre outros campos do conhecimento afins, o novo constitucionalismo latino-americano é configurado como um movimento epistemológico transformador porque provoca uma oposição ao “Constitucionalismo abdicador” liberal e neoliberal que provoca a tensão entre constituição oligárquica e constituição democrática (Gerardo Pisarello, 2010); porque cria de novos paradigmas baseados nas cosmogonias indígenas do bem viver: *Sumak Kawsay*, *Suma Qamaña* y *Ñandereko* (Agustin Grijalva Jiménez, 2013; Raul Llasag-Fernandez, 2014 y Fernando Huanacuni Mamani, 2015), porque cria segundo Boaventura de Sousa Santos (2010) nova institucionalidade (plurinacionalidade), novas subjetividades (coletivas e diferenciadas), nova legalidade (pluralismo jurídico), novas territorialidades (autonomias assimétricas); novo regime político (democracia intercultural comunitária) e, finalmente, porque provoca rupturas e rechaço ao humanismo abstrato e seus fundamentos normativos teórico/filosóficos ideais/abstratos uma vez que fundam-se em novos pressupostos teóricos/práticos concretos e participativos (Ramiro Ávila Santamaría, 2010).

Ao romper com a racionalidade moderna do direito no que concerne ao antropocentrismo, na abstração e idealismo, além das características elencadas acima, o novo constitucionalismo latino-americano congrega um rol de princípios fundamentais no mundo contemporâneo. Começando pela intensificação e complexização da participação e soberania popular e ancorando na proteção dos espaços da vida com o *Princípio da Vida* (as diferentes vidas que integram a natureza: animais humanos e não humanos e não animais); o *Princípio das Humanidades* (o reconhecimento das diferentes e plurais humanidades e modos de concepção, percepção e atribuição de sentidos à natureza); o *Princípio da Relação Harmônica e Simbiótica com a natureza* (Indissociabilidade entre as vidas que integram a natureza); o *Princípio da Pluralidade de Cosmovisões e de povos* (Demodiversidade); o *Princípio Ecocêntrico* (a natureza e seus seres-elementos como centralidade); o *Princípio dos Direitos da Natureza, da pachamama ou madre*

tierra (Subjetividade da Natureza e de seus seres-elementos) e o *Princípio da hermenêutica jurídica não colonial* (a descolonização do Direito).

Nesta perspectiva, o novo constitucionalismo latino-americano constitui uma verdadeira virada descolonizadora do direito assim como quer Anibal Quijano, sociólogo peruano que trata da colonialidade do ser, do saber e do poder, Catherine Walsh antropóloga norte-americana que acrescenta a colonialidade do ser, saber, poder, a colonialidade cosmológica, o jurista argentino Alejandro Medici que encontra nas Constituições da Bolívia e do Equador o verdadeiro “giro decolonial” para combater o Estado monocultural e eurocêntrico.

Outros autores como Eugénio Raul Zaffaroni (2012), com os direitos da natureza e o humano, Fernando Huanacuni Mamani (2010) e o “buen vivir” como um caminho para a humanidade, Fausto Reinaga (1978), com o pensamento amáutico e a revolução indígena baseada no ecocentrismo, Leonardo Boff (2016) e François Houtart, (2014) com a terra e o “buen vivir” como paradigmas pós-capitalistas, porque fundadas na ideia de bem comum.

O colonialismo em todas as suas formas e, principalmente, com a ofensa dos Direitos Humanos, vai muito além das estratégias econômicas, políticas e jurídicas. Encontra base no domínio epistêmico e cultural. Joaquim Shiraishi Neto e os coautores Antonio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Cesar Baldi, Diego Ferreira de Oliveira, Geysa Rufino, Gioliano Antunes Damasceno, Judith Costa Vieira, Kennya Regyna Mesquita Passos, Lilah de Moraes Barrêto, Maria de Fátima S. Wolkmer, Marlon Aurélio Tapajós Araújo, Raúl Llasag Fernández, Thayana Bosi Oliveira Ribeiro desta obra nos convidam por meio da abordagem crítica e criativa do direito a partir do sul a romper com os mecanismos, sistemas e instrumentos de dominação cultural e epistêmica do direito. É tempo de colher ideias e desfrutar das reflexões do presente livro.

Fernando Antonio de Carvalho Dantas

*Professor Titular de Teoria do Direito da Faculdade
de Direito da Universidade Federal de Goiás*

— Caminhos para a crítica jurídica

Após a realização de um trabalho de assessoria junto ao Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco (MIQCB), que envolveu a elaboração de um Contrato de Repartição de Benefícios, ficou evidente as dificuldades de se garantir a equitativa e justa distribuição dos recursos oriundos do conhecimento tradicional. As medidas legais adotadas pelo Brasil,¹ em consonância com a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), impossibilitavam de forma paradoxal qualquer forma equitativa e justa de distribuição dos recursos.

Tal fato me instigou a tentar compreender essas questões relacionadas ao acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade em diferentes contextos. Foi assim que decidi apresentar um projeto de pesquisa ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) intitulado: “Construindo Novas Sensibilidades Jurídicas: a proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade na Bolívia e no Equador à luz das transformações jurídicas recentes”. Diante da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), os objetivos do projeto de pesquisa consistiam em compreender de que forma a Bolívia e o Equador, que haviam realizado profundas reformas constitucionais (a Bolívia no ano de 2009; o Equador em 2008), estavam organizando a proteção do conhecimento tradicional dos povos indígenas.

À época, a pesquisa pouco avançou, já que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade não se constituíam em problemas (nem de ordem social nem de ordem acadêmica) para os povos indígenas e “operadores do direito” que se ocupavam com questões tidas como mais centrais relacionadas a efetivação do texto constitucional (plurinacionalidade, justiça indígena, “buen vivir”/“vibir

1. A respeito de uma crítica a MP 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que regulamentava o acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, consultar: SHIRAIISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. “Commoditização” do Conhecimento Tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (org.). *Conhecimento Tradicional e Biodiversidade: normas vigentes e propostas*. Manaus: Edições UEA, 2008. Tal MP foi modificada pela Lei n.13.123/2015 e, por incrível que se possa pensar, ficou muito pior, é flagrante na Lei os interesses dominantes das indústrias farmacêuticas e cosméticos e o total desrespeito aos direitos dos povos e comunidades tradicionais no Brasil.

bien”, direitos da natureza, dentre outros temas, compunham o extenso catálogo de questões que dominava as agendas naqueles países). Somente em 2015, após a conclusão da pesquisa, tive acesso, no Equador, a um livro organizado por Alberto Acosta e Esperanza Martinez intitulado *Biopirateria*. Nele, é possível identificar diversos artigos relacionados aos “conocimientos tradicionales”, dentre eles, o artigo de Esperanza Martinez sobre “La naturaleza, los conocimientos tradicionales y la Constitucion del Ecuador”. Aliás, as reflexões de Martinez sobre os “conocimientos tradicionales” no Equador merece destaque, pois em muito se distancia das compreensões dominantes no Brasil; lá, no Equador, o conhecimento tradicional não é objeto tido como mercadoria.

A despeito dos resultados, os quais, a princípio, excediam nosso horizonte de expectativas, a referida pesquisa desdobrou-se em um segundo projeto de pesquisa submetido ao CNPq, assim intitulado: “Compartilhando Experiências: direitos da natureza no contexto do Novo Constitucionalismo na América Latina: o Equador como referência de análise”. Delimitado o escopo da pesquisa ao estudo sobre o Equador, o projeto de pesquisa teve por objetivo “compreender os processos jurídicos em curso no Equador, levando em consideração as reflexões em torno dos direitos da natureza e do ‘buen vivir’”.

Importa sublinhar que a escolha do tema “direitos da natureza” ia de encontro com as minhas inquietações frente aos sucessivos deslocamentos da política ambiental brasileira caracterizados pelo aprofundamento da visão antropocêntrica e utilitária da natureza. Outras compreensões, certamente, poderiam nos auxiliar a um melhor entendimento dos processos em curso no Brasil.

Ambos os projetos de pesquisa forneceram um vasto conjunto de informações e referências bibliográficas sobre a América Latina, pouco conhecida por mim à época, que resultaram em artigos escritos como resultado das pesquisas,² bem como participação em eventos científicos relacionados às temáticas.³ Eles permi-

2. Dos trabalhos publicados, destacamos os artigos: SHIRAISHI NETO, Joaquim; ARAUJO, Marlon; LIMA, Rosirene. Pachamama: estudo comparativo como instrumento de reflexão dos direitos dos povos e comunidades tradicionais no Brasil. *Revista Pensar*, v.19, n.2, p.401-426, maio/agosto, 2014; SHIRAISHI NETO, Joaquim. *Direito ao Desenvolvimento: o lugar como categoria jurídica necessária a uma sociedade plural*. *Revista Jurídica da Presidência da República*, n. 109, p. 297-320, jun./set, 2014; SHIRAISHI NETO, Joaquim; ARAUJO, Marlon. Buen Vivir: notas de um conceito constitucional em disputas. *Revista Pensar*, v. 20, n. 2, p.379-403, maio/agosto, 2015; e SHIRAISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins. Rights of Nature: the ‘biocentric spin’ in the 2008 Constitution of Ecuador. *Revista Veredas*, n. 25, v. 13, p. 111-131, 2016.

3. Cito os eventos: “III Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia. O Novo Constitucionalismo Latino Americano”, promovidos pela rede para o Constitucionalismo Democrático na América Latina e Universidade Federal de Goiás, em 2013; “IV Congreso de Cultura y Educacion para la Integracion de America Latina. El Buen Vivir”, promovidos pela rede CASLA-CEPIAL e Universidad de

tiram, ainda, a elaboração de uma disciplina intitulada “Novos Direitos na América Latina”, ministrada desde 2013 (totalizando três cursos), no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR – UFMA).

* * *

Olhar para a América Latina implicou em uma preparação do espírito científico (aqui utilizando uma expressão de Gaston Bachelard [1884-1962]) que consistiu em romper com toda forma de preconceito existente em relação aos países da América Latina, pois esses países sempre foram considerados “mais atrasados” ou mesmo “insignificantes”⁴ em relação ao Brasil.

O pensamento jurídico brasileiro sempre esteve vinculado à sua matriz europeia e, mais recentemente, aos interesses de expansão do direito norte-americano. Tal contexto tornava praticamente inimaginável a produção jurídica, mesmo que crítica, fora desses espaços hegemônicos de produção do conhecimento. No caso, se fez necessário um “autocontrole” de maneira a não se fazer julgamentos apressados a respeito dos fatos.

Quando da realização do curso “Novos Direitos na América Latina”, a preparação do espírito científico alcançou os alunos que dele participaram. Assim, a primeira medida adotada foi “desnaturalizar” as várias compreensões apreendidas nos bancos universitários (da produção do conhecimento jurídico às noções consagradas sobre Estado de Direito, Direitos Humanos, Democracia, Desenvolvimento, etc.).⁵ Em outras palavras, os alunos necessitavam se “despir”, eliminando os seus preconceitos, bem como colocando em “suspensão” noções tomadas indistintamente, num desconhecimento das suas implicações aos povos indígenas dos países da América Latina.

Los Lagos, em 2015; “IX Congresso da Rede de Antropologia Jurídica”, promovidos pela rede Latino Americana de Antropologia Jurídica, Universidade Federal de Goiás (UFG), Universidade de Brasília (UnB) e Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), em 2015; e o “v Seminário Internacional da rede CASLA-CEPIAL: Territórios, Conflitos Socioambientais, Segurança e Soberania Alimentar na América Latina”, promovido pela rede CASLA-CEPIAL e Universidade Federal do Paraná (UFPR), em 2016.

4. A propósito do preconceito por total falta de conhecimento em relação aos países da América Latina, ver a entrevista disponível no canal do Youtube da professora de direito internacional da Universidade de São Paulo (USP), Dra. Maristela Basso. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bFJ-MnogWXk>>.

5. Cito os trabalhos de NADER, Laura; MATTEI, Ugo. *Pilhagem: Quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013; HERRERA FLORES, Joaquin (ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de La Razon Liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000; RANCIÈRE, Jacques. *Ódio a Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2016; e ESCOBAR, Artur. *La invencion del desarrollo*. Popayan: Universidad del Cauca, 2012 foram fundamentais para esse processo de desnaturalização de noções consagradas pelo campo jurídico.

Um segundo exercício necessário que se impôs à realização da pesquisa na Bolívia e Equador era colocar em “suspensão” uma prática recorrente do Direito Comparado: pensar a pesquisa por sua “utilidade”. A pesquisa pela “utilidade” se constitui em “obstáculo epistemológico” a uma produção rigorosa do Direito, já que limita e restringe as possibilidades de compreensão e análise, pois mira a um fim.

Os estudos ora realizados se preocuparam em “fugir dessa armadilha”, não se ocupando de encontrar as “melhorias” do Direito brasileiro a partir das “descobertas” realizadas na Bolívia e Equador. A insuficiência, ou mesmo a inexistência de métodos comparados nas ciências jurídicas, como bem salientou John Henry Merryman,⁶ também se colocou como problema inicial à pesquisa, daí a necessidade da identificação de procedimentos que pudesse nos auxiliar na compreensão dos processos em curso na Bolívia e Equador.

Estabelecidos os pressupostos epistemológicos (quais sejam: eliminar os preconceitos, manter em suspensão a prática utilitária da pesquisa comparada e identificar um método adequado), a proposta foi se aproximar da ideia de uma “descrição densa” dos processos em curso naqueles países, tal como sugerido por Clifford Geertz,⁷ embora limitado ao prazo exíguo do trabalho de campo.⁸ As preocupações que cercaram as pesquisas se concentraram em entrevistar prioritariamente os sujeitos destinatários das mudanças constitucionais, sobretudo as lideranças de povos indígenas e afro, lembrando, assim, que o olhar a partir dos sujeitos também consistia em um olhar parcial da realidade social. Pesquisas em fontes secundárias também foram realizadas. Através de consultas em biblio-

6. Cito MERRYMAN, John Henry. Objeto y método del Derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IX, n.º 25, p. 65-92, enero-agosto de 1976; e MERRYMAN, John Henry. Modernización de la ciencia jurídica comparada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVI, n.º 46, p.67-92, enero-abril de 1983.

7. GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1989.

8. Na Bolívia, gostaríamos de destacar o apoio de Idon Chivi, advogado indígena Aymara, que nos recebeu em La Paz. Em um curso de formação sobre Direitos Humanos, em Santa Cruz de La Sierra, tivemos a oportunidade de conversar com o antropólogo Walter Artega, da CEDLA, que, além de uma análise sobre a situação da Bolívia, nos forneceu dados e indicações de leitura sobre a Bolívia. No Equador, contamos com o apoio de Raúl Llasag Fernández, advogado indígena Kichua, que nos auxiliou na organização do trabalho de campo, bem como Eduardo Pichilingue, da CDES. Em mais de uma oportunidade, pude encontrar e conversar com a liderança indígena Woorani Cesar Quimontari Moipa, que nos relatou o conflito no território indígena Yasuni. Quando do início da pesquisa contamos com a colaboração dos professores Dimas Floriani, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Fernando Dantas, da Universidade Federal de Goiás (UFG) e Javier Tobar, da Universidad del Cauca. Enquanto os primeiros nos forneceram contatos na Bolívia e Equador, Javier Tobar nos indicou vários locais e referências no Equador que permitiram “encurtar” os caminhos da pesquisa.

tecas, universidades e livrarias foi possível acessar um acervo considerável de documentos e autores tratando diferentes aspectos dos processos em curso.

* * *

A maioria dos artigos que compõem o presente volume se constitui de trabalhos realizados a título de conclusão do curso ministrado no primeiro semestre de 2015. A proposta apresentada aos autores dos textos era a de que a partir dos debates realizados em sala de aula, envolvendo os vários temas dispostos (tais como: “colonialidad”, “descolonialidad”, “interculturalidad”, Estado Plurinacional, pluralismo jurídico, desenvolvimento, “buen vivir”, “vivir bien”, direitos da natureza, etc.), eles pudessem desenvolver os seus artigos científicos, ou seja, os trabalhos deveriam tomar ou partir das discussões realizadas, envolvendo temáticas e autores vinculados às reflexões sobre os Novos Direitos na América Latina.

Cada autor se esforçou para a realização do desafio apresentado. Os artigos dos alunos refletem uma experiência de apropriação do conhecimento que vai propiciar uma crítica ao próprio direito, crítica essa tão necessária à produção do conhecimento científico tomado, nos dias de hoje, pelo que Luis Alberto Warat denominava de “senso comum teórico dos juristas”.

Portanto, os trabalhos aqui reunidos, à exceção dos convidados que generosamente enviaram as suas contribuições, se constituem em exercícios preliminares de pesquisa realizados no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA).⁹ Para compor esta coletânea, convidamos vários pesquisadores, amigos, que há muito estão envolvidos com os temas relacionados aos Novos Direitos na América Latina, os quais se portam como incentivo às minhas reflexões e projetos de pesquisas.

A oportunidade de seguir a crítica jurídica a partir das transformações jurídicas na América Latina representou um verdadeiro alento às minhas pesquisas diante da “crise” da crítica jurídica no Brasil. No âmbito dos estudos do Direito,

9. Além dos textos que compõem o presente volume, nos cursos oferecidos em outras oportunidades tivemos artigos igualmente relevantes, os quais não puderam compor esta coletânea em razão de já terem sido submetidos a periódicos, estando aguardando parecer. Registramos aqui alguns desses artigos, cuja listagem segue o critério de ordenação por ordem alfabética de seus respectivos autores: Alexandre Silva Soares, cujo artigo intitulado “Identities in Juízo: reconhecimento de direitos étnicos e sua prova nos tribunais” fora submetido à Revista Sequência da Universidade Federal de Santa Catarina; Igor Almeida, autor do artigo intitulado “O Direito de Consulta Prévia na América Latina: o exemplo Colombiano e as perspectivas para o Brasil”; Paulo Fernando Soares, cujo artigo intitulado “Um Pouco além dos Territórios: o direito fundamental dos povos indígenas a uma educação diferenciada” fora submetido à Revista Jurídica da Presidência da República; e Sidney Filho Nunes Rocha: “O Estado de Direito: conceito tradicional e reflexões críticas”.

a “virada linguística” – que permitiu uma infinita gama de possibilidades ao Direito – e a sua “americanização”,¹⁰ incluindo o Brasil, se constituem em dados relevantes que podem ser incorporados à análise para tentar compreender essa “crise”, diferentemente do período em que era aluno, onde era abundante a crítica jurídica. Na década de 1980, líamos, estudávamos e ouvíamos Roberto Lyra Filho, Jose Geraldo de Sousa Jr., Antônio Carlos Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, Jose Eduardo Farias, Miguel Pressburguer, Miguel Lanzellotti Baldéz, Carlos Frederico Mares de Souza Filho, Jacques Alfonsin, dentre tantos outros... Após concluir a graduação, tive a oportunidade de trabalhar com o advogado Oswaldo de Alencar Rocha, que foi muito importante nas minhas escolhas futuras.

A escassa¹¹ produção crítica do direito no Brasil me levou a buscar novos horizontes de pesquisa jurídica. Além disso, as transformações sociais, econômicas e culturais impunham também a necessidade de manejar outros instrumentos teóricos que pudessem inicialmente arejar o debate, bem como favorecer uma melhor compreensão e interpretação dos processos em curso no Brasil – me refiro à emergência de diversos grupos sociais designados no Brasil como povos e comunidades tradicionais, que lutam pelo seu reconhecimento jurídico.¹² Aos problemas econômicos e sociais já existentes, fruto dos processos de exclusão, somam-se os problemas étnicos e raciais.

Neste contexto, as pesquisas realizadas na Bolívia e no Equador foram imprescindíveis para a continuidade dos nossos trabalhos, na medida em que contribuíram para acurar as reflexões, fornecendo outros instrumentos teóricos para

10. O trabalho de BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loic. Sur Les Ruses de La Raison Imperialiste. *Actes de La Recherche em Sciences Sociales*, 121/122, p. 109-1118, mars de 1998, nos auxilia na compreensão da expansão do pensamento americano sobre o mundo. Sobre a “americanização” do direito, sugerimos a leitura de DELAZAY, Yves; GARTH, Bryant G. “Global Prescriptions. The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy”. Michigan: University of Michigan, 2005. No Brasil, os trabalhos de Yves Delazay estão muito dispersos. Sendo assim recomendo em especial: DELAZAY, Yves; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica. Implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editor, 1998.

11. A despeito da diminuta produção, gostaria de destacar os trabalhos de MASCARO, Alyson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013; KASHIURA JR., Celso Naoto. *Sujeito de Direito e Capitalismo*. São Paulo: Outras Expressões, 2014. Embora de 1978, a obra intitulada *A Legalização da Classe Operária*, de Bernard Edelman, publicada recentemente no Brasil pela editora Boitempo (2016), lança luzes sobre tais reflexões.

12. As obras listadas a seguir representam pesquisas nas quais houve um deslocamento de olhar mais “otimista” em relação ao Direito a um desconfiado: SHIRAISHI NETO, Joaquim (org.). *Direitos dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil*. 2. ed. Manaus: Edições UEA, 2010; e SHIRAISHI NETO, Joaquim. “Novas” “Sensibilidades”, Velhas Decisões: notas sobre as transformações jurídicas recentes. *Revista Sequencia*, n. 62, v. 32, p. 79-96, jul. 2011.

a realização de uma crítica jurídica. Por exemplo, as reflexões sobre Estado Plurinacional nos obrigaram a compreender o contexto de implantação dos Estados Nacionais, a ideia de Nação, a crítica aos Direitos Humanos em face dos direitos coletivos, bem como compreender as noções de “colonialidad”, “descolonialidad” e “interculturalidad”. Nesse caso, os trabalhos de Aníbal Quijano,¹³ Walter Mignolo,¹⁴ Catherine Walsh¹⁵ e Boaventura de Sousa Santos,¹⁶ dentre tantos outros, serviram para iluminar os caminhos, abrindo outras possibilidades para uma crítica jurídica.

Joaquim Shiraishi Neto

São Luís, verão de 2016.

13. QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgard (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

14. MIGNOLO, Walter. *La Idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa, 2007; MIGNOLO, Walter. *Historias locales/diseños globales: Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid: Akal, 2011.

15. WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica e (de)colonialidad*. Ensayos desde Abya Yala. Quito: Abya Yala, 2012.

16. SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Cesa, 2010.

— Feminismo Pós-Colonial na América Latina: uma proposta de apropriação contra-hegemônica dos direitos humanos

Lilah de Moraes Barrêto¹

1. INTRODUÇÃO

O movimento feminista, ao longo de sua práxis histórica, tem se relacionado de diversas maneiras com outros eixos de dominação e opressão, como o colonialismo. A discussão sobre a possibilidade de produção de um conhecimento situado nas teorizações feministas, bem como de uma agenda de reivindicações a partir do Sul global, torna-se extremamente necessária por problematizar os embates e convergências entre estudos feministas e pós-coloniais, mormente na apropriação que podem fazer da linguagem dos direitos humanos.

Este artigo busca analisar o pluralismo do movimento feminista, considerando sua articulação com outros movimentos sociais, sua diversidade de teorizações e agendas políticas. Busca-se também uma proposta de produção de conhecimento e de atuação do feminismo que esteja atenta às particularidades históricas e culturais da América Latina, considerando suas intersecções com o colonialismo.

A proposta de uma teoria feminista pós-colonial coaduna-se com a utilização contra-hegemônica dos direitos humanos, na qual não se ignora as especificidades dos sujeitos e suas identidades. Desta feita, este estudo pretende mostrar como os movimentos feministas estão se apropriando do discurso dos direitos humanos e se instrumentalizando para garantir a igualdade de gênero e o enfrentamento de seus graves entraves, como a violência doméstica contra a mulher e, para tanto, exemplificamos com o caso brasileiro.

1. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

2. O PLURALISMO NO MOVIMENTO FEMINISTA

O feminismo, como movimento teórico e de práxis política, já passou ao longo de sua história por diversas significações, bem como por diversas agendas de atuação, o que fez com que ele fosse periodizado por alguns estudiosos em fases, as chamadas “ondas” do movimento.

Costuma-se definir como primeira onda o movimento feminista que, no final do século XIX e início do século XX, reivindicava para as mulheres direitos políticos, direito à educação com currículos iguais e direito ao trabalho remunerado com salário igual por trabalho igual (Pedro, 2012). A segunda onda, consoante aponta Joana Maria Pedro (2012), denomina o movimento iniciado a partir de meados da década de 1960 e que acrescenta reivindicações referentes à sexualidade (direito ao prazer) e ao corpo (aborto e contracepção).

Cypriano (2013) acrescenta que a segunda onda é marcada pela luta por assuntos de particular interesse das mulheres, como a violência doméstica, as creches, os direitos sexuais e reprodutivos. Esse autor destaca ainda outras classificações, como a terceira onda ou “feminismo difuso”, que consiste numa fase de tentativas de reforma nas instituições democráticas, no próprio Estado, pela busca de reformatação dos espaços públicos. Outro período do movimento feminista, mais recente, é chamado por alguns de quarta onda. Nessa fase, o movimento consegue se institucionalizar, adentrando os espaços estatais e garantindo a formulação de políticas públicas com o enfoque de gênero.

No entanto, esta última classificação é controversa, haja vista que para outros estudiosos, todo o período a partir da década de 1970 até os dias atuais estaria compreendido na segunda onda. Cypriano (2013) exemplifica esta posição com as construções teóricas de Nancy Fraser, a qual relaciona as fases do feminismo com as fases do capitalismo e associa a segunda fase com uma apropriação da agenda feminista pelo discurso neoliberal.

Ademais, a própria classificação em ondas é contestada, haja vista que as reivindicações iniciais não se encontram superadas, bem como os discursos nos respectivos períodos nunca foram homogêneos. Soihet (2012) relata a atuação de mulheres ativistas brasileiras que, já na década de 1920, explicitavam bandeiras mais radicais, como a defesa do amor livre e do controle de natalidade, a exemplo de Maria Lacerda Moura, uma das fundadoras da Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher.

O questionamento de uma visão monolítica do feminismo em seus diferentes momentos históricos advém, em grande medida, do reconhecimento e problematização de suas articulações e intersecções com outros eixos de poder e desi-

gualdade, como o colonialismo, o racismo e a heteronormatividade (Mayorga et al, 2013).

Destarte, observa-se que o movimento e teoria feministas estão imbricados no contexto histórico e cultural no qual se desenvolvem, constituindo sujeitos diversos segundo as experiências em que estão envolvidos. Na América Latina, por exemplo, destaca-se a influência do colonialismo interno e externo para a produção de conhecimentos e da agenda política. O movimento também não esteve isolado ou neutralizado perante questões como as ditaduras militares, genocídios, desemprego, pobreza e feminização da pobreza, dentre outras conjunturas locais (Cypriano, 2013).

No Brasil, prevaleceu durante a década de 1970 e grande parte da década de 1980 um feminismo engajado em “lutas gerais” contra a ditadura, por mudanças sociais ou pelo socialismo, por exemplo, ao mesmo tempo em que se dedicava a “lutas específicas” das mulheres. O contexto político e social vigente à época impeliu as feministas brasileiras a assumir outras reivindicações, caracterizando um feminismo “à brasileira”, enquanto na Europa as feministas estavam mais centralizadas no combate ao patriarcado (Pedro, 2012).

Além do pluralismo resultante de divergências no interior do movimento quanto às agendas e estratégias a serem adotadas, é notório o seu pluralismo também no que tange a sua articulação com outros movimentos sociais e outros movimentos de mulheres, aqueles formados unicamente ou em sua grande maioria por mulheres, mas que não se reconhecem como feministas. Assim, emergiram manifestações associadas a clubes de mães, movimentos por creche, marchas da “panela vazia” ou “panelaços”, inserções nos sindicatos e nos partidos políticos (Pedro, 2012).

Outra diferença fundamental nas formas de expressão do movimento feminista é a que se dá em razão do colonialismo, através do qual determinados centros econômicos e de poder controlam e representam o discurso e o conhecimento acerca do feminismo e das mulheres pertencentes a culturas tidas como de terceiro mundo. Numa perspectiva colonialista, as necessidades das mulheres são apropriadas pelo discurso daqueles que tem o poder de teorizar e estabelecer os termos da agenda do movimento, numa leitura homogeneizante e universalista que desconsidera o pluralismo. (Bahri, 2013).

3. UMA PROPOSTA DE TEORIA FEMINISTA PÓS-COLONIAL

O colonialismo – que impõe determinadas formas de conhecimento e cultura como superiores e globais, enquanto outras seriam subalternas e atrasadas, sendo

silenciadas ou representadas de modo estereotipado, monolítico e essencialista – está presente no modo de produção e circulação dos saberes. A amplitude das consequências da matriz epistêmica colonial é explicitada por Santos (2010, p. 24):

La dificultad de imaginar la alternativa al colonialismo reside en que el colonialismo interno no es sólo ni principalmente una política de Estado, como sucedía durante el colonialismo de ocupación extranjera; es una gramática social muy vasta que atraviesa la sociabilidad, el espacio público y el espacio privado, la cultura, las mentalidades y las subjetividades. (Santos, 2010, p. 24)

O paradigma eurocêntrico e dualista, que divide o mundo entre europeu e não-europeu e traça uma história evolucionista que caracteriza as culturas indígenas e negras como atrasadas ou simplesmente como passado, representa uma colonização das perspectivas cognitivas. Esse modelo é bem retratado por Aníbal Quijano no excerto a seguir:

Esse resultado da história do poder colonial teve duas implicações decisivas. A primeira é óbvia: todos aqueles povos foram despojados de suas próprias e singulares identidades históricas. A segunda é, talvez, menos óbvia, mas não é menos decisiva: sua nova identidade racial, colonial e negativa, implicava o despojo de seu lugar na história da produção cultural da humanidade. Daí em diante não seriam nada mais que raças inferiores, capazes somente de produzir culturas inferiores. Implicava também sua realocação no novo tempo histórico constituído com a América primeiro e a Europa depois: desse momento em diante passaram a ser o passado. (Quijano, 2005, p. 111)

A lógica colonialista, que ultrapassa e persiste após o processo de descolonização dos países do Sul global, também pode ser verificada nas teorizações sobre o feminismo, pois as chamadas “mulheres do Terceiro Mundo” são entendidas como vítimas de opressão ou significantes de resistência, e não produtoras de conhecimentos outros (Costa, 2013).

Bourdieu & Wacquant (2005) alertam a respeito da neutralização das condições históricas de produção de teorias no Norte global e sua universalização, de modo que a circulação internacional de textos e de conceitos ocorre de acordo com os fluxos de poder. Analisam, nesta esteira, a ideia de globalização:

Pode-se também analisar aqui, em todos os seus pressupostos e implicações, a noção fortemente polissêmica de “globalização” que tem o efeito, se não a função,

de envolver os efeitos do imperialismo econômico num ecumenismo cultural ou fatalismo econômico e de apresentar as relações transnacionais de poder como necessidade neutra. (Bourdieu; Wacquant, 2005, p. 212)

O posicionamento imperialista também se verifica no campo do feminismo, haja vista que as trocas entre as periferias e centros metropolitanos ocorrem de forma desigual, cabendo a estes últimos a produção teórica e àquelas a atividade restrita de estudos de caso (Cypriano, 2013). Além disso, existe o problema da representação da mulher do terceiro mundo, que ora é silenciada por sua ausência nos relatos históricos ou anais literários, ora é tratada como totalidade indiferenciada que apaga as diferenças e as diversas posições que podem ocupar como sujeitos, ou seja, novamente reduzida ao silenciamento (Bahri, 2013).

A crítica pós-colonial se baseia em uma epistemologia da alteridade, buscando uma forma alternativa de ler os construtos históricos e culturais, bem como questionando os protocolos de leitura e escrita e as construções discursivas que moldam o pensamento ocidental. Destarte, reconhecendo-se a assimetria, a subalternidade e o silenciamento impostos tanto pelo patriarcado quanto pelo colonialismo, pode-se conceber o feminismo e o pós-colonialismo como teorizações com potencial para desestabilizar as bases consolidadas de construção de saber e conhecimento (Almeida, 2013).

Neste diapasão, vislumbra-se a necessidade de as feministas da América Latina produzirem um conhecimento situado, em oposição a teorias universalistas, lançando um olhar sobre o Sul e a partir do Sul. Até porque, como aponta Bahri (2013), um estudo da situação de mulheres em locais específicos pode ter ramificações e determinações mundiais e internacionais. Seria, então, viabilizada a construção identitária dessas mulheres no bojo de suas experiências históricas e de seu discurso, contrapondo-se à sua representação essencialista e imutável por teorias que se erigem como críticas no Norte global.

No entanto, a convergência entre os estudos feministas e os pós-coloniais é muitas vezes controversa. Por um lado, feministas reclamam que os estudos do colonialismo omitem, na maioria das vezes, as questões de gênero para dar atenção a assuntos supostamente mais importantes, como a descolonização e a construção da nação. Por sua vez, os pós-colonialistas questionam o feminismo ocidental predominante por não incorporar questões raciais e por sua tendência de este-reotipar ou generalizar em excesso a questão da “mulher do terceiro mundo” (Bahri, 2013).

No âmbito dos movimentos, uma perspectiva feminista falando do interior do pós-colonialismo é, por vezes, acusada de ser divisionista, pois ao invés de

estar somando esforços em lutas consideradas “maiores” e “gerais”, estaria se preocupando com questões específicas das mulheres. A exemplo disso, Pedro (2012) lembra que durante as décadas de 1970 e 1980 as feministas brasileiras eram constantemente criticadas por organizações e militantes de esquerda, embora muitas delas também estivessem engajadas nas lutas contra a ditadura militar e por mudanças sociais. As facções políticas de oposição ao regime militar costumavam caracterizar as reivindicações feministas como “desvio pequeno burguês”.

Por outro lado, ressalta Bahri (2013), no campo do feminismo predominante, as perspectivas pós-coloniais que enfocam a raça e a etnicidade podem ser percebidas como forças que fragmentam a aliança feminista mundial.

Essas divergências configuram as teorias de modo estanque e isolado, como se os eixos de desigualdade gênero/raça/classe não estivessem profundamente imbricados e não fossem constituídos reciprocamente ao longo da história.

Joan Scott (1995) observa que o gênero, além de ser uma construção socio-cultural baseada nas diferenças percebidas entre os sexos, é uma forma primeira de significar as relações de poder. A autora assevera que a política constrói o gênero e o gênero constrói a política, pois este legitima e produz determinadas formas de relações sociais. A análise histórica sob a perspectiva de gênero, desta forma, permitiria redefinir as antigas questões da história em termos novos, dando visibilidade às mulheres e ao gênero em conjunção com a visão de igualdade política e social, que inclui não só o sexo mas também a classe e a raça.

Acerca das contribuições mútuas que os estudos pós-coloniais e feministas poderiam estabelecer na construção de uma ruptura epistemológica, tornando audível a voz do subalterno, posiciona-se Almeida:

Se podemos dizer, por um lado, que o pós-colonialismo se fortalece com a interrupção ocasionada pelos estudos feministas; por outro lado, podemos salientar como a crítica feminista, questionada há algum tempo por seu branqueamento e seu ocidentalismo, tem sido insistentemente levada a refletir, pelas próprias críticas feministas e pelo debate ampliado pelas discussões trazidas pelo pós-colonialismo, sobre a categoria universalista da mulher, abrindo caminho para se teorizarem várias outras e novas formas de se pensarem o lugar das mulheres na contemporaneidade, a falácia da universalidade, a diferença entre as mulheres, os vários sujeitos do feminismo, a transversalidade do gênero, entre outros. (Almeida, 2013, p. 692)

Santos (2010) ressalta a necessidade de uma epistemologia do Sul, na qual seriam questionados estruturas e conceitos previamente estabelecidos pelo projeto mo-

dermo ocidental, tomando-se distância em relação à tradição crítica eurocêntrica. Essa nova epistemologia se configura por novos processos de produção e valoração de conhecimentos válidos, construída a partir de sujeitos subalternizados, ausentes pelas diversas lógicas de exclusão, que assumiriam seu protagonismo e subverteriam a hierarquização que lhes foi imposta.

Essa ruptura epistemológica proposta por Santos (2010) coaduna-se com a proposta de uma teoria feminista pós-colonial, implicando uma renúncia à tradução e representação das mulheres da América Latina pelo Norte global.

Cypriano (2013) cita o exemplo da Marcha Mundial das Mulheres como forma peculiar e criativa de interação do global com o local, no que ele chama de “feminismo transnacional”, um movimento atento às interseções entre nacionalidade, raça, gênero, sexualidade e exploração econômica em termos mundiais. O autor salienta ainda a importância de Conferências Internacionais de Direitos Humanos para a formação de redes feministas internacionais e a transnacionalização dos discursos e práticas do movimento feminista, citando o exemplo da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Conferência de Pequim – 1995).

4. TRANSNACIONALIZAÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA: CONTRIBUIÇÕES DAS CONFERÊNCIAS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A linguagem dos direitos humanos tem sido criticada por seu caráter pretensamente universal, mas sua hegemonia, conforme alerta Santos (2013), convive com a perturbadora realidade de que a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos, é objeto de discurso de direitos humanos.

Santos (2013) também questiona a forma como os direitos humanos poderiam ser utilizados no sentido contra-hegemônico, ou seja, subvertendo suas concepções convencionais, ligadas à sua matriz liberal e ocidental. Ele destaca, nesse contexto, a importância de uma hermenêutica de suspeita que ponha em relevo a disparidade de sua genealogia entre sociedades metropolitanas e coloniais, sua validade universal e seu consenso, calcado no que chamam de ilusões acerca dos direitos humanos.

Destarte, são apontadas as ilusões teleológica, do triunfalismo, da descontextualização, do monolitismo e do antiestatismo. A ilusão teleológica configura os direitos humanos como um fim necessário, nega a ideia de evolução e reafirma a historicidade. O triunfalismo reforça uma narrativa vencedora, na qual a vitória dos direitos humanos é retratada como um bem humano incondicional, a despeito de outras gramáticas de dignidade humana que também foram e são utilizadas para fins emancipatórios, inclusive no contexto de descolonização.

A descontextualização, por seu turno, também apaga a historicidade, ignorando que em determinados contextos o discurso de direitos humanos legitimou tanto práticas revolucionárias como práticas contrarrevolucionárias. A ilusão do monolitismo, por sua vez, significa negar as tensões e contradições internas dos direitos humanos, como se estes fossem assegurados indistintamente a todos os indivíduos.

Por derradeiro, o autor registra a ilusão do antiestatismo, que estabeleceria os direitos humanos apenas como instrumentos de defesa do indivíduo contra o Estado, esquecendo-se de massivas violações no âmbito privado e da notória insuficiência da postura estatal negativa.

Nesta esteira, afirma-se a necessidade de considerar tais “ilusões” para uma reconstrução teórica e política dos direitos humanos. As ilusões consideradas pelo autor são objeto de enfrentamento na práxis de movimentos sociais que lutam por uma sociedade mais justa e mais digna, dentre eles o movimento feminista, mormente se articulado a uma concepção pós-colonial.

Podem-se observar formas de apropriação da linguagem dos direitos humanos, bem como do aparelhamento de organismos internacionais e dos Estados pelo movimento feminista, ao longo da história de suas reivindicações. Soihet (2012) relata as incipientes tentativas de internacionalização do movimento e de formação de redes já na Primeira Conferência Interamericana de Mulheres realizada em 1922. Esse evento contou com a participação de importante ativista brasileira, Bertha Lutz, que muito contribuiu para a criação das primeiras federações e ligas de mulheres no Brasil.

O movimento feminista latino americano pode ocupar uma posição paradoxal e rica no que tange a uma apropriação contra-hegemônica dos direitos humanos, haja vista que sua prática política e produção de conhecimento se situam nas interseções entre o local e o global, entre o particular e o universal.

A própria estratégia de se inserir no aparelho do Estado e assumir posições de poder que pautem a elaboração e implementação de políticas públicas com o enfoque de gênero, característica do que alguns chamam de quarta onda do feminismo, recebeu bastante influência dos encontros supranacionais. Passou-se da resistência em adentrar na arena da política tradicional, por considerá-la opressiva e de domínio masculino, para a compreensão desses espaços como um dos instrumentos para a transformação dos discursos e práticas político-culturais dominantes, embora ainda permaneçam as disputas e divergências (Cypriano, 2013).

No núcleo da tensão entre o reconhecimento da igualdade e reconhecimento da diferença explicitada por Santos (2013), encontram-se as reivindicações de grupos sociais historicamente discriminados e excluídos, como minorias étnicas

e as mulheres. Desta feita, exsurgiu no arcabouço normativo dos direitos humanos os chamados sistemas especiais de proteção, que coexistem com o sistema geral, este composto pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Esse processo de especificação do sujeito de direitos vislumbra-se em diversos Tratados e Convenções, visando contemplar o sujeito em suas particularidades, um sujeito concreto e historicamente situado, não mais apenas os indivíduos em sua abstração e generalidade (Piovesan, 2003). Nessa seara, são erigidos os direitos humanos das mulheres, um sistema especial de proteção produzido por diversas Conferências e já composto por vários Tratados e Convenções, cujas contribuições serão descritas a seguir.

A Declaração e Programa de Ação de Viena deu grande atenção aos direitos da mulher, proclamando em seu artigo 18 a inalienabilidade e a indivisibilidade dos mesmos com relação aos direitos humanos universais, além de estabelecer que deveriam ser parte integrante das atividades das Nações Unidas. Uma das recomendações do Programa de Ação foi que a Assembleia Geral das Nações Unidas adotasse o projeto de Declaração sobre a Violência contra a Mulher, já elaborado em várias sessões anteriores da Comissão sobre a Condição Jurídica e Social da Mulher, o que se concretizou naquele mesmo ano em Sessão da Assembleia Geral. Também logrou êxito a recomendação para criar um relator temático especial para monitorar o fenômeno da violência contra a mulher, o que ocorreu em 1994 (Alves, 2003).

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993) – que teve sua aprovação impulsionada, como visto, pela Declaração e Programa de Ação de Viena – avançou no tratamento específico dado à violência contra a mulher, haja vista que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher não aborda esse assunto de forma específica, embora a violência seja uma grave forma de discriminação. A definição de violência contra a mulher utilizada é bastante abrangente, incluindo a violência física, sexual e psicológica, além de referir-se a três eixos de sua prática, englobando a família, a comunidade e o Estado. Essa linha de definição foi seguida pela Convenção que versa sobre a mesma matéria no âmbito do sistema regional de proteção, o sistema interamericano.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Conferência de Cairo (1994) – fez uma abordagem dos problemas populacionais sob a ótica dos direitos humanos, sobretudo no sentido de promover a saúde reprodutiva e a igualdade de gênero. As metas estabelecidas na Conferência foram: a

redução da mortalidade infantil e materna; o acesso à educação, especialmente para as meninas; e o acesso a uma ampla gama de serviços de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar.

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher – Conferência de Pequim (1995) – contribuiu como orientação para governos e sociedade no aperfeiçoamento do marco legal, formulação de políticas públicas e programas para promover a igualdade. Foram traçados objetivos estratégicos e ações para alcançá-los, além de evidenciar três ideias transformadoras neste processo: o conceito de gênero, o empoderamento da mulher e a ideia de transversalidade. Assim, valoriza-se uma análise da situação da mulher como construção social e cultural, trabalha-se com a ideia de a mulher assumir o controle de seu desenvolvimento e propugna-se uma ação governamental que integre a perspectiva de gênero nas políticas públicas em todas as áreas, não se limitando a iniciativas pontuais.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) é considerada o principal documento internacional de proteção aos direitos humanos da mulher, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1979 e em vigor desde 1981. Essa Convenção foi promulgada e incorporada ao direito interno brasileiro em 1984, com algumas reservas na área da família que só foram retiradas dez anos depois, em 1994. Aliás, deve-se ressaltar que de todos os instrumentos jurídicos adotados pelas Nações Unidas a CEDAW é a que os signatários impuseram maior número de reservas.

A Convenção dispõe de duas frentes, a de promoção da igualdade e a de repressão da discriminação. Relaciona-se à proteção dos direitos da mulher em diversos âmbitos, inseridos nos espaços público e privado, além de não se limitar a enunciar direitos, mas de assumir a forma de compromissos dos Estados-partes de adotar as medidas temporárias, com as ações afirmativas (Araújo; Montebello, 2002).

Nessa senda, configura-se uma mudança de paradigmas nos direitos humanos para que o processo de especificação do sujeito de direitos seja incorporado ao direito interno dos Estados, através de ações afirmativas, que atuariam na desconstrução da ideia abstencionista e de antiestatismo. Essa ruptura descaracteriza o paradigma dos direitos humanos como instrumento de mera defesa dos indivíduos contra o Estado.

Alves (2003) classifica essas prestações negativas estatais como falaciosas, defendendo a insuficiência dessa posição do Estado inclusive para os direitos civis e políticos, considerados como de primeira “geração” ou dimensão. Para tanto, o autor lembra os custos e esforços materiais imprescindíveis para a rea-

lização de eleições universais, livres e justas, particularmente em sociedades democráticas e pluralistas de grandes dimensões e composição heterogênea.

No tocante à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), cumpre ainda registrar que, em 1999, a Assembleia Geral da ONU adotou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinado em 2001 pelo governo brasileiro e ratificado pelo Congresso Nacional em 2002. Esse Protocolo acrescentou, como mecanismos de supervisão de cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes, a possibilidade de comunicações de pessoas ou grupos de pessoas em casos de violações aos direitos previstos na Convenção ao Comitê responsável por tal trabalho de monitoramento, o chamado Comitê CEDAW, bem como a competência deste Comitê para designar uma equipe para realizar visitas e investigações *in loco* sobre as possíveis violações.

Além desses mecanismos previstos no Protocolo, a própria Convenção já prevê como forma de monitoramento a análise de relatórios apresentados periodicamente pelos Estados-partes, com a elaboração de observações e recomendações específicas, além da competência do Comitê para a preparação de Recomendações Gerais. Em 2002, o Brasil apresentou, com bastante atraso, seu relatório sobre a situação da mulher no país, relativo aos anos de 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001, descrevendo os avanços e as dificuldades no cumprimento aos direitos humanos das mulheres.

Ressalte-se que a equipe responsável pelo relatório era composta por organizações não governamentais do movimento de mulheres, quais sejam, ADVOCACI, AGENDE, CEPIA, CFÊMEA, CLADEM, GELEDÉS, NEV e THEMIS, que formaram um consórcio coordenado por Flávia Piovesan (CLADEM) e Sílvia Pimentel (CLADEM/IPÊ).

No tocante à violência doméstica e familiar contra a mulher, o Relatório Nacional Brasileiro foi bastante crítico, expondo as estatísticas mais alarmantes sobre o tema, os anacronismos da legislação e os posicionamentos mais conservadores da jurisprudência sobre a matéria. O caráter pormenorizado e autocrítico foi elogiado pelo Comitê CEDAW nas recomendações feitas ao Estado brasileiro, em resposta ao relatório encaminhado pelo Brasil. Em seu tópico de número 113, o Comitê recomenda expressamente a adoção de uma lei sobre violência doméstica:

O Comitê recomenda ao Estado Parte a adotar as medidas necessárias para combater a violência contra a mulher, de conformidade com a recomendação geral 19 do Comitê de prevenir a violência, punir os agressores e prestar serviços às ví-

timas. O Comitê recomenda que o Estado parte adote sem demora uma lei sobre violência no lar e tome medidas práticas para acompanhar de perto e supervisionar a aplicação de uma lei desse tipo e avaliar sua eficácia. O Comitê solicita ao Estado parte que proporcione informação geral e dados sobre a violência contra a mulher em seu próximo informe periódico. (Brasil, 2002).

Além dos sistemas geral e especiais de proteção dos direitos humanos, verifica-se a formação de sistemas regionais de proteção, quais sejam, os sistemas americano, europeu e africano. Esses sistemas regionais devem atuar em complementaridade ao sistema global, composto por instrumentos das Nações Unidas. A criação desses sistemas se deu no intuito de regionalizar a proteção aos direitos humanos e alcançar os localismos e as heterogeneidades culturais, pois nestes o espaço geográfico é mais reduzido e há maior similitude cultural e de formas de organização política e socioeconômicas dos países participantes, o que facilitaria o estabelecimento de normas e mecanismos de proteção de impacto mais direto nas situações nacionais (Piovesan, 2003).

O sistema geral interamericano é formado basicamente pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de São José, de 1978, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos e Sociais, de 1988.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), existe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui as competências de receber petições individuais ou de grupos de pessoas, de dirigir-se a qualquer Estado para obter informações e fazer recomendações, além de ser o órgão de monitoramento da Convenção, podendo para tanto realizar estudos e elaborar relatórios, avaliar as legislações nacionais e realizar missões in loco com a anuência do governo. Além da CIDH, existe a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pelo Pacto de São José, com competência consultiva para interpretar tratados e convenções e avaliar a compatibilidade entre as leis nacionais e estes instrumentos internacionais, e competência contenciosa, que compreende apenas os Estados-partes da Convenção.

No tocante ao sistema especial de proteção dos direitos humanos da mulher, encontra-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também designada de Convenção de Belém do Pará, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1994, ratificada pelo Brasil em 1995 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação em 1996.

A Convenção de Belém do Pará considera a violência contra a mulher uma violação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, visto que tal violência limita total ou parcialmente o reconhecimento, o gozo e o exercício desses direitos e liberdades pelas mulheres. A Convenção reconhece, também, que a violência contra as mulheres é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

Essa convenção complementa a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dando a devida atenção à problemática específica da violência, assim entendida como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. A Convenção de Belém do Pará confirma o entendimento expresso na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, das Nações Unidas, dirigindo-se à violência praticada no âmbito da família, da comunidade e do Estado.

No âmbito do sistema interamericano foi formulada denúncia por organizações não governamentais (ONGs) com atuação na área dos direitos humanos das mulheres, o que resultou em condenação do Estado brasileiro e recomendações para que fosse adotada lei específica sobre violência doméstica e familiar contra a mulher.

Mais uma vez observa-se o movimento especializado e profissionalizado de mulheres, sob a forma de ONGs, ocupando arenas políticas internacionais e se instrumentalizando por meio do arcabouço normativo de direitos humanos e seus organismos regionais e globais, bem como do próprio Estado. Um campo bem emblemático que demonstra esta forma de atuação dos movimentos e também de outras mobilizações é o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

5. ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL: UM CAMPO EMBLEMÁTICO DE ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS DE MULHERES

O enfrentamento ao problema crônico da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil tem sido protagonizado pelos movimentos de mulheres, que reivindicaram e continuam pressionando por um tratamento específico desta problemática, tanto em termos de legislação quanto de políticas públicas. A organização e a profissionalização crescentes dos movimentos, atreladas ao aparato dos organismos internacionais dos direitos humanos, são características do

trabalho de construção de novas propostas nesta seara e o monitoramento de sua aplicação, atentando-se às particularidades da sociedade brasileira.

5.1. Atuação dos movimentos de mulheres para avanços legislativos – o caso da Lei Maria da Penha

Movimentos feministas e outros movimentos de mulheres já ocuparam, ao longo da história brasileira, um papel proeminente para dar visibilidade ao problema da violência doméstica contra a mulher e reivindicar mudanças legislativas e políticas públicas para seu enfrentamento. Nesta esteira, verifica-se que sua atuação vai desde campanhas de prevenção até as reivindicações pela construção de mais casas para abrigar mulheres vítimas de violência (Pedro, 2012). Outro importante marco simbólico nesta luta foi a criação de Delegacias de Defesa da Mulher, classificada pelo Relatório Nacional Brasileiro ao Comitê CEDAW como a principal política pública de defesa da mulher contra a violência até aquele momento.

As conquistas legislativas no sentido de conferir um tratamento mais adequado ao problema também contaram com decisiva participação do movimento de mulheres, incluindo a lei específica de violência doméstica e familiar contra a mulher do ordenamento jurídico brasileiro atual, a Lei Maria da Penha.

A Lei n.º 11.340/06, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mais conhecida como Lei Maria da Penha, foi assim batizada pelo então Presidente da República na cerimônia de sanção do dia 7 de agosto de 2006. O recebimento desse nome decorre de um caso emblemático e lamentável da prática desse tipo de violência e da negligência e omissão do Estado brasileiro para punição do agente. A grande diferença deste caso foi a sua repercussão, em virtude do envolvimento do movimento de mulheres e da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) em resposta à denúncia que lhe fora encaminhada.

A vítima Maria da Penha Maia Fernandes sofreu duas tentativas de homicídio praticadas por seu marido em 1983, tendo ficado paraplégica em razão da primeira tentativa. Mesmo tendo havido condenação, o agressor só foi preso dezenove anos após a prática do crime, cumprindo apenas dois anos de prisão. Em razão dessa história dramática de violação aos direitos humanos de uma mulher e ao claro descumprimento das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção de Belém do Pará pelo Estado brasileiro, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, juntamente com

Maria da Penha, formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

Esta Comissão solicitou informações ao governo brasileiro por quatro vezes, sem receber qualquer resposta. Dessa feita, publicou um Relatório em 2001 no qual recomendou ao Estado que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito, que fosse paga indenização à vítima no valor de vinte mil dólares e que fossem adotadas medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

Observa-se neste caso de repercussão internacional dois fatores que foram determinantes para a edição de uma legislação específica sobre violência doméstica e familiar contra a mulher: a pressão do movimento de mulheres e dos organismos internacionais de direitos humanos. No tocante a este último, faz-se mister ressaltar as recomendações feitas ao Brasil pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas em resposta ao Relatório Nacional Brasileiro, e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA para adotar uma lei sobre violência no lar e tomar medidas práticas para acompanhar de perto e supervisionar a sua aplicação e eficácia.

No que tange à pressão dos movimentos de mulheres, esta foi decisiva para a elaboração do projeto de lei que resultou na Lei Maria da Penha, bem como de outros projetos anteriores, que não lograram êxito. Tal participação é reconhecida no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres quando aborda que, ao instalar um grupo interministerial para discussão de um anteprojeto de lei sobre violência doméstica enviado ao Congresso Nacional em 25 de novembro de 2004, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres respondia às demandas desses movimentos sociais.

A participação do movimento de mulheres é reconhecida também no supracitado Relatório Nacional Brasileiro ao Comitê CEDAW (2002) quando nele se relata que, desde o início da visibilidade e publicização do problema da violência contra a mulher a partir dos anos 1980, houve a atuação preconizada por este segmento da sociedade civil organizada, gerando o surgimento das primeiras políticas públicas de enfrentamento ao problema, como a criação das delegacias de defesa da mulher, dos abrigos e as campanhas de conscientização.

Esse Relatório faz referência, outrossim, a iniciativas anteriores do movimento de mulheres por uma legislação específica para a violência doméstica, mencionando dois projetos de lei resultantes da proposta elaborada pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/BRASIL), mas

que foram rejeitados pelas Comissões Especiais da Câmara dos Deputados por abarcar várias áreas jurídicas, e não apenas o Direito Penal.

Em relação ao projeto de lei que originaria a Lei Maria da Penha, impende destacar o seu processo de formulação. Conforme informa o Manual de Capacitação Multidisciplinar (Freire, 2006), o texto legal foi resultado de um longo processo de discussão a partir da proposta elaborada por um consórcio de ONGs (ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CFEMEA, CLADEM/IPÊ e THEMIS). Essa proposta foi discutida e reformulada por um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, e enviada em novembro de 2004 pelo Presidente da República à época ao Congresso Nacional.

A Deputada Jandira Feghalli, relatora do Projeto de Lei nº 4.559/2004, realizou audiências públicas em assembleias legislativas das cinco regiões do país ao longo do ano de 2005 que contaram com intensa participação de entidades da sociedade civil e resultaram em um substitutivo acordado entre a relatoria, o consórcio de ONGs e o executivo federal, que terminaria aprovado por unanimidade no Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, tornando-se a Lei Maria da Penha.

5.2. Dificuldades e desafios para implementação da Lei Maria da Penha: o trabalho de monitoramento dos movimentos de mulheres

A atuação de determinados movimentos feministas busca pautar-se por uma agenda política que parte do microssistema previsto pela legislação brasileira, da realidade particular de nossas instituições e da cultura de violência de gênero que se encontra em nossa sociedade. Nessa senda, monitoram a aplicação da Lei Maria da Penha, para que seja feita em consonância com a perspectiva contra-hegemônica propugnada pelos direitos humanos das mulheres, em rompimento com as fronteiras tradicionais entre o público e o privado, bem como com as propostas universalistas e monolíticas que ignoram as especificidades dos sujeitos de direitos.

Para que as disposições da Lei Maria da Penha não resembrancem ou erroneamente interpretadas, faz-se mister a sua compreensão segundo o enfrentamento à violência de gênero, categoria esta a que nos remete a lei e os Tratados de Direitos Humanos das mulheres.

Bourdieu (1999) explica que gênero refere-se à produção cultural das identidades masculina e feminina, em oposição uma à outra e que determinaria os espaços sociais de homens e mulheres. Ressalta ainda que esta divisão e ordem

arbitrárias são incorporadas pelos corpos, naturalizadas ou des-historicizadas, estabelecendo-se como estruturas sociais hierarquizadas.

Essa compreensão é encampada pelos movimentos de mulheres, para que o Direito não reproduza e institucionalize tal forma de violência simbólica e que seu enfrentamento norteie as decisões judiciais e a atuação dos agentes públicos em suas diferentes esferas.

Ademais, a Lei Maria da Penha acarreta a necessidade de diversas políticas públicas para sua efetiva implementação, como a criação e funcionamento dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFMs).

Ocorre que, tanto pela ausência de uma rede integrada aos JVDFMs para acompanhamento do cumprimento das medidas protetivas de urgência e garantia de sua efetividade, quanto pelo fato de esses Juizados não terem sido instalados na maioria das comarcas do país, ainda são necessários muitos avanços para a aplicação da Lei Maria da Penha em sua integralidade e em consonância com os Tratados de Direitos Humanos das mulheres. (Azevedo; Craidy, 2011).

As dificuldades geradas na prática, pela ausência das políticas públicas previstas na lei, restam evidentes. No tocante ao problema de capacitação dos agentes da polícia, manifesta-se Hermann:

A carência mais importante, historicamente, tem sido a falta de capacitação específica dos agentes. As academias de Polícia, responsáveis pela preparação e formação de todos os policiais que ingressam na carreira, não incluem qualquer tipo de abordagem específica sobre violência de gênero. Até o advento da Lei Maria da Penha nenhuma legislação dispôs sobre formação ou capacitação de policiais titulares dessas delegacias. As iniciativas isoladas neste sentido têm sido comumente impulsionadas pelo interesse pessoal de delegadas e outros agentes, em parceria com entidades não-governamentais atuantes no combate à violência contra a mulher. (Hermann, 2007, p. 131)

No próprio âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, constata-se sérias dificuldades para garantia da celeridade e efetividade das medidas protetivas de urgência, segundo verifica Alimena (2011). O volume da demanda e a ausência das estruturas materiais para que se acompanhe o cumprimento destas medidas, bem como os inquéritos policiais inconclusos ou arquivados, acarretam a extinção do processo por decurso do prazo decadencial das tutelas cautelares sem a formação de uma ação principal e sem informações sobre o caráter satisfativo das mesmas.

Com o objetivo de acompanhar a aplicação da Lei Maria da Penha e identificar estas e outras dificuldades que possam obstaculizar a sua plena efetivação, verifica-se o trabalho de monitoramento realizado pelos movimentos de mulheres. Dois exemplos desta forma de atuação são os relatórios produzidos pelo Observe – Observatório de Monitoramento da Lei Maria da Penha, que realizou pesquisa sobre as condições para aplicação da lei nas Delegacias Especializadas (DEAMS) e JPDFMs das capitais brasileiras no período de 2007 a 2010, e pela organização não governamental CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação, que pesquisou instituições de segurança pública e de justiça em cinco capitais brasileiras, cujo relatório foi divulgado em 2013.

O Observe é formado por um consórcio que congrega 12 organizações, entre núcleos de pesquisa e organizações não governamentais, com representações nas cinco regiões brasileiras, financiado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres.

No que tange às Delegacias Especializadas, o relatório da Observe concluiu que estas dispõem de estrutura e recursos materiais insuficientes e inadequados, não sofrendo nenhuma reestruturação após a edição da Lei Maria da Penha. Outro ponto preocupante foi a ausência de recursos humanos especializados, pois se verificou um desprestígio dessas delegacias no interior das Polícias Cíveis dos estados, sendo inclusive considerado pelos profissionais como punição a sua designação para trabalhar nessas unidades. Desta feita, apesar de haver a oferta de cursos de capacitação para agentes no sentido de oferecer atendimento especializado nas referidas Delegacias, a participação deles ainda é pequena face ao contingente que atua nessas unidades e sua rotatividade.

No tocante aos Juizados (JPDFMs), o relatório aponta como primeiro problema o número ainda reduzido de juizados em funcionamento no país. Outra dificuldade se dá em relação às equipes multidisciplinares que deveriam atuar nestes juizados, que contam com poucos profissionais e funcionam de maneira precária. O relatório remete-se ainda à inexistência de defensores públicos para acompanhamento das mulheres vítimas de violência nas audiências cíveis e criminais, a ausência de redes articuladas de serviços que abranjam outros setores e serviços públicos, bem como a ausência de sistemas de informação nas polícias e nos Juizados para que possam ser avaliados a procura e o atendimento prestado a essas vítimas.

O relatório produzido pela CEPIA recaiu sobre as instituições de segurança pública e justiça e a forma como seus operadores compreendem a Lei 11.340/2006 e sua aplicação no dia a dia das delegacias e juizados. Foram analisadas realidades em cinco capitais, selecionadas pela diversidade de contextos que representam: Porto Alegre (RS), Recife (PE), Rio de Janeiro (RJ), Salvador (BA) e São Paulo (SP).

As dificuldades elencadas nos resultados dessa pesquisa para a implementação da lei são: a ausência de transversalização de gênero nas políticas públicas; atuação segmentada; a falta de especialização do atendimento e de capacitação dos profissionais da polícia e dos juizados calcada em uma abordagem de gênero, incluindo os magistrados; pouca estrutura e reduzidos quadros profissionais dos juizados, deixando-os sobrecarregados; a ausência de serviços de apoio para efetivação das medidas protetivas de urgência, inclusive por parte da polícia militar; as respostas judiciais estarem se limitando ao deferimento das medidas protetivas de urgência, sem continuidade dos processos criminais; a aplicação parcial da lei por interpretação de alguns profissionais, que consideram outras normas conflitantes; carência de defensores públicos para acompanhamento e orientação das vítimas; morosidade dos inquéritos policiais; estratégias de alguns profissionais para não dar continuidade aos inquéritos e processos criminais, mesmo após o entendimento do Superior Tribunal Federal que afirma a natureza da ação penal pública incondicionada para as lesões corporais leves; ausência de redes articuladas.

Como se pode observar, a simples edição da Lei Maria da Penha não garante que os seus fins de coibir a prática da violência doméstica e familiar contra a mulher, através de políticas de prevenção, punição dos agressores e medidas de proteção e assistência à vítima, sejam efetivamente alcançados. Neste sentido, os movimentos de mulheres assumem o papel preponderante de monitorar a aplicação da lei pelo Poder Público e pressionar as instituições estatais e a opinião pública para que tais avanços legislativos realmente se convertam em uma sociedade mais igualitária e na erradicação da violência de gênero.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos feministas manifestam seu caráter plural em relação a suas construções teóricas e sua agenda política, sobretudo se forem consideradas as particularidades históricas e culturais de sua produção, bem como sua articulação com outros movimentos sociais, incluindo outros movimentos de mulheres.

No feminismo da América Latina, verifica-se a necessidade de que seja adotada uma perspectiva a partir do Sul global, levando em conta as profundas intersecções entre os silenciamentos impostos pelo patriarcado e pelo colonialismo. Destarte, observa-se que seria possível estabelecer leituras desta realidade a partir dos sujeitos subalternos, provocando uma ruptura epistemológica por meio de uma teoria feminista pós-colonial. Essa nova forma de produção e valoração de conhecimentos, bem como de estabelecimento de uma agenda de reivindicações, contestaria as

visões monolíticas e universalistas das representações da categoria “mulheres de terceiro mundo” impostos pelo Norte global.

Por outro lado, os movimentos feministas vivem um momento de transnacionalização, o que pode gerar espaços interessantes de interação entre o global e o local, desde que devidamente atentos à lógica colonialista. Um importante instrumento para a formatação de redes feministas internacionais são as Conferências de Direitos Humanos e seu arcabouço normativo.

Despojando-se das ilusões de que a linguagem dos direitos humanos seja única e universal, pode-se buscar sua utilização contra-hegemônica, tarefa na qual um projeto feminista pós-colonial teria muito a contribuir, posto que ocupa uma posição que o coloca no cerne das tensões entre o universal e o fundacional, bem como propugna o reconhecimento da diferença, tanto no aspecto étnico e nacional, quanto no âmbito do gênero.

Assim, verifica-se que os movimentos feministas se instrumentalizam através dos organismos internacionais e do aparelho estatal para garantir que sistemas especiais e regionais de proteção dos direitos humanos sejam efetivados.

Um campo no qual se observa notória atuação neste sentido é o enfrentamento à violência de gênero e, mais especificamente, à violência doméstica contra a mulher no Brasil, promovendo avanços legislativos e de políticas públicas, bem como pressionando e monitorando para que se atinja plena efetivação dos direitos reconhecidos.

REFERÊNCIAS

- ALIMENA, Carla Marrone. Era uma vez um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org). *Relações de Gênero e Sistema Penal: Violência e Conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- ALMEIDA, Sandra Regina Goulart. Intervenções feministas: pós-colonialismo, poder e subalternidade. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 689-700, maio/ago. 2013.
- ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos como tema global. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- ARAÚJO, Nádia de; MONTEBELLO, Marianna. Proteção internacional aos direitos da mulher. In: PIOVESAN, Flávia (org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CRAIDY, Mariana. Conflitos de Gênero no Judiciário: a aplicação da Lei 11.340/06 pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar de

- Porto Alegre/RS. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org). *Relações de Gênero e Sistema Penal: Violência e Conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- BAHRI, Deepika. Feminismo e/no pós-colonialismo. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 659-688, maio/ago. 2013.
- BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loic. A astúcia da razão imperialista. In: _____. *O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BRASIL. Presidência da República. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.
- _____. CEDAW. *Relatório nacional brasileiro: convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*; coordenação de Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel (coord.). Brasília, DF: Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Justiça; Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002.
- CEPIA – CIDADANIA, ESTUDOS, PESQUISA, INFORMAÇÃO E AÇÃO. Violência Contra a Mulher e Acesso à Justiça: Estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais. Relatório Final – Outubro/2013. Disponível em: <www.cepia.org.br/pesquisa_out.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- COSTA, Cláudia de Lima. Feminismos e pós-colonialismos. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 655-658, maio/ago. 2013.
- CYPRIANO, Breno. Construções do pensamento feminista latino-americano. *Estudos feministas*. Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 11-39, jan./abr. 2013.
- HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha – Lei com Nome de Mulher: Violência Doméstica e Familiar – Considerações à Lei n.º 11.340/2006 Comentada Artigo por Artigo*. Campinas: Servanda, 2007.
- MAYORGA, Cláudia; et al. *As críticas ao gênero e a pluralização do feminismo: colonialismo, racismo e política heterossexual*. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 463-484, maio/ago. 2013.
- OBSERVE – OBSERVATÓRIO DA LEI MARIA DA PENHA. Condições para aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal. *Relatório Final – Agosto/2010*. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/documento/relatorio-final-do-observatorio-de-monitoramento-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- PEDRO, Joana Maria. O feminismo de “segunda onda”: corpo, prazer e trabalho. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (org). *Nova História das Mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012.

- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (org.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. La Paz: Plural, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.
- SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995.
- SOIHET, Rachel. Movimento de mulheres: a conquista do espaço público. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (org). *Nova História das Mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012.

— A regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil e o paradigma da governança

Thayana Bosi Oliveira Ribeiro¹

1. INTRODUÇÃO

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao contrário do que previa a anterior Convenção n.º 107 da OIT, rompeu com a percepção assimilacionista e integracionista dos povos e comunidades indígenas e tribais e trouxe como marco legal o reconhecimento do direito à autodeterminação e à participação (Tomei; Sewpston, 1999).

Entretanto, devido ao dissenso que havia entre os grupos que compunham a OIT, verifica-se que a Convenção n.º 169 estabeleceu em seu texto a forma mais fraca de participação, instituindo que os governos deverão consultar os povos e comunidades tradicionais, mediante os procedimentos apropriados e de boa-fé, com o objetivo de se chegar a um acordo ou obter o consentimento sobre medidas administrativas e legislativas capazes de lhes afetar diretamente (Garavito, 2012).

Dessa forma a Convenção não disciplinou regras específicas para realização da consulta nem a vinculação dos seus resultados, o que, entre outros pontos, tem gerado intenso debate no âmbito nacional e internacional, especialmente na América Latina, onde se encontram a maioria dos países signatários do tratado.

Nesse contexto o governo brasileiro iniciou em 2013 o processo de regulamentação da consulta no intuito declarado de garantir a sua adequada aplicação.² Assim, o presente artigo investiga a presença do paradigma da governança na

1. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, integrante no Núcleo de Pesquisa em Direito e Diversidade – NUPEDD, bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Desenvolvimento Científico do Maranhão – Fapema.

2. No Peru, por exemplo, a consulta prévia já é regulamentada pela Lei n.º 29785, de 2011. Na Bolívia também há regulamentação através do Decreto Supremo n.º 29.033, de 16 de fevereiro de 2007 – completado pelo Decreto Supremo n.º 2298, de 18 de fevereiro de 2015.

definição e realização da consulta e quais suas implicações aos direitos dos povos e comunidades indígenas e tribais.

2. A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata dos direitos dos povos e comunidades indígenas e tribais, é reconhecidamente um tratado internacional de direitos humanos (Tomei; Sewpston, 1999). A Convenção foi promulgada no Brasil através do Decreto n.º 5.051, de abril de 2004, contudo, desde a sua promulgação o governo e a sociedade tem tentado delimitar o seu alcance e conteúdo no país (Shiraishi Neto, 2014).

A proposta, especificamente, de regulamentação do direito da consulta prévia, livre e informada, previsto no artigo 6º da Convenção, consiste na elaboração de determinadas normas, prazos e procedimentos que devem ser seguidos na realização da consulta. Isso implica na estruturação de forma diferenciada de efetivação da consulta em cada país e, logo, na não aplicação simples e imediata da Convenção n.º169 da OIT.

No entanto, deve-se observar que no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina e a jurisprudência divergem quanto à hierarquia, e, conseqüentemente, também quanto à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos – o que engloba a Convenção n.º 169 da OIT. Como se verá adiante, trata-se de correntes que remetem ou à inferioridade das normas internacionais de direitos humanos em relação à Constituição Federal de 1988, e então a possibilidade de limitação da abrangência e da matéria dessas normas, ou, ao contrário, remetem à sua incorporação no rol de direitos fundamentais da Carta Magna e, assim, à imediata produção de efeitos, sem regulamentação.

O Supremo Tribunal Federal propriamente tem oscilado entre três pensamentos diferentes acerca do assunto. Inicialmente, de 1977 a 2007, com base no artigo 102, III, “b” da CF/88, a Corte entendeu que as normas internacionais de direitos humanos teriam status de lei ordinária,³ posicionamento esse que já foi superado, pois após a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004 – que acrescentou o §3º no artigo 5º da Carta Magna estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada

3. Sobre os argumentos utilizados por esse posicionamento jurisprudencial já ultrapassado que equiparava os tratados internacionais sobre direitos humanos às leis ordinárias ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RHC 79.785/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29.mar.00. DJ 22.11.02, p.57.

Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” – o STF buscou reavaliar seu entendimento em prol de um embasamento maior no princípio da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, III e artigo 4º, II da CF/88 – (Portela, 2011).

Assim, atualmente o Supremo Tribunal Federal tem se dividido entre dois posicionamentos: o majoritário, que defende o status da suprallegalidade⁴ das normas internacionais de direitos humanos; e o ainda minoritário, consubstanciado no voto do Ministro Celso de Melo, que aponta a constitucionalidade material⁵ dessas normas.

Pela teoria de suprallegalidade as normas dos tratados internacionais de direitos humanos são hierarquicamente inferiores à Constituição Federal de 1988. Contudo, por serem normas voltadas à promoção da dignidade da pessoa humana, têm posição superior em relação às leis ordinárias, não podendo assim ser derogadas por estas em função da cronologia ou especialidade, por exemplo. (Portela, 2011).

Já segundo a teoria da constitucionalidade material, defendida por doutrinadores como Mazzuoli (2007) e Piovesan (2012), as normas dos tratados internacionais de direitos humanos, com fundamento no §2º do art. 5º da CF/88 – que dispõe que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – devem ser incluídas no rol de direitos fundamentais da Carta Magna ampliando desse modo o “bloco de constitucionalidade”.

Assim, com base no §2º do art. 5º da CF/88, tem-se consagrada a cláusula de abertura dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, pela qual há constante atualização do ordenamento jurídico brasileiro que se abre aos tratados de direitos humanos ampliando permanentemente seu rol de direitos e garantias fundamentais (Portela, 2011).

Mazzuoli (2011) solidifica esse entendimento explicando que, por meio do §2º do art. 5º da CF/88, passou-se expressamente a admitir como fonte do sistema

4. Sobre o entendimento adotado pela jurisprudência do STF que confere o status de suprallegalidade aos tratados internacionais sobre direitos humanos, ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 90.172/SP, Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 05 jun. 2007. DJ 17.08.07, p. 91 e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RE 466.343, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 3 dez. 2008. DJE 104.

5. Sobre este posicionamento que atribui o status de norma materialmente constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, ver o voto do Ministro Celso de Mello proferido no julgamento do HC 87.585/TO (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, HC 87.585/SP, Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 03 dez. 2008. DJE 118).

constitucional de direitos e garantias fundamentais tanto o direito interno quanto o direito internacional, tendo este último o mesmo plano de eficácia e igualdade daquele.

Piovesan (2012) acrescenta que o §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 confere caráter hierárquico especial aos tratados de direitos humanos, distinguindo-os desse modo dos demais tratados, por objetivarem salvaguardar os direitos do ser humano e não as prerrogativas dos Estados.

Vale assinalar que em função da EC/45 existe ainda a proposta doutrinária para que haja a classificação dos tratados internacionais de direitos humanos em duas categorias: a de materialmente constitucionais, e a de formalmente constitucionais (Brant; Lage; Cremasco, 2011).

Dessa forma, os tratados ratificados sem as exigências disciplinadas no §3º do art. 5º da CF/88 devem compor o bloco de constitucionalidade sem alterar a Carta Magna, não possuindo natureza jurídica constitucional, mas, sim, status hierárquico de matéria constitucional (Brant; Lage; Cremasco, 2011). Já os tratados aprovados em consonância com tais formalidades têm tanto o status hierárquico de materialmente constitucional, quanto de formalmente constitucional (Brant; Lage; Cremasco, 2011).

Convém ainda apontar que em face de princípios como o do *pro homine*, o da dignidade da pessoa humana, dentre outros, alguns autores vêm apontando a irrelevância do debate sobre a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos (Brant; Lage; Cremasco, 2011).

De acordo com o princípio *pro homine*, por exemplo, os Estados são obrigados a aplicar a norma mais favorável à pessoa humana não havendo, dessa maneira, conflitos entre as normas de direitos humanos do ordenamento nacional e as do direito internacional, pois ambas atuam de forma complementar e cumulativa. Nesse sentido se mostra estéril a discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais que tem por base a rigidez das fontes normativas (Brant; Lage; Cremasco, 2011).

Mazzuoli (2011, p. 30) também ressalta que há completude entre o direito nacional e o internacional e que o princípio *pro homine* deve ser aplicado nos casos de conflito, objetivando a maximização e otimização do sistema, podendo de tal modo o intérprete aplicar inclusive as duas normas antagônicas naquilo que forem melhor à pessoa humana, sem haver a necessidade de fazer uso das técnicas de resolução de antinomias.

Assim, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio *pro homine*, os demais dispositivos constitucionais e posições doutrinárias e jurisprudenciais que apontam para a completude e ampliação do rol de garantias

e direitos fundamentais, compreende-se no presente texto o status hierárquico de materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo dos que não forem promulgados em conformidade com as exigências previstas no §3º do art. 5º da CF/88.

Nesse sentido é importante observar que a Carta Magna no §1º do artigo 5º estabelece que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Dessa maneira, como os tratados internacionais de direitos humanos são normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constitucionais têm também aplicabilidade imediata (Piovesan, 2012).

Contudo, apesar de esclarecida a hierarquia de materialmente constitucional que a Convenção n.º 169 da OIT possui e, conseqüentemente, a sua aplicabilidade imediata, há, como já comentado, a proposta de regulamentação do instrumento específico da consulta prévia, livre e informada.

Verifica-se ainda que concomitante ao processo de regulamentação da consulta prévia vem-se desenrolando intensos conflitos entre os povos e comunidades tradicionais e outros entes, como grandes empresas, latifundiários e o próprio Estado, dentre outros, pela posse das terras e dos recursos naturais.

Nesses espaços de conflitos socioambientais – que são usualmente violentos – há o choque de interesses entre os envolvidos, e dá-se a construção de campos sociais minados. No Brasil, por sua vez, esses campos sociais minados podem ser resumidos pelo confronto entre o interesse de exportação de matéria prima para atender a demanda China e o interesse de proteção dos povos e comunidades tradicionais (Garavito, 2013).

Fato dessa natureza ocorreu no caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, que tratou não só de energia voltada a abastecer a população brasileira, mas também a sustentar um modelo de desenvolvimento defendido por determinados grupos sociais e que se contrapôs aos interesses dos povos e comunidades indígenas e tribais que ancestralmente ocupavam a região (Garavito, 2013).

Diante desse quadro observa-se que no país, na grande maioria dos casos que envolvem os campos sociais minados, ou os requisitos mínimos da consulta não são cumpridos, ou ela simplesmente não é realizada, ou só é observada quando os grandes projetos econômicos já estão construídos, perdendo então seu sentido (Garavito, 2013).

As observações até aqui expostas geram as seguintes estranhezas e questionamentos: através da regulamentação da consulta prévia, livre e informada os direitos e garantias internacionalmente consagrados dos povos e comunidades indígenas e tribais serão efetivados e ampliados? Ou, ao contrário, deveria haver a preocupação com a simples e imediata aplicação da consulta, inclusive nos em-

preendimentos já em andamento, conforme a teoria da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos? Quais os interesses que se encontram em jogo na disputa pela definição e aplicação da consulta prévia, livre e informada?

3. A CONSULTA PRÉVIA PREVISTA NA CONVENÇÃO N.º 169 DA OIT E O PARADIGMA DA GOVERNANÇA

A Organização Internacional do Trabalho, preocupada com a condição análoga à de escravo em que se encontravam os indígenas na América Latina, instituiu, em 1926, a Comissão de Peritos em Trabalho Indígena. Um dos resultados das atividades da Comissão foi a promulgação da Convenção n.º 29 da OIT que obrigava os Estados a combaterem todas as formas de trabalho forçado, inclusive a indígena (Garzón, 2009).

No entanto, em 1950, ao analisar as diretrizes que foram tomadas em diversos países, a Comissão concluiu que as políticas nacionais implementadas não foram eficazes em melhorar as condições dos povos indígenas. Postulou, então, a necessidade dos Estados elaborarem políticas que promovessem a gradual integração dos povos e comunidades à sociedade, protegendo-os contra a exploração laboral e qualquer outra forma de opressão (Garzón, 2009).

O trabalho da Comissão instigou a Conferência Internacional do Trabalho a discutir, em 1956, a elaboração do texto da Convenção n.º 107 da OIT Concernente à Proteção e Integração das Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes (Garzón, 2009). A Convenção n.º 107 foi aprovada em 1957 e se tornou o primeiro tratado internacional voltado especificamente à promoção dos direitos dos povos e comunidades indígenas e tribais.

Entretanto essa Convenção, dentro do contexto em que foi pensada, apresentava uma perspectiva assimilacionista e integracionista como forma de proteção dos povos e comunidades tradicionais (ISA, 2013). Previa, como já registrado, a necessidade de promoção de políticas de integração dos povos – considerando que não seria possível haver continuidade das suas crenças, línguas, cultura e modos de vida e que, portanto, era inevitável a sua dissolução e imprescindível a sua transformação em trabalhadores urbanos – e instituiu que todas as decisões acerca do desenvolvimento deveriam ser tomadas pelos Estados, sem a participação dos povos e comunidades tradicionais (Tomei; Swepston, 1999).

Contudo, nas décadas de 1960, 1970 e 1980, a partir da intensificação dos movimentos sociais, iniciou-se o processo de conscientização e reconhecimento dos povos e comunidades tradicionais como importantes atores políticos, tanto

no âmbito nacional quanto no internacional, o que levou à eminente necessidade de revisão da Convenção n.º 107 da OIT (ISA, 2013).

A nova Convenção, que seria elaborada, procurava então abolir o direcionamento integracionista e assimilacionista percebendo os povos e comunidades indígenas e tribais como sujeitos coletivos de direito, capazes de gerir seu próprio destino, falando por si mesmos. Buscava-se, nesse sentido, garantir a participação dos povos e comunidades nas decisões que os atingia, reconhecendo a sua continuidade e permanência como componentes – e não mais a sua dissolução e incorporação – da sociedade nacional (Tomei; Swepston, 1999).

Assim, no processo de elaboração da nova Convenção os representantes dos três setores que compõem a OIT (empregadores, trabalhadores e Estados) acordavam quanto à abolição da integração dos povos e comunidades, mas divergiram, no entanto, quanto à definição da participação (Garavito, 2012).

Inicialmente o Conselho Mundial dos Povos Indígenas propôs definir a participação como a concessão do controle aos próprios povos e comunidades sobre suas condições socioeconômicas. Alternativa essa que, apesar de ter sido aceita pela maioria dos especialistas, foi rejeitada pelos representantes dos empregadores, que concordavam com a previsão da participação, mas recusavam as recomendações baseadas na autodeterminação (Garavito, 2012).

A fim de se chegar a uma alternativa que conciliasse essas duas posições divergentes, e com intuito de garantir aos povos e comunidades indígenas e tribais o máximo de controle possível sobre suas terras, conjecturou-se um mecanismo processual que já prefigurava o que viria a ser a consulta prévia. O mecanismo propunha que quando não fosse possível obter o consentimento dos povos e comunidades sobre os projetos que poderiam lhes afetar, seria necessário promover uma discussão pública sobre o assunto com a presença dos seus representantes (Garavito, 2012).

Já em 1988 e 1989, durante os congressos da OIT em que se debatia a revisão da Convenção n.º 107, acirrou-se o contraste entre tais posições divergentes. A proposta oficial da Oficina da OIT, que consistia na forma mais rígida de participação apontando a necessidade de ser obtido o consentimento dos povos indígenas e tribais em relação às decisões que possam lhes afetar, enfrentou a resistência de vários Estados e organizações de empregadores. Desse modo, a Oficina alterou sua proposta para uma forma mais branda de participação, sendo esta a que foi promulgada no texto final da Convenção n.º 169 da OIT (Garavito, 2012).

Enfim, como resultado o artigo 7º da Convenção n.º 169 prevê que os povos indígenas e tribais deverão ter o direito de decidir nos processos de desenvolvimento adotados pelas autoridades naquilo que possa afetar as suas vidas, bem-

estar espiritual, terras, ou de algum modo possa atingir seu próprio sentido de desenvolvimento. E o artigo 6º, que disciplina o instrumento da consulta prévia, livre e informada, dispõe que os governos deverão consultar os povos e comunidades, com o objetivo de se chegar a um acordo ou obter o consentimento, toda vez que sejam consideradas medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente.

No entendimento de Garavito (2012), foi fixada no texto do tratado a versão mais fraca de participação dos povos indígenas e tribais, e hoje se discute acerca do caráter vinculante, ou não, da consulta, e se há necessidade, ou não, de se obter o consentimento, dentre outros pontos.

Diante do exposto é possível observar que o paradigma da governança se faz presente na definição da consulta prévia desde as discussões realizadas na OIT para elaboração da nova Convenção. Esse paradigma consiste na influência exercida por agentes governamentais e não governamentais na edificação de normas e de reformas administrativas, judiciais e legislativas (Garavito, 2012).

Laura Nader (2013) exemplifica que Instituições financeiras como Fundo Monetário Internacional (FMI), e o Banco Mundial, acusando a ausência de um Estado de Direito como a principal razão da falta de investimentos dos países ricos em países pobres, impõe como condições para a concessão de financiamentos uma série de reformas legislativas e administrativas.

É dessa forma que, desde a sua criação na Convenção n.º169 até as discussões desenvolvidas atualmente, a consulta prévia é embebida na proliferação de “direitos duros” e “direitos brandos” provenientes de diversos setores (Garavito, 2012). Antes as partes divergiam acerca de que modo a “participação” deveria ser garantida aos povos e comunidades indígenas e tribais; hoje, são apresentadas diversas propostas sobre a forma de aplicação da consulta.

Nesse sentido, diversos agentes tentam, com bastante frequência, reprimir a contra-hegemonia, adotando uma série de medidas moderadoras que diminuem a resistência dos oprimidos (Nader, 2013). Trata-se de medidas que enfraquecem a confrontação das partes e impedem que as questões fundamentais que se encontram em pauta sejam enfrentadas e difundidas.

A hegemonia, dessa forma, é alcançada pela combinação de força e consentimento, pois grupos acabam por aceitar, de maneira mais ou menos “voluntária”, o interesse dos mais fortes (Nader, 2013). Há apropriação de discursos voltados, no caso do FMI e do Banco Mundial, por exemplo, à consolidação do Estado de Direito, mas que no fundo coadunam no estabelecimento de mecanismos que, em tese, deveriam delegar poderes e serem alternativos, mas que utilizados estrategicamente legitimam as pilhagens.

Pilhagem é um termo que designa o roubo de propriedade por meio da força ou fraude. Entendido numa perspectiva mais ampla, o conceito extrapola as narrativas medievais de invasão e saque das cidades e alcança a noção de que a perda do direito que os povos e comunidades tradicionais têm de cultivar as suas terras ancestrais, em função de novos proprietários econômicos que exploram os recursos naturais, obtendo lucros exorbitantes, também é pilhagem (Nader, 2013).

Laura Nader (2013), nesse sentido, desnuda que há uma continuidade, e não ruptura, das intervenções realizadas na colonização, em que havia a devastação das terras e dos povos indígenas, sob, dentre vários pretextos, o de instaurar a civilização e levar a salvação aos que eram considerados primitivos e atrasados.

Hoje, como visto, para que haja investimentos estrangeiros, por exemplo, há criação consentida de ferramentas jurídicas e administrativas que proclamam respeitar a independência de todos os povos e comunidades, mas que, pelo paradigma da governança, dão ar de legalidade às pilhagens atuais. “O observador que não quer ser enganado pela retórica dominante deve ver com extrema desconfiança essas narrativas jurídico-formais ‘bem sucedidas’ como a descolonização [...]” (Nader, 2013, p. 39).

Nesse contexto, Piñero (2005, apud Garavito, 2012) explica que, em função do paradigma da governança, o instrumento da consulta prévia foi pautado em um discurso voltado ao pragmatismo, que não enxergava o todo e que excluía do debate os princípios que aumentariam a preocupação política dos participantes da OIT. Tratava-se de um discurso focado nas questões processuais, que não explicitava as questões substanciais que se encontravam em jogo na definição e aplicação da consulta – o território dos povos, a sua autodeterminação, a continuidade das suas identidades e modos de vida, em suma, a sua própria existência.

A ênfase nas questões processuais durante o processo de elaboração do instrumento da consulta prévia fez com que este tivesse a função de criar espaços “despolitizados” de cooperação e debate entre os agentes antagônicos – os povos e seus representantes, as empresas e o Estado – com base em princípios liberais, como da liberdade contratual e da igualdade processual, e que fossem deixadas intactas as relações de poder pré-existentes. Nesse contexto, a função política da consulta na Convenção n.º 169 é de servir como convergência entre as partes com posicionamentos divergentes (Garavito, 2012).

Dessa maneira, a relação entre o paradigma da governança e a consulta explica como esta foi incorporada tão facilmente pelas empresas como instrumento que pode lhes proporcionar respostas favoráveis em relação às críticas que sofrem sobre os impactos causados por seus empreendimentos aos povos e comunidades indígenas e tribais. Pois a consulta, da forma como foi editada,

passou a ser peça-chave com a qual os projetos desenvolvimentistas são reincorporados em escalas globais, uma vez que, cumprido o formalismo da sua realização, são reconhecidos os direitos culturais dos povos ao mesmo tempo em que lhes é negado o controle de fato sobre seus recursos (Garavito, 2012).

Ademais, além de ter sido edificada a forma mais débil de participação, a consulta prévia, na prática, ainda não é aplicada em muitos casos. O que também representa uma justificativa do debate pela sua regulamentação com o objetivo declarado de criar normas claras e obter maior efetividade. Porém, o processo de regulamentação, como se verá, assim como a elaboração da Convenção n.º 169, não se encontra isento do paradigma da governança, do foco em questões processuais e da transformação do discurso alternativo em ferramenta neoliberal.

4. A REGULAMENTAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL

Apesar de ter sido oficializada a forma mais fraca de participação na Convenção n.º 169 da OIT, a consulta ainda representa mecanismo importante de proteção dos povos e comunidades indígenas e tribais, pois é por meio dela que se assegura a proteção dos demais direitos e garantias estabelecidos – como o da autodeterminação, da autonomia, do autogoverno, o direito ao território, a proteção dos meios necessários para o desenvolvimento de suas crenças, modos de vida, além de outros – dando efetividade ao tratado internacional (Aylwin, 2013).

Manuela Tomei e Lee Swepston (1999), por exemplo, ressaltam a importância do artigo 6º e 7º para a aplicação da própria Convenção n.º 169 da OIT e acrescentam que a consulta deve ser feita de boa-fé, de forma prévia e mediante os procedimentos adequados às circunstâncias.

Todavia, compete observar que após a promulgação da Convenção n.º 169 o paradigma da governança persevera, uma vez que vários agentes governamentais e não governamentais continuam a expedir através de resoluções, encartes, boletins, manuais, dentre outros meios, uma série de interpretações duras e brandas sobre o tema. Pode-se afirmar, portanto, que a consulta é um campo sociojurídico ainda em processo de formação, e muito disputado (Garavito, 2012).

Enquanto o Conselho Internacional de Mineração e Metais incluía no conjunto de princípios que disciplinavam a relação entre as empresas e os povos indígenas a necessidade de garantir um processo justo e aberto de consulta, por exemplo, a OIT fazia o balanço dos 20 anos de implementação da Convenção n.º 169 e lançava uma nova edição do seu manual de aplicação (Garavito, 2012).

Nesse sentido discussão mais insurgente também é a relativa à necessidade de obter o consentimento dos povos e comunidades tradicionais. Garzón (2009)

entende que o processo de consulta não tem como condição de legitimidade a obtenção do consentimento, mas que, quando o projeto afetar os povos e comunidades substancialmente, como em seus territórios, o consentimento faz-se necessário não para legitimar o processo de consulta, mas, sim, para legitimar a medida a ser tomada pelo governo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, decidiu no julgamento do caso *Saramaka versus Suriname* que o Estado tem a obrigação de obter o consentimento dos povos e comunidades antes de autorizar a execução de um projeto que lhes afete substancialmente. Nessa mesma perspectiva, enquanto a OXFAM publicava um guia prático para orientar os povos e comunidades no exercício mais exigente do consentimento prévio, livre e informado, e não consulta, a Corporação Financeira Internacional, que é parte do Banco Mundial, revisava suas políticas de sustentabilidade ponderando se no lugar da consulta deveria ser buscado o consentimento (Garavito, 2012).

No Brasil, a Secretaria Geral da Presidência da República, com o apoio do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça, instituiu através da Portaria Interministerial de 31 de janeiro de 2012 um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) responsável por desenvolver o processo de regulamentação da Consulta Prévia (ASCOM, 2015).

A formação do GTI adveio como resposta à denúncia realizada em 2008 pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) à OIT de que o Brasil estava descumprindo a Convenção n.º 169. Essa denúncia foi incluída na lista provisória de casos a serem analisados pela Comissão de Aplicação de Norma na 100.ª Conferência Internacional do Trabalho em julho de 2011. Ocorre que em maio de 2011 o Governo Brasileiro e a CUT chegaram a um acordo pelo qual o Brasil seria retirado da lista de casos temporários e se comprometia a discutir o processo da regulamentação da consulta prévia (PAD, 2013).

À época, a atuação do GTI sofreu diversas críticas de organizações e grupos de proteção dos direitos humanos e dos direitos indígenas. A Organização de Direitos Humanos Conectas (2013), por exemplo, expôs a sua preocupação de que possam ser apresentadas distorções e distanciamentos dos objetivos da Convenção n.º 169 da OIT, e que a regulamentação signifique um retrocesso aos direitos internacionalmente consagrados (na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, etc.).

A Conectas (2013) denunciou também a realização de encontros sem a participação de representantes dos povos e comunidades tradicionais, como o que aconteceu em 1.º de agosto de 2013. Dentre as 32 organizações nacionais e inter-

nacionais convidadas a participar do encontro nenhuma representava os povos e comunidades indígenas e tribais no Brasil.

Os indígenas, por sua vez, representados pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), afirmaram seu posicionamento contrário ao processo de regulamentação e exigiram do governo que fossem primeiramente atendidas outras reivindicações já em pauta, como o da revogação da Portaria n.º 303 da AGU (Reis, 2014).

Contudo, diante da resistência do GTI em dar continuidade às suas atividades, a APIB reiterou publicamente o seu posicionamento negativo a respeito do assunto, e tendo como base a mesma reunião de agosto criticada pela Conectas, também denunciou a falta de representação dos povos e comunidades nas discussões. Em resposta, o governo argumentou que estava realizando um processo participativo e que já havia, inclusive, efetuado reuniões com lideranças indígenas no Parque do Xingu, no Pará, e em Tabatinga, no Amazonas (APIB, 2013).

A APIB, no entanto, expôs que com aquelas reuniões isoladas e informais não estava sendo preconizada a devida participação e boa-fé, e declarou, mais uma vez, repúdio à proposta do GTI de discussão da regulamentação da consulta prévia enquanto se dava prosseguimento à construção da Hidrelétrica de Belo Monte e a de Tapajós, por exemplo. A APIB opôs-se a esse processo de regulamentação que era acelerado “em função exatamente da urgência de viabilizar as grandes obras do Programa de Aceleração do Crescimento II (PAC) ou só para responder às exigências da OIT e da Organização das Nações Unidas – ONU.” (APIB, 2013, p.1).

A Fundação Nacional do Índio (Funai), por sua vez, mais recentemente, posicionou-se indicando a dispensa da regulamentação da consulta em relação aos indígenas, defendendo que já havia um vasto conteúdo que consubstanciava a sua aplicação. Assim, a orientação era a de que a Funai continuasse a coordenar, como já estava fazendo, as consultas aos indígenas (Reis, 2014).

Dessa forma, o GTI junto com a Coordenação Nacional de Comunidades Quilombola (CONAQ) deu continuidade ao processo de elaboração da regulamentação da consulta em relação apenas aos quilombolas. Após as discussões foi apresentada a minuta com o texto a ser analisado para a conclusão do processo (Reis, 2014).

Sobre o assunto convém analisar uma série de entrevistas, veiculadas no site da Comissão de Direito Pró-indígena de São Paulo (Dallari, 2013), que conta com as opiniões de vários representantes dos setores envolvidos no debate sobre a regulamentação da consulta prévia. Em uma dessas entrevistas, Ricardo Verdum, doutor em antropologia, expôs que, com base no quadro jurídico nacional e in-

ternacional, os povos e comunidades indígenas e tribais têm o direito e autonomia de decidir sobre a utilização dos seus recursos naturais, e de participar na elaboração, aplicação e avaliação das políticas públicas, e que assim “o risco principal é a iniciativa alcançar o seu objetivo, que é regulamentar, mas não efetivar justiça.” (Dallari, 2013, p.1)

José Carlos Galiza (2013), membro da Coordenação das Associações das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Pará, que participou de vários encontros sobre a regulamentação, destacou em entrevista que a consulta deveria ter aplicação imediata, mas que, como o governo decidira regulamentar os quilombolas deviam se fazer presentes nas reuniões para que o resultado obtido fosse o melhor possível. Acrescentou também que não entendia como o governo passava tanto tempo debatendo sobre os procedimentos, quando simultaneamente a essas reuniões, vários empreendimentos eram implementados sem a realização de qualquer consulta prévia aos povos atingidos. Destaca-se a seguir alguns trechos do depoimento de Galiza:

A Convenção 169 é autoaplicável, na minha opinião. Mas o governo vai regulamentar a consulta de qualquer maneira, portanto, devemos participar para que a regulamentação seja a melhor possível para nós.

É preciso que o processo seja transparente. Até que ponto a nossa opinião vai valer? Não está claro se teremos poder de veto, por exemplo. Eu acredito que a consulta pode ser justamente um momento para incluir isso e garantir que a vontade das comunidades seja ouvida e, mais ainda, acatada.

Estamos vendo no Pará projetos serem implementados sem a consulta aos povos tradicionais, então é uma contradição do governo enquanto propõe regulamentar, continua sem realizar nenhum tipo de consulta com as comunidades. (Galiza, 2013, p. 1).

Dalmo Dallari, jurista, por sua vez, apontou que a regulamentação pode trazer benefícios como a maior exigibilidade da realização da consulta, mas não deixa de observar os riscos que consistem na possibilidade de se criar regras que configurem mera aparência de consulta e que limitem a participação dos povos e comunidades em detrimento dos interesses das empresas (Dallari, 2013).

Observa-se que as temeridades expressadas pelo antropólogo, pelo quilombola e pelo jurista refletem o receio de que possa ser repetido o processo e o resultado que foram desencadeados na própria elaboração do instrumento da consulta prévia na OIT. Receio de que haja a apropriação neoliberal de uma ferramenta, em tese contra-hegemônica, para obtenção do “consentimento volun-

tário” que permita as pilhagens. Receio de que a discussão voltada meramente para as questões processuais deixem de lado o que realmente se encontra em jogo – a existência física e cultural dos povos e comunidades tradicionais – transformando a consulta em pura formalidade a ser cumprida pelas empresas e Estado não resguardando a vontade dos povos e comunidades.

Como Garavito (2012) explica, o foco nas questões processuais cria uma linguagem franca entre os diversos protagonistas que pelo paradigma da governança estão envolvidos na definição da consulta prévia. A dita linguagem franca então coloca em contato posições distintas sobre desenvolvimento econômico e “vida buena” permitindo que haja uma comunicação provisória entre as partes. Provisória por que não elimina as divergências materiais, que não são enfaticamente abordadas e sempre voltam à tona.

O povo u’wa, por exemplo, surpreendeu a todos que celebravam como conquista a decisão da Corte Constitucional Colombiana de que a consulta prévia deveria ser realizada em face da tentativa de exploração de petróleo em suas terras, pois rejeitaram tal decisão declarando que pretendiam o cancelamento do projeto, e não a realização de uma audiência para expor sua opinião quando esta já estava muito bem esclarecida (Garavito, 2012).

Esse caso, como o que vem acontecendo no Brasil – em que há o debate sobre a regulamentação da consulta, e não a sua simples e imediata aplicação – demonstra como a “comunicação facilitada” pelo enfoque nos assuntos procedimentais não concilia o dissenso sobre o aspecto material, gerando grandes desentendimentos e a transformação da consulta em instrumento que não efetiva a vontade dos povos e comunidades indígenas e tribais.

Contudo, como Garavito (2012) analisa, os efeitos da consulta são ambíguos, pois enquanto podem transfigurar conflitos coletivos em negociações regidas pelos princípios liberais da igualdade processual e liberdade contratual, podem, por outro lado, transformá-la em mecanismo eficaz para frear e reverter grandes projetos econômicos se for superado o essencialismo processual e a forma mais fraca de participação, tornando-se, como idealizado por vários autores, como Manuela Tomei e Lee Swepston (1999), o instrumento mais importante de concretização dos direitos dos povos e comunidades indígenas e tribais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se a presença do paradigma da governança desde a definição do modo de participação que deveria ser garantido aos povos e comunidades indígenas e tribais durante as discussões na OIT para elaboração da Convenção n.º 169. Tal

circunstância culminou na oficialização da forma considerada mais fraca de participação.

Hoje, vários agentes governamentais e não governamentais expressam direitos brandos e direitos duros acerca da consulta prévia. Dessa forma, observa-se também o paradigma da governança nas atuais discussões sobre a consulta e no processo da sua regulamentação. Assim, tendo em vista a materialidade constitucional e a aplicabilidade imediata que deveria ter a Convenção n.º 169 da OIT no Brasil, questiona-se as implicações que a presença do paradigma da governança na definição e aplicação da consulta poderia acarretar aos direitos dos povos e comunidades indígenas e tribais.

Não olvidando das pilhagens que ocorriam durante o período colonial, entende-se que hoje as pilhagens são consentidas “voluntariamente” por meio de discursos e dispositivos jurídicos que apesar de, em tese, representarem a delegação de poderes e a possibilidade de defesa contra-hegemônica dos oprimidos, pelo paradigma da governança, legitimam e legalizam as empreitadas neoliberais.

Como ocorreu nas discussões da OIT, em que firmaram a forma mais fraca de participação dos povos e comunidades tradicionais, através do processo de regulamentação da consulta, sendo ignorada a sua simples e imediata aplicação aos investimentos que já estão em andamento, por conta do paradigma da governança, pode ocorrer a apropriação desse instrumento como legitimador dos grandes projetos econômicos.

Observa-se que as discussões entre os diferentes agentes sobre a definição e forma de aplicação da consulta prévia – a regulamentação – têm como ponto central a fixação de regras processuais. Nesse sentido, a atenção é desviada para a adequação de procedimentos, não sendo enfrentado o que substancialmente se encontra em jogo no exercício da consulta, isto é, a proteção da autodeterminação dos povos e comunidades indígenas e tribais e a garantia da continuidade dos seus modos de vida e identidade.

Dessa maneira a consulta prévia, que é oficialmente voltada à proteção dos povos e comunidades tradicionais, sendo tomada pela ênfase apenas nas questões processuais, pode passar a limitar os direitos destes, resguardando sob uma armadura de legalidade e justiça as modernas pilhagens.

No entanto, a consulta, prévia, livre e informada, se for desvencilhada da força do paradigma da governança e for ultrapassada a discussão voltada somente aos aspectos processuais, pode se tornar importante instrumento de concretização dos direitos dos povos e comunidades indígenas e tribais, sendo usada verdadeiramente de forma contra-hegemônica.

REFERÊNCIAS

- APIB. Carta pública da APIB sobre a regulamentação dos procedimentos do direito de consulta assegurado pela convenção 169 da OIT, 2013. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2013/07/27/carta-publica-da-apib-sobre-a-regulamentacao-dos-procedimentos-do-direito-de-consulta-assegurado-pela-convencao-169-da-oit/>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- ASCOM. Elaboração de processos para a consulta prévia da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, 2015. Disponível em: <www.governoaberto.cgu.gov.br/no-brasil/planos-de-acao-1/20-plano-de-acao-brasileiro/secretaria-geral-da-presidencia-da-republica/elaboracao-de-processos-para-a-consulta-previa-da-convencao-169-da-organizacao-internacional-do-trabalho>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- AYLWIN, Jose (coord.); LOPEHANDIA, Matias Meza; YANES, Nancy. *Los Pueblos indígenas y el Derecho*. Santiago: LOM Ediciones, 2013.
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; LAGE, Délber Andrade; CREMASCO, Suzana Santi (Coord.). *Direito internacional contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2011.
- CONECTAS. Nota pública sobre regulamentação da Consulta Prévia: Conectas e Justiça Global pedem reformas no Grupo de Trabalho criado pelo governo para cuidar do tema, 2013. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/3387-nota-publica-sobre-regulamentacao-da-consulta-previa>>. Acesso em: 10 ago. 2015.
- DALLARI, Dalmo. Risco: mera aparência de consulta. São Paulo, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2013, entrevista. Disponível em: <<http://cpisp3.wix.com/proindio-sao-paulo#!sobre-1/c48n>>. Acesso em: 10 ago. 2015.
- GARAVITO, César Rodríguez. *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa em los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012.
- _____. “Conflitos socioambientais dos povos indígenas em campos sociais minados”. *1 Seminário Consulta Prévia aos Povos Tradicionais na Amazônia*, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FOu7GYdG7yE>>. Acesso em: 05 dez. 2015.
- GARZÓN, Rojas Biviany (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidade e desafios para implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.
- GAZILA, José Carlos. Até que ponto a nossa opinião vai valer? São Paulo, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2013, entrevista. Disponível em: <<http://cpisp3.wix.com/proindio-saopaulo#!galiza/c9sv>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

- ISA, Felipe Gómez. Prólogo In: Aylwin, Jose (coord.); LOPEHANDIA, Matias Meza; YANES, Nancy. *Los Pueblos indígenas y el Derecho*. Santiago: LOM ediciones, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- _____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NADER, Laura; Mattei, Ugo. *Plunder: When the rule of law is illegal*. Blackwell Publishing, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- PROCESSO DE ARTICULAÇÃO E DIALOGO – PAD. Governo brasileiro deve regulamentar consulta prévia este ano, 2013. Disponível em: <<http://pad.org.br/content/governo-brasileiro-deve-regulamentar-consulta-pr-este-ano>>. Acesso em: 10 ago. 2015.
- REIS, Sérgio Roberto Guedes. *Compromisso: (5.3) Elaboração de Processos para a Consulta Prévia da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho*, 2014. Disponível em: <<http://www.participa.br>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- SHIRAISH NETO, Joaquim. *Convenção 169 da OIT: “quando a forma determina o conteúdo”*, 2014. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2014/09/01/convencao-169-da-oit-quando-a-forma-determina-o-conteudo-por-joaquim-shiraishi-neto/>>. Acesso em: 03 ago. 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, HC 90.172/SP, Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 5 jun. 2007. DJ 17.08.07, p. 91.
- _____. Tribunal Pleno, HC 87.585/SP, Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 3 dez. 2008. DJE 118.
- _____. Tribunal Pleno, RE 466.343, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 3 dez. 2008. DJE 104.
- TOMEI, Manuela; SWEPSTON, Lee. *Povos indígenas e tribais: guia para a aplicação da convenção n. 169 da OIT*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999.

— Os mecanismos alternativos de solução de conflitos na perspectiva dos vulneráveis

Kennya Regyna Mesquita Passos¹

1. INTRODUÇÃO

O povo brasileiro é resultante de um choque traumático entre povos nativos e estrangeiros, cuja produção cultural não é fruto de um processo harmônico e linear, mas da ruptura com uma tradição. Em outros termos, é um povo constituído por uma miscigenação decorrente da violenta imposição de crenças, costumes e formas de organização europeias sobre matrizes culturais indígenas e africanas, resultando em uma identidade cultural ímpar e heterogênea (Wolkmer, 2003, p. 46).

No entanto, contrariando a identidade plural de seu povo, o Brasil, assim como os demais países da América Latina, construiu suas bases jurídicas e institucionais exclusivamente sobre os parâmetros e interesses econômicos do colonizador europeu cuja cultura “civilizada” era “herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano” (Wolkmer, 2003, p. 46), alijando deste processo qualquer traço cultural indígena ou africano.

Dessa forma, o direito brasileiro sempre teve como fonte dispositivos e doutrinas estrangeiras, provenientes de culturas mais “avançadas”, principalmente da Europa, cuja base assentava-se no direito romano. Atualmente essa influência afasta-se cada vez mais do “velho continente” em face do processo de globalização de inspiração neoliberal, que tem nos Estados Unidos seu modelo hegemônico, trazendo para o direito pátrio diversos institutos da “common law” (Barroso, 2008, p. 261, com destaque para o constitucionalismo norte-americano).

Esses “modelos jurídicos” são propagados pelos discursos acadêmicos, pelas publicações especializadas, textos de organizações internacionais e pela mídia,

1. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Desenvolvimento Científico do Maranhão – Fapema.

sendo, de modo geral, apresentados como padrões indicadores de um modelo de desenvolvimento que deve ser perseguido e alcançado por todos, independentemente das peculiaridades de cada contexto e realidade sociocultural. Esse trabalho de “divulgação” e “teorização” produz um movimento em prol de “universalizar” práticas e saberes que, na verdade, são resultados de um processo histórico e particular de construção. Esse fenômeno é chamado por Bourdieu (2005) de “imperialismo cultural” e tem como consequência a imposição “global”, e quase imperceptível, de paradigmas de um determinado povo como se representassem a “lógica natural” de todas as sociedades:

Assim, planetarizados, mundializados, no sentido estritamente geográfico, pelo desenraizamento, ao mesmo tempo em que desparticularizados pelo efeito de falso corte que produz a conceitualização, esses lugares-comuns da grande vulgata planetária transformados, aos poucos, pela insistência midiática em senso comum universal chegam a fazer esquecer que têm sua origem nas realidades complexas e controvertidas de uma sociedade histórica particular, constituída tacitamente como modelo e medida de todas as coisas. (Bourdieu, 2005, p. 209-210)

Conceitos como Democracia, Estado de direito, Igualdade e Garantias individuais são bons exemplos de ideias produzidas na Europa, sob determinadas circunstâncias históricas e políticas, assimiladas e reproduzidas por instituições, intelectuais e políticos como verdades postas, incontestáveis, sem um maior crivo teórico. Mas o que realmente são esses conceitos?

No direito brasileiro o processo de incorporação de conceitos evidencia-se desde sua origem, podendo ser percebido na produção legislativa, nos estudos acadêmicos e nas fundamentações de decisões judiciais, situações nas quais os institutos do direito europeu, e agora fortemente de direito norte-americano, são tomados fora de seus contextos originais, “adaptados” e utilizados como mecanismos adequados, ainda que distantes da realidade local, como ensina Wolkmer:

A contradição entre o formalismo retórico do texto constitucional e a realidade social agrária não preocupava nem um pouco a elite dominante, que não se cansava de proclamar teoricamente os princípios constitucionais (direito à propriedade, à liberdade, à segurança), ignorando a distância entre o legal e a vida brasileira do século XIX. (Wolkmer, 2003, p. 84)

A apropriação conceitual também é vista na Constituição outorgada em 1824, inspirada na Constituição Real francesa de 1814. Ao tratar da origem do consti-

tucionalismo no Brasil, quando o “poder moderador” concebido pelo pensador suíço Benjamin Constant² é trazido pela primeira vez em um texto constitucional, Paulo Bonavides (2000) declara que: ,:

Nossa primeira “ditadura constitucional” ocorreu ao alvorecer do Império. Foi obra do Poder Moderador, configurando, em verdade, um estranho paradoxo, do ponto de vista teórico, porquanto veio a ser exercitada precisamente por aquele Poder que havia sido concebido, teoricamente, pelo menos, como uma espécie de corregedoria dos três ramos em que se divide o exercício da soberania nacional (executivo, legislativo e judiciário). O pensamento central de seu autor - o publicista Constant - era fazê-lo uma espécie de poder judiciário dos demais poderes, investido claramente nessa tarefa corretiva para pôr cobro às exorbitâncias e aos abusos suscetíveis de abalar a unidade política do sistema. Mas tanto na letra constitucional como na execução, os políticos do império lhe desvirtuaram o sentido e a aplicação. (Bonavides, 2000, p. 167).

A incorporação das estruturas do direito estrangeiro no ordenamento jurídico pátrio é, assim, o reflexo da dominação histórica perpetrada desde o colonialismo, cujos mecanismos de controle das grandes potências econômicas se mantêm até os dias atuais potencializados pelos processos de globalização ou, no dizer do geógrafo Milton Santos, pelo “globalitarismo”.³

Desta forma, nos propomos a tecer uma análise do processo de mudança pelo qual vem passando a atuação do Poder Judiciário, notadamente quanto à incorporação dos chamados “Mecanismos alternativos de solução de conflitos”, com ênfase nas políticas de “conciliação” inspiradas nas práticas norte-americanas, a fim de perceber suas consequências sob a perspectiva da parte mais vulnerável posta em conflito – isto é, quando de um lado pesam interesses de grupos com poder econômico e político, como as grandes empresas e o Estado, e de outro, grupos historicamente privados de direitos, excluídos econômica e socialmente,

2. CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

3. Expressão usada por Milton Santos no documentário “O mundo global visto do lado de cá”, para enfatizar o caráter totalitário das ações dos países economicamente desenvolvidos sobre as nações periféricas no âmbito social e econômico, ampliando o abismo entre ricos e pobres a partir da substituição do modelo de Estado de bem estar social pelas políticas de consumo patrocinadas pelas empresas multinacionais. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-UUB5DW_mnM#t=357>. Acesso em: 3 jul. 2015.

como as mulheres, os negros, os pobres, trabalhadores rurais, bem como os grupos de identidade étnica como indígenas e quilombolas.⁴

O presente estudo será desenvolvido a partir de um olhar sobre as instituições jurídicas brasileiras, em que se reconheçam as características da dominação colonialista que marcaram sua formação. Em sequência, nos propomos a observar a perpetuação dessas práticas coloniais por meio do deslocamento da matriz europeia para a norte-americana, após a consolidação do capitalismo com o fim da Guerra Fria e as intervenções neoliberais engendradas pelo Consenso de Washington e os organismos internacionais de financiamento como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Analisaremos como essas intervenções, entre as quais, a adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos, são incorporadas ao ordenamento e às instituições jurídicas sob um discurso de modernidade e harmonização social. Propomos ponderar acerca das consequências da adoção de tais institutos diante da realidade social brasileira, marcada pela pluralidade de grupos aliados de poder e direitos. Com tal objetivo, apresentaremos, ao final, o caso da demarcação das terras de remanescentes quilombolas na cidade de Alcântara – MA.

2. COLONIALISMO: A CONTINUAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE INTERVENÇÃO E DOMINAÇÃO

A história do colonialismo está fortemente marcada pela escravidão, genocídio, exploração de mão-de-obra e de matérias-primas e aumento catastrófico da pobreza, aspectos engendrados por um discurso expansionista e civilizatório da sociedade europeia e americana.

Na colonização da América Latina, a missão de catequizar os gentios transportou para Espanha e Portugal enormes quantidades de ouro e prata. Na Índia, a exploração britânica visava a modernização e a industrialização do país, enquanto que o continente africano foi dividido entre as grandes potências para assegurar o fim do comércio de escravos. A tais justificativas ideológicas soma-se uma série de artifícios e práticas que asseguram um aspecto de “legalidade” ao colonialismo, cujas consequências Mattei & Nader (2013) classificam como “pilhagem”:

4. Importante esclarecer aqui que este trabalho não tem o objetivo de “condenar” os meios alternativos de solução de conflito. No entanto, propomos uma reflexão crítica sobre a forma com que tais institutos foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos, tendo em vista as desigualdades econômicas e sociais dos sujeitos submetidos a estas práticas judiciais.

Deste modo, a pilhagem engloba uma série de práticas, desde a captura e o comércio de escravos até a extração de ouro e de recursos em longínquas ‘terras de ninguém’, práticas estas que não foram consideradas ilegais pelo Direito interno e internacional. Esse roubo constitui uma atividade extremamente condenável do ponto de vista moral, pois a busca de lucro ocorre sem nenhuma preocupação com os interesses, direitos e necessidades de outros seres humanos ou grupos mais fracos. Não obstante, quando essas práticas acham-se atreladas a poderosas motivações ideológicas, tornam-se aceitáveis como os padrões morais dominantes de determinada época. (Mattei; Nader, 2013, p. 36).

Desta forma, a *pilhagem* colonial garantia a subjugação dos fracos pelos fortes, a partir de um poderio bélico e ideológico, repousando sobre bases legais que garantiam a exploração e a transferência de riquezas naturais para a metrópole e eram justificadas em razão dos benefícios levados à colônia pela presença de uma nação mais desenvolvida que lhe conduzia à civilidade, ao progresso, à industrialização, “disfarçando” assim o caráter expropriatório de suas atividades.

O Direito tem um importante papel de pacificação social neste processo, garantindo a colaboração da colônia, conforme aponta Nader (2013):

As potências coloniais [...] valem-se do Direito para diminuir a resistência à pilhagem total, buscando legitimidade para a atividade exploratória. Elas usam a propaganda e interpretam o Direito pelo prisma da civilização superior, reivindicando recursos como uma questão de direito e não como fruto de pilhagem. (Mattei; Nader, 2013, p. 45).

Embora o Colonialismo tenha oficialmente acabado na segunda metade do século XX, após o longo processo de descolonização da África e da Índia iniciado com o fim da Segunda Guerra Mundial – existindo, inclusive, legislação internacional destinada a “impedir” algumas práticas como a proibição da escravidão – esse rompimento, segundo Nader, foi apenas formal, uma vez que as elites locais continuaram a manter relações comerciais com as antigas metrópoles em função, também, da necessidade de empréstimos internacionais que sustentaram as economias desses países pós-independência.

Para Mattei & Nader (2013) muitas das práticas colonialistas permanecem vigentes e são, segundo os autores, “o mais significativo dos fatores que produzem e sustentam a pobreza no mundo” (Mattei; Nader, 2013, p. 38). Uma demonstração dessa continuidade está nas estratégias do neoliberalismo disseminadas pelo mundo após a guerra fria, que trazem consigo uma política internacional de do-

minação cujo objetivo é “forçar” a abertura e a exploração de mercados emergentes pelas nações hegemônicas, a partir de intervenções na economia, na política, nas instituições e legislações daqueles países legitimadas por um discurso desenvolvimentista e “bem-intencionado”.

Com o fim da Guerra Fria restou consolidada a hegemonia dos Estados Unidos como potência militar e econômica, ocupando o posto de novo líder global e principal ícone de desenvolvimento. Isso refletiu a íntima relação entre capitalismo e os valores de liberdade e democracia, enquanto organismos internacionais como Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial passaram a dar as diretrizes da política econômica dos Estados que pretendiam alcançar um semelhante “status” de desenvolvimento. Nesse sentido, ensina Nader que

A hegemonia jurídica e política implica um empenho irredutível de americanizar as instituições internacionais, enfatizando uma imagem ideológica de democracia e liberdade, a fim de convencer o público da natureza benéfica do líder internacional, às vezes por meio da propaganda e da manipulação. (Mattei; Nader, 2013, p. 55).

A ideologia neoliberal de exaltação do mercado e crítica da intervenção do Estado na economia (Boito, 1999) sustenta que as relações entre oferta e procura e a livre iniciativa regulariam o sistema de preços e a utilização dos recursos disponíveis, ao passo que a ação estatal de produção de bens e/ou prestação de serviços prejudicaria o sistema de preços pela criação de monopólios, reduziria a capacidade de autodeterminação dos consumidores, contribuindo também para a ineficiência do serviço pela falta de concorrência e burocratização do sistema. Por essa razão, o neoliberalismo defende a abertura dos mercados, a privatização e o enxugamento do Estado, contrapondo-se às práticas do “Estado de bem estar social”.

O neoliberalismo desenvolve uma política expansionista buscando abertura dos mercados para a exploração pela iniciativa privada. Enquanto os países ricos adotam medidas internas de proteção de seus mercados, os organismos financeiros internacionais passam a fazer o papel de “legisladores globais”, promovendo a necessária “adaptação” dos países em “desenvolvimento” (Mattei; Nader, 2013, p. 76).

É preciso garantir que os Estados emergentes possam adequar-se às necessidades do “livre comércio”, dispondo de uma estrutura política, econômica, jurídica e social capaz de assegurar a livre iniciativa, o direito de propriedade, a livre circulação de mercadorias, pessoas e serviços e a não interferência na economia.

As intervenções locais se processam através de “ajustes estruturais” atualmente chamados de “estruturas de desenvolvimento abrangente”, tendo como justificativa

a necessária adequação dos países aos parâmetros “superiores” de desenvolvimento, de acordo com as diretrizes fornecidas pelo Banco Mundial e o FMI, como condição necessária ao fornecimento de apoio financeiro por estas instituições, isto é, os empréstimos são condicionados à promoção de reformas políticas, econômicas e jurídicas pelos Estados – estratégia classificada como “abordagem participativa” (Mattei; Nader, 2013, p. 85).

De acordo com Laura Nader: “O ajuste estrutural é essencialmente o acordo contratual por meio do qual os países em desenvolvimento abrem mão de sua soberania econômica e jurídica em troca de financiamentos.” (Mattei; Nader, 2013, p. 97).

Para a América Latina, essas diretrizes de ajustamento neoliberal ganharam reconhecido impulso após o “Consenso de Washington”, nome pelo qual ficou popularmente conhecido o conjunto de reformas “sugeridas” em 1989 pelas instituições internacionais de fomento aos governos latino-americanos como necessárias à superação da crise econômica enfrentada pelo bloco geopolítico na década de 1980. Suas principais propostas eram: a diminuição dos gastos públicos; redução do controle estatal sobre o setor privado com a consequente liberalização da economia e abertura comercial ao capital estrangeiro; e transferência dos serviços públicos para as mãos da iniciativa privada (Pacheco, 2006).

Perpetrada pelas ações de “desenvolvimento abrangente”, que permitem a circulação do capital pelo mundo através de uma “homogeneização jurídica”, a hegemonia do livre comércio legitima-se, assim, pelo discurso de que a abertura dos mercados trará crescimento econômico e o consequente desenvolvimento do país. Essa previsão inclui ainda a ampliação das possibilidades de consumo dos países e, consequentemente, a inserção deles no mundo global, assemelhando-se aos países ricos cujo padrão poderá ser atingido. Nesse sentido cabe destacar esta importante lição de Bourdieu:

A unificação do campo econômico mundial pela imposição do reino absoluto do livre comércio, da livre circulação do capital e do crescimento orientado para a exportação apresenta a mesma ambigüidade que a integração no campo econômico em outros tempos: embora dando aparência de um universalismo sem limites, de uma espécie de ecumenismo que encontra suas justificativas na difusão universal dos estilos de vida cheap da “civilização” do MacDonald’s, do jeans e da coca-cola, ou na “homogeneização jurídica”, freqüentemente tida por um indício positivo de “globalization”, esse “projeto de sociedade” que serve os dominantes, isto é, os grandes investidores que, situando-se acima dos Estados, podem contar com os grandes Estados e em particular com o mais poderoso dentre eles

política e militarmente, os Estados Unidos, e com as grandes instituições internacionais, Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio, controladas por eles, para garantir as condições favoráveis à condução de suas atividades econômicas. (Bourdieu, 2001, p. 107).

Desta forma, as mudanças estruturais das instituições de “setores-chave” como a economia, educação, administração pública e judiciário são necessárias à implementação da política neoliberal global, sob o argumento de que, sem elas, os “potenciais” benefícios da globalização podem não se materializar (Pacheco, 2006).

Destacam-se duas gerações de reformas nos Estados: a primeira está ligada à modernização das regras “econômicas” e reformas políticas, com vistas à estruturação da economia de mercado e captação de recursos: como abertura ao capital externo, corte de gastos, privatizações e reformas fiscais, tendo o Poder Executivo como seu principal agente; a segunda geração, por sua vez, traduz o objetivo de adequar as instituições que, de alguma forma, concorrem para o funcionamento da economia, momento em que se verifica a reforma do sistema judicial (Silva, 2003).

Nesse sentido, no âmbito jurídico, observa-se uma mudança de paradigma engendrada por essas reformas, passando a conceber o Direito como um conjunto de normas técnicas ligadas às ideias de agilidade e eficiência econômica, definições, portanto, mais adequadas à lógica de mercado, que exige soluções rápidas para os problemas de suas transações comerciais. O Direito e o Poder Judiciário não podem ser um obstáculo ou um limite à livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, mas um “garantidor das regras do jogo”⁵ aos investidores internacionais, como veremos a seguir.

3. A EFICIÊNCIA E AS REFORMAS ESTRUTURAIS

A avaliação internacional dos riscos de um país passa pelo desempenho de seu sistema judicial e sua capacidade de solucionar conflitos garantindo o cumprimento dos contratos, a proteção da propriedade privada e a obediência aos estatutos legais (Friedman, 1999). Economistas e investidores do setor privado buscam a segurança

5. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o mercado necessita de regulamentações jurídicas, em maior ou menor grau, necessárias à garantia da propriedade e da transferência dos bens, bem como formas eficientes de resolução de conflitos, que confirmem segurança na aplicação das normas, uma vez que “diante da imprevisibilidade natural, ínsita a negócios de maior ou menor risco, a segurança das regras do jogo é garantia fundamental para aqueles que investem seu capital em diferentes empreendimentos.” (disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfinternacional/portaStfagenda_pt_br/anexo/discparisporti.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015).

de um judiciário confiável, eficiente, transparente e célere, objetivos para os quais são oferecidas aos países em desenvolvimento propostas de concretização que vão “da mudança de valores e condutas propostas no ensino jurídico à descentralização e terceirização da administração judiciária.” (Pacheco, 2006, p. 162).

Na América Latina, o Banco Mundial “sugeriu” e implementou mudanças no Judiciário através da concessão de financiamentos e da publicação de diversos documentos⁶ – verdadeiros diagnósticos que destacavam a necessidade de ajustes que garantissem a prestação jurisdicional, previsibilidade e independência – a fim de afastar os riscos de decisões inesperadas para os investidores e eliminar influências políticas, submetendo o arbítrio dos juízes exclusivamente à lei. Da mesma forma, devem ser tomadas medidas para assegurar eficiência, transparência, credibilidade, combate à corrupção, proteção à propriedade privada, acessibilidade e respeito aos contratos.⁷ Tratam-se, na verdade, de valores de mercado aos quais deve estar a serviço o aparelho judicial.

No Brasil, essas reformas vêm acontecendo gradativamente desde a década de 1990 e vão desde a mudança de procedimentos e alterações nas estruturas dos Tribunais à adoção de mecanismos informais de solução de litígios. Essa configuração está posicionada na esteira de um novo modo de “pensar” a Justiça, dando-lhe contornos de “modernidade”, os quais se observam na Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que abordou, como garantia fundamental dos indivíduos, a tempestividade da prestação jurisdicional (Tartuce, 2006). Desta forma, evidencia-se uma íntima relação entre a capacidade de atender demandas de forma célere e barata e a noção de “eficiência” do Judiciário.

Tal objetivo, segundo a lógica neoliberal, deve ser alcançado através da concorrência de outros mecanismos de resolução de conflitos, isto é, a estimulação de formas alternativas de “pacificação” de disputas, como a conciliação, a arbitragem e a mediação. O Banco Mundial propõe essas medidas como soluções para “desafogar” o sistema judiciário, garantindo maior acesso e eficiência na distribuição da “justiça”, de forma ágil e econômica (Silva, 2003), nos moldes do que acontece nos Estados Unidos, modelo hegemônico de nação desenvolvida.

6. 1) Documento Técnico n.º 280 – “Reforma do Judiciário na América Latina e no Caribe”, de 1995; 2) Documento Técnico n.º 319 – “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para a reforma”, de 1996; 3) Relatório n.º 19 – “O Estado num mundo em transformação”, de 1997; 4) *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, livro de 1998; 5) Relatório n.º 24 – “Instituições para o mercado”, de 2002.

7. Cf. RAMOS, Edith Maria Barbosa. *Os valores do Banco Mundial para a reforma do Judiciário na américa latina*. Disponível em: <<http://www.sbpnet.org.br/livro/64ra/resumos/resumos/8580.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

Embora sejam festejados como ícones da “Modernização do Judiciário”, tais institutos são construções históricas e particulares do “Common Law” na sociedade norte-americana, acriticamente universalizados.

A introdução desses institutos no sistema jurídico brasileiro não está ligada à busca pela “Justiça” ou à garantia de Direitos, mas tão somente ao rápido fim do litígio, fato que será traduzido em números de suposta “eficiência”, a fim de demonstrar que o mercado nacional está apto à atração de investidores externos.

Observa-se, assim, o claro dismantelamento do Estado que “cuida” do cidadão, uma vez que a perda do monopólio de juízo sobre a medida do justo e do aceitável, permite que esta atribuição passe para as partes que, por sua vez, num país de extremas desigualdades sociais, não se encontram nas mesmas condições de “barganha” e negociação.

Shiraishi Neto (2015) faz uma crítica a esse modelo jurídico-econômico adotado no Brasil na esteira das reformas do Judiciário:

Embora a complexidade da sociedade brasileira tenha se acirrado nas últimas décadas, envolvendo não somente os problemas de classe, mas também os étnico-raciais, com a emergência de vários grupos sociais que reivindicam uma identidade própria, as preocupações em torno do Poder Judiciário ficaram restritas à instituição de um modelo jurídico-econômico. Em outras palavras, nos deslocamos de uma reflexão centrada na função social do Poder Judiciário para uma meramente econômica, vinculada à gestão dos conflitos sociais. (Shiraishi Neto, 2015, p.141).

Nesse sentido, a professora Fernanda Tartuce (2015) questiona: “para quem é bom conciliar? Para os litigantes ou para o Judiciário?” Ela afirma que para este certamente as conciliações são bem-vindas, pois consistem em uma alternativa econômica e ágil de gestão de conflitos, que também dispensa investimentos “no complexo aparato necessário à abordagem contenciosa”, além de

liberar o magistrado de uma análise mais profunda do litígio, já que promove a ‘devolução da lide’ às partes (que foram procurar o Poder Judiciário para uma definição e se veem confrontadas a encontrar, por si próprias, uma saída de consenso). (Tartuce, 2015, s/n)

Sendo assim, tendo em vista o desequilíbrio de poder entre as partes em conflito, interessa-nos perceber as consequências provocadas pela assimilação irrefletida

dessas mudanças engendradas no pensamento jurídico brasileiro pelas instituições de financiamento internacional.

4. PACIFICAÇÃO CONTRA HEGEMÔNICA E “CULTURA DA HARMONIA”

Os mecanismos alternativos de solução de conflitos introduzidos no sistema de justiça brasileiro a partir da década de 1990 surgem como manifestação do “imperialismo” neoliberal engendrado na América Latina a partir do Consenso de Washington.

Todavia, as mudanças “exigidas” pelo Banco Mundial e o FMI, longe de se fazerem sentir pela força, surgem com a adesão dos destinatários, num claro exemplo do poder hegemônico do capital internacional, definido por Laura Nader como

o poder alcançado por uma combinação de força e de consentimento. O poder não pode ser mantido de maneira indefinida só por meio da força. Mais comumente, é imposto a grupos de indivíduos que, de maneira mais ou menos ‘voluntária’, aceitam a vontade do mais forte. (Mattei; Nader, 2013, p. 29).

A tradição brasileira de pensar o Direito a partir dos padrões do “outro” desloca-se do referencial europeu para o sistema norte-americano através da assimilação da ideologia do livre mercado da qual os Estados Unidos são o principal expoente.

Assim, operadores do Direito tais como juízes e advogados, estudantes e professores universitários, e o próprio Poder Judiciário, na esteira do pensamento de “desenvolvimento abrangente”, a partir de uma “teorização” da necessidade de harmonização social e repúdio à ideia de “conflito”, passam a defender nas legislações locais os meios alternativos de solução de conflitos – *alternative dispute resolutions* (Shiraish Neto, 2015) – como modelos universais, manifestação de um processo natural de evolução do Direito, contribuindo no processo de desistoricização (Bourdieu, 2005) dessas instituições jurídicas.

Todavia, não pode passar despercebida a função pacificadora dessa “ideologia da conciliação” (Nader, 1994) sobre os movimentos contra hegemônicos (Mattei; Nader, 2013).

A confrontação das partes em litígio permite o debate sobre a garantia de direitos e a possibilidade de concessão de poder a um dos lados, inclusive às camadas historicamente desfavorecidas. No contexto em que o Estado Social “sai de cena”, os mecanismos de conciliação “abafam” as reivindicações pela efetivação dos direitos sociais, silenciando esse e outros debates, a exemplo dos grupos emergentes que buscam o reconhecimento de uma identidade e de direitos étnico-ra-

ciais, tais como quilombolas, quebradeiras de coco, seringueiros, castanheiros, ribeirinhos, dentre outros.⁸ Segundo Shiraishi Neto, “Para esses grupos, a neutralização do conflito significa pôr fim às ações e à fala dos próprios sujeitos, que se mobilizam em torno de direitos tradicionalmente negados.” (Shiraishi Neto, 2015, p.152)).

A ideologia da “harmonia” se processa através de todo um conjunto de práticas discursivas que vai colocar em movimento a valorização do “acordo” em detrimento da “litigiosidade”. Expressões como “alguém tem que ceder”, “melhor um acordo ruim do que uma boa briga” e “conciliar é legal” passam a ser comumente utilizadas na construção da ideia de que a via imperativa é a busca da “negociação” e a exigência de “direitos” através do embate judicial.

Laura Nader atribui a esse tipo de abordagem processual a apatia política da sociedade norte-americana entre as décadas de 1970 e 1990, em comparação com os movimentos sociais deflagrados nos anos 1960 e início dos anos 1970.

Os anos 60 foram descritos como confrontadores: uma época em que muitos grupos sociais, nos Estados Unidos, sentiram-se estimulados a apresentar suas pautas: direitos civis, direitos dos consumidores, direitos ambientais, direitos da mulher, direitos dos americanos natos etc. Foi também um período de críticas cáusticas de leis e advogados no que se refere às questões dos direitos e recursos. Porém, durante um período de trinta anos, o país passou de uma preocupação com a justiça para uma preocupação com a harmonia e a eficiência, de uma preocupação com a ética do certo e do errado para uma ética do tratamento, dos tribunais para a ADR (Alternative Dispute Resolution). (Nader, 1994, p. 18)

Os grupos que lutavam por direitos civis nos Estados Unidos, que reivindicavam o Direito como instrumento de confronto, foram silenciados e controlados por uma mudança na cultura jurídica que promoveu a ideia de “harmonização” de interesses em lugar da Justiça. A força retórica da Resolução Alternativa de Disputas associava a esse sistema valores de modernidade, paz, cooperação, situação na qual não existiriam perdedores, colocados em oposição ao modelo litigioso judicial: obsoleto, belicoso, não confiável, que produzia apenas perdedores (Nader, 1994).

Dessa forma, a promoção da pacificação social pelo retorno à “harmonia”, aceita como virtude da sociedade civilizada, passou a ser o parâmetro norteador

8. Cf. SHIRAISHI NETO. “Crise” nos Padrões Jurídicos Tradicionais: o direito em face dos grupos sociais portadores de identidade coletiva. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Joaquim_Shiraishi_Neto.pdf. Acesso em: 3 jul. 2015.

da resolução dos conflitos e uma forma poderosa de controle, classificada por Nader de “harmonia coerciva” (Nader, 1994, p. 24). Mecanismos alternativos como a conciliação negociam direitos, inclusive direitos fundamentais, de acordo com as habilidades interpessoais dos envolvidos, sem preocupações com as desigualdades de poder entre as partes.

Esses institutos e suas “verdades” se internacionalizam pela força da política neoliberal e do imperialismo cultural refletida nas práticas jurídicas de países periféricos como o Brasil, onde houve apenas um esboço de implementação do Estado Social. A harmonia coerciva silencia o descontentamento dos grupos sociais tidos como vulneráveis, vitimados pelos graves problemas estruturais e pela má distribuição de renda, órfãos dos direitos sociais enunciados pela carta constitucional.

Exemplo interessante pode ser encontrado na página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na internet.⁹ Na área da página dedicada à apresentação de suas campanhas e ações, a conciliação é descrita como “[...] um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes”. Após essa apresentação, em consonância com a lógica da “harmonia”, o texto passa a enaltecer as vantagens da conciliação:

Rápida, barata, eficaz e... pacífica! A Conciliação resolve tudo em um único ato, sem necessidade de produção de provas. Também é barata porque as partes evitam gastos com documentos e deslocamentos aos fóruns. E é eficaz porque as próprias partes chegam à solução dos seus conflitos, sem a imposição de um terceiro (juiz). É, ainda, pacífica por se tratar de um ato espontâneo, voluntário e de comum acordo entre as partes. (Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 3 jul. 2015.)

Em uma breve análise, observa-se que esse enunciado, cuja linguagem informal indica que seu conteúdo está direcionado a um público leigo, revela um esforço para reduzir o número de processos na justiça brasileira, estimulando o leitor a conciliar. Ele demonstra que a conciliação é “melhor” do que litígio, apresentado aqui, a contrassenso, como lento, caro, ineficaz e indesejado por não ser “pacífico”, sem fazer qualquer menção à garantia de obtenção do direito buscado pelas partes. Em outras palavras, a conciliação não se preocupa com a verdade, haja

⁹ Conselho Nacional de Justiça. CNJ – Conciliação e Mediação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

vista que dispensa produção de provas, nem em dizer com quem está o “direito”, pois são as partes – sem conhecimentos “técnico-científicos” –, e não o juiz, que solucionarão seus problemas sem embates, e voluntariamente elas farão concessões independentemente das posições que ocupem nas relações de poder.

Esse discurso ideológico mascara a natureza dos conflitos e oculta o desequilíbrio de poder, financeiro e processual entre as partes. Segundo o relatório do CNJ, publicado em março de 2011, entre os 100 maiores litigantes encontram-se nos polos passivos “gigantes” econômicos como bancos, prestadoras de serviços, notadamente de telefonia, operadoras de planos de saúde, o INSS e a administração pública.¹⁰

Nesse cenário, que voluntariedade pode haver se a escolha do indivíduo está entre aceitar um acordo (ainda que ele não satisfaça sua pretensão original) ou ter que enfrentar um processo longo, caro e agressivo, contra um adversário que tem advogados, tempo¹¹ e dinheiro a seu favor? Considerando que o Direito é um campo de disputas onde transitam diversas forças, qual fator prepondera para se atingir um consenso quando divergem grupos muito desiguais em termos econômicos e sociais? Não seria dever do Estado salvaguardar os interesses do cidadão, em vez de deixar que as próprias partes decidam de acordo com seus poderes individuais de barganha?

Percebe-se, assim, no enunciado disponível na página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça, instituição que visa “aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro”,¹² a clara promoção da “harmonia coerciva”, demonstrando o quanto o atual pensamento jurídico está afastado das reflexões acerca do papel do Judiciário diante da complexidade socioeconômica brasileira (Shiraish Neto, 2015).

10. Cf. CNJ. *100 maiores litigantes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judicias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015.

11. Para os grandes demandantes, os custos de um processo são muito menores do que os custos com as reformas necessárias para uma adequada prestação dos serviços. Dessa forma, é mais interessante economicamente estendê-lo ao máximo ou forçar um acordo. “Um banco provisiona o valor total de suas derrotas judiciais, repassando-o para a taxa média de juros de suas operações financeiras. A diferença entre a taxa de juros aplicada nas condenações judiciais e aquela praticada na contratação das operações de crédito torna o tempo processual um excelente negócio. Mecanismo semelhante repete-se com a sofrível qualidade dos serviços oferecidos pelos principais prestadores de serviços públicos (e suas correspondentes tarifas), com as reiteradas negativas de cobertura contratual dos planos de saúde”. MUÑOZ, Alberto Alonso. *Conciliar é legal... para quem, cara pálida?* Disponível em: <<http://justificando.com/2015/06/17/conciliar-e-legal-para-quem-cara-palida>>. Acesso em: 3 jul 2015.

12. Cf. CNJ – Quem somos, visitas e contatos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

O que dizer sobre a conciliação quando de um lado estão indivíduos ou grupos historicamente alijados de direitos e poder e, de outro, interesses dos grupos dominantes?

5. HARMONIA COERCIVA E MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentaremos a seguir o caso da titulação das terras quilombolas no município de Alcântara – MA a título de exemplo da utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos como prática da “harmonia coerciva”, levando as partes mais vulneráveis à injusta barganha de direitos.

5.1 O território quilombola de Alcântara – MA

Para grupos étnicos como os remanescentes de quilombos, os usos do território estão intimamente ligados à preservação de sua identidade, razão pela qual, a legislação brasileira, através do Dec. 4.887/2003, estabeleceu procedimentos administrativos para garantir a esses grupos a titularidade de tais espaços.

Havendo sobreposição desses territórios às unidades de conservação, áreas de segurança nacional, faixa de fronteira ou terras indígenas, admite-se, de acordo com o art. 11 do referenciado decreto, conciliação entre os interesses do Estado e a sustentabilidade dessas comunidades desprovida de maiores especificações acerca dos mecanismos dessa conciliação (Muller, 2008).

O município de Alcântara, no Estado do Maranhão, foi fundado em 1648, tendo como base econômica a produção de cana-de-açúcar e algodão, com utilização de mão-de-obra escrava, razão pela qual passou a abrigar quilombos formados por negros libertos, escravos fugidos ou abandonados após a derrocada comercial da região no século XVIII, em virtude da queda no preço do algodão, reflexo do final da guerra civil norte-americana (Almeida, 2006b).

Essas comunidades estabeleceram o uso comum das terras no modelo de agricultura de subsistência, desenvolvendo também a pesca e o extrativismo. Müller (2008) declara que a posse desses territórios, legalmente classificados como “terras devolutas”, foi caracterizada, por quase dois séculos, pelo uso de expressões como “terra de preto”, “terra de santo”, “terra de santa”, entre outras.

Na década de 1970 o Brasil buscou se integrar à “corrida para o espaço” e o Governo Federal iniciou, à época, o Programa Nacional de Atividades Espaciais (PNAE), com o objetivo de desenvolver tecnologia aeroespacial (Lopes, 2012). Pela sua proximidade com a linha do Equador, o que representa uma economia

de combustível no lançamento de foguetes, o município de Alcântara foi escolhido para sediar um centro de lançamento.

Em 1980 teve início o processo de implementação do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA), com a desapropriação de quase a metade do território do município. Iniciou-se também naquele período uma demanda de indenizações não pagas e, a partir de 1987, houve o deslocamento compulsório de 312 famílias quilombolas, de 23 povoados centenários, da costa do município para sete agrovilas no interior, com natureza de extensões do território militarizado da Base (Almeida, 2006b).

Entre outras violações, as famílias que praticavam a agricultura em áreas comuns receberam lotes individuais para cultivo (ao “estilo” da concepção neoliberal de propriedade privada) e em dimensões inferiores aos módulos rurais definidos para a região.¹³ Elas foram privadas do acesso ao litoral, inviabilizando a pesca, além de serem proibidas de realizarem modificações ou construir novas casas nas agrovilas sem a autorização do CLA (Lopes, 2012).

A consequência desse processo foi a violenta ruptura do modo de vida e a quebra da organização social das comunidades nativas. Esses efeitos repercutiram diretamente na manutenção de suas identidades a partir da ocupação tradicional de espaços remanescentes de quilombos (Almeida, 2006b).

Em agosto de 1991, um novo decreto da Presidência da República ampliou a área da base para 62 mil hectares. Como forma de resistência, em 1999 foi criado o Movimento dos Atingidos pela Base Espacial de Alcântara. Após perícia antropológica que apontou 150 comunidades que se autorreconheciam como quilombolas numa área de mais de 87 mil hectares aproximadamente, em 2003 teve início a Ação Civil Pública 2003.37.00.008868-2, promovida pelo Ministério Público Federal a fim de garantir a proteção possessória das comunidades tradicionais que viviam naqueles territórios (Almeida, 2006a).

Em 2006 foi celebrado um acordo judicial entre o Ministério Público Federal, CLA, a Agência Espacial Brasileira e a União no qual o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) do Maranhão estaria obrigado a promover a titulação das áreas quilombolas conforme definições a serem realizadas em Relatório Técnico de Identificação e Demarcação (RTDI) (Muller, 2008).

O Incra publicou o RTDI do território quilombola de Alcântara no Diário Oficial da União de 4 de novembro de 2008. No Relatório, o órgão definiu a área das comunidades quilombolas em 78,1 mil hectares e delimitou o Centro de Lançamento de Alcântara em 8,1 mil hectares.¹⁴ No entanto não houve o cumprimento

13. O Decreto 92.571, de 18 de abril de 1986, da Presidência da República reduziu o módulo rural na área da Base de 35 para 15 hectares.

do supracitado acordo, haja vista que em 2009 o Gabinete de Segurança Institucional – GSI apresentou contestação ao RTDI,¹⁵ acompanhado, em 2010, pelo Ministério da Defesa e pela Aeronáutica, o que sobrestou o acolhimento definitivo do Relatório, suspendendo o processo administrativo de titulação e, consequentemente, o acordo judicial.¹⁶

Paralelamente, o governo propôs a expansão da área da base para 20 mil hectares contínuos junto à costa, motivado pela ampliação do Programa Nacional de Atividades Espaciais e de acordo com os interesses da Alcântara Cyclone Space (ACS), empresa binacional criada por Brasil e Ucrânia com o objetivo de fomentar o programa do Veículo Lançador de Satélites (VLS-1) e ainda para usar a Base como plataforma de lançamento de satélites comerciais.

A proposta, que provocaria novo deslocamento de quilombolas do litoral para o interior, foi rechaçada pelos grupos locais em reuniões públicas realizadas pelo Ministério Público Federal. Numa estratégia de “harmonização” tanto do processo administrativo de territorialização quanto da Ação Civil Pública, o caso foi enviado à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), no âmbito da Advocacia Geral da União.¹⁷

Importante ressaltar que a parceria entre Brasil e Ucrânia previa investimentos de US\$ 475 milhões para cada país.¹⁸

Sem analisar o mérito da questão dos quilombolas de Alcântara, importamos atentar para a disparidade entre os sujeitos envolvidos nos polos do impasse, bem como a pressão exercida institucionalmente para que a controvérsia seja resolvida através de meios “alternativos” de solução de conflitos, como a conciliação e a arbitragem, sem maiores preocupações com o reconhecimento dos direitos que estão em jogo em um claro exercício de “harmonia coerciva”.

14. Sobre isso, cf.: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=3&pagina=110&data=04/11/2008>>.

15. Na Carta Aberta do Povo Quilombola de Alcântara ao Governo do Estado do Maranhão (disponível em: <<http://novacartografiasocial.com/o-movimento-quilombola-de-alcantara-protocola-carta-direcionada-ao-governador-do-estado/>>) há a afirmação de que esse recurso ocorreu fora do prazo legal de 90 dias.

16. Comissão Pró-Índio e São Paulo. O processo de Titulação do Território Quilombola de Alcântara. Disponível em: <http://www.cpis.org.br/terras/html/noticia_print.aspx?ID=36>. Acesso em: 3 jul. 2015.

17. *Carta Aberta do Povo Quilombola de Alcântara ao Governo do Estado do Maranhão*. Disponível em: <<http://novacartografiasocial.com/o-movimento-quilombola-de-alcantara-protocola-carta-direcionada-ao-governador-do-estado/>>. Acesso em: 3 jul 2015.

18. Para notícias sobre os conflitos fundiários e investimentos na CLA, consultar: <<http://www.seesp.org.br/site/cotidiano/1017-governo-amplia-area-para-lancamentos-em-alcantara.html>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

Note-se que o acordo judicial realizado foi incapaz de surtir efeitos após verificar-se que o Relatório produzido pelo Incra estabelecia conflito de interesse do Governo e dos “investidores” do programa espacial brasileiro. Da mesma forma, a resposta judicial foi inviabilizada diante da “conciliação compulsória” promovida pela CCAF.

O que parece importante destacar no procedimento de harmonia coerciva é o intuito de evitar a manifestação de conflito, de debate político. A conciliação, nesse caso, obstaculiza o questionamento dos gigantescos interesses econômicos representados pela expansão do CLA em detrimento dos interesses dos grupos étnicos, historicamente privados de direitos, sob o discurso de que “conciliar” é uma via “razoável”, “madura” e “civilizada”, sem sopesar a disparidade entre os efeitos que as concessões mútuas, necessárias à conciliação, trarão para cada parte.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua origem o Direito brasileiro esteve permeado pelas instituições jurídicas alienígenas. Essas influências ganham força pelo discurso aparentemente “neutro” de universidades, jornais, publicações especializadas, instituições internacionais e da mídia, num trabalho que universaliza as ideologias, saberes e práticas particulares de um determinado grupo culturalmente dominante, passando a torná-los padrões irrefletidamente disseminados e aceitos.

À força desse “imperialismo” das ideias soma-se o poder econômico do capital e as práticas de “pilhagem” disseminadas pelo colonialismo – cuja ruptura foi apenas formal, mantendo sob o jugo dos países ricos um grande número de nações empobrecidas.

É nesse campo de forças que, na atualidade, as instituições de financiamento internacional como o FMI e o Banco Mundial, a serviço das grandes empresas multinacionais, vêm patrocinando mudanças estruturais nos países periféricos, a fim de implementar as condições necessárias às aberturas daqueles mercados ao capital internacional.

Considerando que o mercado é sempre regulamentado por um sistema legal, esses ajustes estruturais passam também por mudanças no Sistema de Justiça, a fim de torná-lo previsível, independente, capaz de proteger a propriedade privada e, sobretudo, eficaz ou em outras palavras: rápido e barato.

Para se alcançar tal nível de eficácia, lança-se mão dos mecanismos alternativos de solução dos conflitos, apresentados como formas modernas de desafogar a máquina judiciária, legitimados pelo discurso da “celeridade” e da “harmonia”,

que abandona a noção de Justiça e efetivação de direitos pela ideia de um rápido restabelecimento da paz social.

Contudo, faz-se necessário um olhar crítico sobre esses meios alternativos de solução de disputas, notadamente diante das desigualdades sociais e econômicas de países como o Brasil, onde se polarizam grandes litigantes, com capital, poder processual e político e indivíduos ou grupos privados de reconhecimento e direitos sociais.

Conciliações, arbitragens e mediações são instrumentos que silenciam o discurso por efetivação de direitos, pois impõem uma harmonização que depende de concessões entre sujeitos que não possuem as mesmas condições de negociação. Esse desequilíbrio entre as partes é o fator marcante da “harmonia coerciva” à qual são submetidos os indivíduos não investidos de poder, que buscam a efetivação de direitos em face dos poderosos, como é o caso dos remanescentes de quilombos em Alcântara – MA.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner. *Os quilombolas e a Base de lançamento de foguetes de Alcântara*. v.1. Brasília: MMA. 2006a.
- _____. *Os quilombolas e a base de lançamento de foguetes de Alcântara*. v. 2. Brasília: MMA. 2006b. p. 26. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/168/_publicacao/168_publicacao03022009105925.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n. 9, p. 258-301, 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/americaniza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos-teoria-da-jurisprud%C3%Aancia-constitu>>. Acesso em: 3 jul. 2016.
- BOITO JR, Armando. *Política Neoliberal e Sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã, , 1999.
- BONAVIDES, Paulo. A evolução Constitucional do Brasil. *Revista Estudos Avançados*, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553/11122> > Acesso em: 3 jul. 2015.
- BOURDIEU, Pierre. A astúcia da razão imperialista. In: WACQUANT, Loïc (org.). *O mistério do ministério*: Pierre Bourdieu e a política democrática. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- _____. *Contrafogos 2*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

- CARTA Aberta do Povo Quilombola de Alcântara ao Governo do Estado do Maranhão. Disponível em: <<http://novacartografiasocial.com/o-movimento-quilombola-de-alcantara-protocola-carta-direcionada-ao-governador-do-estado>>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- CONSELHONacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- _____. CNJ – Conciliação e Mediação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- _____. CNJ – Quem somos, visitas e contatos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 03 jul. 2015.
- COMISSÃO Pró-índio de São Paulo. *O processo de Titulação do Território Quilombola de Alcântara*. Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/terras/html/noticia_print.aspx?ID=36>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- FRIEDMAN, Thomas. *O Lexus e a Oliveira: Entendendo a Globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.
- LOPES, Danilo da Conceição Serejo. A base espacial e as comunidades quilombolas de Alcântara. *Anais da 64ª Reunião Anual da SBPC – São Luís, MA – jul. 2012*. Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/livro/64ra/PDFs/arq_1821_286.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- MATTEI, Ugo; Nader, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é Ilegal*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- MENDES, Gilmar. *A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfinternacional/portalstfagenda_pt_br/anexo/discparisport1.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- MÜLLER, Cíntia B. Vamos fechar um acordo? A utilização de meios alternativos de solução de conflitos em processos de territorialização. *26.ª Reunião Brasileira de Antropologia*, 2008, Porto Seguro/BA.
- MUÑOZ, Alberto Alonso. *Conciliar é legal... para quem, cara pálida?* Disponível em: <<http://justificando.com/2015/06/17/conciliar-e-legal-para-quem-cara-palida>>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- NADER, Laura. Harmonia coerciva: A economia política dos modelos jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 26, ano 9, p. 18-29, out. 1994. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_oo_26/rbcs26_02.htm>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- PACHECO, Cristina Carvalho. O Banco Mundial e a Reforma do Judiciário na América Latina: Tensões Mundiais. *Revista do Observatório das Nacionalidades*. v.2, n. 3. Fortaleza. 2006.

- RAMOS, Edith Maria Barbosa. *Os valores do Banco Mundial para a reforma do Judiciário na América Latina*. Disponível em: <<http://www.sbpnet.org.br/livro/64ra/resumos/resumos/8580.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- SHIRAISHI NETO, Joaquim. “Crise” nos Padrões Jurídicos Tradicionais: o direito em face dos grupos sociais portadores de identidade coletiva. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/Joaquim_Shiraishi_Neto.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- _____. Notas sobre o processo de reforma do Judiciário no Brasil. Mais resoluções, menos direitos: o consenso como medida de eficiência de atuação do Poder Judiciário. In: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.). *Direito e Instituições do Sistema de Justiça*. São Luís: EDUFMA, 2015.
- SILVA, A. Candeas. Juizes para o mercado? Os valores recomendados pelo Banco Mundial para o Judiciário em um mundo globalizado. *Revista CEJ*, v. 7 n. 23 out./dez. 2003.
- TARTUCE, Fernanda. Lei n. 11.232, art. 475-N, inciso IV: Acordo extrajudicial de qualquer natureza homologado em juízo como título executivo judicial. *Revista da Escola Paulista de Direito – EPD*, v. 3, p. 233-252, 2006.
- _____. *Conciliação e Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br>>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

— Impactos da administração gerencial no Judiciário latino americano e brasileiro

Gioliano Antunes Damasceno¹

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem se observada a adoção de uma série de medidas envolvendo o Judiciário brasileiro voltada a dar concretude ao princípio da celeridade, componente ínsito ao conceito de tutela efetiva nas tradicionais lições da dogmática processual. Trata-se de ações administrativas e alterações legislativas ou mesmo constitucionais promovidas com o intento de contribuir para a entrega de uma prestação jurisdicional em tempo razoável ao cidadão e, assim, reduzir o imenso estoque de processos aguardando julgamento.

Em 2008, por exemplo, na gestão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), iniciou-se a execução de um inédito Planejamento Estratégico Nacional de modernização da Justiça brasileira baseado na fixação das metas de nivelamento a todos os órgãos jurisdicionais do país. Naquele momento, ganhou ênfase, em âmbito nacional, a mobilização pelo cumprimento da chamada “Meta 2”, que propunha a identificação e o julgamento de todos os processos judiciais distribuídos até 31 de dezembro de 2005.

Essa incorporação do paradigma da eficiência na administração da Justiça no Brasil começou a se robustecer quatro anos antes, com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (EC 45/2004), responsável por inserir importantes mudanças de matiz gerencial no texto da Carta Política, como: o reforço político-simbólico do princípio da celeridade, que passa a ser previsto como garantia fundamental, expresso pelo enunciado “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam

1. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão; Defensor Público Federal titular do 2º. Ofício de Direito Previdenciário da Defensoria Pública da União no Maranhão

a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal); a criação do CNJ; a instituição da súmula vinculante e da repercussão geral; o fomento à justiça itinerante e à descentralização dos tribunais.

Embaladas por esse espírito de eficiência, algumas alterações legislativas já vinham sendo implementadas no ordenamento jurídico pátrio mesmo antes da EC 45/2004, como a previsão da tutela de urgência e da execução provisória da sentença, assim como a regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nas Justiças Estadual e Federal.

Todas essas mudanças não constituíam fatos exclusivos da realidade brasileira, mas se repetiam em diversos países da América Latina e Caribe, direcionadas por um amplo programa de reformas do Poder Judiciário elaborado e financiado pelo Banco Mundial nas décadas de 1980 e 1990.

Com efeito, os órgãos jurisdicionais da região, de um modo geral, atravessaram grave crise, decorrente de problemas como longos processos judiciais, excessivo acúmulo de feitos, acesso limitado da população à Justiça, falta de transparência e previsibilidade das decisões e frágil confiabilidade no sistema. O Estado, nesse sentido, carecia de uma instituição formal eficaz em resolução de conflitos que assegurasse o livre exercício dos direitos individuais e de propriedade, possibilitando um ambiente propício ao comércio, aos financiamentos, aos investimentos e ao próprio desenvolvimento econômico.

O Banco Mundial, naquele contexto, apresentou-se como um agente propulsor de uma gama de medidas de reestruturação do setor jurídico, visando imprimir mais eficiência aos serviços jurisdicionais, calcadas em eixos como a consolidação da independência do judiciário, o aprimoramento da administração das cortes, a facilitação do acesso dos seguimentos sociais mais carentes à jurisdição e a redefinição e/ou expansão do ensino jurídico.

O objetivo do presente texto é demonstrar como o discurso que deu suporte a essas transformações no judiciário da América Latina e Caribe guarda íntima relação de continuidade com outro campo discursivo, difundido pelo mundo nas décadas de 1970 e 1980 no bojo do movimento reformista de reação à política de bem-estar social, qual seja, o da “administração gerencial”.

Analisa-se, destarte, influências de enunciados como melhoria da qualidade dos serviços, admissão por mérito, treinamento permanente de pessoal, definição de metas e controle de resultados, descentralização das unidades administrativas e competição interna administrada, que afloraram num contexto específico de críticas ao *Welfare States* e ao modelo burocrático de gestão, sobre um ambiente em que a pauta principal centrava-se na construção de uma instância formal de

solução de litígios (leia-se Judiciário) eficiente, célere e confiável, que não representasse embargo às dinâmicas de negócios do setor privado.

Nesse sentido, no primeiro tópico, serão abordados os principais aspectos da administração gerencial, como o contexto histórico de surgimento e características, fazendo-se um recorte, ao final, sobre sua inserção na realidade brasileira. Em um segundo momento, tratar-se-á dos impactos desse modelo de gestão sobre o Judiciário da América Latina e Caribe, com ênfase no Brasil, a partir da promulgação da EC 45/2004. Ao final do texto, registram-se as considerações finais.

2. A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Na década de 1980, o mundo experimentou uma crise econômica generalizada. Paralelamente ao descontrole fiscal, diversos países apresentaram redução nas taxas de crescimento econômico, aumento do desemprego e elevados índices de inflação. Naquele contexto surgiu o discurso de que a causa primária da desaceleração da economia então vivenciada encontrava-se no próprio Estado, que não soubera processar de forma adequada a sobrecarga de demandas a si dirigidas nas décadas anteriores.

A Primeira Grande Guerra Mundial e a Depressão de 1929 foram marcos da crise do “mercado” e do “Estado Liberal”. Naquele momento, constituiu-se um novo modelo de Estado – *Welfare States*, que assumiu o papel de agente principal do desenvolvimento econômico e social, promovendo a poupança forçada, corrigindo as distorções de mercado e garantindo uma distribuição de renda mais igualitária. Esse formato de Estado provedor, todavia, passados os anos, começou a dar sinais de colapso ao apresentar dificuldades em administrar a crescente expectativa por políticas de bem-estar que haviam sido aplicadas com relativo sucesso no pós-guerra. Fortaleceu-se naquele cenário a ideia de que se nos anos 20 e 30 o mau funcionamento “do mercado” tinha sido o responsável pela crise econômica, nos anos 80 a raiz do problema estava no esgotamento “da estratégia estatizante intervencionista”, que enfrentava uma crise fiscal com a crescente perda do crédito por parte do Estado e a negatização do saldo da poupança pública (Brasil, 1995).

Imbricado nesse contexto, a forma de administrar o ente estatal baseada na chamada administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, também manifestava sinais de estrangulamento, o que reforçava o argumento da necessidade de se colocar em prática um novo paradigma de gerência do Poder Público, pautado pela flexibilidade e eficiência, inspirado em modelos extraídos de empresas privadas.

Para se compreender esse processo, oportuno se faz uma síntese histórica dos modelos básicos de administração pública que se sucederam no tempo (sem que, no entanto, qualquer deles tenha sido inteiramente abandonado, diga-se de passagem), a saber: a administração pública patrimonialista, a burocrática e a gerencial (Brasil, 1995).

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano e os seus auxiliares e servidores possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas, não havendo distinção entre a res publica e a res principis, num ambiente em que a corrupção e o nepotismo tornam-se inerentes à própria administração.

Na segunda metade do século XIX, apogeu do Estado liberal, a administração patrimonialista tornou-se uma excrescência inaceitável. Naquele período, surgiu o modelo burocrático baseado em diretrizes como profissionalização, estruturação de carreiras, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo, em síntese, na ideia de um poder racional-legal. No esquema burocrático, parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos, o que impõe o controle rígido dos processos, como, por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento das demandas, tudo visando evitar a corrupção e o nepotismo. O controle transforma-se, assim, na própria razão de ser do funcionário.

À medida, porém, em que o Estado assumia a responsabilidade pela defesa dos direitos sociais e crescia em dimensão, percebeu-se que os custos gerados pela administração burocrática podiam ser mais altos que os benefícios do controle. Por isso, a partir da segunda metade do século XX, as práticas burocráticas começaram a ser substituídas por um novo tipo de administração: a gerencial.

Trescalam, assim, discursos apontando para os defeitos da burocracia estatal, sua ineficiência, sua excessiva autorreferência, sua incapacidade de voltar seus serviços aos “clientes-cidadãos”. Essas limitações não se revelaram determinantes na época do surgimento da administração pública burocrática, porque os serviços do Estado mostravam-se ainda muito reduzidos, restritos que eram à manutenção da ordem, à administração da justiça e à garantia dos contratos e da propriedade. A Administração Pública Gerencial emergiu, destarte, como resposta, por um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – tornou-se premissa essencial do discurso que passou a dominar (Brasil, 1995).

A partir de então, com a assimilação de técnicas do setor privado, o foco do Estado deixou de ser nos processos em si para concentrar-se nos “resultados”. A estratégia voltou-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deveria atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos fixados, (3) para o controle ou cobrança, a posteriori, dos resultados e (4) para o fomento da competição administrada no interior do próprio Estado, estimulando-se a concorrência entre unidades internas.

No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornaram-se parâmetros indispensáveis. Neste modelo administrativo, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase nos procedimentos (meios) para o foco nos resultados (fins). Estes, por sua vez, são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como queria a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do “cidadão-cliente” estão sendo atendidas. “O que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade a um custo baixo” (Brasil, 1995, p. 42).

Nessa perspectiva, o paradigma gerencial contemporâneo exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade, contrapondo-se ao formalismo e ao rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentadas as diretrizes da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados e da competição administrada (Brasil, 1995).

Vê-se, pois, que na noção de administração gerencial encontram-se premissas básicas de índole eminentemente econômica que passam a guiar as ações do gestor público, como a necessidade de redução do aparelho do Estado, de análise minuciosa da relação custo-benefício nas práticas administrativas, de fixação de metas e implementação de avaliações de desempenho, de realização de ajustes fiscais e de privatizações de serviços públicos como forma de diminuição de despesas. A perspectiva, a um só tempo, consolidar o equilíbrio das contas do Estado mediante a redução de gastos e garantir um serviço público moderno, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos. Eis o traçado geral, o “pano de fundo”, do conjunto de medidas de remodelagem da máquina administrativa que se convencionou denominar de Reforma do Estado (Ssvaris, 2010a).

Pertinente que se diga que esse discurso da administração gerencial, em grande medida, alinha-se aos e reforça-se com apontamentos teóricos do neoliberalismo, notadamente no que tange às críticas direcionadas ao Estado de Bem-Estar Social keynesiano.² De acordo com a perspectiva neoliberal, o chamado *Welfare States* ostenta marcas diametralmente opostas à lógica da eficiência, taxado que era de antieconômico e improdutivo, sobrecarregado de burocracias e castas de funcionários públicos, mas incapaz de, ao longo do século XX, erradicar a pobreza, apesar dos recursos destinados ao combate desta.

O pensamento neoliberal, baseado nas ideias de Milton Friedman e de seus seguidores da Escola de Chicago, caracteriza-se pela premissa de que os problemas macroeconômicos estão na raiz do subdesenvolvimento, marcado, sobretudo, pelas altas taxas de inflação e pelo endividamento externo,³ problemas ligados aos gastos excessivos do governo e à falta de contenção do lastro monetário, traços de um ambiente absolutamente hostil a novos investimentos e empreendimentos da iniciativa privada. Assim, segundo os “novos liberais clássicos”, “qualquer modelo de desenvolvimento que se voltasse às preocupações sociais ou que se aproximasse das ideias de Keynes deveria ser completamente ignorado, prevalecendo os princípios puristas de Smith e Ricardo” (Sousa, 2011, p. 81).

Seguindo essa frente neoliberal, a reforma administrativa se apresenta como uma reação à crise fiscal do Estado intervencionista. A Administração ganha, assim, um perfil “gerencial” calcado no monitoramento dos resultados, no equilíbrio das contas públicas, na superação de metas, no estabelecimento de mecanismos de avaliação da qualidade dos serviços e na flexibilização de direitos

2. No neoliberalismo, a estabilidade monetária constitui uma das metas supremas, o que requer medidas de disciplina orçamentária, com a contenção de direitos sociais, e de restauração da taxa “natural” de desemprego, como forma de criar de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos e fortalecer o poder de barganha por redução de salários. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis para incentivar os agentes econômicos, com redução de tributos sobre os rendimentos das empresas, aumentando-lhes os lucros. Uma saudável desigualdade, pois, se fazia premente como mecanismo de combate à inflação, legado dos modelos econômicos pensados por Keynes e Beveridge baseados em intervenções anticíclicas e redistribuição econômico-social. O crescimento retornaria quando a estabilidade monetária, fruto dos incentivos essenciais, fosse restituída (Sader, Emir; Gentili, Pablo, 1995).

3. O modelo neoliberal inglês, por exemplo, considerado o pioneiro e mais puro, levou a cabo medidas como: a contração da emissão de moedas, a elevação da taxa de juros, a redução dos impostos sobre os rendimentos mais elevados, a abolição dos controles dos fluxos financeiros, a criação de níveis de desemprego massivos, desmobilização de greves, instituição de legislação antissindical-sindical, cortes de gastos sociais e lançamento de um amplo programa de privatizações, começando por habitação pública, passando por indústrias básicas como ação, até fornecimento de eletricidade, gás e água (Sader, Emir; Gentili, Pablo, 1995).

sociais. Palavras como agilidade, baixo custo e austeridade aderem à ordem do discurso dos gestores, firmando balizas estritamente econômicas e quantitativas para nortear o processo de recepção e encaminhamento das demandas sociais (Savaris, 2010a).

No Brasil, seguindo a mesma lógica dos chamados países desenvolvidos – só que como um contra ponto não ao Estado de bem-estar social, mas à política econômica de substituição das importações –, a administração gerencial surgiu com ênfase na década de 1990, a partir do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob coordenação do então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira.

Naquela época, difundiu-se a ideia de que o modelo de desenvolvimento adotado pelos Governos anteriores havia levado o Estado brasileiro a se desviar de suas funções básicas, ampliando sua presença no setor produtivo e no mercado, acarretando, além da gradual deterioração dos serviços públicos, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Desequilíbrio das contas públicas, esgotamento da estratégia de substituição das importações, estrangulamento do modelo de Estado intervencionista que concentrava funções econômicas e sociais e a rigidez dos procedimentos estatais típica da administração burocrática: esse era o panorama sintético da crise do Estado que se experimentava em terras tupiniquins, iniciada já na década de 1970 e evidenciada a partir do decênio seguinte.

Assim, seguindo o movimento que se via em escala mundial, reverberou na década de 1990 o discurso da necessidade de se implementar uma ampla reforma do Estado que servisse como instrumento para consolidar a estabilização e o crescimento sustentado da economia, chave para se corrigir, ao fim e ao cabo, as desigualdades sociais e regionais. Na linha desse afã reformista que então ganhava corpo na Administração Pública brasileira, o Presidente da República da época, Fernando Henrique Cardoso, determinou elaboração do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, documento oficial que definia objetivos e estabelecia diretrizes para a reforma da administração pública brasileira (Brasil 1995).

Publicado em 1995, esse “Plano Diretor” lastreava-se na premissa de que era necessária a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. A despeito do grande avanço vivenciado com a administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os padrões hierárquicos rígidos e a concentração no controle dos processos em si, e não dos fins almejados com eles, tornavam o Estado lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passava a enfrentar diante da globalização econômica. Esse cenário, portanto, tornava premente colocar em prática um projeto de ad-

ministração “gerencial”, baseada no conceito de eficiência, voltada para o monitoramento dos resultados.

Foi assim que os diagnósticos e o quadro teórico apresentados no mencionado “Plano Diretor” serviram de base para propostas de emendas constitucionais enviadas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional e coadunadas com o discurso reformista. Tratavam elas de uma série de alterações no texto da Constituição em matérias de direito administrativo e previdenciário visando o alcance do equilíbrio fiscal e a implementação da lógica do controle de resultados, tais como a definição de tetos precisos para a remuneração dos servidores ativos e inativos; a exigência de projeto de lei para aumento das remunerações dos agentes públicos; a flexibilização da estabilidade no serviço público; a permissão de regimes jurídicos diferenciados; e o aumento da idade para as aposentadorias (Brasil, 1995). Nesse contexto, o discurso da eficiência na administração foi incorporado ao Ordenamento Jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998 (Reforma Administrativa), com a positivação do princípio da eficiência como um dos postulados da Administração Pública no art. 37, da Constituição Federal de 1988 (Savaris, 2010a).

O processo de implementação da administração gerencial no Brasil, nesse sentido, pautava-se: pela busca de um ajustamento fiscal duradouro, o que exigia redução de direitos sociais, especialmente no âmbito da previdência; por reformas econômicas orientadas para o mercado que garantissem a concorrência interna e criassem as condições para o enfrentamento da competição internacional; por mudanças no aparelho do Estado visando a superação do paradigma burocrático; e pela incorporação da eficiência na prestação dos serviços públicos, propósito que incluía, dentre outras medidas, a fixação de metas, o controle de resultados e a transferência, para o setor privado, de atividades até então executadas diretamente pelo Estado.⁴

A eficiência almejada nesse contexto, se bem entendida em harmonia com outros princípios da Administração, como moralidade, boa-fé, legalidade, impessoalidade e transparência, nada tem de negativa. Busca-se, com ela, a estruturação de um Estado que gere o máximo benefício ao cidadão contribuinte na forma da prestação de serviços de qualidade com os recursos disponíveis, sem desequilíbrios fiscais (racionalidade de custos). Essa é uma pauta positiva se considerada na perspectiva dos valores fundamentais albergados pela Constituição de 1988, tais como dignidade humana, devido processo legal e acesso a bens e direitos essenciais (saúde, educação, transporte).

Todavia, suas balizas conceituais têm reverberado na prática da Administração Pública brasileira predominantemente sob a forma de metas e resultados

estatísticos, consolidando um formato tipicamente toyotista de redução de custos e de produção enxuta just in time. Nesse modelo em que os números são colocados como critérios decisivos do planejamento e do controle, ficam de lado ações avaliativas pautadas na qualidade dos serviços e no grau de satisfação do administrado quanto ao valor intrínseco da resposta administrativa, o que representa um desvio radical da proposta inicial lançada com o advento do movimento reformista da década de noventa (Savaris, 2010a).

Demais disso, a lógica da redução de despesas em prol do equilíbrio fiscal ganhou eco no *modus operandi* dos diversos órgãos e entidades responsáveis pela implementação de políticas sociais, através de atos administrativos praticados à revelia do que determina o ordenamento jurídico e serviços públicos prestados num padrão de qualidade bem aquém do propagado pelo discurso da eficiência. Tornam-se, assim, rotineiras negativas infundadas de dispensação de medicamentos ou de realização de cirurgias previstas nas listas do Sistema Único de Saúde, defasagens salariais de profissionais da educação pública, sucateamento de hospitais, precarização de equipamentos públicos de educação.

Mais precisamente no plano previdenciário, o primado da eficiência se robustece na confluência com o princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, CF de 1988), legitimando e consolidando reformas legislativas que, quando não extinguem benefícios, tornam mais rigorosos os requisitos legais para sua implantação, alteram as metodologias de cálculo com a finalidade de reduzir o *quantum* das rendas mensais, aumentam o rol de contribuintes e limitam o de beneficiários, redundando na redução da rede protetora (*programatic retrenchment*).⁵

Na administração pública previdenciária, a guisa de exemplo, a conjunção dessas duas facetas da eficiência – maximização da produtividade pela atuação dos agentes públicos almejando metas e resultados e busca, a todo custo, pelo

5. Cita-se, a propósito: 1) Lei 8870/94: abolição do abono de permanência e do pecúlio; 2) Lei 9032/1995: exigência da contribuição previdenciária do segurado aposentado que continua a trabalhando; extinção da possibilidade de enquadramento da atividade como especial para fins de aposentadoria pelo só fato do desempenho de dada profissão, passando-se a se exigir a comprovação do contato efetivo com agentes nocivos; 3) Lei 9528/1997: exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes; 4) Emenda Constitucional 20/1988: exigência, no RPPS, do requisito etário para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição; fixação do teto máximo do valor dos benefícios do RGPS; condicionamento do pagamento do salário-família e do auxílio-reclusão aos segurados de baixa renda; 5) Lei 9876/99: criação do fator previdenciário; e alteração do período básico de cálculo (PBC); 6) Emenda Constitucional 41/03: fim da integralidade e da paridade no serviço público; instituição da contribuição dos inativos; aumento da idade para os servidores se aposentarem por tempo de contribuição, passando para 65 anos para homens e 60 anos para mulheres (Savaris, 2010b).

equilíbrio econômico, financeiro e atuarial – dá ensejo a um serviço público de qualidade no mínimo questionável. Os axiomas da reforma administrativa permeiam, distorcidamente, a cartilha de condutas dos servidores do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), constituindo uma espécie de “Administração Paralela” que age ao largo dos ditames normativos que regem a concessão dos benefícios, adota procedimentos que não observam o devido processo legal e as garantias do contraditório e da ampla defesa, além de não se propor a qualquer diálogo com os posicionamentos jurisprudências consolidados pelos Tribunais Superiores favoráveis aos segurados e contrários aos interesses econômicos da Fazenda Pública.

No cotidiano das Agências de Previdência Social, é fácil presenciar situações como recusas injustificadas de protocolo de requerimento administrativo (violação do art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal); indeferimentos sumários, sem motivação (art. 93, IX, Constituição Federal; art. 50, da Lei 9784/99); e ausência de um desenvolvimento válido do processo administrativo, em face da não realização de justificação administrativa quando a Autarquia Seguradora reputa insuficiente a prova documental oferecida pelo segurado (art. 108, da Lei 8213/91). Tem-se, assim, uma realidade na qual a situação do segurado se transforma precocemente em um litígio judicial, consolidando-se uma consciência geral de que a exigência de prévio requerimento administrativo, longe de ser uma forma de estimular a resolução extrajudicial dos conflitos, mostra-se apenas como um obstáculo à obtenção de uma prestação da Seguridade Social, pois “é no Judiciário que o problema se resolve” (Savaris, 2010a).

Esse discurso da administração gerencial, como se mostrará nos tópicos seguintes, inseriu-se no Judiciário latino americano e caribenho, inclusive no brasileiro, associado a um contexto de forte pressão jurídico-discursiva por celeridade processual, a partir de um amplo projeto de reformas do sistema de justiça promovido pelo Banco Mundial.

3. O DISCURSO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NO JUDICIÁRIO LATINO-AMERICANO E CARIBENHO

A Reforma do aparelho do Estado deveria envolver mudanças não só no Poder Executivo, mas também, sob a perspectiva de uma administração pública em sentido amplo, nas estruturas administrativas dos Poderes Legislativo e Judiciário (Brasil, 1995). Assim é que, em fins da década de 1980 e por toda a de 1990, o Banco Mundial fomentou vários projetos de reformas dos sistemas de justiça na

América Latina e no Caribe calcados nos paradigmas da administração gerencial e da eficiência.

Com efeito, o pensamento reformista, com estribo na lógica neoliberal que se espalhava pelo mundo, propugnava por uma reestruturação institucional ampla, que não só abarcasse o redimensionamento das funções estatais, limitando-as à facilitação e à regulação das atividades de desenvolvimento do setor privado, mas também imprimissem funcionalidade e qualidade aos serviços públicos. O Poder Judiciário, enquanto instituição voltada para resoluções de conflitos entre cidadãos, agentes econômicos e Estado, insere-se nesse contexto premido pela necessidade de se submeter a reformas que incrementassem a eficiência da prestação jurisdicional e, assim, fomentassem um ambiente propício ao comércio, aos financiamentos e aos investimentos.

O sistema de justiça em várias partes da América Latina e Caribe experimentava, na década de 1990, problemas significativos que comprometiam sobremaneira sua dinâmica de funcionamento, tais como longos processos judiciais, excessivo acúmulo de feitos, acesso limitado da população aos serviços jurisdicionais, falta de transparência e previsibilidade das decisões e frágil confiabilidade no sistema. Essa inoperância resultava de muitos obstáculos, dentre os quais se destacam a falta de independência do Judiciário, a inadequada capacidade administrativa das cortes de justiça, a deficiência no gerenciamento de processos, o reduzido número de juízes, a carência de treinamentos, a prestação de serviços de forma não competitiva por parte dos funcionários, a ausência de publicidade nos gastos, a precariedade do ensino jurídico, a ineficácia do sistema de sanções para condutas antiéticas de membros e servidores, a inexistência de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e a vigência de leis e procedimentos enfadonhos, que atrofiavam a célere resolução dos litígios (Dakolias, 1996).

O Banco Mundial, face a esse cenário caótico, apresentou-se como um relevante ator de fomento a reformas no Judiciário, elaborando, financiando e implementando, a pedido dos próprios países latino-americanos e caribenhos, projetos com essa finalidade. Assim, na Argentina, no ano de 1992, o Banco Mundial apoiou uma ampla pesquisa multidisciplinar do sistema de justiça, com recursos do Fundo de Subvenção para Desenvolvimento Institucional, abordando questões como administração das cortes, mecanismos alternativos de resolução de conflitos e assistência jurídica gratuita. Além disso, deferiu empréstimo ao Judiciário venezuelano em 1994 destinado às áreas de infraestrutura, tecnologia e de pesquisa; e, na Bolívia, no Equador e no Peru, promoveu levantamentos de dados sobre os fatores que vinham corroborando para a ineficiência do sistema de justiça (Dakolias, 1996).

Naquele contexto foi editado o chamado Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial,⁶ que sintetizava estudos empreendidos sobre experiências reformistas levadas a cabo em alguns países da América Latina e Caribe, com vistas a auxiliar os governos, pesquisadores e o meio jurídico no desenvolvimento de programas de reformas que enfrentassem os principais fatores comprometedores da qualidade dos serviços jurisdicionais, especialmente a sua morosidade e a sua natureza monopolística.

Apesar de não apresentar uma lista exaustiva de medidas, o documento apontava para algumas questões que considerava essenciais, a saber: 1) a garantia de independência do judiciário, através de autonomia orçamentária, modificações nos processos de nomeação e de avaliação de juízes e no sistema disciplinar; 2) o aprimoramento da administração das cortes de justiça, por meio do gerenciamento adequado de processos, de reformas na administração das unidades judiciárias e alterações nas legislações processuais; 3) ampliação do acesso da população à justiça, por intermédio de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, da redução dos custos processuais, da criação de defensorias públicas e de juizados de pequenas causas e da incorporação de questões de gênero nos processos de reforma; e, por fim, 4) a redefinição e expansão do ensino jurídico e dos programas de treinamento para estudantes, advogados e juízes (Dakolias, 1996).

A perspectiva do Banco Mundial era, a partir dessas medidas de “homogeneização jurídica”, tomadas como um todo, incrementar a eficiência e a eficácia do Judiciário enquanto instância formal de resolução de conflitos, permitindo-lhe proferir decisões de uma maneira previsível, justa e rápida, contribuindo para um ambiente favorável ao desenvolvimento das relações econômicas.

Bourdieu chama de “homogeneização jurídica” o fenômeno, típico da economia globalizada, de busca pela criação de uma unidade jurídica global que viabilize a unificação do campo econômico, catalisando a livre circulação do capital e o trânsito de sujeitos e dos bens (Bourdieu, apud Shiraishi Neto, 2015). Para Sider, Schjolden e Angell, a pressão das organizações internacionais (BIRD, FMI e OMC) para que os Estados promovam a reforma do Poder Judiciário faz

6. De autoria de Maria Dakolias, o Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial também contou com o suporte de Malcolm D. Rowat, Diretor da Unidade de Modernização do Setor Público, ; de Sri-Ram Aiyer, Diretor do Departamento Técnico, ; de Denise Manning, ; e de Bryant Garth. Uma de suas versões foi publicada no *Jornal de Direito Internacional da Virgínia* (edição da primavera de 1996). Cuida-se de um material vinculado à Unidade de Modernização do Setor Público do Departamento Técnico para América Latina e Região do Caribe, do Banco Mundial, divisão administrativa que conferia suporte e orientação aos projetos de reformas do judiciário no continente, sendo que o relatório foi confeccionado com o objetivo de condensar as diferentes experiências já implementadas, como meio de auxiliar e estimular as futuras.

parte das estratégias de homogeneização jurídica para se estabelecer unidade no campo econômico (Sider; Schjolden; Angell, apud Shiraishi Neto, 2015). Assim, as ideologias que norteiam o Banco Mundial são aplicadas ao Poder Judiciário, que se reinventa para atender às demandas econômicas, isto é, para se submeter à *lex mercatória* (Mendes, apud Shiraishi Neto, 2015).

Essa vinculação entre o econômico e o jurídico é aprofundada com propriedade por Pachukanis em sua *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (1988). Segundo o autor, a gênese da forma jurídica encontra-se nas relações de troca. O vínculo entre as diferentes unidades econômicas é mantido graças aos contratos que celebram entre si. O objetivo prático da mediação jurídica é dar garantias à marcha, mais ou menos livre, da produção e da reprodução social, que, na sociedade de produção mercantil, opera-se formalmente através de uma série de contratos jurídicos privados. O alcance desse objetivo se dá através das leis e de sua interpretação rigorosa, de tribunais e suas jurisprudências, assim como da execução coativa das decisões judiciais. Nesse sentido, os tribunais e o processo representam o momento de realização mais completa da forma jurídica (Pachukanis, 1988). Sob essa ótica, é compreensível a preocupação do Banco Mundial com o Judiciário latino americano e caribenho, já que os órgãos jurisdicionais, no exercício de sua função institucional de aplicação das formas jurídicas, configuram-se peças essenciais na engrenagem do sistema produtivo.

Daí porque a temática ser abordada com destaque no Documento Técnico n. 319. Para o Banco Mundial, o sistema de justiça enfrentava graves entraves na América Latina, na medida em que, especialmente por força da morosidade, mostrava-se incapaz de satisfazer as demandas do setor privado, não conseguindo garantir os direitos individuais e de propriedade nem corroborar para o fluxo seguro dos negócios. Isso gerava um descrédito generalizado, robustecendo a percepção de inefetividade por parte de seus potenciais usuários e, por conseguinte, arrefecendo os intentos de acessar os serviços jurisdicionais.

Ao tempo da elaboração do Documento Técnico n. 319, na Argentina, por exemplo, somente 13% da população acreditava na administração da justiça. No Brasil, 74% da população, naquela época, via o Judiciário como uma instituição regular ou insatisfatória. No Peru, 92% da população não confiava nos juízes. A pauta da Reforma do Judiciário, nesse sentido, era propagada como parte de um processo maior de redefinição do Estado e de suas relações com a sociedade, por meio da qual se buscava o aumento da funcionalidade da máquina administrativa, corroborando para o desenvolvimento. Esse era o discurso que legitimava a prática reformista. Não bastava construir rodovias e fábricas para modernizar o Estado; era preciso órgãos jurisdicionais confiáveis, que encorajassem os inves-

timentos, que interpretassem e aplicassem as leis sem descontinuidades imprevisíveis. Para além de legislações que franqueassem aos cidadãos a liberdade de exercer seus direitos individuais e de propriedade, fazia-se premente um sistema de justiça que permitisse o seu cumprimento (Dakolias, 1996).

No entanto, o cenário que se via denunciava uma realidade bem distante desse propósito. Se, por um lado, o acúmulo de processos e o tempo de tramitação despendido demonstravam a crescente demanda pelos serviços do Judiciário, por outro, evidenciavam a completa inaptidão desse Poder em dar vazão às querelas a si submetidas. Nessa perspectiva, um dos pontos centrais das reformas incentivadas pelo Banco Mundial era a implementação de medidas que dessem mais celeridade aos ritmos processuais, reduzindo o acervo de feitos paralisados. Assim é que ganha força, nesse ambiente jurisdicional, uma das pautas essenciais do discurso da administração gerencial cunhado na Europa na década de 1980: a fixação de metas e a busca por resultados. O paradigma da “qualidade total dos serviços”, emblemático nas reformas do aparelho do Estado, manifesta-se, no campo do judiciário, dentre outras formas, pela lógica matemática das reduções, seja da demora das ações, seja da quantidade de demandas pendentes de julgamento.

Essa finalidade seria alcançada pela qualificação da mão de obra - juízes e servidores, com a adoção de critérios de nomeação mais rigorosos (concursos públicos), níveis salariais competitivos, mecanismos de avaliação de desempenho e sistemas disciplinares efetivos, o que incluía, para além das tradicionais corregedorias, a criação de conselhos judiciais para análise de reclamações contra os magistrados compostos não apenas por membros do Judiciário, mas também por integrantes de outros órgãos e da sociedade civil.

Era preciso também melhorar a administração das Cortes, com a adoção de providências como: 1) a delegação das funções gerenciais a funcionários especializados, deixando livres os magistrados para o desempenho das atribuições estritamente judicantes; 2) o aumento do quadro de pessoal (juízes e servidores) baseado em tendências estatísticas de volume de demandas; 3) a garantia de lastro orçamentário suficiente para fazer frente às despesas, o que envolvia a garantia de autonomia financeira em relação ao Legislativo e ao Executivo e a existência de servidores com capacidade técnica para efetuar o levantamento das necessidades orçamentárias com esteio na expectativa de processos ajuizados; e 4) a modernização das estruturas físicas das cortes, incluindo o aprimoramento dos parques tecnológicos informáticos e a redução dos empilhamentos de processos registrados em papel.

O enfrentamento da morosidade exigia, ainda, ações de gerenciamento de processos, trazendo para o Judiciário noções como a de monitoramento pro-

cessual, controle de fluxos e de volumes e levantamento de dados estatísticos. A estatística processual surge, assim, como ferramenta essencial na avaliação do progresso do sistema de justiça e na elaboração do seu prognóstico, permitindo estimar futuras demandas por recursos financeiros, fazer projeções orçamentárias e analisar a carga de trabalho. O planejamento na distribuição de recursos e na divisão das atividades entre o quadro de pessoal, elaborado a partir da delimitação das tendências nacionais, contribuía decisivamente para o gerenciamento do fluxo processual. Os estudos estatísticos viabilizavam a identificação de cortes que operavam eficientemente informando as outras sobre experiências bem sucedidas, além de permitirem a fixação de prazos padrões para a tramitação de processos e o controle individual do andamento de cada feito. Dentro ainda dessa lógica quantificadora, criam-se mecanismos de avaliação de desempenho de juízes e servidores baseados no número de processos julgados (indicadores de gestão, como estabelecido no Chile), utilizando o resultado de tais aferições como critério para promoções e aumentos salariais (Dakolias, 1996).

E, para além de reformulações gerenciais, modificações na Legislação também entraram na agenda das reformas por celeridade, já que o excesso de formalidades e o grande volume de recursos eram igualmente apontados como fatores determinantes para uma administração da justiça ineficiente. Observa-se, desse modo, um amplo estímulo a reformas nas legislações sobre direito adjetivo, que primavam por procedimentos mais imediatos e informais, minimizando a mora que enfadava as pesadas burocracias jurisdicionais.

Nesse movimento, diversos países da América Latina, tais como Argentina, Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Peru, Venezuela, decidiram revisar seus códigos de processo para incluir expedientes orais; cresce o fomento pela instituição de mecanismos alternativos de resolução de conflitos; em algumas legislações, passa a ser dever do juiz a definição dos pontos controvertidos dos feitos antes da fase de instrução; aparecem experiências de nomeação de juízes temporários, com metas para julgamento de uma quantidade pré-estabelecida de processos; são criados novos pressupostos recursais para barrar o seguimento de apelos protelatórios aos tribunais; e passa-se a estipular prazos (ou a exigir o cumprimento dos já previstos) para o término dos processos, com a cominação de sanções aos magistrados em caso de não observância.

Várias dessas medidas destinadas ao incremento da eficiência no Judiciário catalisadas pelo Banco Mundial também foram incorporadas pelo Estado brasileiro a partir dos anos 2000, especialmente com a edição da Emenda Constitucional 45/2004. Como se verá, o discurso de que era preciso reduzir a morosidade nos serviços jurisdicionais como forma de dar mais segurança e tranquilidade às tran-

sações econômicas fomenta uma série de modificações no ordenamento jurídico, nos planos constitucional e legal, responsáveis por transformações no modus operandi do Judiciário pautadas pelos pilares da administração gerencial.

4. O DISCURSO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

No Brasil, os primeiros sinais relevantes de inserção desse discurso em prol de um Judiciário mais célere e eficiente surgiram em 1994, com a publicação da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, prevendo expressamente, no artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC), a tutela de urgência. Seguiram-se, a partir dali, modificações legislativas importantes focadas no paradigma de rapidez processual, como: a possibilidade de, nos tribunais, o relator decidir monocraticamente sobre o recurso sem submetê-lo ao colegiado (artigo 557, do CPC, com redação dada pela Lei 9.756/1998); a instituição da execução provisória da sentença, conforme artigo 475-J, do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.232/2005 (Brasil, 1973); a edição da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com rito pautado pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (Brasil, 1995); e a instituição, seis anos mais tarde, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, por meio da Lei 10.259/2001, que reverbera, por intermédio de mecanismos de concentração de atos processuais e da limitação das hipóteses recursais, a relevância de um processo mais enxuto, rápido e fluido, menos burocratizado (Brasil, 2001).

Todavia, sem embargo dessas inovações, a Justiça brasileira ainda apresentava um cenário caótico quando se tratava de morosidade e acumulação processual, quadro cuja reversão exigia, à luz do programa proposto pelo Banco Mundial, mais do que alterações legislativas pontuais. Era preciso uma reforma mais ampla, que envolvesse inclusive, sobretudo, mudanças no texto constitucional.

Deficiência de espaços físicos, instalações inadequadas, falta ou escassez de equipamentos e precarização salarial eram exemplos de carências estruturais que assolavam o sistema de justiça, ditadas, principalmente, pela insuficiência de recursos financeiros. Esse quadro de abandono e indiferença, mais intenso nas regiões menos favorecidas, tornava a magistratura uma carreira pouco atraente, sacrificante aos que nela ingressavam. Para se ter uma ideia, tinha-se no Brasil a relação juiz/jurisdicionado mais baixa do mundo: enquanto, na Alemanha, a proporção era de 1 juiz/3.448 jurisdicionado e, na França, 1/7142, no Brasil, era de 1/29.542. Não bastasse isso, problemas outros também comprometiam seriamente

a engrenagem judiciária, como abusos de poder e de autoridade, claudicantes aplicações da lei e nepotismos, frutos dos ranços de uma cultura patrimonialista que ainda se impregnava nos meandros da administração da justiça (Figueiredo, 1999).⁷

Nesse contexto, robustece-se o discurso em prol da criação de um órgão encarregado de definir os pontos principais da política judiciária de âmbito nacional e de assumir a responsabilidade pelo desempenho administrativo, orçamentário, financeiro e contábil das unidades jurisdicionais. Uma espécie de Conselho Administrativo da Magistratura, sem atribuição jurisdicional, que coordenasse um sistema de levantamento de informações da atividade judiciária; e que planejasse e executasse, de forma integrada e participativa, com base nos dados colhidos, as atividades de fiscalização e controle administrativo do Judiciário (Figueiredo, 1999).

Ganham força, assim, em fins da década de 1990 no Brasil, ideias como a implementação de avaliações qualitativas dos serviços prestados pelos juízes e serventuários; a criação de meios eficientes de admissão nos quadros da magistratura e de servidores; a adoção de técnicas racionalizadoras na prolação de despachos e sentenças; e a reestruturação e a atualização do ensino jurídico, tudo com o intuito de engendrar uma maior sintonia da produção jurisdicional com as exigências da sociedade e do mercado (Figueiredo, 1999). O propósito era otimizar os serviços a partir da superação do modelo tecnoburocrático que predominava, adotando experiências positivas advindas da atividade empresarial (Junior, 2009).

Difunde-se, então, no seio do Judiciário, o conceito de “produtividade”, que transborda do plano das exigências puramente econômicas para o da atividade do poder público, levando à incorporação da perspectiva de velocidade aos fatos humanos e sociais, a “aceleração do passo da história” de que falava Toynbee apud Figueiredo, 1999, p. 54). A produtividade correspondia, nesse sentido, à função matemática “produzir-se mais em menos tempo”, o que, na esfera do Poder Judiciário, significava resolver com eficiência e qualidade, menor custo e mais rapidez, os litígios judiciais. Como já propugnava Fran Figueiredo em obra publicada em 1999, a almejada reforma deveria, dentre outras sendas, “(...) dirigir-se ao Poder Judiciário no sentido de erradicar velhos usos e procedimentos, de ensinar um funcionamento mais rápido e eficaz de seus diversos órgãos (...)” (Figueiredo, 1999, p. 58).

7. Conforme assere Vicente de Paula Ataíde Junior acerca dos problemas que atingiam o Judiciário pré-reforma, as críticas a esse Poder poderiam ser englobadas em dois grupos genéricos: 1) crítica à morosidade e à ineficiência da prestação jurisdicional; b) críticas à corrupção de juízes pela ausência de maiores formas de controle desse poder (Junior, 2009).

É nesse campo discursivo que se constroem as condições de possibilidade da promulgação, em 30 de dezembro de 2004, da Emenda Constitucional n. 45 (EC 45/2004), responsável por inserir, no ordenamento jurídico brasileiro, todo um rol de diretrizes que sintetizam o eixo do plano de reformas do judiciário pensado pelo Banco Mundial para a América Latina na década de 1990, com destaque àquelas destinadas a conferir maior celeridade e eficiência à dinâmica processual.

Assim é que, por exemplo, com a EC 45/2004, a garantia de razoável duração dos processos judiciais e administrativos recebe menção explícita e status de fundamentalidade, ao ser prevista no inciso LXXVIII, artigo 5º, da Carta Magna, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos do cidadão.

Cria-se, ainda, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (artigo 103-B, da Constituição), órgão de cúpula da Administração da Justiça, de composição mista, integrado não só por magistrados, mas também por membros do Ministério Público, da categoria dos advogados e da sociedade civil, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes; ou seja, a EC 45/2004 imputou-lhe a responsabilidade de coordenar o gerenciamento da máquina judiciária e a prerrogativa de exercer os poderes regulamentar e disciplinar sobre as condutas administrativas dos juízes, como forma de imprimir minimamente uma uniformidade no padrão de qualidade dos serviços jurisdicionais no território nacional.

Nessa perspectiva, a EC 45/2004 concede ao CNJ atribuições como: 1) a de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares; 2) a de receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro; 3) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; e 4) elaborar relatório anual propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Outrossim, com o objetivo de reduzir o número de recursos e dar mais previsibilidade e confiabilidade aos provimentos judiciais, a EC 45/2004 irrogou ao Supremo Tribunal Federal a competência para aprovar súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; bem como instituiu um

pressuposto específico de admissibilidade dos recursos extraordinários, qual seja, a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas.

Lado outro, com a EC 45/2004, as experiências de justiça itinerante levadas a cabo em alguns Estados isoladamente, como o Projeto Justiça Rápida, do Tribunal de Justiça de Rondônia, transformam-se em diretriz constitucional (artigo 107, parágrafo 2º, da Constituição); e faculta-se aos tribunais a possibilidade de funcionar de forma descentralizada (artigo 107, parágrafo 3º, da Constituição), estimulando-se práticas como a constituição de câmaras regionais, o uso de protocolo descentralizado e a realização de sustentações orais por videoconferência (Junior, 2009).

Estabelecem-se, ainda, mudanças nas condições de admissão, formação e avaliação dos magistrados, buscando sua maior qualificação e o incremento de sua capacidade para o exercício da função, como a exigência de 3 (anos) de prática jurídica como requisito para a posse no cargo (artigo 93, inciso I, da Constituição) e a participação nos cursos oficiais regulamentados pela Escola Superior da Magistratura como critério para ingresso e promoção na carreira (artigo 105, parágrafo único, inciso I, da Constituição). Além disso, a aferição do merecimento para fins de promoção passa a ser feita conforme o desempenho e os critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição, bem como pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (art. 93, II, c, da Constituição), condicionantes que também passam a ser consideradas para o deferimento de remoções a pedido ou de permuta de juízes de comarca de igual entrância (CF, art. 93, VIII-A, da Constituição) (Junior, 2009).

A Reforma do Judiciário no Brasil ensejada pela EC 45/2004 fornece, assim, as bases constitucionais para uma série de ações gerenciais no âmbito desse Poder visando ditar e cobrar níveis mínimos de qualidade ao serviço público jurisdicional em escala nacional, com a fixação de metas e exigência de resultados, especialmente ligados à redução do acervo de feitos parados, à imposição de um ritmo mais acelerado às tramitações e ao aumento do grau de previsibilidade das decisões, construindo-se, dessa forma, uma instituição mais confiável aos olhos dos agentes econômicos.⁸

Em conferência promovida pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) realizada em 2009, asseverou o Ministro Gil-

8. Segundo Mendes (2009), a Reforma do Judiciário se desdobra em três dimensões básicas: a) a modernização da administração judicial; b) o respeito aos precedentes firmados de maneira vinculante pela corte mais alta do País por todos os órgãos do Judiciário e da administração pública; e c) a garantia de que os processos que alcançariam inutilmente o Supremo Tribunal Federal, sobrecarregando-o, tenham decisão definitiva antes disso (Mendes, 2009, p. 7 e 8)

mar Ferreira Mendes, então na Presidência do CNJ, em discurso intitulado “A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País”, que, diante da imprevisibilidade natural, ínsita a negócios de maior ou menor risco, a segurança das regras do jogo constituía garantia fundamental para aqueles que investiam seu capital em diferentes empreendimentos. Nesse sentido, a Reforma implementada pela EC 45/2004 representava grande avanço na realização do princípio da segurança jurídica nas relações de mercado, na medida em que trazia mais transparência e eficiência ao sistema judiciário brasileiro (Mendes, 2009).

Aperfeiçoamento do serviço público de prestação da justiça, melhoria da gestão, diminuição de custos e maximização da eficiência dos recursos, modernização, planejamento e controle da atividade administrativa, informatização plena de todos os órgãos judiciais, eficiência, redução da morosidade processual, segurança jurídica e transparência eram exemplos de enunciados que estavam na pauta da Presidência do CNJ, afinal, a concretização de um Judiciário célere e eficiente constituía “não apenas um imperativo reclamado pelo preceito constitucional de efetividade da justiça, mas também pressuposto para o próprio desenvolvimento econômico do Brasil” (Mendes, 2009, p. 8), na medida em que a segurança na resolução (célere) dos conflitos afigurava-se estímulo inegável para investimentos externos no País (Mendes, 2009).

No período pós-EC 45/2004, as ações em busca da eficiência intensificam-se, sobretudo, a partir de 2008, justamente na gestão do Ministro Gilmar Mendes na Presidência do CNJ, quando se vislumbra a implantação de um inédito Planejamento Estratégico Nacional de modernização da Justiça brasileira, cujo destaque reservou-se para a fixação das metas de nivelamento a todos os órgãos jurisdicionais do país.

Essas metas nacionais do Poder Judiciário foram definidas pela primeira vez no 2º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu em Belo Horizonte, Minas Gerais, em 2009, quando os tribunais brasileiros traçaram “10 metas de nivelamento” para a Justiça para o ano de 2009, com evidência para a chamada “Meta 2”, que determinou a identificação e julgamento de todos os processos judiciais distribuídos até 31 de dezembro de 2005. Com o discurso de alinhamento do Poder Judiciário ao direito fundamental de duração razoável dos processos, a campanha da “Meta 2” inaugurou um amplo movimento envolvendo juízes e servidores de todos os seguimentos do judiciário do país (estadual, federal, trabalhista, etc.), assim como as demais instituições do sistema de justiça (defensoria pública, ministério público, advocacia), destinado a acabar com o estoque de feitos causadores das altas taxas de congestionamento nas cortes.

Nesse propósito de eficiência, também foram definidas outras metas importantes naquele ano de 2009, relacionadas 1) à informatização das unidades judiciárias, interligando-as entre si e à rede mundial de computadores (internet), o que viabilizava o acesso às informações processuais nos portais eletrônicos, com disponibilização do andamento processual atualizado e do conteúdo das decisões, além de proporcionar mais transparência à sociedade; 2) à automatização da distribuição de todos os processos e recursos; 3) à capacitação dos servidores administradores em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para implantação de métodos de gerenciamento de rotinas; e 4) à implantação do processo eletrônico em parcela das unidades judiciárias. Nos anos subsequentes, os Encontros Nacionais do Judiciário se repetiram, no bojo dos quais novas metas ligadas aos temas da agilidade e da eficiência foram estabelecidas, como a Meta 1 de 2010, que determinava o julgamento de uma quantidade de processos maior do que o número de ações ajuizadas nesse mesmo ano, e a Meta 2 de 2010, que impunha aos tribunais o julgamento de todos os processos distribuídos até 31 de dezembro de 2006 (CNJ, 2015).

Observa-se, diante de todo o quadro delineado, que diversos elementos integrantes da unidade discursiva “Reforma do Estado”, que ganhou força em escala mundial na década de 1980, encontram terreno fértil de reprodução em outro campo discursivo específico, qual seja, aquele que, capitaneado pelo Banco Mundial, pugnava por reformas nos sistemas judiciários da América Latina e do Caribe, inclusive do Brasil. O tradicional anseio pela prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil, ligado ao conceito de justiça efetiva, reoxigena-se à luz da lógica da eficiência, dando margem a uma série de transformações nos aparelhos judiciais.

A absorção dessa lógica da eficiência pelas rotinas das unidades jurisdicionais, não se pode olvidar, pode acarretar inúmeras vantagens, especialmente no que diz respeito à intensificação da celeridade processual, corroborando para entrega do bem da vida pretendido pelo cidadão que ocorre ao Judiciário em prazo razoável, na linha do que preceitua a garantia fundamental insculpida no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. A preocupação com a qualificação de juízes e servidores, a modernização dos parques informáticos e a digitalização dos processos, o monitoramento do fluxo de demandas, o levantamento de dados estatísticos, o controle de prazos de tramitação, as aferições dos desempenhos individuais, a fixação de padrões mínimos de produtividade e o estabelecimento de metas quantitativas são práticas que, se bem aplicadas com parcimônia e razoabilidade à realidade específica da administração da justiça, podem trazer resultados positivos à melhoria e otimização dos serviços.

Cumpra alertar, todavia, que essas modificações no Judiciário não podem ser implementadas ao preço de restrições desarrazoadas à participação processual das partes, com prejuízo para a busca da verdade material em cada feito isoladamente considerado. É preciso cautela para que a eficiência gerencial não penalize as tradicionais garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, comprometendo a própria segurança da relação jurídico-processual (Savaris, 2010a). Não se pode permitir que a ênfase na rapidez se dê com sacrifício do diálogo das partes na relação processual e das estratégias úteis de defesa voltadas para a adequada instrução dos processos.

José Antonio Savaris, a propósito, aponta para o fato de que, em processos relacionados a benefícios previdenciários e assistenciais, essa racionalidade gerencial vem trazendo prejuízos à qualidade dos julgamentos. Laudos médicos inconsistentes sobre os quais as partes não têm oportunidade de se manifestar e a coleta de provas orais que não oferecem senão dados genéricos, sem qualquer aprofundamento acerca das particularidades do caso concreto, são exemplos de pontos críticos que levam à finalização de processos com soluções divorciadas da “verdade material”.

Para Damasceno e Sousa (2016), a supressão da perspectiva biopsicossocial de incapacidade nos processos judiciais concessórios do amparo assistencial para pessoa com deficiência do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Maranhão também está relacionada às injunções da eficiência gerencial e à busca “a todo custo” por rapidez processual. Melhor explicando essa problemática tratada, para efeito de concessão do amparo assistencial para pessoa com deficiência, a Lei 12.470/2011 incorporou a perspectiva biopsicossocial de incapacidade à Lei Orgânica de Assistencial Social (LOAS), trazendo, para a análise do quadro incapacitante, a necessidade de se ponderar não só as questões médicas propriamente, mas também os elementos “extradoença”, extrínsecos ao aspecto estritamente clínico, que podem comprometer a aptidão laboral do sujeito (noção biopsicossocial de incapacidade), tais como a idade; o grau de escolaridade; o histórico profissional; o acesso a medicamentos, órteses e próteses; as relações familiares; a sujeição a práticas preconceituosas e de discriminação; e a disponibilização de estabelecimentos de saúde e de ensino adequados.

Todavia, em pesquisa realizada sobre 10 processos judiciais concessórios de BPC que tramitaram no JEF/MA, Damasceno e Sousa (2016) constataram que essas condicionantes não eram abordadas nas perícias destinadas ao exame da existência ou não de incapacidade; e, segundo sustentam, essa descontinuidade entre Lei e processos judiciais está ligada à supervalorização da celeridade dos procedimentos judiciais, num contexto em que o excesso de demandas exige de

juízes e serventuários da Justiça o alcance permanente de metas e resultados, ao preço, todavia, do atropelo das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, permitindo juízos superficiais dos litígios judicializados, que suprimem da apreciação jurisdicional circunstâncias que a Lei, no caso a LOAS, estabelece como relevantes (Damasceno, Sousa, 2016).

Com efeito, a “formularização” das sentenças (sentença tipo A, sentença tipo B) e a tarifação da prova relativa à incapacidade em torno dos laudos médicos revelam uma ânsia pela otimização extremada dos feitos e pela celeridade das tramitações, o que tem engendrado a dita incompatibilidade discursiva entre a concepção de “incapacidade” manifesta nos processos judiciais, essencialmente biomédica, e aquela traçada no plano legal, de linhagem biopsicossocial (não há “tempo” para avaliações jurisdicionais mais acuradas, que tomem como paradigma a noção holística e mais complexa de incapacidade fixada pelo legislador) (Damasceno, Sousa, 2016).

Esse é um exemplo, talvez dentre tantos outros, de problema ligado à aplicação desmedida e imponderada da racionalidade gerencial que precisa ser objeto de reflexão, já que a ideia de processo efetivo não se exaure na noção de rapidez da tramitação. “Um processo efetivo emerge da necessária ponderação entre dois primordiais valores: segurança e celeridade. Pelo primeiro, a sentença tende a sair correta. Pelo segundo, a sentença tende a sair em tempo oportuno” (Savaris, 2010a, p. 136). O avanço do processo em marcha excessivamente rápida pode comprometer sua efetividade, na medida em que provocar danos à defesa, ao contraditório, à igualdade das partes, à participação ativa do magistrado na produção probatória. Em meio a essa invasão de valores, diretrizes e princípios da administração gerencial no mundo do Judiciário, faz-se mister que se fomente pesquisas sobre os impactos desse fenômeno nas diversas searas do direito (trabalhista, previdenciário, família, penal), nos vários tipos de procedimento (rito comum, sumaríssimo) e em todas as instâncias (juízes de base, tribunais), buscando identificar a proporção de rapidez adequada, o marco até onde se pode acelerar o passo sem atropelar atos processuais e sacrificar a segurança e a evidenciação da verdade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise econômica que assolou o mundo na década de 1980 (crise do Estado de bem estar social), marcada pelo descontrole fiscal, pela redução nas taxas de crescimento econômico, pelo aumento do desemprego e pelos elevados índices de inflação, associada ao desgaste do modelo de administração pública burocrática que

carregava consigo as pechas da de rigidez e da ineficiência, criaram as condições de possibilidade da emergência do discurso da administração pública gerencial.

Cuidava-se de um novo modelo de gestão da Administração Pública inspirado em teorias aplicadas em empresas privadas, baseado em premissas como redução de gastos, incremento da qualidade dos serviços, admissão por mérito, realização de treinamento permanente de pessoal, definição de metas e controle de resultados, descentralização das unidades administrativas, facilitação do acesso do cidadão aos serviços públicos, competição interna administrada, análise da relação custo-benefício, agilidade, modernização e racionalização das atividades.

Paralelo ao avanço da administração gerencial, o sistema de justiça na América Latina e Caribe experimentava, na década de 1990, graves problemas que comprometiam sua funcionalidade, tais como longos processos judiciais, excessivo acúmulo de feitos, acesso limitado da população aos serviços jurisdicionais, falta de transparência e previsibilidade das decisões e frágil confiabilidade no sistema; todos estão relacionados a obstáculos como a falta de independência do judiciário, a inadequada capacidade administrativa das cortes de justiça, a deficiência no gerenciamento de processos, o reduzido número de juízes, a carência de treinamentos, a falta de competitividade entre os funcionários, a ausência de publicidade nos gastos, a precariedade do ensino jurídico, a ineficácia do sistema de sanções de membros e servidores, a inexistência de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e a vigência de procedimentos enfadonhos.

Em face desse quadro, em fins da década de 1980 e por toda a de 1990, o Banco Mundial fomentou vários projetos de reformas dos sistemas de justiça na América Latina e no Caribe, calcadas nos paradigmas da administração gerencial e da eficiência. A crise pela qual passava o Judiciário na região tornava-o incapaz de satisfazer as demandas do setor privado. O Estado, por assim dizer, não dispunha de uma instituição formal eficaz de resolução de conflitos, que garantisse os direitos individuais e de propriedade e, ao fim e ao cabo, assegurasse o fluxo seguro dos negócios, contexto que exigia um programa de reestruturações que incrementassem a eficiência da prestação jurisdicional, fomentando um ambiente propício ao comércio, aos financiamentos e aos investimentos.

O Banco Mundial, daí, apresentou-se como um relevante ator de estímulo a reformas no judiciário, elaborando e financiando, a pedido dos próprios países envolvidos, projetos voltados para: 1) a garantia de independência do judiciário, através de autonomia orçamentária, modificações nos processos de nomeação e de avaliação de juízes e no sistema disciplinar; 2) o aprimoramento da administração das cortes de justiça, por meio do gerenciamento adequado de processos, de reformas na administração das unidades judiciárias e de alterações nas legis-

lações processuais; 3) a ampliação do acesso da população à justiça, por intermédio de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, da redução dos custos processuais, da criação de defensorias públicas e de juizados de pequenas causas e da incorporação de questões de gênero nos processos das reformas; e 4) a reformulação e aperfeiçoamento do ensino jurídico.

Reforça-se, nesse cenário, o discurso da administração gerencial pautado pelo paradigma da “qualidade total dos serviços” que ditou os rumos do movimento de reformas do aparelho do Estado dos anos 80. A busca de metas e resultados se manifesta, no campo do judiciário, como importante instrumento para a superação do problema da demora das ações e do estoque elevado de processos parados.

Observa-se, a partir de daí, a implementação de diversas ações no judiciário latino americano e caribenho voltadas para a otimização da máquina jurisdicional, tais como qualificação de juízes e servidores, modernização dos parques informáticos e a digitalização dos processos, monitoramento do fluxo de demandas e de volumes, levantamento de dados estatísticos, controle de prazos de tramitação, aferições dos desempenhos individuais e fixação de padrões de produtividade.

No Brasil, a introjeção dos elementos discursivos da Reforma do Estado no campo do judiciário se dá com sensível intensidade a partir da promulgação da EC 45/2004, responsável por inserir importantes mudanças de matiz gerencial no texto da Carta Política, como: o reforço político-simbólico do postulado da celeridade, com a ascensão, ao nível de prerrogativa *jusfundamental* do cidadão com previsão explícita, da garantia de razoável duração dos processos; a criação do CNJ, órgão de cúpula da Administração da Justiça com atribuição para coordenar o gerenciamento da máquina judiciária e para exercer os poderes, regulamentar e disciplinar sobre as condutas administrativas dos juízes; a instituição da súmula vinculante e da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário; o fomento à justiça itinerante e à descentralização dos tribunais, dentre outras.

Nos anos subsequentes à EC 45/21004, as ações em busca da eficiência fortalecem-se principalmente a partir de 2008, com a gestão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Presidência do CNJ, quando vem à tona um Planejamento Estratégico Nacional de modernização da Justiça brasileira baseado na fixação das metas de nivelamento a todos os órgãos jurisdicionais do país. Nessa época, ganhou destaque a mobilização nacional pelo cumprimento da chamada “Meta 2”, que propunha a identificação e julgamento de todos os processos judiciais distribuídos até 31 de dezembro de 2005.

O acolhimento das diretrizes da administração gerencial no Judiciário pode ser compreendido como um fenômeno positivo, na medida em que contribui

para a entrega de uma prestação jurisdicional mais célere ao cidadão, dando efetividade ao artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

No entanto, as modificações daí decorrentes nas rotinas de trabalho das varas e tribunais não podem implicar restrições desarrazoadas à participação processual das partes, com prejuízo à busca pela verdade material em cada caso. Faz-se mister, nesse sentido, encontrar, por meio de pesquisas acadêmicas sobre os diferentes procedimentos e nos mais variados ramos do direito, soluções práticas que evidenciem o “ponto ideal”, o limite até onde se pode acelerar o ritmo da marcha processual sem comprometer as garantias do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas Nacionais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 15 ago. 2015.
- DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe. Elementos para Reforma*. Washington: Banco Mundial, 1996. (Documento Técnico n. 319). Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- DAMASCENO, Gioliano Antunes; SOUZA, Mônica Teresa Costa. Descontinuidade no conceito de incapacidade: reflexos do primado da eficiência nos processos judiciais concessórios de benefício de prestação continuada. *Novos Estudos Jurídicos*. DOI: 10.14210/nej.v21n1, p. 150-181, 2016.
- DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. A Dolarização do conhecimento técnico profissional e do Estado: processos transnacionais e questões de legitimação na transformação do Estado, 1960-2000. *RBCS*, v. 15, n. 43, jun./2000.
- FIGUEIREDO, Fran. *A Reforma do Poder Judiciário*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. *O novo juiz e a administração da justiça: Repensando a Seleção, a Formação e a Avaliação dos Magistrados no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MENDES, Gilmar. *A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País*. 2009.

- Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108300>>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1998.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, *Cadernos MARE da reforma do Estado*, 1997, v. 1, 58 p.
- SADEK, M. T. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. *Opinião Pública* (Unicamp), Campinas, v. X, n. 1, p. 01-62, 2004.
- SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- _____. *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista*. 2010. 276 f. Tese de doutorado – Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25082011-161508/pt-br.php>>. Acesso em: 29 dez. 2014.
- SHIRAISHI NETO, Joaquim. Notas sobre o processo de Reforma do Judiciário no Brasil. Mais resoluções, menos direitos: o consenso como medida de “eficiência” de atuação do Poder Judiciário. In: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.). *Direito e Instituições do Sistema de Justiça*. São Luís: EDFUMA, 2015.
- SOUZA, Mônica Teresa Costa. *Direito e desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação*. Curitiba: Juruá, 2011.

CONSTITUIÇÃO E LEIS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jan. 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 5 jan. 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os

arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 19 ago. 2015.

BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91735/codigo-processo-civil-lei-5869-73>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

— Uma análise da morte digna a partir da dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana

Diego Ferreira de Oliveira¹

INTRODUÇÃO

No presente capítulo discutiremos o tema da morte digna na dimensão da intersubjetividade da dignidade da pessoa humana. A relevância desse estudo deve-se ao fato de que a morte com dignidade é um dos assuntos mais debatidos na área da ética médica e bioética, existindo grande divergência sobre essa questão. Por esse motivo, justifica-se a necessidade de análise dessa temática não apenas no âmbito meramente individualista como também em uma perspectiva relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana.

Em um primeiro momento, abordamos as ideias de Ingo Sarlet (2005, 2007) sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana, mais precisamente, a perspectiva ontológica e a intersubjetiva. Essa última mereceu uma atenção mais especial, pois se considera que ela é mais relevante para análise da morte digna, tendo em vista que essa dimensão comunicativa e relacional compreende a dignidade a partir do reconhecimento por meio dos outros, justamente por serem todos os indivíduos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos, e pelo fato de nessa condição conviverem em determinada comunidade.

Em um segundo momento, explana-se as discussões propostas por Boaventura de Sousa Santos (1997, 2004) sobre a necessidade de um diálogo intercultural sobre a dignidade da pessoa humana. A problemática do debate que ora se apresenta abriga uma questão essencial: como desenvolver uma noção de dignidade da pessoa humana (com pretensão de universalidade) em confronto com práticas culturais que lhe desafiam?

1. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão; Defensor Público Estadual titular do Núcleo Cível da Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

No terceiro e último tópico, discute-se acerca da necessidade de mudança de paradigma na análise da temática da morte com dignidade, de modo que tal discussão possa se desenvolver com fundamento na dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana, bem como da necessidade de preservação do pluralismo.

É importante destacar que a presente análise discute o tema da morte digna e o direito a decisões e escolhas no final da vida, considerando situações nas quais pessoas enfermas estejam em estado terminal ou em situação clinicamente irreversível que implique em grande sofrimento.² Neste estudo serão tratadas questões delicadas e sensíveis como eutanásia, distanásia (prolongamento artificial da vida) e ortotanásia (o direito de recusar tratamentos extraordinários que prolonguem a vida sem qualidade). A importância desse tema surge a partir do seguinte questionamento: os pacientes em fase terminal ou estado vegetativo devem se submeter a procedimentos para prolongar a vida, mesmo que isso implique em mais sofrimento?

A análise do tema se fundamentará essencialmente no método indutivo, tendo em vista que se refere à pesquisa que opera no campo teórico interpretativo da realidade. Contudo, ressalta-se que a adoção do método indutivo não exclui no desenvolvimento do estudo a utilização do método hipotético-dedutivo, pois certamente se mostrará útil, em determinados momentos, a dedução demonstrativa do particular a partir de premissas gerais. A técnica de pesquisa adotada no estudo é, basicamente, a revisão bibliográfica.

1. UMA ANÁLISE DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DE UMA VISÃO RELACIONAL E COMUNICACIONAL

Antes de iniciar a discussão sobre a concepção de dignidade da pessoa humana a partir da intersubjetividade, faz-se necessário tratar da celeuma que se apresenta na delimitação do conteúdo e dos limites da abrangência desse princípio.

Sarlet (2005), citando Antônio Junqueira de Azevedo (2002), destaca que o acordo acerca do termo “dignidade da pessoa humana” não diminui a considerável controvérsia em torno do seu conteúdo. A dificuldade em definir uma concepção

2. A análise, assim, aborda a morte com dignidade em situações extraordinárias, em hipóteses como de doentes terminais, como são denominados em linguagem leiga, ou, como é classificado na literatura médica, doentes categorizados como “fora de possibilidade terapêuticas de cura” (FTP). Essa terminologia é a usada por profissionais da saúde, a partir do diagnóstico médico de um avanço implacável da enfermidade crônica degenerativa – como câncer, esclerose lateral amiotrófica, demência de Alzheimer, doença pulmonar obstrutiva crônica, dentre outras. Nessas hipóteses não existem recursos terapêuticos, medicamentosos ou cirúrgicos, capazes de assegurar a cura ou de impedir a progressão da doença. (Menezes, 2006).

do conteúdo desta dignidade da pessoa e, deste modo, de uma correspondente noção (ou definição) jurídica, segundo exaustiva e corretamente destacado por vários autores, deve-se certamente (ao menos também) ao fato de se tratar de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, bem como por seu perfil necessariamente polissêmico.

Deste modo, uma das principais dificuldades surge a partir da constatação de que a dignidade da pessoa humana refere-se a uma qualidade considerada para muitos autores – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano. Portanto, a dignidade passou a ser geralmente compreendida como constituinte do valor que caracteriza o ser humano como tal, o que não contribui para um entendimento adequado do que efetivamente é o âmbito de tutela da dignidade, pelo menos no que se refere a sua compreensão jurídico-normativa. Entretanto, mesmo diante dessa ressalva, não há dúvidas de que a dignidade é vivenciada concretamente por cada indivíduo. Ademais, também não existe dificuldade em perceber situações de violações da dignidade (Sarlet, 2005).

Nesse mesmo sentido, destaca-se que a compreensão de José Afonso da Silva é consentânea em relação ao entendimento de Ingo Sarlet (2005) ao informar sobre as dificuldades de uma definição precisa e satisfatória de dignidade da pessoa humana.³

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer uma idéia apriorística do Homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. (Silva, 2000, p. 147)

Diante dessas ressalvas iniciais, faz-se mister analisar algumas das relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana apresentadas por Sarlet (2005), as quais visam alcançar um entendimento suficientemente abrangente e prático acerca da noção de dignidade da pessoa humana. Para ele, essas dimensões não se mostram inevitavelmente incompatíveis e reciprocamente excludentes.⁴

3. Silva (2000, p. 147) compreende que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do Homem, desde o direito à vida”.

4. Sarlet (2005) destaca que essa discussão acerca das concepções da dignidade da pessoa humana deve ser desenvolvida no âmbito da esfera pública, a partir da prática racional discursiva (necessa-

Para fins do presente estudo, a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo (s) outro (s) é a mais relevante, porém também serão apresentadas algumas linhas gerais sobre as dimensões ontológica e histórico-construtiva da dignidade.

A concepção ontológica compreende a dignidade como elemento intrínseco, irrenunciável e inalienável da pessoa humana, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Portanto, a partir dessa compreensão, a dignidade não existe somente onde é declarada pelo Direito e na medida em que este a reconhece, haja vista que consistiria num dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. Sobre tal concepção, Sarlet declara ainda que:

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido — e a doutrina majoritária conforta esta conclusão — primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto. (Sarlet, 2007, p. 368).

Mesmo diante desta concepção, o que se observa é que a compreensão da dignidade como valor próprio de cada pessoa não ocasiona, pelo menos não necessariamente (ou mesmo exclusivamente), em uma biologização da dignidade, na medida em que ela seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana.⁵

Não obstante a noção ontológica da dignidade possua papel de destaque no pensamento filosófico, entende-se necessário apresentar outra dimensão, a qual possui grande relevância para o presente estudo. Segundo Sarlet (2005), uma

riamente argumentativa), apresentando-se, assim, como a melhor forma, pelo menos diante de uma sociedade democrática, de estabelecer as ideais centrais do entendimento das diversas dimensões da dignidade e de sua possível realização prática para cada ser humano.

5. Para um maior aprofundamento sobre tal discussão, ver p. 366-368 da seguinte obra: Sarlet, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma construção jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

concepção que tem sido apresentada para diminuir as limitações da noção ontológica da dignidade da pessoa humana ora em destaque é a dimensão intersubjetiva, a qual defende que a dignidade possui maior relevância diante das interações humanas.

A dimensão comunicativa e relacional da dignidade, compreendida a partir do reconhecimento por meio dos outros, baseia-se no fato de que embora a dignidade da pessoa se apresente, de certa forma, relacionada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como perder de vista a imprescindível concepção comunitária (ou social) dessa mesma dignidade individual e coletiva, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos e pelo fato de, nesta condição, conviverem em determinada comunidade.⁶

Sarlet (2005), citando Pérez Luño (1995), ressalta que essa concepção, que também retoma, de certo modo, a ideia kantiana, defende uma dimensão intersubjetiva da dignidade enquanto condição básica do ser humano em sua relação com os demais indivíduos (do ser com os outros), em vez de concebê-lo em função do homem singular, reduzido a sua esfera individual. Entretanto, é importante destacar, desde logo, que com essa dimensão intersubjetiva não se está defendendo a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em favor da comunidade, no sentido de uma funcionalização da dignidade.

Tal noção da dignidade enquanto criação da sociedade (como elaboração cultural e simbólica) compreende a dimensão coletiva, na medida em que a relação do sujeito consigo mesmo está intimamente dependente da relação do indivíduo com seus semelhantes. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida tão somente a partir do ponto de vista individualista, estática e de mão única, devendo ser entendida a partir de uma perspectiva dinâmica, objetivando a realização da pessoa em comunidade, isto é, a sua participação com outras pessoas num contexto relacional. Sobre a compreensão da dignidade a partir de uma perspectiva relacional e comunicativa, Sarlet esclarece que:

Em verdade — e tal aspecto deve ser destacado — a dignidade da pessoa humana (assim como, na esteira de Hannah Arendt, a própria existência e condição humana), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas

6. Ademais, Sarlet (2005) destaca que a própria concepção ontológica (embora não necessariamente biológica) da dignidade apresenta seu pleno significado em razão do contexto da intersubjetividade que impregna todas as relações humanas e, assim, também o reconhecimento dos valores (bem como princípios e direitos fundamentais) socialmente reconhecidos pela e para a comunidade de pessoas humanas.

faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade. Assim, como bem destaca Hasso Hofmann, a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo. Este autor (...) ao sustentar que a dignidade, na condição de conceito jurídico, assume feições de um conceito eminentemente comunicativo e relacional — no sentido de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser destacada de uma comunidade concreta e determinada onde se manifesta e é reconhecida. (Sarlet, 2007, p. 371).

Essa abordagem desenvolvida com foco na natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana, ao passo que concorre para a superação de uma noção estritamente especista (biológica) — e, deste modo, consequentemente reducionista e vulnerável — da peculiar e específica dignidade dos seres humanos (que não exclui possível reconhecimento da dignidade da vida de um modo geral), possibilita relacionar a dignidade de todas as pessoas humanas (assim como sua igualdade *prima facie* em direitos) também à qualidade comum. Nesse sentido, Fukuyama afirma que como seres humanos “partilhamos uma humanidade comum que permite a todo o ser humano se comunicar potencialmente com todos os demais seres humanos no planeta e entrar numa relação moral com eles”⁷ (Fukuyama, 2003, p. 23).

Sarlet (2005) afirma, assim, que a dignidade deve ser entendida a partir da concepção relacional e comunicativa, apresentando-se como uma categoria da co-humanidade de cada pessoa, de modo que a consideração e reconhecimento

7. Uma análise a partir dessa perspectiva remete à discussão sobre o reconhecimento de dignidade e/ou direitos aos animais e demais seres vivos, que já está sendo defendida por alguns autores. É possível afirmar que há uma tendência contemporânea de tutela constitucional e legal da fauna e flora, e dos demais recursos naturais, inclusive contra atos de crueldade praticados pelo ser humano, o que revela no mínimo que a própria comunidade humana vislumbra em certas condutas (inclusive praticadas em relação a outros seres vivos) um conteúdo de indignidade. Ademais, em virtude da constatação de que nem todas as medidas de proteção da natureza não humana visam garantir aos seres humanos sua vida com dignidade (tendo em vista um ambiente saudável e equilibrado), mas já se referem à preservação — por si só — da vida em geral e do patrimônio ambiental, o que induz que se está a reconhecer à natureza um valor em si, isto é, intrínseco. Diante de tal fato, se está a admitir uma dignidade da vida para além da humana, tal reconhecimento não necessariamente conflita (nem mesmo por um prisma teológico) com a noção de dignidade própria e diferenciada da pessoa humana, que, à evidência, somente e necessariamente é da pessoa humana. Cf. Sarlet, 2005.

recíproco da dignidade no âmbito da comunidade podem ser compreendidos como um tipo de ponte-dogmática, ligando as pessoas umas as outras. Nesse mesmo sentido, cita-se o entendimento de Delgado:

Inobstante esse seu atributo individual, não há como negar à dignidade da pessoa também uma natureza comunitariamente elaborada. Desse modo, ao tempo em que é individual, peculiar a cada um de nós, pode-se falar também em uma dignidade humana conjunta, social, justamente em razão de sermos todos iguais em dignidade, em direitos, o que fatalmente nos obriga a exercer o direito à dignidade de forma inter-relacional, respeitando-nos na medida em que a igualdade torna-nos todos titulares de um mesmo direito. Não foi outro o entendimento preconizado pela Declaração de Direitos Universal de 1948. (Delgado, 2008, p. 45).

Portanto, o indivíduo é um ser em relação, ou seja, ele está constantemente em conexão, e dessa intercomunicação com o outro, depende o exercício de sua liberdade, e, assim, de sua dignidade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁸ em seu artigo XXII, consagra essa noção da dignidade humana, conforme se vê a seguir:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Deste modo, ao Estado caberia o dever de garantir os instrumentos necessários para que o indivíduo tenha a possibilidade de se desenvolver através desse processo relacional, cultural e histórico de construção da dignidade humana no âmbito social. Portanto, o desenvolvimento integral do homem como ser relacional é o reflexo mais completo e concreto da dignidade humana. Sobre essa natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana, Sarlet afirma que:

Ainda nesse contexto, é possível destacar uma dimensão social (ou comunitária) da dignidade da pessoa humana, já que a dignidade, apesar de ser sempre em primeira linha a dignidade da pessoa concreta, individualmente considerada,

8. Cabe ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, estando o seu texto completo disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>.

necessariamente implica um permanente olhar para o outro, visto que o indivíduo e a comunidade são elementos integrantes de uma mesma (e única) realidade político-social estatal. Em outras palavras, a dignidade do indivíduo nunca é a do indivíduo isolado ou socialmente irresponsável, projetando-se na dignidade de todos os integrantes do grupo social. Como acentua Cármen Lúcia Antunes Rocha, à luz de uma perspectiva fundada no princípio constitucional da solidariedade, “a dignidade humana – mais que aquela garantida à pessoa – é a que se exerce com o outro”, com o que apenas se enfatiza a perspectiva relacional da pessoa humana em face do corpo social que integra, bem como o compromisso jurídico (e não apenas moral) do Estado e dos particulares na composição de um quadro social de dignidade para (e com) todos. (Sarlet, 2005, p. 4, grifo do autor).

A partir da discussão dessa concepção de dignidade, intimamente relacionada à noção intersubjetiva (e, deste modo, sempre relacional) da dignidade da pessoa humana, que se tem podido defender, como alternativa ou mesmo (se assim se preferir) como ideia complementar à tese ontológico-biológica, a concepção da dignidade como fruto do reconhecimento da essencial unicidade de cada indivíduo e do fato dela consagrar a ideia de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana. Com isso, pode-se defender que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento (Sarlet, 2005).

Antônio Junqueira de Azevedo (2002), também pressupondo um desacordo em torno da concepção de dignidade da pessoa humana, destaca uma nova compreensão desse princípio, ao afirmar que:

Há hoje duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à idéia de sua dignidade; de um lado, há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, e como autoconsciência, segundo outros – é a concepção para cujo fim queremos colaborar porque se tornou insuficiente –, e, de outro, a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem. A primeira concepção leva ao entendi-

mento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência. (Azevedo, 2002, p. 91-92).

Para Azevedo (2002), na perspectiva ontológica, a noção insular da pessoa humana é dualista: homem e natureza não se relacionam, pois são categorias distintas, apresentando-se como sujeito e objeto. O homem se compreende como “rei da criação”, que vê e pensa a natureza, sendo apenas ele racional e capaz de querer.⁹ Já pela segunda perspectiva defendida pelo autor, tem-se uma visão monista da dignidade, pois o homem integraria a natureza e não seria o único ser inteligente e capaz de querer. A natureza como um todo é um bem. E a vida, o seu valor.

Outra perspectiva que merece destaque é a discussão acerca da contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana. Por tal compreensão, analisa-se a necessidade de se perquirir até que ponto a dignidade não está acima das peculiaridades culturais de cada povo, que, geralmente, fundamentam determinadas práticas que para grande parte da humanidade são consideradas ofensivas à dignidade da pessoa humana, mas que, em certas culturas, são consideradas adequadas, estando intimamente enraizadas na tradição social e jurídica de certas comunidades.

A partir dessa dimensão histórico-cultural, defende-se que a dignidade da pessoa humana, por apresentar-se como categoria axiológica aberta, não poderá ser conceituada de modo fixo, principalmente, quando se constata que uma noção desta espécie não se concilia com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas (Sarlet, 2007). Nesse sentido, Rocha (1999) afirma que a dignidade humana deve ser entendida com um conceito em contínuo processo de construção e desenvolvimento. Portanto, a compreensão sobre a dignidade humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, exige uma ininterrupta concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

Portanto, ainda que fosse possível apresentar um conceito de dignidade dito como universal, que fosse igual a todos os indivíduos em todos os lugares, não seria viável impedir uma divergência e até mesmo conflituosidade sempre que

9. Tal como destacado por Ingo Sarlet, Azevedo critica a noção insular do direito, conforme os seguintes argumentos: “O desconhecimento do valor da natureza, inclusive da natureza no homem, é, assim, a primeira grande insuficiência de concepção insular. A segunda é, justamente, seu caráter fechado, subjetivista. Quer como razão e vontade, quer como autoconsciência, a concepção insular age com redução da *plenitudo hominis*, retirando do ser humano justamente o que ele tem de realmente específico: seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar, e sua vocação espiritual”. (Azevedo, 2002, p. 92).

se propusesse avaliar se certa prática é ou não atentatória da dignidade. Desse modo, qualquer sociedade possui seus próprios padrões e convenções sobre o que representa ofensa à dignidade da pessoa humana, critérios que variam segundo o local e a época.

Nesse sentido, Santos (1997) afirma que a noção corrente de direitos humanos e a própria noção de dignidade da pessoa fundamentam-se num conjunto de pressupostos conceituais tipicamente ocidentais,¹⁰ quando, na verdade, todas as culturas detêm noções de dignidade humana, não obstante nem todas elas a compreendem em termos de direitos humanos, motivo pelo qual se mostra necessário a formação de um diálogo intercultural, pelo qual se viabilize um intercâmbio perene entre diversas culturas e saberes, que será concretizado pela utilização de uma “hermenêutica diatópica”, que, por sua vez, não objetiva atingir uma completude por si só, mas sim desenvolver ao máximo a consciência da limitação mútua entre diversas culturas por meio do diálogo.

É diante destes argumentos que se pretende continuar a análise no próximo tópico, apresentando-se as discussões propostas por Boaventura de Sousa Santos acerca da necessidade de um diálogo intercultural no âmbito da temática da dignidade da pessoa humana.

2. A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO INTERCULTURAL NO ÂMBITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A previsão dos direitos humanos fundamentais é dirigida à tutela da dignidade da pessoa humana num sentido amplo. Entretanto, Boaventura de Souza Santos ressalta que a compreensão dos direitos humanos como direitos universais causará a constituição de *locus* onde ocorram “choques de civilizações”. Conforme já dito, como criação ocidental, o rol dos direitos humanos qualifica-se como aporias político-jurídicas se comparados com as tradições culturais dos diversos povos. A problemática do debate que ora se apresenta abriga uma questão es-

10. Sobre tal discussão, Sarlet afirma que: “Neste mesmo contexto, acrescenta-se a observação de Otfried Höffe, no sentido de que uma vinculação da noção de dignidade da pessoa à tradição judaico-cristã ou mesmo à cultura europeia poderia justificar a crítica de que a dignidade não constitui um conceito e postulado intercultural e secularizado, o que, por sua vez, acabaria sendo um obstáculo à própria universalização e — neste sentido — um fator impeditivo de uma globalização da dignidade num contexto multicultural”. (...) “afirmando que para assegurar a validade intercultural do princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte a alcançar vinculatividade mundial, o próprio conteúdo e significado do princípio deve ser necessariamente compreendido como interculturalmente válido e secularizado, portanto, mediante renúncia a qualquer específica mundovisão ou concepção religiosa”. (Sarlet, 2007, p. 384).

sencial: como desenvolver uma noção de dignidade da pessoa humana (com pretensão de universalidade) em confronto com práticas culturais que lhe desafiavam?¹¹

Ao apresentar as premissas de alteração da conceitualização e da prática dos direitos humanos com a transposição de um localismo globalizado por um projeto cosmopolita, Santos (2003) produz como primeira premissa a “superação de debate sobre universalismo e relativismo cultural”, pois

Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, como posição filosófica, é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores válidos independentemente do contexto da sua enunciação, mas o universalismo cultural, como posição filosófica, é incorreto. [...] Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes. (Santos, 2003, p. 441).

Nesse sentido, considerando a existência dos conflitos acima denunciados (ainda que compreendidos no âmbito da concepção de dignidade da pessoa humana, diferem-se de um povo para o outro e até mesmo de uma sociedade democrática para outra), optou-se por recorrer a diálogos interculturais defendidos por Boaventura de Souza Santos como fundamento para a discussão proposta no presente estudo.

O desafio à análise dos valores culturais dos povos e o confronto positivo de culturas e civilizações, de práticas e costumes podem assegurar uma superação

11. O antropólogo Carlos Rodrigues Brandão (1986) afirma que não se justifica qualquer imposição de uma cultura sobre a outra, pois não se compreende que existe uma melhor que a outra, pois para ele: “A história dos povos repete seguidamente a lição nunca aprendida de que os grupos humanos não hostilizam e não dominam o “outro povo” porque ele é diferente. Na verdade, tornam-no diferente para fazê-lo inimigo. Para vencê-lo e subjugar-lo em nome da razão de ele ser perversamente diferente e precisar ser tornado igual: “civilizado”. Para dominá-lo e obter dele os proveitos materiais do domínio e, sobre a matriz dos princípios que consagram a desigualdade que justifica o domínio, buscar fazer do outro: o índio, o negro, o cigano, o asiático, um outro eu: o índio cristianizado, o negro educado, o cigano sedentarizado, o asiático civilizado. Todos os que são a minoria dos diferentes ou a maioria dos dominados, revestidos do verniz civilizatório daquilo que às vezes se simplifica enunciando que equivale a penetrar na cultura ocidental, o lugar social adequado à identidade mais legítima. O artifício do domínio – aquilo que é real sob os disfarces dos “encontros de povos e culturas diferentes” – é o trabalho de tornar o outro mais igual a mim para colocá-lo melhor a meu serviço. [...] Aos índios se “reduzia”, se “aldeava”, se “civilizava”. Não para serem iguais aos brancos, sendo índios, mas para serem desiguais sem tantas diferenças e assim servirem melhor, mortos ou subjugados, aos interesses dos negócios dos brancos. [...]”. (Brandão, 1986, p. 7-9).

do dualismo platônico que qualifica a existência de uma verdade objetiva e absoluta, em contraponto a simulacros desprovidos de qualquer dignidade ontológica ou axiológica. Em nome dessa verdade são praticados crimes a pretexto de garantir civilizações.

É importante destacar que nesse procedimento não se deve avaliar qual direito deve se sobrepor ao outro (dos diferentes povos), mas consagrar todos os direitos conquistados e, partindo-se da premissa do direito fundamental à liberdade, compreender o direito dos povos de dialogarem-se entre si, como forma de avaliarem suas dificuldades e possibilidades de encontrarem soluções. Com isto, defende-se que deve ser efetivado (em virtude de ser reconhecida a igualdade e liberdade como direitos fundamentais) o direito de todo indivíduo de resistir em face de uma prática que vier a ser danosa à própria vida.

Reforça-se a posição de Santos (2003), o qual afirma que através do diálogo intercultural não há somente o intercâmbio de diferentes saberes, mas ainda de diversas culturas.

Partindo do pressuposto de que não é uma tarefa impossível, proponho, para levar a cabo, uma “hermenêutica diatópica”, um procedimento hermenêutico que julgo adequado para nos guiar nas dificuldades a enfrentar, ainda que não necessariamente para superá-las inteiramente. Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização pessoal e social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências forem apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. [...] Tal entrega só é possível a partir da identificação profunda com postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização. Por esta razão, a luta pelos direitos humanos ou pela dignidade humana nunca será eficaz se for baseada em canibalização ou mimetismo cultural. Daí a necessidade do diálogo intercultural e da hermenêutica diatópica. (Santos, 2003, p. 443).

Boaventura de Souza Santos afirma que o diálogo multicultural exige necessariamente uma hermenêutica diatópica, reconhecida como o processo hermenêutico adequado para que se ultrapassem as dificuldades enfrentadas na construção do diálogo intercultural. Ao tratar da noção de hermenêutica diatópica, Santos explica que:

A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a

que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objectivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter diatópico. (Santos, 2004, p. 253).

Para fins de concretização desta hermenêutica diatópica, Boaventura Santos (2003) destaca que alguns preconceitos devem ser ultrapassados, dentre eles, ele cita a noção de completude cultural, que alcança, em geral, as sociedades democráticas ocidentais. Nesse sentido, o autor declara que

O dilema da completude cultural pode ser assim formulado: se uma cultura se considera inabalavelmente completa não tem nenhum interesse em envolver-se em diálogos interculturais; se, pelo contrário, admite, como hipótese, a incompletude que outras culturas lhe atribuem e aceita o diálogo, perde a confiança cultural, torna-se vulnerável e corre o risco de ser objeto de conquista. Por definição, não há saídas fáceis para este dilema, mas também não penso que ele seja insuperável. Tendo em mente que o fechamento cultural é uma estratégia autodestrutiva, não vejo outra saída senão elevar as exigências do diálogo intercultural até um nível suficientemente alto para minimizar a possibilidade de conquista cultural, mas não tão alto que destrua a própria possibilidade de diálogo (caso em que se reverteria ao fechamento cultural e, a partir dele, à conquista cultural). (Santos, 2003, p. 444).

Sobre a relação desse diálogo cultural com a noção de direitos humanos e dignidade da pessoa humana, Santos (2003) assevera ainda que

Na forma como têm sido predominantemente concebidos, os direitos humanos são um localismo globalizado, uma espécie de esperanto que dificilmente poderá se tornar a linguagem quotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo. Compete à hermenêutica diatópica proposta neste capítulo transformá-los em uma política cosmopolita que ligue em línguas diferentes de emancipação pessoal e social e as torne mutuamente inteligíveis e traduzíveis. É este o projeto de uma concepção multicultural dos direitos humanos. Nos tempos que correm, este projeto pode parecer mais do que utópico. Certamente é tão utó-

pico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência ética séria. (Santos, 2003, p. 446)

É importante destacar que mais do que apontar a inviabilidade de qualquer exigência de universalizar os direitos humanos, em outro sentido, o relativismo cultural entende que esta universalização induz, em verdade, uma forma de ocidentalização da humanidade, uma homogeneização cultural, pela qual o modo de vida europeu e norte-americano seriam padrões a serem refletidos para todas as outras culturas. Nesse sentido, Ahmet Davutoglu (2004) afirma que

O conceito de cultura global pressupõe a tese da unidade da civilização, a qual evoluiu para um referencial espaço temporal eurocêntrico. A premissa gera necessariamente uma idéia de centralidade do espaço e da periodização europeia da história das civilizações, a partir da experiência única da civilização ocidental. A hegemonia econômica e política desta faz de sua cultura um padrão válido em termos globais para sociedades diferenciadas. Tal homogeneização da cultura global, contudo, está se tornando uma ameaça ao pluralismo cultural, um pré-requisito para qualquer tipo de diálogo e interação entre civilizações cujo discurso é incoerente com a ausência de pluralidade. (Davutoglu, 2004, p. 105).

Nesse sentido, deve-se ater ao fato de que a concepção de direitos humanos é somente um dos modos de se atingir uma ordem humana justa, havendo, assim, outras formas de se alcançar esta dignidade humana. Deste modo, quando as pessoas compreendem que culturas diferentes têm modos diversos de atingir igual meta, se está perto de um pluralismo saudável. Desse modo, deve-se buscar a tutela da dignidade da pessoa humana, mas sem a imposição de direitos humanos universais. Assim, devem-se criar oportunidades para que cada cultura crie e desenvolva o equivalente homeomórfico correspondente ao conceito ocidental de direitos humanos, única forma possível de se alcançar uma civilização mais humana (Panikkar, 2004).

Boaventura Santos (2003) afirma que o termo “multiculturalismo” reflete primordialmente um dos grandes conflitos da área de direitos humanos: a tensão entre o reconhecimento da distinção e a concretização de uma igualdade universal. Para o autor, essa tensão encontra-se no centro das lutas de movimentos emancipatórios que objetivam combater a vinculação dos direitos fundamentais aos valores eurocêntricos, possibilitando, por meio deste embate, complementar a noção de dignidade humana com propostas mais inclusivas, respeitadoras das distintas dimensões desta dignidade.

Como compatibilizar a reivindicação de uma diferença enquanto coletivo e, ao mesmo tempo, combater as relações de desigualdade e de opressão que se constituíram acompanhando essa diferença? Como compatibilizar os direitos coletivos e os direitos individuais? Como reinventar as cidadanias que consigam, ao mesmo tempo, ser cosmopolitas e locais? (Santos, 2003, p. 25)

Para Santos (2003), a noção de direitos humanos pode ser exercida como uma forma de globalização hegemônica ou como globalização contra-hegemônica. Assim, para que sejam qualificados como contra-hegemônicos, é necessário que os direitos humanos não sejam entendidos como universais, mas sim como multiculturais. Para esse autor, a ideia de universalidade não está baseada em pressupostos universais, mas sim em pressupostos tipicamente ocidentais, como natureza humana universal, autonomia do indivíduo e prioridade dos direitos individuais sobre os direitos coletivos. Deste modo, de modo a se ultrapassar tal compreensão hegemônica, é necessário entender os direitos fundamentais em termos multiculturais, criando uma nova forma de cidadania, cosmopolita, fundada no reconhecimento da diferença e na diminuição das desigualdades, incluída em um processo dialógico e diatópico.

Para garantir tal mudança, a atitude mais relevante é ultrapassar a discussão entre universalismo e relativismo cultural, haja vista que ambos os conceitos são igualmente prejudiciais para a proteção da dignidade humana.

3. A MORTE DIGNA A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIÁLOGO INTERCULTURAL

Diante das discussões apresentadas nos tópicos anteriores, obtiveram-se os fundamentos teóricos suficientes para nortear a análise objeto do presente tópico, a qual se cinge à discussão acerca da necessidade de mudança de paradigma na discussão das situações que abrangem a morte com dignidade.

Deste modo, como no presente tópico são analisadas as principais questões que giram em torno da morte com dignidade, faz-se necessária uma breve explanação sobre os conceitos operacionais da *eutanásia*, *distanásia* e *ortotanásia*. Tal análise é fundamental para o objetivo da presente discussão sobre o tema da morte digna e o direito a decisões e escolhas nos casos em que indivíduos estejam em estado terminal ou em situação irreversível de grande sofrimento.

Na bioética promoveu-se um esforço no sentido de realizar uma determinação léxica de alguns conceitos relacionados ao tema do final da vida. Isso se deve a diversas denominações que eram compreendidas no mesmo gênero e que

foram reconhecidas como categorias específicas. Diante de tal fato, optou-se por analisar no presente texto, as seguintes noções: a) eutanásia; b) ortotanásia; e, c) distanásia.¹²

O conceito de eutanásia foi usado, por longo período, de forma genérica e ampla, compreendendo tanto ações comissivas quanto omissivas em pacientes que estavam em situações muito diferentes. Entretanto, hodiernamente, o termo eutanásia tem sua utilização reduzida somente à conduta ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso. Portanto, eutanásia é a prática médica intencional de antecipar ou induzir a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de um indivíduo que esteja em um quadro clínico irreversível e incurável, conforme padrões médicos vigentes, e que esteja submetido a intensos sofrimentos físicos e psíquicos (Barroso; Martel, 2010).

O conceito de ortotanásia, relacionado à noção de eutanásia passiva, é entendido como o meio pelo qual se permitirá ao paciente e sua família o enfrentamento tranquilo da morte, como um ideal para garantir ao indivíduo gravemente doente um direito de morrer com dignidade, sem sofrimento e sem prolongamento da dor (Atheniense, 2010). A ortotanásia ocorreria em casos nos quais o paciente já se encontra em processo natural de morte, e o médico deixa que esse processo se desenvolva livremente, sem intervenções inúteis ou desnecessárias.¹³

Em sentido contrário aos dois conceitos tratados acima, tem-se a noção de distanásia. Para Barroso & Martel (2010), a distanásia é a tentativa de retardar a morte o máximo possível, utilizando todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários, sejam eles proporcionais ou não, mesmo que tais tratamentos causem mais dores e sofrimento a um paciente cuja morte é iminente e inevitável.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a eutanásia e a ortotanásia são atos tipificados como homicídio, sendo na primeira hipótese na modalidade comissiva e, na segunda, na omissiva. Deste modo, a escolha do paciente ou de sua família

12. Tal escolha se deu em virtude do objetivo da presente análise, bem como em razão da necessidade de se impor uma limitação temática à discussão objeto deste texto. Ademais, entende-se que as três categorias escolhidas representam as três principais noções acerca do tema da morte com dignidade.

13. Nessas hipóteses existe a possibilidade de se praticar a Suspensão de Esforço Terapêutico – SET, pela qual os pacientes em estado vegetativo persistente ou em fase terminal de doenças incuráveis autorizam a suspensão de tratamentos fúteis que visam apenas adiar a morte, em vez de manter a vida. Para tanto é imprescindível que haja a manifestação de vontade expressa do indivíduo, a qual deve ser feita antes da perda de sua capacidade civil, no contexto de diretivas antecipadas, que proporcionam ao indivíduo a possibilidade de determinar os termos de um futuro tratamento e dos cuidados que anseia receber, no caso de restar incapaz, não podendo exprimir sua vontade. Tal conduta é fruto do reconhecimento do paciente em concordar ou discordar de certa terapia que lhe seja oferecida.

de suspender um tratamento médico considerado desproporcional ou fútil não mudaria o caráter criminoso da conduta do médico.¹⁴

É importante destacar que há uma relativa dificuldade de atestar a existência da autonomia e liberdade na relação médico-paciente quando se trata de decisões afetas à morte com dignidade. Deste modo, torna-se imprescindível o estabelecimento de uma relação entre médico e paciente baseada no diálogo sincero e franco, e no respeito mútuo, a qual é capaz de assegurar o respeito à autonomia do paciente na tomada de decisões acerca de seu tratamento médico. Deste modo, o paciente (consciente e capaz) deve sempre ter sua vontade preservada quando decidir interromper um determinado tratamento médico que considera não lhe proporcionar uma morte com dignidade, devendo o médico fornecer ao paciente nessa situação todas as informações necessárias para uma adequada compreensão de seu quadro clínico e dos possíveis riscos e benefícios advindos por determinado tratamento médico.

Isto porque considera-se que tal escolha foi pautada nas crenças e valores desse indivíduo, cuja dignidade é compreendida a partir do viés relacional-comunicativo. Portanto, considerando que, geralmente, decisões sobre tal importante tema afetam não só o indivíduo doente, mas todo seu círculo íntimo de convivência, pressupõem-se que elas são tomadas a partir de um diálogo intersubjetivo, do paciente com seus familiares e amigos, tendo por norte as crenças e valores que perpassam suas vidas.

Vale ressaltar que a noção da dignidade a partir de uma perspectiva intersubjetiva compreende-a enquanto construção da sociedade (como criação cultural e simbólica), abarcando a dimensão coletiva, ao passo que a relação do indivíduo consigo mesmo está intimamente conectada à relação do indivíduo com seus semelhantes. Portanto, a dignidade da pessoa humana – tal como a temática da morte com dignidade – não deve ser entendida apenas a partir a perspectiva individualista, estática e de mão única, podendo ser compreendida a partir de um viés dinâmico, direcionado à realização da pessoa em comunidade, à sua participação com outras pessoas num contexto relacional.

A ideia de indisponibilidade da vida, pela qual se compreende que a vida humana é um interesse jurídico de titularidade social e não individual, vem so-

14. Em contraponto, a tal entendimento, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM n. 1.805/2006, que prevê autorização, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, para que médicos limitem ou suspendam procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, numa perspectiva de assistência integral. Essa resolução do CFM fundamentaria, assim, a ortotanásia. (Brasil, 2006).

frendo questionamentos em razão dos avanços tecnológicos. Tais fatos ocasionaram que a cidadania moderna se confrontasse com duas exigências igualmente legítimas, porém consequentemente contrapostas: de um lado o particularismo das liberdades, preferências e interesses pessoais, integrantes da esfera dos direitos de cada pessoa; e, do outro lado, o universalismo das necessidades e interesses coletivos, integrantes da esfera de todas as pessoas.

Ocorre que ao pensar a morte com dignidade compreende-se, primeiramente, que tal conceito, ao passo de contrariar o direito à vida, em verdade, o privilegia, pois o fundamento de tais práticas é garantir que a dignidade do indivíduo tão cara durante toda a sua vida – da infância à velhice – também seja consagrada quando de sua inevitável morte, garantindo sua compreensão de dignidade até durante essa fase final da vida, a qual certamente será vivida por todos.

Nesse sentido, entende-se que a tutela da morte com dignidade não causa um prejuízo substancial à estabilidade da sociedade, seja porque não contraria seus valores fundamentais, advindos da tradição da comunidade, seja porque garantir tal direito ao indivíduo é privilegiar sua noção de dignidade comunicativa e relacional, pela qual ele decidiu, a partir de sua intersubjetividade e de uma prática relacional com os demais indivíduos que lhe são caros (como família, amigos e equipe médica), a suspensão, por exemplo, de uma determinada terapia que considera inútil e desproporcional para seu quadro clínico. Nessa perspectiva, compreende-se que tal conduta privilegia uma noção intersubjetiva de dignidade, que é imprescindível no âmbito de uma sociedade democrática marcada pelo pluralismo.

Portanto, os indivíduos que frente a uma situação extraordinária – de pequena chance de cura e de morte iminente¹⁵ – desejam uma morte natural, ao seu próprio tempo e serena para si mesmos (compreendida como ortotanásia) não estão negando ou ignorando a santidade ou inviolabilidade da vida; ao contrário, entendem que uma morte ao seu próprio tempo consagra a centralidade da vida em contraposição a uma situação de prolongamento doloroso e artificial desta.

Tal discussão faz-se necessária, ainda, diante da constatação de que, hodiernamente, indivíduos enfermos enfrentam a situação iminente de morte isolada, solitária em um quarto de hospital, obtendo um tratamento impessoal, estando sedado e sujeitando-se a um processo de fim da vida estendido ao extremo. Nos dias atuais, presencia-se a morte tecnificada,¹⁶ isto é, aquela que ocorre em

¹⁵. É importante ressaltar que tal análise não se aplica a situações banais, temporárias ou reversíveis, na quais uma pessoa escolhe morrer e outros indivíduos simplesmente se omitem em evitar ou prestam-lhe auxílio.

¹⁶. Esse termo é oriundo da obra Cattorini, Paolo. *Morte buona, morte indolore. Bioética e palliazione*. In: *Rivista Bioética e cultura*. XI. n. 21. 2002. Nesse mesmo sentido, Menezes (2006) afirma que com

hospitais, ao lado de máquinas e especialistas, e distante do ambiente familiar. Em muitos casos, até mesmo os parentes dos pacientes no fim da vida optam por se eximir de um envolvimento com o enfermo, defendendo-se de assistir a morte.

De igual forma, o paciente nessas graves situações, geralmente, é excluído de sua morte, tanto pela sua família quanto pelos profissionais da saúde, sendo, injustificadamente, afastado das escolhas relacionadas ao seu tratamento médico, como continuação ou suspensão de terapias. Diante do temor da morte e do anseio de evitá-la a todo custo, a prática contemporânea frente à morte inclina-se para tratamentos que prolongam exageradamente o processo de morrer.

Por oportuno, ressalta-se que o direito à morte digna defendido no presente estudo não se estende à questão da eutanásia ativa. Isto porque, tal prática trata de questões muito mais delicadas haja vista que não depende apenas de deixar o processo natural de morte atuar, mas por tratar-se de uma atitude que interrompe diretamente a vida. A temática da eutanásia ativa, preponderantemente no que tange aos países em desenvolvimento, como os latino-americanos, ainda deve ser muito discutida e com muito mais profundidade, pois: “se não se tem condição de vida digna, no fim do processo garantiríamos uma morte digna? (...) é chocante e até irônico constatar situações em que a mesma sociedade que negou o pão para o pobre viver lhe oferece a mais alta tecnologia para ‘bem morrer’”. (Pessini; Barchifontaine, 2002, p. 93).

Conforme já ficou implícito em alguns momentos, e exposto de forma explícita em outros, no presente estudo reconhece-se o direito do paciente à ortotanásia, naquelas hipóteses extraordinárias já declinadas no texto. Ao passo que existe para o médico uma obrigação de curar o paciente, naquelas hipóteses em que é possível alcançar esse objetivo e há concordância do paciente ou de seus representantes e familiares no caso de incapacidade deste,¹⁷ há também o dever do médico em não persistir em procedimentos que causem mais sofrimento ao paciente e que não representem eficácia na cura de sua doença, respeitando sempre a dignidade do paciente nesses casos. Nestas hipóteses, permaneceria

o desenvolvimento de recursos reservados à preservação e prolongamento da vida, a medicina desenvolveu “uma morte em hospital monitorada e controlada, inconsciente, silenciosa e escondida”. (Menezes, 2006, p.34)

17. É direito do indivíduo ser informado sobre seu quadro clínico e as alternativas de terapia e sobre-vida, assegurando-lhe uma escolha por tratamentos que lhe causem menos sofrimento. Para tanto, é imprescindível que o médico apresente tais informações por meio de um diálogo franco e sincero com o paciente, bem como por uma linguagem que possa ser compreendida por ele. Nas hipóteses em que o paciente esteja incapacitado de exprimir livremente sua vontade, esse direito é repassado aos seus familiares ou representantes legais tomarem as decisões necessárias, sempre mediante o acompanhamento de um profissional da saúde.

para o médico a obrigação de oferecer tratamentos paliativos (o dever de cuidado¹⁸), que possibilitem conforto e alívio do sofrimento e das dores.

Nessas hipóteses, a busca da cura em pacientes que estão no fim da vida, transforma-se para o oferecimento de total atenção e de cuidados de modo a tornar mais digno o último estágio de vida desse indivíduo. Não estaria mais no centro do tratamento a doença em si, mas o indivíduo e o objetivo de proporcionar uma condição de vida mais digna e menos dolorosa, evitando, assim, um prolongamento quantitativo de vida sofrido e doloroso, como ocorre na distanásia.

Assim, a dignidade – no sentido de se resguardar o valor intrínseco de nossas próprias vidas – integra os argumentos centrais que fundamentam a morte com dignidade, como apresentada no presente trabalho. O destaque que se dá à morte com dignidade demonstra o quanto é relevante que a vida finde apropriadamente para cada indivíduo, isto é, que a morte seja um reflexo da forma como levamos nossas vidas.

Sá (2002) afirma que a vida não pode ser compreendida como um bem absoluto e supremo, devendo ser compatibilizada aos princípios da liberdade e da dignidade. Para essa autora, a dignidade da pessoa humana é o princípio central, e a luta a todo custo contra a morte pode tornar-se idolatria à vida, ferindo em alguns casos a dignidade do ser humano e a sua possibilidade de escolha. Nesse sentido, o direito à morte digna se fundamentaria consequentemente nesse argumento que concebe a vida a partir do princípio da dignidade, abdicando assim, de meios extraordinários que acarretem o seu prolongamento meramente orgânico biológico, ou procedimento de distanásia, desde que essa seja a escolha do indivíduo, o qual, certamente, toma tal decisão em um processo dialógico com seus familiares, amigos íntimos e equipe médica que o acompanha.

Portanto, nos casos em que julgadores consideram lícito o sujeito recusar um determinado tratamento médico em virtude de considerar que isso não lhe proporcionará benefício válido, de outro modo apenas mais sofrimento e prolongamento indigno de sua vida, entende-se que o juiz compreendeu que tal decisão fundamentou-se em normas já existentes, ou seja, daquela que consagra a dignidade da pessoa humana.

É válido destacar que a dimensão de dignidade que deve ser consagrada no âmbito da morte com dignidade é a de índole comunicativa e relacional, entendida a partir do reconhecimento por meio dos outros, a qual se baseia no fato de que

18. O Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1931, de 17 de setembro 2009), por meio de seu art. 36, § 2º, dispõem que o médico não deve abandonar seu paciente por este manifestar doença crônica ou incurável, devendo permanecer tratando-o ainda que seja tão somente para aliviar o sofrimento físico ou psíquico. (Brasil, 2012)

mesmo compreendendo-se que a dignidade da pessoa apresenta-se, de certa forma, relacionada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como perder de vista a imprescindível concepção comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos e pelo fato de nesta condição conviverem em determinada comunidade.

Ao se pensar a morte com dignidade, compreende-se que a escolha do indivíduo sobre tal questão privilegia a dignidade da pessoa humana nessa dimensão intersubjetiva, pois garante que o respeito recíproco entre as pessoas e sua capacidade de tomar suas próprias decisões tanto em razão de suas escolhas pessoais, como em relação com os outros indivíduos, sejam as pessoas de sua família, sejam pessoas dos demais âmbitos de relacionamento. Deste modo, essa dimensão intersubjetiva da dignidade é entendida a partir da condição básica do ser humano em sua relação com os demais indivíduos (do ser com os outros), em vez de concebê-lo em função do homem singular, reduzido a sua esfera individual.¹⁹

Ademais, ao se aceitar que o indivíduo opte por uma escolha que preserve a morte digna, entende-se que é uma decisão mais acertada ao fato de vivermos em uma sociedade marcada pelo pluralismo, possibilitando o respeito às diferentes visões de mundo (crenças e valores pessoais e comunitários) e a emancipação do indivíduo, na medida em que é garantida sua liberdade de escolha e sua dignidade a partir da dimensão intersubjetiva, conforme apresentado.

Nesses termos, compreende-se que para uma decisão sensata e consciente acerca da morte com dignidade, principalmente, no que se refere à liberdade e à dignidade humana, é fundamental, inicialmente, uma mudança de paradigma no tratamento de tal tema, de modo a consagrar a dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a discutir a importância da análise da temática da morte digna a partir da dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana. A relevância desse estudo se deve à necessidade de destacar que essa morte digna não seria tratada apenas no âmbito meramente individualista, mas sim em uma perspectiva relacional e comunicativa.

¹⁹. Entretanto, é importante destacar, desde logo, que com essa dimensão intersubjetiva não se está defendendo a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em favor da comunidade, no sentido de uma funcionalização da dignidade.

Conforme foi visto, Sarlet (2005) destaca que a dignidade deve ser compreendida a partir da concepção relacional e comunicativa, apresentando-se como uma categoria da co-humanidade de cada pessoa, de modo que a consideração e reconhecimento recíproco da dignidade no âmbito da comunidade podem ser compreendidos como um tipo de ponte-dogmática, ligando as pessoas umas as outras. Deste modo, a dignidade da pessoa humana não pode ser entendida tão somente a partir do ponto de vista individualista, estática e de mão única, devendo ser apreendida a partir de uma perspectiva dinâmica, objetivando a realização da pessoa em comunidade e sua participação com outras pessoas num contexto relacional.

Ademais, diante da existência dos conflitos tratados no segundo tópico deste estudo, ainda que compreendidos no âmbito da concepção de dignidade da pessoa humana, faz-se necessário recorrer aos diálogos interculturais propostos por Boaventura Santos. Na perspectiva desse autor, o diálogo multicultural exige necessariamente uma hermenêutica diatópica, reconhecida como o processo hermenêutico adequado para que se ultrapassem as dificuldades enfrentadas na construção do diálogo intercultural.

Para Santos (2003) a concepção de multiculturalismo reflete primordialmente um dos grandes conflitos da área de direitos humanos: a tensão entre o reconhecimento da distinção e a concretização de uma igualdade universal. O autor afirma que essa tensão encontra-se no centro das lutas de movimentos emancipatórios que objetivam combater a vinculação dos direitos fundamentais aos valores eurocêntricos, possibilitando, por meio deste embate, complementar a noção de dignidade humana com propostas mais inclusivas, respeitadoras das distintas dimensões desta dignidade.

No presente estudo, defende-se que ao se analisar a morte com dignidade, compreende-se que a garantia da possibilidade de escolha sobre a interrupção de um determinado tratamento médico em ocasiões especiais, como quando ele causará mais dor do que benefícios a um paciente em estado clínico irreversível, consagra a dignidade em sua dimensão relacional e comunicativa, na medida em que reconhece a dignidade do indivíduo em sua relação com as demais pessoas, privilegiando suas escolhas individuais construídas a partir de sua relação e comunicação intersubjetiva. Nesse sentido, aceitar que o indivíduo opte por uma escolha que preserve a morte digna é a decisão mais acertada para o caso, haja vista que vivemos em uma sociedade marcada pelo pluralismo.

REFERÊNCIAS

- ATHENIENSE, Aristóteles. Enfoque jurídico da ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloísa Helena (Orgs). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p.109-117.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana *Revista USP*, São Paulo, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002.
- BARROSO, Luís Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito – UFU*, v. 38, n. 1. ISSN 2177-4919. Uberlândia: EDUFU, 2010.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Identidade e Etnia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986.
- BRASIL. Resolução CFM n. 1.805/2006. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2006.
- BRASIL. Resolução CFM n. 1931/2009. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2012.
- CATTORINI, Paolo. Morte buona, morte indolore. Bioética e palliazione. In: *Rivista Bioética e cultura*, XI, n. 21. 2002.
- DAVUTOGLU, Ahmet. Cultura global versus pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou diálogo e interação entre civilizações. Trad. Roberto Cataldo Costa. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves; VIANA, Márcio Túlio; RIBEIRO, Patrícia Henriques (Org.). *Trabalho e movimentos sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FUKUYAMA, F. Nosso *Futuro Pós-Humano: Consequências da Revolução da Biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- MENEZES, Rachel Aisengart. *Em busca da boa morte*. Rio de Janeiro: Garamound, 2004.
- _____. *Difíceis Decisões*. Etnografia de um Centro de Tratamento Intensivo. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.
- PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Trad. Robert Cataldo Costa. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos*, Estado de Derecho y Constitución. 5. ed. Madri: Editora Tecnos, 1995.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6 ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista Interesse Público*, n. 4, 1999.

- SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Da relação jurídica médico - paciente dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria Fátima Freire de (Org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, 1997.
- _____. (Org.). *Reconhecer para Libertar*: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma construção jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

— Judicialização dos conflitos étnicos: os tribunais estão preparados para decidir sobre o direito ao território dos povos e comunidades tradicionais?

Marlon Aurélio Tapajós Araújo¹

Geysa Rufino²

1. PRIMEIRAS PALAVRAS: POR QUE E COMO SE CHEGA À JUDICIALIZAÇÃO?

A ideia mais comum que pode ocorrer a propósito do vocábulo judicialização é a de que alguém decidirá algo no lugar de outras pessoas e esse alguém está habilitado a isso. Se não se resolve algo, esse algo será resolvido judicialmente. Daí se infere que se esgotou a possibilidade de um acordo de vontades em torno da disputa, agora judicializada.

A situação metafórica indicada conduz o raciocínio a outros pressupostos. Dentre estes o que mais chama a atenção é o de que há um conflito estabelecido desde antes da judicialização, portanto, um conflito estabelecido e operando no seio social. Esse conflito tem partes, tem um objeto em disputa e carrega o dissenso entre as partes. Pode-se dizer que esse conflito tem uma história, e essa história, se não for propriamente de homens, será, sem dúvida, uma história em que os homens desempenham um relevante papel como propulsores de qualquer evento do conflito ou como seus beneficiários/destinatários diretos ou indiretos.

1. Mestre em Direitos Humanos e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) – PPGD/UFPA. Especialista em Gestão Ambiental (Núcleo de Meio Ambiente da UFPA – NUMA/UFPA). Procurador do Estado do Pará. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE.

2. Mestre em Direitos Humanos e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – PPGD/UFPA. Especialista em Processo Civil (UFPA). Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

A ênfase sobre esse aspecto explica-se ante o fato de que, mais das vezes, ignora-se por completo essa história (ou ao menos o essencial sobre ela) quando o conflito passa às mãos de um terceiro que, quer-se assim, decidirá soberanamente para as duas partes (vencedores e vencidos se submetem à decisão sem questionamentos que importem em abandonar a via para a solução do conflito).

Esse é um perfil bastante aproximado do ideal de judicialização e não parece asséptico por acaso. A aparente “limpeza” dessa noção, que se poderia *corrente*, de judicialização deve-se ao que muitas vezes se tenta ocultar: quando juízes assumem o papel, que lhes é legalmente destinado, de decidir conflitos marcadamente políticos em torno de direitos, o Judiciário se torna uma arena de batalha política e, a despeito dos marcos jurídicos, deve operar como um autêntico campo político no qual estão em disputa interesses conflitantes. O conflito é político-jurídico e não jurídico-político – o que implicaria entendê-lo numa perspectiva mais conservadora da atuação do Poder Judiciário, a abrir mão de seu papel de *locus* de decisão política.

O sistema judiciário brasileiro estimula sobremaneira a judicialização de direitos por dois motivos, especialmente: a) o Brasil tem uma Constituição Federativa cujo elenco de direitos fundamentais é bastante extenso – incluindo-se aí um dispositivo que diz exatamente: “não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito” – inciso XXXV do art. 5º; b) há um quadro generalizado de omissão estatal em relação a direitos secularmente negados, tais como os direitos étnicos, ainda mais o direito a territórios em face das consequências que acarreta para o direito de propriedade, também assegurado pela Constituição.

Para a hipótese deste texto, poder-se-ia falar num terceiro motivo: a percepção de que o Poder Judiciário servirá de *locus* privilegiado para o desaceleramento na implementação de direitos, operando, assim, em algo que se poderia chamar de judicialização às avessas, isto é, o Poder Judiciário estaria sendo convocado a barrar avanços conquistados no âmbito legislativo.

Vários são os fatores que explicariam esta postura às avessas do Poder Judiciário, como por exemplo, quanto aos direitos sociais, o custo que o Estado teria para fazer frente a direitos cuja demanda é sempre crescente. Passando ao largo da complexidade que este específico argumento suscita, podemos dizer que cada postura conservadora do Poder Judiciário quanto à implementação de direitos corresponde a uma gama de explicações específicas. É precisamente o que aqui se dá.

Não é nem pode ser visto como natural que as Cortes Superiores, justamente as que dão a última palavra sobre direitos referentes em muitos casos a amplos

setores sociais, apresentem-se despreparadas para o debate político e jurídico a que estarão submetidas quando esses interesses chegarem por via de processos judiciais à sua apreciação. Não há mais qualquer espaço para evasivas condutas judiciais que apontam o direito positivo como limite da atuação jurisdicional, dizendo-se adstritos à técnica e dela não podendo passar.

Uma vez judicializada uma questão política de monta, como a demarcação de um território indígena de tal ou qual forma, a Corte superior já não é mais apenas um Tribunal de Leis, é um Tribunal de leis e da correlação de forças jurídicas e políticas que se interrelacionam para a decisão da questão trazida a juízo.

Essa advertência é de suma importância, pois a discussão sobre o papel que o Poder Judiciário deve assumir no julgamento de conflitos por direitos étnicos passa pela franca assunção institucional desta tarefa – ao modo do que já ocorre com a Suprema Corte norte-americana, que assume seu papel de arena política na qual seus juízes dizem com toda a clareza os argumentos que seguiram e por que assim o fazem, e não temem dizê-lo porque o fazem dentro de um espaço institucional construído para que o exercício do poder judiciário operasse dessa maneira. Uma das razões para que isso ocorra é justamente a existência de um controle político sobre o julgamento de cada magistrado, levando-os a se esforçarem para dissipar quaisquer dúvidas sobre o que pensam sobre as mais tormentosas questões que lhe são submetidas.

A aproximação do sistema judiciário brasileiro com o modelo de ação dos tribunais dos Estados Unidos justifica o uso do exemplo que se acredita ser, no ponto, o mais interessante, pois a legitimidade que se reconhece aos juízes norte-americanos deriva justamente do trabalho de mergulhar por meses num caso e, por isso, discutir fundadamente cada posição sustentada nos debates.

Tendo em conta essas noções, far-se-á um breve esboço do sistema judiciário brasileiro para perceber como os magistrados de Cortes Superiores chegam a definir linhas judiciais de julgamentos que podem comprometer direitos étnicos. A seguir, será exposto de que tipo de judicialização mais correntemente se pode falar e a vertente de judicialização operada em cada caso concreto examinado. Adiante, foram escolhidos três casos emblemáticos de judicialização de direitos étnicos, nos quais os papéis desempenhados pelos vários atores permitem iniciar as reflexões propostas neste trabalho, quais sejam: a) o caso dos quilombolas da Ilha de Marambaia no Rio de Janeiro; b) o da Hidrelétrica de Belo Monte; c) e, por fim, o questionamento da constitucionalidade do Decreto 4887/2003 que asseguração a titulação de territórios quilombolas no Brasil.

Após estas considerações será mais fácil responder ao questionamento norteador deste estudo e justificar a recomendação de que povos e comunidades tra-

dicionais ocupem os tribunais como já ocupam ruas e locais simbólicos de manifestação, pois o campo jurídico também é um campo de disputas.

2. O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO: PERFIL E PISTAS PARA ENTENDER A PRÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS ÉTNICOS

O poder judiciário brasileiro é um dos três poderes da República brasileira. Essa forma de organização do poder público no Brasil inspira-se assumidamente nas ideias de Montesquieu, o qual prevê a tripartição de Poderes no famoso livro *O Espírito das Leis*. De evidente conotação liberal, a teoria da tripartição dos poderes tem como núcleo central a ideia da divisão ideal de funções estatais. Desde esta divisão, cada poder controlaria, em suas esferas de competência, a atuação do outro. Desse modo, seria impossível que um poder pudesse monopolizar a direção dos rumos do Estado. O claro intuito deste modelo era o de evitar os excessos cometidos por déspotas de toda ordem. As ideias de Montesquieu estão na base do que compreendemos como o Estado moderno.

A organização estatal brasileira e o exercício do poder público adotam como premissa a seguinte diretriz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (Art. 2º da Constituição Federal de 1988).

Portanto, em tese caberia essencialmente ao Poder Executivo dirigir o País no campo da administração da Federação Brasileira, velando pelos interesses dos Estados Federados, enquanto União; ao Poder Legislativo, caberia a precípua tarefa de editar atos normativos de alcance geral (Emendas à constituição, onde permitido, Leis Federais e Leis Complementares à Constituição); ao Poder Judiciário caberia eminentemente a tarefa de dizer o direito a prevalecer nos conflitos surgidos em torno da aplicação desse mesmo direito, nos mais diversos níveis em que isso pode ocorrer.

A Constituição define de que forma cada Poder atuará, e, quanto ao Poder Judiciário, tais regras constitucionais fixam bem especificamente as atribuições das Cortes Superiores, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais (art. 92 a 126 da CF/1988).

As Cortes Superiores são assim denominadas justamente porque estão na cúpula do Poder Judiciário. São elas as últimas instâncias judiciais nacionais em que se pode discutir uma questão jurídica.

Por extremação, há os Tribunais intermédios (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais) que numa classificação verticalizada da Justiça Brasileira estariam, como grau jurisdicional, “acima” dos denominados juízos de 1º grau e

“abaixo” das Cortes Superiores. Essa classificação adota como critério a possibilidade de mudar a decisão judicial da esfera imediatamente anterior/inferior. Assim, a decisão do juízo de primeiro grau pode ser mudada pelos juízes do Tribunal de Justiça que, por sua vez, podem ter sua decisão alterada pelas Cortes Superiores (também pela mesma razão anteriormente assinalada, ditas Cortes de superposição).

Conforme já indicado, a Constituição Federal assegura como direito fundamental que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. É o que os juristas chamam de cláusula da garantia de acesso à justiça. Anote-se que não é preciso provar, assim que se pede ao Judiciário que julgue uma questão, a existência de uma lesão ou ameaça de lesão: basta *afirmá-la*; ter ou não razão quanto à assertiva formulada é problema que se resolve em um momento posterior. Portanto, na ideia de acesso à justiça admite-se apenas a ideia de acionar o Poder Judiciário, o que todos podem indistintamente fazer sem que isso implique necessariamente ter razão na demanda que se traz ao Judiciário.

Esta nota se justifica na ideia de que *judicialização* às avessas suscita a reflexão sobre qual o verdadeiro intento em submeter ao Judiciário o julgamento de uma questão em torno de um direito. Portanto, acionar o Poder Judiciário não significa necessariamente ter razão no que se afirma, e os grupos precisam controlar esta prática da judicialização muito comum e nefasta para o aprimoramento do papel do Poder Judiciário numa democracia incipiente como a brasileira.

Conforme se pode ver o processo de judicialização de um conflito étnico que tenha como centro os direitos dos grupos pode, e algumas vezes começa, no chamado primeiro grau de jurisdição. Nesse âmbito jurisdicional, os magistrados são pessoas que ocupam cargos após concurso público³ e julgam conflitos que lhe são propostos por pessoas que eles (os magistrados), se quiserem, podem inclusive ver de perto,⁴ a fim de avaliar em que grau de gravidade se encontram ou

3. Registre-se que desde 2005, após a Reforma da Constituição de 1988 que ficou conhecida como Reforma do Judiciário, o concurso público para o provimento dos cargos de juiz de primeiro grau na justiça federal e estadual conta com a exigência de que os pretendentes ao cargo acumulem três anos de atividade jurídica a título de atuação dos bacharéis em direito em atividade de cunho eminentemente jurídico e/ou atividades equiparadas. Essa condição tornaria os ocupantes dos cargos mais propensos a julgar de forma previsível, evitando riscos para investimentos estrangeiros no país, sob o argumento de insegurança jurídica. De acordo com Melo Filho (2003, p. 84): “O processo de reforma da estrutura do Poder Judiciário nos países da América Latina, entre eles o Brasil, decorre de imposição dos organismos financeiros internacionais a estas soberanias endividadas.”

4. Trata-se do procedimento de inspeção judicial, no qual o magistrado vale-se da possibilidade de em caso de conflitos de interesses muito densos dispor de condições de verificar *in loco* o que se passa com uma das partes ou ambas em relação à questão que dá origem ao conflito (arts. 481-484 do Código de Processo Civil/ 2015).

se encontra a situação de fato narrada, quanto a uma coisa, por exemplo, assim também para decidir sobre pedidos urgentes das partes.

Os magistrados de 1º grau, dada a sua localização na estrutura judiciária, estão próximos das partes o suficiente para que estas intervenham, de maneira mais eficiente, na exposição dos contornos da demanda, o que gera uma identificação maior do magistrado com as questões que cercam seu ofício. Isso funciona como estímulo para que a impossibilidade de reforma de uma decisão de um magistrado de 1º grau seja sustentada por uma corte superior quando tal decisão está inequivocamente lastreada em provas, cuja melhor avaliação, em termos de tempo e acesso a dados relevantes, tem maior probabilidade de ocorrer quando feita pelo agente do Estado mais próximo da situação sob julgamento.

Os juízes que oficiam no 1º grau de jurisdição, portanto, têm forte inclinação a perceber aspectos de um conflito por direitos étnicos que membros dos Tribunais Superiores não teriam, dada a distância deles do conflito. Exatamente por essa razão os juízes de 1º grau também são alvos de um controle social maior, pois negar o que se lhes torne evidente nos autos ou lhes seja possível que alguém torne evidente, atrai responsabilidade que envolve a própria conduta judicial, com implicações funcionais que podem gerar, no limite, sanções pelo exercício imperito do cargo.

No que se refere aos magistrados de 2º grau, componentes de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, estes ingressam nestas Cortes por três vias: a) já são magistrados de carreira e ingressam por merecimento ou antiguidade; b) são profissionais da advocacia, com reputação ilibada e notável saber jurídico; e/ou c) são membros do Ministério Público. Portanto, o que confere a esses magistrados um lugar nestas Cortes é, justamente, sua atuação nos níveis iniciais das carreiras jurídicas as quais integram.

Nesse sentido, há uma série de circunstâncias, interesses, vícios que não são levados em conta no momento da nomeação. Portanto, trata-se de Cortes que poderão ter bons magistrados ou não, com maior ou menor comprometimento com interesses de toda ordem ou não. Em todo caso, trata-se de indivíduos cuja atuação pode lhes credenciar à revisão das decisões judiciais de magistrados de 1º grau, mas ao mesmo tempo, em outro grupo, entes que não apresentariam sequer condições jurídicas de revisar as decisões dos magistrados de 1º grau.

O mesmo processo se aplica às Cortes Superiores (Superior Tribunal de Justiça – STJ, Superior Tribunal Militar – STM, Tribunal Superior Eleitoral – TSE, este com algumas diferenças, Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD), sendo que aqui e no caso dos Tribunais Regionais Federais as nomeações são feitas pelo presidente da República após sabatina e votação pelos membros do

Congresso Nacional, em comissões para esse propósito formada e depois em decisão plenária das Casas, ao passo que no caso dos Tribunais de Justiça as nomeações são feitas pelos Governadores de Estado, sem sabatina pelas Assembleias Legislativas dos Estados.

Processo único é o de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Aqui a indicação e nomeação são feitas pelo Presidente da República, com sabatina por Comissão do Congresso Nacional. No entanto, no processo de indicação dá-se, aqui, diversamente de todas as outras Cortes, liberdade ampla ao Presidente, que não está adstrito às listas que são constitucionalmente exigidas para o processo de composição das outras Cortes, conforme assinalado anteriormente.

Essa radiografia bem geral do processo de nomeação dos membros das Cortes Superiores permite dizer que não caberia a estes magistrados ignorar o papel que devem cumprir quando são chamados a decidir sobre políticas públicas e direitos, por exemplo. As Cortes tornam-se autênticas arenas de debate público e político, logo, os magistrados devem criar mecanismos que adaptem o funcionamento delas a essa dinâmica própria de outros fóruns, mas que invade sem cerimônia um poder que não estaria classicamente vocacionado a tanto, ao menos na experiência dos países que tem leis escritas.⁵

Essa explanação bem geral do sistema judiciário brasileiro ajuda a entender os descaminhos da prática da judicialização no Brasil e quais os focos onde os grupos étnicos podem atuar na defesa de seus interesses. Ela permite entrever também os momentos certos para desqualificar a denominada “judicialização às avessas” e os episódios em que se pode propor a intervenção adequada dos grupos criando uma cultura de combate judicial das tentativas de obstrução do implemento de direitos no país.

3. DESCAMINHOS DA JUDICIALIZAÇÃO: DA MODALIDADE ÀS AVESSAS A UMA ARENA PÚBLICA OPORTUNA

A partir de tudo o que se apresentou até aqui, uma ideia bem comum de judicialização apontaria para o processo em que se submete um conflito a um órgão do

5. Percebe-se que em países como Inglaterra e Estados Unidos onde o direito não é especialmente codificado, as Cortes Supremas assumem seu papel como eventuais revisoras e gestoras de soluções para temas dos quais ordinariamente não se ocupariam, dada a clássica função do Poder Judiciário. Outra explicação razoável para isso seria o acúmulo de experiência democrática que somente se vale do Poder Judiciário em questões absolutamente insolúveis no seio social. Assim, as Cortes extrairiam sua legitimidade da qualidade de *ultima ratio* que a elas se reconhecesse: diante de um grave impasse, o Tribunal é o único e último lugar habilitado a uma decisão heterônoma.

poder judiciário a fim de que este o decida de forma obrigatória para as partes e que, afora os recursos previstos no ordenamento, não possam as partes reclamar a mais ninguém qualquer alteração no que ficar decidido. Essa ideia de judicialização, assim, permite a aproximação do que se quer por em reflexão neste trabalho; contudo, ainda é insuficiente para a apreensão do cenário que se objetiva analisar.

Os teóricos da Ciência Política, até aqui, dedicaram-se a pensar a judicialização a partir de um fértil recorte, a saber, o da *judicialização da política*. Esse referencial será utilizado neste trabalho, por dar conta dos variados aspectos em que a luta por direitos étnicos pode se desdobrar e que ao fim de tudo acaba sendo uma luta pela melhor decisão política em torno de um direito.

Um conceito de judicialização que atende aos critérios de investigação deste trabalho pode ser assim enunciado:

De maneira esquemática, entendo por judicialização da política o fato de que certos assuntos, que eram tradicionalmente decididos por meios políticos e que eram considerados próprios da política democrática, começam a ser decididos cada vez mais pelos juízes, ou, pelo menos, são fortemente condicionados por decisões judiciais.

O que implica, por sua vez, que muitos atores sociais comecem a formular suas demandas em termos jurídicos e judiciais. É claro que essa definição é puramente descritiva e supõe simplesmente uma modificação das fronteiras tradicionais entre o sistema judiciário e o sistema político nas sociedades democráticas, na medida em que o trâmite e a decisão de certos assuntos são transferidos da esfera política ao âmbito judicial. A dimensão jurídica da ação social e da política pública adquire um maior peso (Yepes, 2007, p. 53-54).

Uma definição como essa permite blindar um inevitável processo de judicialização de uma tentativa de degenerar essa alternativa. Ora, essa definição demonstra que os Tribunais devem assumir, inclusive procedimentalmente,⁶ a função que

6. Uma projeção disto está hoje na possibilidade de que se convoquem audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal com o duplo propósito de: a) capacitar os magistrados à melhor decisão sobre temas polêmicos (células-tronco; demarcação contínua de territórios indígenas; aborto), notadamente quando se está a julgar a constitucionalidade de atos normativos e b) permitir o debate entre setores da sociedade que antagonizam perante o tribunal. Essas audiências cumprem plenamente estes dois desideratos, se não forem meras captadoras da voz da sociedade para depósitos em discos, isto é, se transcendem da informação acumulada em áudio, vídeo e papel para os textos das decisões dos juízes, somente assim se poderá falar em incorporação da sociedade nos debates político-jurídicos que chegam ao Judiciário. Nesse sentido, também a contribuição de setores da sociedade, interessados na decisão, que não sejam parte no processo, é circunstância que legitima o desempenho dessa nova tarefa das cortes constitucionais. É o que se faz por meio do *amici curiae* do processo constitucional.

lhes está sendo modernamente delegada: são arena de debate político e jurídico, estão incumbidas do dever de decidir com atenção, perspicácia, vontade de entender todos os posicionamentos das partes envolvidas com o máximo grau de incorporação possível dessas aspirações em seus votos, para rejeitá-las ou acolhê-las fundamentadamente.

A importância da judicialização, na forma aqui preconizada, pode ser assim enunciada:

A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das maiorias contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas pré-condições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático. (Yepes, 2007, p. 65)

Pode-se mesmo dizer que a evolução política de um país deve considerar as decisões tomadas pelas Cortes de Justiça: “Sea como fuere, y atendido el impacto político que ha adquirido la judicatura, se ha vuelto indispensable incorporar la variable judicial en cualquier intento de análisis más o menos sistemático de la evolución política de un país determinado.” (Couso, 2004, p. 30)

Outra ideia que não pode ser olvidada e precisa ser vinculada é a de em que contexto se está falando de judicialização da política:

La judicialización de la política es un fenómeno multifacético y que reviste distintas significaciones, dependiendo de la modalidad de la cual se trate, así como del contexto en el que se desarrolla. De hecho, difiere sustancialmente dependiendo de sí se produce a propósito de cortes constitucionales que se involucran en el diseño e implementación de políticas públicas (como en Estados Unidos), o a propósito de casos de persecución de la corrupción política (como en Italia). Asimismo, la dinámica de la judicialización varía significativamente dependiendo de sí se da en el contexto de democracias consolidadas o en democracias emergentes. (Couso, 2004, p. 30)

Portanto, a judicialização da política de que se está tratando aqui está relacionada à ideia da Corte Constitucional como garantidora da implementação de direitos fundamentais, inclusive contra ela própria, se for o caso. Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal figura enquanto arena jurídica de disputa de temas que interessam à sociedade brasileira.

Nega-se, nesse sentido, qualquer possibilidade de que a Corte Constitucional brasileira, e, extensivamente qualquer órgão do Poder Judiciário, se valha da parcela de jurisdição que lhe está destinada para praticar uma modalidade de judicialização às avessas.

A noção de órgão do Poder Judiciário, como arena pública de debates políticos jurídicos, afina-se com as perspectivas democráticas e inclusivas esboçadas pela Constituição de 1988, e, portanto, deve constituir referência do caminho a seguir quando essa tarefa se apresentar ao membro do Poder Judiciário, especialmente ao Juiz da Corte Superior.

Nos marcos do constitucionalismo latino americano, no que voltado à garantia e implementação de direitos étnicos, não resta qualquer dúvida da tarefa que deve ser assumida pela Corte Superior, se não funcionarem os órgãos de primeiro grau de jurisdição, ou, se por via direta lhe chegarem (à corte suprema) estas questões: ela deve ser protagonista da implementação de tais direitos, dada a centralidade que tais direitos assumem no sistema. É emblemático desta assertiva o disposto no art. 60 da Constituição de Montecristi (2008):

Art. 60. – Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación.

Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

Tal direito, apesar de sua clara formulação, não se encontra desprotegido no sistema constitucional. A Constituição equatoriana de 2008 cercou-o de textos normativos protetivos e consequenciais que não autorizam seu esvaziamento hermenêutico ou prático. É o caso dos artigos 10 e 11, quanto a este, os itens 1; 3, em parte; 4; 5; 7; 8 e 9:

Art. 10. – Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos [que nos capítulos seguintes serão enunciados] se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento [inclusive as judiciais].

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

(...)

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

(...)

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. [...]

No Brasil não é tão diferente. O Supremo Tribunal Federal está jungido a textos normativos que lhe determinam idêntico comportamento. Afinal, os § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 determina que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Logo, à indicação dos direitos previstos no art. 231 (território tradicional indígena) e art. 58 do ADCT (território quilombola junta-se a garantia prevista no art. 14 da Convenção 169 da OIT), de acordo com a qual:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Portanto, ao Poder Judiciário Brasileiro foi incumbida constitucionalmente a mesma tarefa que a Constituição de Montecristi atribuiu à Função Judicial: zelar pelos direitos fundamentais de índios e quilombolas, sem retrocessos e sem mácula.

4. CASOS EMBLEMÁTICOS DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS ÉTNICOS

4.1. Quilombolas da Ilha de Marambaia – Rio de Janeiro

O primeiro dos casos de conflitos étnicos brasileiros aqui indicados tem um percurso relativamente curioso, pois foi atacado em duas frentes. A primeira delas refere-se ao processo transcorrido no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que teve como autor principal questionador dos direitos dos quilombolas a União Federal, representando a Marinha brasileira. A Marinha se arrogava proprietária da área reivindicada como território quilombola, a despeito de ele já contar com laudo antropológico e estar em processo de reconhecimento consolidado no Incra. O STJ julgou improcedentes os argumentos da União, mantendo o procedimento de titulação do território e sustentando a legalidade do procedimento e sua adequação ao regime jurídico brasileiro das titulações de territórios quilombolas, a saber o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e o Decreto 4887/2003.

A segunda frente foi perante o Tribunal de Contas da União (TCU).⁷ Ali, ocorreu uma denúncia de que os procedimentos adotados pelo Incra na titulação de territórios quilombolas implicariam prejuízos ao patrimônio imobiliário da União, especificamente ao da Marinha, e, que tais atos estariam baseados em regime jurídico supostamente inconstitucional, qual seja, o Decreto 4887/2003. Nesse caso, a argumentação que se extraiu do Ministro que relatou o caso no TCU coincide exatamente com a argumentação exposta pelo Partido da Frente Liberal – PFL (hoje Partido Democratas – DEM), na ADI 3239, que questiona exatamente a constitucionalidade do Decreto 4887/2003. A conclusão deste processo no TCU recomenda que o Incra suste o processo de titulação baseado no Decreto 4887/2003 e aguarde o julgamento a ser proferido pelo STF, dada o “forte indicio de inconstitucionalidade do ato normativo em questão”.

4.2. Projeto de construção da hidrelétrica de Belo Monte

Neste caso, tem-se o espantoso número de mais de 10 ações judiciais em 15 anos de disputa pela construção da Hidrelétrica. Observam-se desde problemas com os profissionais que atuaram nos estudos prévios necessários à autorização do empreendimento, passando por insolúveis problemas de cunho ambiental, até o gravíssimo problema da audiência insuficiente das comunidades indígenas no processo de licenciamento, como garante a Convenção 169 da OIT. Ao longo destes 10 anos de atuação judicial, os Tribunais Regionais Federais e o Supremo Tribunal Federal já autorizaram e desautorizaram, em variada gama de decisões judiciais, atos relacionados a esse empreendimento.

Essa variação não é uma obra do acaso. Explica-se em razão do despreparo das cortes superiores no trato das políticas públicas quando chamadas a decidir sobre tais temas. Judicializada a questão, os juízos de primeiro grau estavam so- bejamente melhor preparados para decidir os conflitos que os Tribunais Supe-

7. O Tribunal de Contas da União não integra a estrutura do Poder Judiciário, porque não é um órgão judicial. O TCU é um órgão que auxilia o Poder Legislativo fiscalizando atividade dos demais poderes (Executivo e Judiciário) sob os aspectos contábeis, orçamentários e financeiros. Posto que sua atividade não seja jurisdicional, as decisões proferidas no exercício da fiscalização que apoiará a atuação do poder legislativo – função constitucional primordial do TCU – são pautadas por atos normativos, e, embora não se possam dizer exatamente vinculantes, ao modo do que ocorre com as decisões tipicamente judiciais, é possível dizer que as sanções que as aparelham levam a um efeito prático muito semelhante. Embora o STF tenha súmula (347, de 1963) no sentido de assegurar a competência do TCU para declarar a (in)constitucionalidade de atos normativos em fiscalização indireta da constitucionalidade, há muitas decisões monocráticas (por todas: MS 25.888 e MS 26.410) de ministros do próprio STF, entendendo estar superado esse entendimento.

riores, estes a se escudarem em argumentos de ordem processual tais como as prerrogativas do poder público em juízo, para não enfrentar o tema, de sensível natureza política.

4.3. Ação direta de inconstitucionalidade 3239: PFL x direitos territoriais quilombolas

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239 ajuizada pelo antigo Partido da Frente Liberal (PFL, atual Partido Democratas – DEM) forceja retirar do ordenamento jurídico o Decreto Federal nº 4.887/2003, que garante a demarcação e titulação dos territórios tradicionais quilombolas. Apesar de ser direito assegurado aos quilombolas desde 1988, ano em que foi promulgada a atual Constituição Federal (o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assegurou tal direito), a demarcação e titulação dos territórios quilombolas somente contou com marco jurídico verdadeiramente viabilizador a partir de 2003, com a edição do Decreto em questão.

Tal situação indica que a visibilidade pela qual estas comunidades e povos lutaram está sempre ameaçada por articulações que tentam *re-invisibilizar* tais comunidades e suas demandas, isto é, lançá-las novamente em um ostracismo social e político, estorvando a luta por seus direitos, a luta por sua vida, e, neste caso específico, a luta pelo direito de ser quilombola e ter reconhecida a posse do território tradicional que habitam.

O DEM (antigo PFL) está politicamente alinhado a setores da sociedade brasileira empenhados em obstaculizar o quanto puderem processos de afirmação de direitos historicamente negados a segmentos sociais no Brasil (negros, índios e outras comunidades tradicionais).

Apesar dos inúmeros pedidos formulados pelos *Amici Curiae*,⁸ o Supremo Tribunal, neste caso, não realizará audiências públicas para debater a questão. Perde-se, com isso, a chance de concretizar a ideia de que vivenciamos uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (Härbele, 1997). Hodiernamente, já não há dúvida: ou o direito se harmoniza com os seus destinatários e seus anseios ou poderá ser considerado natimorto, texto abortado.

A teoria constitucional formulada por Peter Härbele (1997) nos diz, com bastante acento, que a Constituição pode e deve ser também o que o povo diz que ela é, relativizando a lição kelseniana acerca do intérprete autêntico, que

8. “Amigos da corte”, em tradução literal. Tecnicamente, espécie de assistência a uma das partes envolvidas no processo.

punha este processo “revelador” exclusivamente nas mãos do Tribunal Constitucional, sugestivamente chamado de guarda da Constituição.

A sinalização é clara: a judicialização, cuja primazia se espera que impere em países que se querem democráticos, deve incluir o povo, a sociedade civil organizada, pluralizando a participação política.

Nas três situações judiciais assinaladas, o que se viu foi justamente que os conflitos estão a envolver disputas sobre os discursos em relação aos territórios tradicionais e a despeito de o Brasil ser signatário da Convenção 169 da OIT, contar com o Decreto Federal 6.040 definindo o que é um território tradicional, dispor do art. 231 da CF indicando o que é um território indígena, ainda assim os Tribunais Superiores titubeiam em decidir a partir de elementos que já não se podem dizer novidades no ordenamento jurídico nacional, internacional (em especial na América Latina, como o provam as cartas políticas da Bolívia e do Equador) nem nos debates em torno dos direitos étnicos e que trazem à tona, não por acaso, reflexões sobre o direito ao território tradicional.

5. TENTATIVAS DE RESPOSTAS À INDAGAÇÃO NORTEADORA: O PAPEL DOS GRUPOS NOS CONFLITOS ÉTNICOS JUDICIALIZADOS

Como se comportam os grupos quando se lhes indagam sobre seus direitos de claro destaque étnico? Eles não tardam em centralizar suas reflexões no direito ao território como pressuposto de direitos outros, também impostergáveis. Tal postura flui claramente de seu discurso objetivado em movimento social, com grande carga de realidade e “sensibilidade jurídica” (Geertz, 2007, p. 259), e da prática de mobilização, da legislação que rege o tema, precipuamente a Convenção 169 da OIT e o Decreto Federal nº 6.040/2007, além da literatura jurídica e antropológica que debate este ato normativo internacional, central para a perspectiva étnica do direito constitucional de povos e comunidades tradicionais.

É justamente o que falta aos juízes de cortes superiores: sensibilidade jurídica a orientar-lhes as decisões nessa tarefa de coordenar e decidir sobre temas que, ordinariamente, não estavam em suas mesas de trabalho, mas para os quais estão sendo seguidamente convocados, ora para servirem, de fato, de julgadores dessas importantes questões – o que devem assumir com clareza, transparência e denodo –, ora para servirem como obstáculos aos direitos – o que também requererá apuro técnico a fim de que possam desempenhar adequadamente a jurisdição que lhes é conferida em última instância pelo povo.

Qual seria o papel dos grupos étnicos nessa judicialização dos conflitos?

Vencida a disputa, no Legislativo, pela afirmação do direito ao território, os grupos têm de lutar pela implementação de tal direito, linha a linha, rejeitando veementemente a postura de que tudo se encerra com a edição de uma norma garantidora de direitos. Tal postura contribui para a despolitização do processo de disputas por direitos (Rancière, 1996), exortando à conciliação como via privilegiada para a resolução de conflitos por direitos, levando à chamada “harmonia coerciva” (Nader, 1994). A disputa nos tribunais não é uma desimportante frente, tampouco pode ser desprezada, sob pena de o lugar dos grupos nesse debate restar vazio quando se deva ou se queira ouvir sua voz.

Além do mais, a cobrança incidente sobre juízes bem informados sobre o que irão julgar só pode ser feita se os procedimentos contam com a participação das partes envolvidas, não como legitimadoras apáticas do processo, mas como debatedoras insistentes em hegemonizar, a seu favor, o sentido vencedor da discussão que levará à decisão final.

É preciso, ainda, combater um sempre possível alinhamento e reedição de posicionamentos judiciais conservadores, como, por exemplo, o que indica a proposição de condicionantes às demarcações e titulações de territórios quilombolas, em ordem a dizer que o STF adotará também neste caso (o da ADI 3239), agora com formal efeito vinculante para outros casos, as condicionantes de que se valeu em Raposa Serra do Sol (Baldi, 2010), com o grave risco de ampliá-las.

Finalmente, é muito importante pensar que a atuação dos grupos nos processos judiciais legitima a extrapolação das questões para cortes internacionais de direitos humanos, afinal:

Essa constitucionalização interna do direito converge com o fortalecimento relativo, nos últimos anos, dos mecanismos internacionais de direitos humanos, que também estimulam a formulação de reclamações em termos de direitos, o que reforça a dimensão judicial de crítica política. (Yepes, 2007, p. 62)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar, com alguma segurança, a partir dos casos expostos que os Tribunais Superiores ainda precisam de um amplo grau de revisão de seus procedimentos e mesmo de iniciar um processo de revisão das nomeações de seus membros visando capacitar os colegiados a assumir a função que devem ter nas modernas democracias, a saber: de esferas de debate e decisão qualificados sobre políticas públicas e direitos, conforme abordado neste estudo, especialmente de direitos étnicos.

O enfoque da judicialização, como aqui preconizado, demanda abandonar qualquer tentativa de judicialização às avessas, o que também requer o preparo dos juízes constitucionais para filtrar possíveis comprometimentos de sua importante função pública.

A proposta de uma nova sensibilidade jurídica, tal como os grupos acumulam nos movimentos de conquistas e implementação de direitos, pode constituir excelente mecanismo de reflexão dessa nova postura em relação à judicialização.

REFERÊNCIAS

- BALDI, Cesar. CONJUR– *Invalidar Decreto é retroceder direitos constitucionais*. 21 maio 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-21/invalidar-decreto-quilombos-implica-retrocesso-constitucional>>. Acesso em: 22 out. 2010.
- COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial_los riesgos de la judicialización de la política. *Rev. cienc. polít.* (Santiago) [online]. 2004, v. 24, n. 2, p. 29-48. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/arto2.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2010.
- GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: _____. *O Saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do poder judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. *Revista do Conselho de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr./jun. 2003.
- NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, out. 1994, n. 26, p. 18-29. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm>. Acesso em: 18 dez. 2008.
- RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento: Política e Filosofia*. São Paulo: 34, 1996.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 4, n. 6, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004>. Acesso em: 22 out. 2010.

— Pluralismo jurídico indígena no Brasil e Colômbia: um diálogo comparativo

Judith Costa Vieira¹

1. INTRODUÇÃO

A América Latina tem sido palco de inúmeras transformações políticas nas últimas décadas. Países como Brasil, Chile e Argentina vivenciaram processos de abertura democrática após um extenso período de ditadura e negação de direitos. Engendraram-se neste processo lutas entre grupos sociais com interesses diversos sobre o conteúdo da ordem normativa. Em todos esses embates as bandeiras de maior participação democrática e do reconhecimento das diferenças sociais e culturais foram hasteadas.

Desse modo houve, no século XX, alterações consideráveis no papel da Constituição e do Estado na América Latina. Estas alterações se deram tanto no aspecto da aplicabilidade das normas constitucionais, quanto no próprio conteúdo das Constituições que passaram a agregar princípios e normas de cunho mais democrático e pluralista (Pastor; Dalmau, 2011). O objetivo da positivação dessas normas era dar conta das demandas sociais levantadas pelos movimentos políticos insurgidos naquele período.

O princípio pluralista foi inserido nesses ordenamentos a partir da intensa mobilização provocada pelos segmentos sociais organizados sobre a rubrica de identidades coletivas que evidenciaram os diferentes tipos de interesses reclamados perante o Estado. O princípio pluralista informa e reconhece que os países são formados por diversos grupos sociais com culturas diferentes e que tais grupos têm o direito de participar das esferas de decisão política dos seus respectivos países.

Portanto, é possível dizer que a diferença enquanto critério político-organizativo passou a ser considerada, em vários países da América Latina, como instrumento para pensar políticas específicas e de acesso aos centros de poder estatal

1. Advogada. Professora do Programa de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

(Silva, 2007). As identidades coletivas tiveram, em alguns casos, como os indígenas e as comunidades afro, direitos específicos reconhecidos diretamente no texto constitucional.

O processo de inclusão do princípio pluralista nas Constituições latino-americanas na forma de reconhecimento legal de direitos atinentes a grupos diversos recebeu o nome de constitucionalismo pluralista,² porque assim se pretende romper com os formatos e princípios dos modelos de Constituições anteriores – constituições essas que, ou defendiam o extremo individualismo dos direitos (Constitucionalismo Liberal/ séc. IX) ou reconheciam o caráter coletivo de certos direitos que não previam autonomia para os grupos sociais (Constitucionalismo social/séc. XX), conforme acentua Raquel Yrigoyen Fajardo (2011). De tal modo, em um quadro geral:

Os Estados latinoamericanos, assim, assumiram o compromisso, no plano internacional, de re-negociar sua relação com seus povos indígenas, reconhecendo o direito desses povos a participar da formulação de políticas e decisões que os afetem, respeitando em suas ações a diferença e a diversidade cultural, buscando remediar a condição de desfavorecimento e marginalização decorrentes do processo histórico colonizatório e reconhecendo o direito desses povos a serem os gestores de seu próprio futuro. (Teixeira, 2008, p. 9).

Entretanto, os países latino-americanos inseriram o pluralismo de forma diferente em suas Constituições. As formas e os objetivos insertos nos documentos normativos refletiram claramente os contextos sociais e políticos desses países e expressaram também uma mudança de postura dos grupos em relação ao conteúdo das normas jurídicas, as quais passaram, paulatinamente, a ser também objeto de disputa. Com base nesta constatação, Fajardo (2011) propõe a classificação dos ciclos de constitucionalização pluralista.

Segundo a autora, o primeiro ciclo abrange o período de 1982 a 1988 e se refere ao constitucionalismo multicultural.³ A segunda fase, por sua vez, se refere

2. O Constitucionalismo pluralista significa o movimento de reforma constitucional que reconhece a diversidade cultural e atribui direitos específicos aos grupos sociais portadores de identidade coletiva. Tal movimento é mais comumente chamado de Novo Constitucionalismo Latinoamericano, pois faz alusão à especificidade com que algumas cartas constitucionais do continente fizeram o reconhecimento de direitos dos grupos indenitários do seu território.

3. Há divergência em aceitar que as alterações normativas dessa primeira fase se refira ao novo constitucionalismo. Autores como Pastor e Dalmau (2011) afirmam que o novo constitucionalismo somente se inicia com a constituição colombiana, dado que o Brasil não se reconheceu expressamente como um país plural.

ao constitucionalismo pluricultural, se inicia em 1989 e vai até 2005. Já o terceiro ciclo é chamado de constitucionalismo plurinacional, que surge em 2006 e vai até 2009. Essa classificação tem por base, além do grau de reconhecimento da autonomia dos grupos, também a influência dos documentos internacionais nos textos constitucionais do continente.

Tomando por base a classificação de ciclos indicada teríamos a Constituição brasileira situada no primeiro período, considerado por Raquel Yrigoyen Fajardo como o início do horizonte do constitucionalismo pluralista, onde já se encontram o reconhecimento da diversidade cultural e a introdução de alguns direitos indígenas, mas que não chega a realizar o reconhecimento do pluralismo jurídico. A Constituição Colombiana, por sua vez, estaria inserida no segundo ciclo, marcado pela redefinição do Estado como um estado multicultural. Nesta constituição, O pluralismo e a diversidade cultural passam a serem considerados princípios constitucionais, havendo o reconhecimento explícito do pluralismo jurídico.

O reconhecimento formal das diferenças sociais nos textos constitucionais operado tanto no Brasil quanto na Colômbia provocou o desafio de construção de parâmetros de relacionamento social e político entre os diversos grupos existentes no interior dos Estados Nacionais. Dentre as questões institucionais e políticas suscitadas nesse debate o reconhecimento ou não do pluralismo jurídico recebeu novamente destaque.

O reconhecimento ou não do pluralismo jurídico dá pistas para a compreensão e problematização sobre o grau de autonomia atribuído aos grupos sociais culturalmente distintos, pois o reconhecimento de que os grupos também produzem normas jurídicas legítimas e válidas para seus membros, e que estas normas merecem ser revestidas de autoridade pública para serem respeitadas, traz consigo um maior grau de poder político para tais grupos, já que eles não se submeteriam mais a um conjunto de valores e práticas diferentes dos seus.

Portanto, a análise das formas de reconhecimento do pluralismo jurídico nas Constituições latino-americanas e das consequências geradas por ele para realidades concretas permite uma maior compreensão sobre como está ocorrendo o diálogo político intercultural no interior dos países do continente e como as diferentes expressões normativas expressam sentidos diversos do fazer jurídico – exercício que muito tem a contribuir na troca de experiência entre os países e no debate político interno como um todo.

Assim sendo, o exercício reflexivo sobre essas expressões normativas pode contribuir na teorização sobre a relação entre política e direito nos contextos atuais de luta pelo reconhecimento das diferentes formas de viver. Nesse sentido, o presente estudo pretende contribuir para tal exercício ao propor um exame

comparativo exploratório sobre como foi constituído, e se foi feito, o reconhecimento do pluralismo jurídico no Brasil e na Colômbia.

A comparação também é importante, porque permite que se desvendem os contextos em que tais conteúdos normativos foram gerados e as diferentes respostas que foram dadas a mesma questão. Além disso, situados em períodos considerados diferentes deste novo constitucionalismo, o estudo do pluralismo nos dois países pode contribuir no entendimento sobre formas diversas de promoção do diálogo político intercultural.

Este estudo também será fixado ao pluralismo reconhecido aos povos indígenas, isto porque, como se observou, o alcance do reconhecimento da possibilidade de criação de normas jurídicas por outros grupos considerados diversos, mas que não se encaixam na identidade indígena, além de sofrer resistência teórica e prática também se realiza de maneira diversa, exigindo outro esforço de sistematização que não caberia nesta proposta.

A presente análise será feita levando em consideração, primeiramente, a forma e o conteúdo do reconhecimento dos direitos indígenas nos dois países, e, como ambos tratam a questão do pluralismo jurídico. Em seguida, serão expostas considerações sobre os estudos já publicados sobre a temática do pluralismo, destacando o modo como eles se desenvolvem internamente, e, a partir de dois estudos de casos, um colombiano e um brasileiro, respectivamente, serão traçados comentários sobre as possibilidades para novas abordagens sobre o tema.

2. PLURALISMO JURÍDICO NA COLÔMBIA

Envolvidos em um processo de grande instabilidade política e econômica nas décadas de 1970 e 1980, provocado por níveis de corrupção governamental e também de grande violência, os poderes instituídos da Colômbia viram-se diante de uma crise de legitimação (Botero, 2010) que, aliada a uma grande pressão internacional para a inclusão de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos dos países (Yrigoyen Fajardo, 2011), criou a necessidade de institucionalização de um novo pacto político naquele país.

Diante deste quadro, seguindo o modelo encontrado em outros países do continente Sul-Americano, a solução encontrada na Colômbia foi a institucionalização de uma assembleia constituinte. Acompanhando as transformações políticas e normativas recentes, a Colômbia aprovou uma nova Carta Constitucional no ano de 1991. Esse novo documento teve como uma das suas modificações mais importantes o fato de “haber reconocido por primera vez La diversidad étnica y cultural de La Nación” (Botero, 2010, p. 1). Ou nos termos do artigo 7º,

“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Para reforçar esse reconhecimento, outros artigos constitucionais também tratam da questão da diversidade étnica como o artigo 8º, que dispõe sobre a obrigação do Estado e das pessoas de proteger as riquezas culturais. O artigo 9º indica que as ações do Estado Colombiano devem se pautar pelo respeito à autodeterminação dos povos, enquanto o art. 10 determina que as línguas e dialetos dos grupos étnicos colombianos são também línguas oficiais em seus territórios.

Os avanços em relação ao reconhecimento dos diferentes grupos étnicos na Colômbia representaram importantes alterações nas relações institucionais entre o Estado e os grupos.⁴ Com relação aos direitos dos indígenas, os avanços foram ainda mais visíveis no plano formal, pois além de reconhecer o direito coletivo aos territórios (art. 63), a constituição colombiana também atribui a estes o status de “entidades territoriais”, como o são os departamentos, os distritos e os municípios. Isso significa que as autoridades indígenas dos territórios possuem jurisdição sobre a circunscrição espacial dos territórios (Art. 329), de forma que:

Los territorios indígenas gozan constitucionalmente de autonomía para la gestión de sus intereses, pueden gobernarse por autoridades propias, administrar recursos y establecer tributos y participar en las rentas nacionales (art. 287). Los territorios indígenas estarán gobernados por Consejos según sus usos y costumbres, que tendrán a su cargo velar por el cumplimiento de las leyes, diseñar políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, promover y supervisar las inversiones públicas, percibir y distribuir sus recursos, velar por los recursos naturales, coordinar programas y proyectos, y colaborar en el mantenimiento del orden público (Art. 330).

Como se nota, a Carta colombiana confere aos territórios grande autonomia para a gestão de seus interesses coletivos para que os indígenas tomem decisões políticas sobre os usos dos recursos e as formas de relações sociais nos respectivos territórios. Ao lado desta garantia também está a de participação política representativa nos órgãos estatais por meio da indicação de senadores próprios a compor o corpo legislativo do Estado colombiano (Art. 176).

Seguindo o aumento das garantias que dão maior poder político para os povos indígenas, a Constituição colombiana, no seu art. 246, estabelece que as autoridades dos povos indígenas possam exercer funções jurisdicionais dentro

4. Para entender os avanços em relação ao reconhecimento dos grupos afrocolombianos e quilombolas brasileiros, confira: Arruti 2000, p. 93-123.

de seu âmbito territorial, em conformidade com as suas próprias normas e procedimentos a menos que não contrariem a Constituição e as leis da República. Trata-se, de forma inaugural, do reconhecimento legal do pluralismo jurídico.⁵

O reconhecimento do pluralismo jurídico na Colômbia decorre do poder atribuído aos indígenas de criar e aplicar, pelos seus próprios poderes instituídos na forma dos seus costumes, normas que regulem o uso do seu território e outras que discorram sobre as relações sociais, estabelecendo as condutas que, segundo seus próprios entendimentos, devam ser reprimidas por ofenderem valores e bens considerados sagrados por cada povo.

A partir da definição de tais condutas, é legítimo aos povos indígenas impor seu próprio sistema de justiça com o julgamento e a cominação de penas aos sujeitos que ofendam os valores e normas coletivas. A legislação colombiana reconhece os órgãos de resolução de conflitos indígenas com suas normas e procedimentos (Yrigoyen Fajardo, 2004).

As diretrizes normativas adotadas pela Colômbia foram bastante influenciadas pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais em países independentes, aprovada no ano de 1989, que já previa em seus dispositivos um amplo rol de direitos afetos a povos considerados com certa distintividade cultural dentro de Estados Nações.

Ocorrido após a ratificação do respectivo convênio internacional, o reconhecimento do pluralismo jurídico na Colômbia, assim como nos demais países andinos, representou a atribuição de autoridade a diferentes órgãos judiciais, legislativos e executivos para a produção de direito e da violência legítima (Yrigoyen Fajardo, 2004). Houve a retirada do costume da posição periférica e submissa de fonte do direito para a posição de direito vivo, aplicável e legítimo.

Através da fórmula indicada o Estado colombiano reconheceu legitimidade às instâncias de criação normativa dos vários povos indígenas. O pluralismo jurídico na Colômbia saiu dos discursos acadêmicos e políticos e passou a integrar o sistema normativo do país, trazendo novos e importantes desafios ao relacionamento entre Estado nacional e povos indígenas.

A par dessa sistemática há vários estudos que procuram explicar e delimitar o campo de atuação da justiça indígena, tema este bastante privilegiado nos estudos sobre pluralismo jurídico na Colômbia, com especial ênfase nos textos de Raquel Yrigoyen Fajardo (2004) e Ester Botero (2009). Tais esforços visam elencar os problemas práticos decorrentes da relação entre a ordem normativa indígena (ou “indígenas”, porque variada) e a ordem estatal, a qual sempre gozou

5. Outros países que reconheceram em suas Constituições o pluralismo jurídico foram o Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999).

de uma posição privilegiada. Também visam identificar quem e sobre qual espaço geográfico tais normas devem ser aplicadas.

Na realidade colombiana já é possível perceber vários avanços provindos das decisões da Corte Constitucional visando coordenar a relação entre os campos de atuação dos dois tipos de justiça, a estatal e a indígena. O estudo da jurisprudência e dos seus efeitos na forma de relacionamento do Estado e da sociedade em geral com os povos indígenas também tem ganhado destaques nos debates sobre a realização prática do pluralismo jurídico na Colômbia.

Entretanto, ao lado desta forma de abordar o pluralismo jurídico, há também a possibilidade de analisá-lo sob a perspectiva do reconhecimento do pluralismo na regulação do uso dos territórios e recursos indígenas e dos confrontos de autoridade política nos territórios indígenas. Em outras palavras, há a existência de várias tramas jurídicas legitimando condutas e apossamentos sobre as terras e recursos que compõe o território indígena.

Nessa direção, valiosa contribuição é apresentada por Gloria Lopera-Mesa (2010) em seu estudo sobre o Resguardo de Conomono-Lomapieta, localizado entre os municípios de Riosucio e Supia em Caldas, na Colômbia. Tal estudo teve por objetivo examinar a relação entre territorialidades, construção de identidade indígena e a criação de instituições jurídicas próprias.

Lopera-Mesa (2010) inicia suas considerações advertindo que não é possível pensar em espaços de jurisdição separados, pois as fronteiras entre a jurisdição indígena e estatal são cada vez mais difusas. Com isto, ela pretende capturar as múltiplas influências entre as lógicas e relações dos diferentes agentes que disputam o poder de controle normativo, principalmente quando o tema da regulação se refere aos direitos sobre as terras. Para dar conta deste esforço, a autora utiliza o termo “territórios plurais” para explicar a existência de vários atores sociais que propõe projeto de territorialidade e também de produção de identidade para legitimar tais territorialidades.

O estudo de Lopera-Mesa (2010) parte da análise das políticas agrárias implementadas na Colômbia desde a colonização e analisa como tais políticas foram se sobrepondo aos territórios indígenas onde já existiam normativas de controle das terras e dos recursos. A autora demonstra que não houve necessariamente a completa superação de uma forma de regulação do território por outra; o que há em Conomono-Lomapieta é a coexistência e disputa pela imposição de uma ordem jurídica por outra.

As conclusões a que chega Lopera-Mesa (2010) evidenciam um exemplo prático de luta pela afirmação de um tipo de pluralismo jurídico com difícil equação, já que os diferentes tipos de normas jurídicas de regulação de direito sobre

a terra, a norma Estatal e a indígena, refletem também diversos interesses e lógicas de atuação. A situação debatida, conforme explica a própria autora:

pone em evidencia la existência de diversas territorialidades y jurisdicciones que compitem por la regulación de los derechos sobre la tierra y sus recursos, dando lugar a complejas situaciones de pluralismo jurídico em las que se manifiesta la lucha por el control territorial entre los diversos actores sociales y, asociada a ésta, se encuentra la disputa em torno a la afirmación o el rechazo de la identidad indígena. (Lopera-Mesa, 2010, p. 68).

O estudo sobre o Resguardo de Conomono-Lomaprieta arremete para a análise de situações concretas de confronto normativo e discorre sobre os processos de criação de normas jurídicas. Nele há a conclusão de que o reconhecimento do pluralismo jurídico não se referiu apenas ao reconhecimento dos costumes dos vários povos como algo que tradicionalmente já era praticado por eles, mas também que o próprio processo de atribuição de poder normativo aos povos indígenas fez surgir normas jurídicas de confronto com as normas impositivas estatais.

Esse tipo de abordagem dos questionamentos e desafios enfrentados a partir do reconhecimento da diversidade étnica e do pluralismo jurídico, além de apresentar um caráter dinâmico e combativo às abordagens sobre o tema, também possibilita a abertura de novos caminhos ao conhecimento das diferentes situações enfrentadas pelos vários grupos indígenas. Ele fornece também conhecimento das estratégias de defesa de direitos elaboradas na realidade, que também tem sua expressão no campo das formulações normativas. Disputa-se também o poder de criar normas e com elas organizar a vida social.

A Colômbia, portanto, tem apresentado um campo fértil de pesquisa sobre o pluralismo jurídico principalmente e, justamente, a partir do seu reconhecimento oficial. Os limites e as acomodações entre os vários sistemas jurídicos ainda estão em processo de construção, deixando o caminho aberto para possibilidades de aprimoramento democrático, já que optar por um sistema político que comporta a diversidade em suas múltiplas expressões autoriza o encontro com o outro em condição de igualdade.

3. PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL

Embora tenha reconhecido vários direitos a coletividades sociais, como indígenas, quilombolas e outros grupos, porventura, enquadrados na conceituação genérica de portadores da identidade nacional, a Constituição brasileira não o fez tal como

no modelo colombiano onde são explicitados, no próprio texto magno, os temas protegidos e a extensão desses direitos. Grande parte das garantias aos povos culturalmente distintos no Brasil vem sendo construída por meio de legislações infraconstitucionais e, em grande parte, reconhecidos níveis das legislações municipais.⁶

Expressamente estão previstas na categoria de princípios fundamentais as seguintes disposições: Art. 1, V, o pluralismo político; Art. 4, III, a autodeterminação dos povos. Tratando da valorização cultural, o artigo 216 elenca as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, bem como as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico como constituintes do patrimônio cultural brasileiro.

Nota-se que o reconhecimento da diversidade cultural no Brasil fez-se timidamente, fato que fica ainda mais evidenciado quando se percebe que a diversidade de formas de viver dos vários grupos sociais foi considerada pelo constituinte como elemento formador do patrimônio cultural brasileiro, ou seja, como dados memoriais que formariam uma única identidade nacional.

De forma genérica também há disposições que tratam de direitos específicos para povos e comunidades tradicionais,⁷ categoria na qual também estariam incluídos os quilombolas (afro-brasileiros) e indígenas. Este último grupo ganhou destaque no texto constitucional com a previsão no capítulo VIII dos artigos 231 e 232, que trazem como conteúdo a proteção da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e ainda os direitos sobre as terras ocupadas pelos povos indígenas.

6. Exemplo de lei infraconstitucional que dispõe sobre direitos étnicos específicos: Decreto n.º 4887/2003: regulamenta o procedimento para reconhecimento das terras ocupadas por quilombolas. Exemplos de leis municipais para grupos específicos: Lei n.º 934/2004: que dispõe sobre a preservação das palmeiras de babaçu no município de São Domingos do Araguaia, no Estado do Pará; Lei n.º 1.780/08: dispõe sobre o processo de reconhecimento dos faxinalenses e dos seus “Acordos Comunitários”, que regulamentam a construção e manutenção das cercas e tapumes dos faxinais e proíbem a colocação de fechos em áreas de uso comum, nas localidades que tiverem criador comunitário no sistema Faxinal no Município de São Mateus do Sul, Estado do Paraná, e dá outras providências.

7. Esta categoria genérica foi institucionalizada pelo Decreto n. 6040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, sendo esta considerada, para efeitos da lei como sendo: Art. 3º, I: “Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

Sobre as terras indígenas, é importante que seja dito que elas continuam sob propriedade da União Federal estando a posse e o usufruto dos recursos garantidos aos indígenas na forma dos seus usos e costumes (§1, art. 231). Entretanto, não foi garantido nenhum tipo de instrumento de autogestão dos territórios indígenas, ficando essa incumbência a cargo de um órgão estatal, a Fundação Nacional do Índio (Funai), órgão a quem também compete realizar os processos de demarcação das terras indígenas.

No direito brasileiro também não há garantia à participação indígena nos órgãos executivos e legislativos nacionais e tampouco há a previsão de legitimidade aos sistemas de justiça indígena. Além disso, nenhuma menção consta na Constituição brasileira ao pluralismo jurídico, continuando o direito estatal a ser o único centro de emanção de norma jurídica considerada legítima no território brasileiro.

Mesmo com tais limitações é possível dizer que houve uma representativa mudança legal no tratamento dos povos indígenas. A partir da Constituição de 1988, o Direito brasileiro rompeu com o ideário de assimilação dos índios que durante muito tempo dirigiu a atuação do Estado e passou a ter como valor a proteção dos povos indígenas. Além disso, conforme lembra Marés (2003), os indígenas e suas organizações de apoio agora têm direitos positivados para serem reclamados, o que antes de 1988 também não existia.

O alcance das alterações na ordem normativa brasileira, assim como de outras elaboradas no período de transição democrática e reelaboração das disposições internacionais que tratavam do tema dos direitos dos povos, foi limitado gerando poucos ganhos à diversidade social (Yrigoyen Fajardo, 2011). Este limite foi imposto tanto pelas condições e políticas internas, quanto pela forma pela qual o direito internacional tratava a relação dos povos com os Estados Nacionais.

No caso específico do Brasil, a sua atual Constituição tenta romper as marcas do sistema ditatorial que vigorou no país durante duas décadas negligenciando direitos sociais à população. Entretanto, essa ruptura se deu nos moldes estabelecidos pelos poderes vigentes, sem alterar as distribuições e as formas, já consagradas, de acesso aos poderes públicos.

Embora contando com ampla participação popular no período que antecedeu e na própria Assembleia Constituinte, a Constituição Brasileira foi fruto mais de uma negociação entre diversos grupos e aqueles que detinham o poder político do que propriamente fruto de uma imposição popular (Melo, 2013). Essa afirmação de modo algum desmerece a força política ou os vários movimentos sociais que lutavam pela inclusão de direitos no texto legal, apenas reforça o caráter negocial demonstrado pela lei naquele período de transição.

No plano normativo internacional a principal norma que regeu a relação entre Estados Nacionais e grupos sociais indígenas foi a Convenção 107/1957 da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil também era signatário e, por este motivo, tinha assumido o compromisso perante seus pares de respeitar as determinações contidas naquele documento.

Essa convenção já consagrava direitos aos povos indígenas como a promoção de direitos consuetudinários, de línguas originárias e à proteção de terras tradicionais, entretanto obrigava aos governos desenvolver programas de integração dos índios ao país e à condição de cidadão (Urquidí; Teixeira; Lana, 2008). Mesmo elaborada no período de vigência da Convenção 107,⁸ Aa Constituição brasileira já pode ser considerada uma ruptura com as concepções daquele documento, uma vez que passou a assegurar claramente o direito à diferença cultural (Marés; Pacheco, 2006).

No período de elaboração legislativa, houve bastante resistência em conferir maior autonomia aos povos indígenas no Brasil (Colaço, 2006). Isso se refletiu no não reconhecimento do pluralismo jurídico internamente. Não há na Constituição brasileira qualquer menção ao reconhecimento de que as diversas culturas que compõe a “identidade nacional” também praticam um fazer jurídico. No Brasil o Estado continua sendo a única fonte legítima de fazer normas jurídicas, como bem ressalta Thais Colaço:

O Estado, amparado no princípio da soberania nacional, não aceita a convivência no mesmo território de diferentes sistemas jurídicos, elaborando normas e conceitos para submeter às populações indígenas a sua lei, desrespeitando a diversidade cultural, social e jurídica dos povos americanos. (Colaço, 2006, p.10).

Embora não reconhecido no plano formal, o pluralismo jurídico existe enquanto fato social na realidade dos grupos sociais quando eles elaboram formas diversas de relacionamento entre si e com os recursos da natureza. Considerado enquanto fato social, o pluralismo é abordado por alguns autores no Brasil por meio de um debate que se inicia com uma pesquisa empírica realizada por Boaventura

8. O reforço internacional veio apenas um ano após a promulgação da Constituição, portanto, em 1989 com a aprovação da Convenção 169 em substituição a 107. Esse novo aparato normativo reconfigurou o dever dos Estados perante os povos indígenas e atribuiu a estes muitos direitos, dentre os quais a autodeterminação, que implica maior poder para tomar decisões que afetem suas vidas e possibilitou em outros países signatários do convênio o reconhecimento de poderes de autogestão dos territórios indígenas e o consequente reconhecimento do pluralismo jurídico. A Convenção foi ratificada pelo Brasil apenas no ano de 2002.

de Sousa Santos, em 1970, em uma favela do Rio de Janeiro, a que autor atribuiu o nome fictício de Pasárgada.⁹

O pluralismo ganha reforço teórico com as obras de Antonio Carlos Wolkmer (2013; 2007), importante referência até os dias atuais, as quais influenciaram um conjunto de pesquisadores que atualmente tem associado esse debate aos processos de descolonização do continente latino-americano. Através desses trabalhos, eles buscam unidade política e discursiva entre os diversos países do continente, de forma a entender e promover uma ordem jurídica emancipadora do ponto de vista social e político.

Notou-se nas construções de Wolkmer um grande fôlego teórico sobre como o reconhecimento do pluralismo poderia contribuir para os processos de emancipação social e a construção de uma prática jurídica menos opressora e mais dialógica com os grupos diferentes e subalternos. Esta corrente de pensamento não está restrita ao campo de discussão brasileira, pois vem sendo paulatinamente e constantemente divulgada e discutida em outros países da América Latina.

Entretanto, mesmo reconhecendo a importância do debate acerca da colaboração do reconhecimento do pluralismo jurídico na construção de uma sociedade mais democrática, justa e livre, o escopo desta investigação segue por outro viés e procura compreender como o pluralismo vem sendo abordado nas pesquisas sobre indígenas.

Objetiva-se desta maneira: aproximar as discussões teóricas sobre pluralismo com o modo de vida dos grupos; destacar a potencial importância do reconhecimento dessas práticas jurídicas para os sujeitos sociais; e, ainda, tentar reestabelecer a ligação entre as práticas jurídicas dos grupos com os processos de territorialização e de luta pela garantia territorial que os povos indígenas protagonizam na atualidade.

No Brasil são poucos os trabalhos que oferecem estudos empíricos sobre pluralismo jurídico. Talvez pelo fato de o Brasil não reconhecer oficialmente o pluralismo jurídico enquanto direito, ou talvez porque ainda nos falte elementos de aproximação entre as disciplinas jurídicas e outros campos disciplinares que ajudam a compreender as diferentes formas de pensar a realidade e de atuar sobre ela.

Tentando romper com esta barreira, Sandro Lôbo (2011) apresenta um estudo empírico sobre o fenômeno do pluralismo jurídico no Brasil que abre possibilidades de investigação sobre o tema. Trata-se do trabalho intitulado: “Construindo o pluralismo jurídico no Brasil: A experiência da harmonia coercitiva no povo

9. Trata-se da obra intitulada: “O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica”.

Xukuru do Ororubá”. A pesquisa foi realizada nos municípios de Pesqueira e Porção, no Estado de Pernambuco.

O objetivo da investigação foi entender como aquele povo indígena tem criado e aplicado suas próprias normas jurídicas e como o sistema de justiça Xukuru do Ororubá se relaciona como o sistema de justiça estatal. Partindo da análise de três casos¹⁰ postos em julgamento diante das autoridades indígenas, Lôbo pondera sobre quais as instâncias de poder indígena são competentes para resolver a questão, quais os valores aplicados na busca de solução interna para o caso e ainda quais os desafios que esta nova ordem jurídica enfrenta para garantir a sua autonomia frente ao Estado.

O estudo de Sandro Lôbo (2011) demonstra que os processos de territorialização impulsionam a elaboração de uma identidade própria e, a partir dela são criados e autorizados mecanismos de tomada de decisão e de representação, seja através da reestruturação de formas culturais já existentes ou através da criação de novas. Alguns desses mecanismos podem, e de fato o são, embasados no modelo estatal de resolução de conflitos, dado que os dois sistemas de justiça, o estatal e o indígena, estão em constante diálogo e interrelação.

As conclusões do autor apontam para a criação de normas e autoridades indígenas a partir da mobilização política por um território. Lôbo (2011) observa que mesmo reconhecendo a importância de um território para a unidade do grupo e delimitação do âmbito de atuação do sistema de justiça, este território não precisa ter sido oficialmente demarcado e tampouco considerado autônomo pelos órgãos oficiais para que o pluralismo jurídico se manifeste.

Mesmo procurando definir o sistema de justiça dos indígenas Xucuru pelas situações, formas de julgamento e sistema de autoridade bastante familiar ao sistema estatal, a pesquisa de Lôbo (2011) apresenta uma bela contribuição aos estudos sobre o pluralismo no Brasil a partir de realidades específicas por acionar uma noção de direito como algo vivo, dinâmico e como um produto da ação humana criado na relação intersubjetiva para responder e resolver questões postas pela realidade.

A pesquisa indicada evidencia, ainda, que mesmo não tendo sido o pluralismo jurídico oficialmente reconhecido no direito brasileiro, ele continua sendo vivamente criado e recriado pelos diferentes grupos sociais, indígenas ou não, que se organizam e se mobilizam por diferentes interesses, inclusive pelo direito a um território próprio onde suas regras de convivência possam ser aplicadas.

10. O autor se refere, especificamente, a um caso de estupro na comunidade, uma disputa por terras e um furto.

Outro elemento importante observado tanto na investigação de Lôbo (2011) acerca do pluralismo jurídico, mas também nas discussões do trabalho de Lopera-Mesa (2010) sobre os indígenas na Colômbia, é que a manifestação de um conjunto de normas, sistema de autoridade, formas de organização social são criadas e destacadas como argumento de disputas identitárias e por direitos e acionadas em confronto com a ordem estatal.

O pluralismo jurídico manifestado nestes casos trata-se, portanto, de um mecanismo de defesa e embate político por autonomia e direitos territoriais. O pluralismo jurídico deixa de ser vislumbrado nas análises aqui debatidas como resquícios do passado e passa a ser considerado como elemento social ativo que existe de modo autônomo em relação à ordem estatal e até mesmo pode surgir contra ela.

4. APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS: RUMO ÀS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame do marco normativo do Brasil e da Colômbia sobre o Pluralismo jurídico em uma perspectiva comparada permite compreender que as nações apresentam problemas e soluções diversas para questões que lhes são apresentadas pelas demandas identitárias em seus territórios, a despeito de ambas estarem envolvidas na discussão sobre a reconstrução das suas respectivas ordens legais em um cenário que busca as peculiaridades de uma identidade latino-americana nos modelos constitucionais.

Conforme já expusemos, um dos elementos que ajudam a compreender as diferentes perspectivas adotadas pelos países para responder à demanda de autonomia dos grupos sociais, aqui, em especial, a demanda dos grupos indígenas, é a influência dos acordos internacionais sobre a produção normativa dos Estados. No caso do Brasil, sua Constituição fora elaborada antes da aprovação e da ratificação interna da Convenção 169, hoje considerada o principal instrumento normativo a fundamentar as demandas políticas dos indígenas.

Já a Colômbia conseguiu de pronto recepcionar as novas diretrizes estabelecidas pela Convenção 169 no tratamento oferecido aos “povos indígenas e tribais”, nas quais o princípio vigente não é mais da integração dos indígenas, senão o respeito às suas formas de organização social e o dever do Estado de não interferir nas vidas deles sem consentimento.

Além do fator temporal, outro fator também colabora para a maior amplitude de direitos constante no texto Colombiano em relação ao brasileiro. Nos dois países houve grande pressão dos movimentos indígenas pela inclusão dos seus di-

reitos nos novos textos jurídicos. Entretanto, no caso Colombiano, os indígenas conseguiram suas nomeações como representantes diretos da questão dos direitos na Assembleia Constituinte, fato que não ocorreu no Brasil, uma vez que os indígenas conseguiram que seus direitos fossem defendidos por congressistas simpáticos à causa. Isso não significa que os próprios indígenas defenderam melhor a causa que lhes é/foi sensível; esse formato de participação indireta dos indígenas demonstra o tratamento político diferenciado dado aos indígenas nos dois países.

O resultado dessa composição de fatores pode ser percebido com a maior autonomia garantida aos territórios indígenas na legislação colombiana em relação à brasileira. No que se refere ao reconhecimento do pluralismo jurídico, a Colômbia vem se tornando uma importante referência no continente, pois além de ter sido o primeiro país a reconhecer oficialmente o pluralismo jurídico, seus tribunais têm produzido decisões que tem estabelecido novos parâmetros de convivência entre ordens normativas díspares.

Desse modo, ao lado da declaração formal que pode ser acionada em processos judiciais e políticos pelos diversos povos indígenas colombianos nos processos de reivindicação de direitos, há também uma melhor compreensão, reforçada em muito pelas práticas dos tribunais e também pela quantidade de estudos empíricos sobre os sistemas de justiça indígena na Colômbia, de que diferentes sistemas de valores direcionam a equação dos conflitos entre os sujeitos e grupos sociais naquele país.

Consequentemente, na Colômbia as discussões em torno do reconhecimento do pluralismo jurídico têm um caráter mais empírico e problematizador dos modelos jurídicos formais, já que conta com uma prática jurídica e teórica com mais diálogo com as práticas jurídicas diversas e localizadas dos grupos indígenas. Por outro lado, no Brasil ainda precisamos avançar nesta direção a partir do entendimento de que o pluralismo jurídico está vivo e sendo produzido cotidianamente pelos indígenas e outros grupos, mesmo à revelia do reconhecimento do Estado (Lôbo, 2011). Os estudos sobre pluralismo jurídico no Brasil enfocam, teoricamente, o potencial emancipatório do pluralismo jurídico enquanto prática de resistência a uma ordem jurídica desigual, opressora e desconhecadora da realidade dos grupos, contudo, grande parte dos estudos ainda aborda o pluralismo jurídico como um conjunto de normas produzidas para resolver situações de conflito nos espaços de interlocução dos sujeitos onde se observa a ausência dos poderes estatais.

Mesmo considerando que os grupos podem elaborar regras e instituir poderes para resolver problemas que competiriam ao Estado resolver, é preciso também abordar a dimensão crítica e criativa de resistência cultural e política

de todos os discursos e práticas dos grupos sociais, das quais também faz parte a criação de normas e poderes jurídicos. O pluralismo jurídico longe de ser apenas resquício de normas do passado é criação humana e social atual e dinâmica elaborada e recriada para responder a contextos sociais específicos, inclusive de resistência à ordem estatal.

O exercício comparativo aqui esboçado tentou deixar claro que há significativos avanços no campo da produção normativa e um grande valor nos esforços dos Estados Latino-americanos em produzirem sistemas jurídicos próprios que respondam às suas próprias necessidades, deixando de incorporar cegamente os modelos jurídicos, principalmente os europeus, para criar um arcabouço normativo e teórico que reflita os desejos dos diferentes povos que compõem cada um desses países.

Este novo constitucionalismo latino-americano, cuja teoria vem se construindo a partir da prática dos movimentos sociais em diálogo e confronto com o Estado, vem demonstrar que todas as nações do continente têm a colaborar umas com as outras em várias questões internas, uma vez que os problemas institucionais enfrentados são bastante parecidos, mas as forças políticas e sociais dão diferentes conteúdos e forças às suas respostas.

As questões aqui dispostas sobre as formas, os significados e as potencialidades do reconhecimento do pluralismo jurídico ainda se encontram em um caminho aberto e ganhando novos contornos com os mais recentes engenhos constitucionais do continente. As Constituições da Bolívia e do Equador são fontes de inspiração para os vários campos políticos e científicos, pois por meio delas os Estados Nacionais reconhecem que os povos indígenas são mais que sujeitos dos direitos estatais; são eles a própria fonte legitimadora desses direitos e do próprio Estado que, por isto mesmo, se considera plurinacional.

REFERÊNCIAS

- ARRUTI, José M. P. Direito étnicos no Brasil e na Colômbia: Notas comparativas sobre a hidridização, segmentação e mobilização política de índios e negros. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 6, n. 14, p. 93-123, nov. 2000.
- BOTERO, Esther Sánchez. *Pluralismo jurídico, interculturalidad y derechos humanos indígenas*, 2010. Disponível em: <http://escuelapnud.org/biblioteca/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=487>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- _____. La realización Del pluralismo jurídico de tipo igualitário em Colombia. *Nova Antropologia*, v. XXI, n. 71, jul./dec., p. 31-49, 2009.

- CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q; LIXA, Ivone M. (Org.). *Pluralismo jurídico no Brasil: novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COLAÇO, Thais Luzia. A trajetória do Reconhecimento dos povos indígenas do Brasil no âmbito nacional e internacional. *xv Congresso Nacional de pós-graduação em Direito*, Manaus, 2006.
- JIMENO, Myriam. Reforma Constitucional na Colômbia e Povos indígenas: Os limites da lei. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). *Constituições Nacionais e povos indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- LOPERA-MESA, Gloria Patricia. *Territórios, identidades e jurisdições em disputa: a regulação dos direitos sobre a terra no resguardo Cañamomo-Lomaprieta*. Universitas humanística, Bogotá, Colômbia n. 69, ene./jun. 2010, p. 61-81.
- LOPERA-MESA, Gloria Patricia; CEBALLOS, Esteban Hoyos. Fronteiras difusas: Apuntes sobre el surgimento de la jurisdicción especial indígena em Colombia y sus relaciones com o derecho estatal. *Co-herencia* n. 9, v. 5, jul./dic., 2008.
- MARÉS, Carlos Frederico. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.
- MARÉS, Carlos Frederico; PACHECO, Rosely Aparecida Stefanés. Os povos indígenas e os difíceis caminhos do diálogo intercultural. *Anais do xv Congresso Nacional de pós-graduação em Direito*, Manaus, 2006.
- MELO, Milena Petters. As Recentes evoluções do Constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago Rafael. Direito indígena e inovações constitucionais na América Latina: uma leitura a partir da teoria crítica do Direito. *FURB – Revista Jurídica – CCJ*, Blumenau, v. 17, n. 34, p. 97-120, jul/dez. 2013.
- LÔBO, Sandro Henrique Calheiros. *Construindo o pluralismo jurídico no Brasil: A experiência da harmonia coercitiva no povo Xukuru do Ororubá*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011.
- PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. *Gaceta Constitucional*, n. 48, p. 307-348, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20%20Roberto%20VICIANO%20oy%20Ruben%20MARTINEZ.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

- PINTO, Simone Rodrigues. *Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico na América Latina*. Brasília: CEPPAC/UNB, 2008a. (Série CEPPAC, n. 14)
- _____. Reflexões sobre pluralismo jurídico e direito indígenas na América do Sul. *Revista de Sociologia Jurídica*, n. 6, jan./jun. 2008b. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/viewFile/10787/7791>>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- RAMOS, Alcida Rita (Org.). *Constituições Nacionais e povos indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*. São Paulo: Cortez, 2014.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- TEIXEIRA, Vanessa Corsetti Gonçalves. A contribuição do direito comparado para a efetivação dos direitos indígenas na América Latina. *Anais do IV Encontro Nacional da ANDHEP*, Vitória (ES), 2008.
- URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questões indígena na América Latina: Direito internacional, Novo Constitucionalismo e Organização os Movimentos Indígenas. *Cadernos PROLAM/USP*, ano 8, v.1, p. 199-222, 2008.
- VERDUM, Ricardo. Novo Constitucionalismo e direitos indígenas na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 5, p. 27-36, 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/4739011/Novo_Constitucionalismo_e_Direitos_Ind%C3%ADgenas_na_Am%C3%A9rica_Latina>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2013.
- _____. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, n. 54, p. 95-106, jul. 2007.
- WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Orgs.) *Pluralismo jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial em los países andinos. *El Otro derecho*, ILSA, Bogotá, Colômbia, n. 30, jun. 2004.
- _____. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en America Latina: un mapa para ele pensamento jurídico dele siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

— Direitos dos povos indígenas na América Latina

Carlos Frederico Marés de Souza Filho¹

1. INTRODUÇÃO

Todos os Estados Nacionais latino-americanos estão organizados com fundamento na modernidade europeia, mas mantém, com maior ou menor intensidade demográfica, populações originárias, chamadas genericamente de indígenas. Os grandes marcos da História dos Estados Nacionais do continente são comuns: durante os séculos XVI, XVII e XVIII foram territórios coloniais escravocratas que usavam índios e africanos para produzir mercadorias e acumular riqueza para as metrópoles, no século XIX se constituíram em Estados Nacionais, adotando a garantia expressa dos direitos de propriedade, liberdade, igualdade e segurança. Apesar de as constituições garantirem a liberdade como direito, os Estados mantiveram em sua estrutura produtiva a escravidão, como a confirmar que aquele conjunto de direitos era uma meta a cumprir e não regras a obedecer. O fim da escravidão, porém, demorou mais de 60 anos para ocorrer, e a assimilação ao mercado de trabalho dos ex-escravos, africanos ou índios, o jamais ocorreu integralmente (Souza Filho, 2011)

Espanha e Portugal, durante a colônia, reconheceram a existência de povos indígenas nos territórios conquistados. A Espanha assinou tratados, além de ter promovido a guerra; Portugal, embora não se conheça tratados assinados, declarou formalmente guerra a alguns povos, permitindo na própria lei declaratória que os prisioneiros fossem submetidos a trabalhos semelhantes a escravo. Por outro lado, durante todo o período colonial, os dois estados europeus legislaram as

1. Professor Titular de Direito Agrário e de Direito Socioambiental do Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Doutor em Direito do Estado, foi Secretário de Cultura de Curitiba, Procurador Geral do Estado do Paraná, Presidente da Funai (Fundação Nacional do Índio), Procurador Geral do Incra (Instituto de Colonização e Reforma Agrária) e Presidente do BRDE (Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul). É membro do Conselho Diretor do ILSA (Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos) – Bogotá. É membro do ISA (Instituto Socioambiental) e do IBAP (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública).

formas e políticas de integração de indivíduos indígenas que adotassem o novo modo de vida, chamado civilizado, seja pelo casamento, pela catequese ou pela integração como trabalhador livre, sempre levando em conta os largos limites do conceito de trabalhador livre da época, que admitia escravos por captura e servos por dívida. Isto é, cada povo deixaria de ser povo quando seus indivíduos fossem integrados como trabalhadores livres no mercado de trabalho.

Os Estados Nacionais da América Latina, constituídos no início do século XIX à semelhança das Constituições europeias, elaboraram com ênfase maior ainda o discurso da integração de todas as pessoas como cidadãos. Nesta linguagem a palavra “todos” se traduziu por “cada um”, “cada pessoa”, “cada titular de direitos”, “cada sujeito”, excluindo os coletivos, as comunidades, os grupos, as corporações, os povos. Para os povos indígenas a palavra “integração” passou a revelar a provisoriade da condição de povo diferenciado.

Embora farta, toda a legislação indigenista brasileira, por exemplo, desde 1500 até a Constituição de 1988, era voltada para a integração, retratada ao modo da época em que foi escrita: “[...] Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce.” (1808); “[...] despertar-lhes o desejo do trato social.” (1845); “[...] até a sua incorporação à sociedade civilizada” (1928); “[...] incorporação à comunhão nacional.” (1934, 1946, 1967, 1969); “[...] integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (1973).

A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a ideia de que integração era o bem maior que se oferecia ao gentio, uma dádiva que em muitos escritos está isenta de cinismo porque o autor crê, sinceramente, que o melhor para os índios é deixar de ser índio e viver em civilização. Até mesmo a expressão “doce e pacífica” referida à sociedade nacional oferecida aos índios que se integrassem como súditos d’el Rey talvez não revelasse cinismo, mas arraigado racismo que produz o autoconvencimento de viver em uma civilização superior. No século XX as ciências sociais comprovaram o equívoco e a ineficácia da assimilação e integração dos povos a um Estado Nacional, mas somente a partir de 1988 as constituições do continente o assumiram e passaram a reconhecer que os índios deveriam continuar índios tanto quanto desejassem.

2. O DIFÍCIL ANDAR DAS LEIS

Uma das referências mais antigas nas constituições da América sobre povos indígenas é a do Equador de 1830, que revela a pouca importância que as elites davam ao a estes direitos. De fato, o silêncio sobre os direitos indígenas é cons-

tragedor nas constituições fundadoras do século XIX na América Latina. As poucas exceções não se referiam a reconhecimento de direitos, como o Artigo 68 da Constituição do Equador, de 1830, que nomeava os padres, em suas paróquias, como “tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”.² Por isso a esperança dos indígenas de que os Estados Nacionais se parecessem com os povos rapidamente se esvaiu e as rebeliões seguiram seu curso, sempre caracterizados por levantes de povos ou parcialidades de povos, muitas vezes resultando em massacres e genocídios (Oliva de Coll, 1986), porque a principal reivindicação, terra coletiva, não poderia ser aceita no novo sistema constitucional.

Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, desde a Constituição do Equador de 1830, este avanço se limitava a proibição e punição de atos de escravidão e servidão, isto é, na regulamentação da integração como indivíduo e não no reconhecimento de povos no seio do território nacional. Houve avanço também na definição de terras a serem ocupadas, mas de forma provisória, isto é, até que todos os indivíduos estivessem integrados à produção.

Neste sentido a Constituição brasileira de 1988 rompeu o paradigma da assimilação, integração, incorporação ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 ficou estabelecida uma nova relação do Estado Nacional Brasileiro com os povos indígenas. É claro que a alternativa de cada indivíduo integrar-se, por vontade própria, ficou mantida em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional passou a reconhecer o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, com direitos coletivos, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: “puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy”. Ficou rompida a provisoriedade que regiu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato. Como veremos isto não se deu como dádiva dos Estados Nacionais, mas como uma conquista dos povos. Por isso não foi uma conquista brasileira, mas latino-americana e ainda mais, produziu mudanças na legislação internacional.

3. A RUPTURA CONTINENTAL

2. A Constituição do Equador de 1830 pode ser encontrada na íntegra na página da Wikipédia, disponível em: <https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Ecuador_de_1830>. Acesso em: 25 jan. 2016.

A Constituição brasileira de 1988 foi, portanto, a primeira a romper com a tradição integracionista do continente, garantindo aos índios o direito de continuar a ser índios. Depois dela, cada um dos países da América Latina foi aprofundando este reconhecimento, formulando-o de forma diversa, com maior ou menor abrangência, dependendo da força com que cada povo participou da elaboração da Constituição e da intensidade democrática do respectivo processo constituinte.

É de se notar que no final da década de 80 e começo dos anos 90, muitos países do continente passaram por um processo de redemocratização, pondo fim a uma, duas ou mesmo três décadas de ditaduras. Houve um renascer de muitas etnias. Na América Latina essa nova formulação ideológica e cultural deu uma força emancipatória às Constituições como resposta às décadas de autoritarismo, e um reconhecimento às diferenças, que havia sido a marca do continente desde a conquista no final do século XV. De cada processo constituinte surgiu um Estado e um Direito marcados por estas características.

O mais importante ingrediente dessa mudança, porém, foi a participação organizada dos povos indígenas do continente. De fato, desde o começo do século XX os povos indígenas passaram a formar organizações com estruturas “modernas”, isto é, paralelas às estruturas tradicionais, porque as tradicionais não conseguiam unir os povos nem ser ouvidas pelos sistemas legais modernos. Estas novas estruturas tentavam romper com a invisibilidade sistêmica dos quinhentos anos de opressão. Com isso há uma participação indígena nas discussões constituintes, formal ou informalmente.

No caso do Brasil essa participação se deu na informalidade institucional, isto é, não estava prevista nenhuma participação indígena no processo constituinte, mas foi intensa a participação, tendo os indígenas ocupados todas as tribunas e espaços possíveis, abertos ou arrombados. No caso da Colômbia, por exemplo, houve participação direta de representação indígena secundada por uma tremenda base organizada.

Por isso, a Colômbia ao promover uma profunda reforma constitucional em 1992 levou longe os direitos dos povos indígenas que habitam seu território. De fato, embora de população indígena não muito densa, são apenas 2% do total, algo em torno de seiscentas mil pessoas, são 81 povos que falam 64 línguas diferentes, o que significa uma grande diversidade cultural.³ Essa riqueza está expressa em vários tópicos da Constituição de 1992, a começar por seus princípios fun-

3. Para maiores informações sobre os povos e línguas da Colômbia consultar os Portais de Internet: Portal de Lenguas de Colombia (<http://lenguasdecolombia.caroycuervo.gov.co/>) e ONIC – Organización Nacional de Indígenas de Colombia (<http://www.onic.org.co/>).

damentais, que reconhecem e protegem a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana (art. 7º).

Na composição do Senado da República ficou criado um número adicional de senadores (dois) eleitos pelas comunidades indígenas. Estes representantes devem ter exercido cargo de autoridade tradicional em sua respectiva comunidade para postular o Senado. O direito a terra também é inovador, chama as terras indígenas de resguardo (antigo nome colonial) e os define como propriedade coletiva e inalienável das comunidades (art. 329). Os resguardos são territórios e constituem ou podem constituir uma entidade territorial ao lado dos departamentos, distritos, municípios (art. 286). Estas entidades territoriais indígenas gozam de autonomia, auto-governo, exercício de competências próprias, administração de recursos, estabelecimento e arrecadação de tributos, além de participar da renda nacional (art. 286). A Corte Constitucional de Colômbia reconheceu que estes direitos são fundamentais e os povos indígenas são os sujeitos coletivos desses direitos.⁴ Como se pode ver, a Constituição da Colômbia organizou o país, inclusive sua divisão territorial, com uma clara estrutura multicultural e pluri-étnica, rompendo com cinco séculos de invisibilidade de direitos indígenas (Sanches, 1996).

A partir de então todas as atuais constituições dos países latino-americanos passaram a trazer referências aos direitos indígenas e o reconhecimento do multiculturalismo das respectivas nações e muitas foram além dos povos indígenas reconhecendo direitos coletivos a outros povos e comunidades. A brasileira de 1988 foi o divisor de águas: as constituições anteriores quando tratavam da questão indígena apenas reconheciam a língua ou a cultura, mas não a terra e a territorialidade, enquanto direitos coletivos, nem o direito de continuar a ser povo, o que equivale a autodeterminação.

O estudo do direito constitucional comparado latino-americano acerca das populações indígenas tem suscitado aprofundamentos importantes que muitas vezes questiona até as raízes da modernidade, como Bartolomé Clavero (1994), Díaz Polanco (2006), Boaventura de Souza Santos (2003), Magdalena Gomez (1995), entre outros.

Estes questionamentos são ainda mais densos e profundos nas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, mas não chegam a romper com o paradigma da modernidade de propriedade contratual, mas repõe em disputa o poder dentro da sociedade hegemônica e o modo como a modernidade se organiza em Estado Nacional monista (Ariza Santamaría, 2015).

4. Cf. Corte Constitucional, sentença T-342, de 1994 e sentença T-405, de 1993.

4. A PARTICIPAÇÃO INDÍGENA

A resistência oposta pelos povos indígenas na América Latina ocorreu desde o início da colonização e se caracterizou pela luta pela sobrevivência como povo. Isto significa que cada povo resistiu em defesa de sua sobrevivência. Esta resistência não parou nunca e foi acrescentada pela luta dos povos que se organizaram a partir da colonização como os afro-descendentes, camponeses etc. Sempre as lutas eram localizadas e um grupo muitas vezes atacados em seus redutos. Esta característica se explica especialmente porque os povos estavam de fato isolados e a luta era contra o invasor direto, uma luta pela sobrevivência. Somente em meados do século XX surgiu uma unidade de natureza política entre os povos e uma reivindicação mais plural, que englobasse mais de um ou todos os povos do continente. Tanto o sistema colonial como o dos Estados Nacionais sempre trataram estes povos como generalidade, “índios” “quilombolas” “caboclos” “posseiros” mas os enfrentavam diretamente caso a caso, o que os enfraquecia. Ora os Estados reprimiam um povo, ora formavam aliança com outro, ora prometiam a redenção, ora a guerra. Em geral, eles legislavam políticas positivas de abrangência coletivas que não cumpriam, mas reprimiam individualmente cada povo rebelde. Por isso também a resistência era de cada grupo, com raras alianças, como a chamada Confederação dos Tamoios, uma complicada aliança entre povos em guerra com os portugueses no século XVI.

Essa política de alianças e declaração de guerras sempre fez o colonizador mais forte e a resistência indígena menos eficaz. No século XX os movimentos indígenas assumiram um caráter de alianças mais gerais. Para isso houve uma mudança na estrutura organizativa destes povos. A forma tradicional de organização, com as hierarquias, clãs, divisões internas e formas próprias de solução dos conflitos em geral não facilita a união de povos, ela serve internamente com bastante eficácia, mas não ultrapassa os limites da estrutura do próprio povo, por isso foi necessário que os indígenas comessem a se organizar de forma diferente, em verdadeiros movimentos sociais cuja reivindicação genérica era reconhecimento de direitos que pudessem ser incluídos nas normas legais de cada Estado Nacional e, portanto, com caráter geral, a todos aplicáveis.

Estes movimentos apareceram na revolução mexicana em 1910 até a formulação da Constituição de 1917, mas são tão desconsiderados pela historiografia oficial quanto o era a Constituição de 1917 pela Teoria do Direito e seus intérpretes.⁵

5. O ministro Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao proferir o discurso de abertura da Assembleia Nacional Constituinte Brasileira cita muitas constituições do mundo, mas não considerou importante se referir à mexicana de 1917, embora com esta tenha grande pro-

Na América do Sul um importante marco histórico foi a Guerra do Chaco entre a Bolívia e o Paraguai. Com a derrota da Bolívia suas elites saem muito enfraquecidas e os índios, mineiros, camponeses e operários melhor organizados. Há uma visível mudança na forma de organização dos povos quechuas e aymaras, que foge ao marco do tradicional. Ainda que mantendo suas tradições e hierarquias, as demandas são então pensadas de forma nacional e a reclamação é de reestruturação do Estado Boliviano. Esta disputa, já com os índios camponeses e operários em união culmina na revolução de 1952 (Gotkovitz, 2011). A clareza dos povos bolivianos se estendeu rapidamente para todo o continente e foi proposto um grande Congresso Indígena Interamericano.

Na primeira metade do século XX, surgiu um pensamento cultural na América Latina que se propõe a buscar as origens indígenas e africanas dos povos habitantes da região. Os nacionalismos e o indigenismo ganham espaço, no Brasil a Semana de Arte Moderna, ocorrida em São Paulo, em 1922.⁶ Eclode uma literatura andina densa e bela, cujo exemplo de José María Arguedas, alfabetizado em espanhol, mas que declara ter como língua materna o quechua. No México o muralismo ganha destaque internacional e Frida Kahlo refigura a pintura do continente.

É nesse ambiente que o século XX avança e com ela as organizações indígenas não tradicionais, quer dizer, estruturadas como movimento social ou mesmo como federações e confederações oficiais, segundo o modelo de pessoas jurídicas do direito ocidental moderno, como é o caso da organização dos índios do Equador, a Conaie, Confederación de las Nacionalidade indígenas del Ecuador, fundada em 1986.

Embora o movimento indígena seja muito anterior, é na década de 80 do século XX que a organização toma vulto. No Brasil, no fim do período ditatorial, 1979/80, algumas lideranças indígenas intelectualizadas começaram a articular com intelectuais não indígenas ligados à Universidade a defesa e proteção dos direitos coletivos, a este movimento logo se integraram lideranças tradicionais que sentiram a ameaça que recaía sobre seu povo. É exatamente este movimento que garantiu que em 1988 a Constituição brasileira reconhecesse os direitos indígenas como originários e garantisse a sua perpetuação. Os índios, as lideranças tradicionais e as intelectualizadas participaram ativamente do processo cons-

ximidade. A preleção do ministro está disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224180>>. Acessado em: 26 jan. 2016.

6. A título de exemplo, citam-se o romance de Mário de Andrade, *Macunaíma*, de 1928 e a obra musical de Heitor Villa-Lobos, que compõe sobre temáticas brasileiras baseadas em tradições indígenas e africanas.

tituinte embora tenha sido negada a sua representação como deputado. É este movimento também que consegue que uma instituição do Estado, o Ministério Público, tenha entre suas funções definidas na Constituição a defesa dos direitos indígenas. Cada palavra inscrita na Constituição brasileira referente aos povos indígenas foi negociada, reivindicada e reclamada por este movimento que, em 1988, tinha a força da tradição indígena cultuada nas aldeias somada aos intelectuais indígenas que conheciam suficientemente a sociedade hegemônica para exigir os termos do reconhecimento dos direitos.

É neste período que as lideranças indígenas continentais exigiram a alteração da Convenção 107 OIT, de 1957, integracionista, que acabou sendo substituída pela Convenção 169 OIT, de 1989, de forte tendência emancipatória e aprovado pelos índios.

5. A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E A CULTURA INDÍGENA

A Constituição brasileira de 1988, além de ser a primeira a incluir os direitos dos povos indígenas continuarem a sê-lo, estabeleceu com muita propriedade e talento os direitos sociais e territoriais.

Reconhecer uma organização social diferente daquela estruturada na própria Constituição e daquelas que as leis infraconstitucionais chamam de sociedades (empresariais, comerciais, civis ou cooperativas) não é matéria simples nem de pouco alcance. Até 1988 as organizações sociais reconhecidas e protegidas pelo sistema jurídico eram somente aquelas cobertas pelo manto da personalidade individual. É verdade que o aprofundamento da ordem democrática já havia reconhecido os partidos políticos e os sindicatos como instâncias de representação intermediária, entretanto, os partidos e os sindicatos, por mais liberdade que possam ter, estão subordinados a uma ordem legal que lhes é externa e que define suas competências, instâncias e limites. A organização social indígena está muito longe disso, porque o que está reconhecido é exatamente o direito de formar sua ordem legal interna.

A Constituição de 1988 reconhece como legítima uma ordem, ou muitas ordens, que desconhece, já que são fundadas nos chamados usos, costumes e tradições. Estas organizações sociais podem ser descritas por cientistas, sociólogos ou antropólogos, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites. Cada uma é ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. Isto é, há um reconhecimento de povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade. Aqui reside o grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado. E esta foi a

reivindicação e conquista dos povos indígenas organizados como movimento social. E isto passou a ser reconhecido por todas as constituições do continente.

Porém, ao reconhecer a organização social dos povos indígenas fora do paradigma da modernidade, as constituições não criaram uma categoria genérica, quer dizer, não se trata de uma organização social de todos os índios, mas cada povo que mantenha sua organização social é, como tal, reconhecido. Embora pareça um paradoxo, disso se trata a reivindicação do movimento indígena. Todos os povos lutaram por direitos de cada povo individualmente. Quer dizer, para reivindicar os direitos os povos se reorganizaram como movimento social ou como sociedades aceitas pela modernidade, para além de suas estruturas tradicionais, mas o resultado da reivindicação ou conquista se traduz como reconhecimento das estruturas tradicionais.

Para completar o reconhecimento da organização social, ficam reconhecidos os costumes, línguas, crenças, religiões e tradições e, obviamente, as regras que os sustentam e que a modernidade chama de Direito. O reconhecimento das organizações sociais e culturais dos povos indígenas é o centro da mudança de paradigmas, porque o que está disposto contraria a ordem anterior, que tinha um caráter provisório até que houvesse a integração na comunhão nacional. Estes dispositivos não tratam de integração, nem a restringindo, nem a compelindo, as organizações sociais indígenas, para preservar a cultura, se mantém vigente para as presentes e futuras gerações. Por isso o processo de desenvolvimento, e os caminhos para o futuro, são assuntos internos de cada povo, que compõem o seu direito à organização social própria.

6. AS TERRAS DOS POVOS INDÍGENAS

São raros os povos que não se identificam com um território determinado e com sua estrutura ecológica. O exemplo de povos sem identidade territorial, povos nômades, são os povos ciganos, não os indígenas, ainda assim, não se pode dizer que os ciganos não tenham territorialidade. Entre os povos originários da América Latina, hoje catalogados em muito mais de 500, com uma população de 50 milhões de pessoas, tecnicamente não há nenhum nômade, no sentido de não manter um território de identificação ecológico-cultural. Alguns povos o perderam ao longo da história, é certo, mas em geral não deixam de reivindicá-lo.⁷

Antes da conquista da América já havia disputas territoriais, inclusive com submissão tributária de povos a outros povos, com acumulação e exploração de

7. Dados do Relatório da Organização das Nações Unidas sobre povos indígenas de 2014, intitulado *Povos Indígenas na América Latina: Progressos da Última Década e Desafios para Garantir seus Direitos*.

riqueza produzida por outrem, basta ver os grandes impérios Inca, Asteca, Mapuche e Chibcha, sem contar o extraordinário império Maia.

Com a conquista, essas disputas territoriais se agravaram. Mais bem armados e treinados do que os índios, portugueses e espanhóis os empurraram do litoral para o interior dos países. Os povos empurrados ou se aliavam aos conquistadores ou dele se afastavam, em qualquer dos dois casos eram obrigados a enfrentar os povos com territórios mais afastados do mar. Isto significa que não é razoável exigir que a localização ou o território atualmente ocupado por um povo seja o mesmo que ocupava em situação pré-colombina, mesmo porque 500 anos na vida de um povo não é pouco, basta imaginar o território português no ano 1000 e compará-lo com Portugal de 1500, não só foi substituído o povo controlador, como a própria língua foi criada e desenvolvida nesse ínterim. Portanto, não se pode exigir aos territórios indígenas uma memorialidade ou fidelidade territorial de mais de 500 anos. Por outro lado, tampouco é razoável exigir que os povos socialmente ambientados a um sistema ecológico passem a viver em outro, simplesmente porque o domínio que têm da natureza e que lhes permite suprir as necessidades vitais não são universalmente aplicáveis. Os conhecimentos são associados à biodiversidade e ecossistema em que vivem.

Tanto a ideia de que os povos devem ter estado sempre no mesmo território, quanto a de que podem ser adaptados a qualquer um são equivocadas. No Brasil, até a década de 80 do século XX a remoção de povos para outros ambientes foi uma política de Estado em vários casos famosos. Para citar apenas dois, podemos lembrar os Nambiquara que habitavam o vale do Guaporé, uma das regiões mais férteis do mundo, e foram transferidos para uma região de cerrado pobre em caça e frutos, para utilização agropecuária da região, o resultado ficou a pouca distância do genocídio (Almeida, 1987). Outro caso emblemático é o dos Panará, também chamados Kreen-Akarore ou índios gigantes, como ficaram conhecidos pela imprensa da época. Este povo foi removido para dentro do Parque Indígena do Xingu,⁸ depois de um contato desastroso. Ocorre que sua guarda foi entregue a inimigos tradicionais que por mais de 20 anos o submeteram. Fundado no texto constitucional, o Poder Judiciário determinou a volta dos Panará à parte de seu território tradicional ainda existente, longe do Parque, além de determinar uma indenização aos índios pelos valores patrimoniais e morais que perderam no processo de transferência e confinamento.⁹

8. O Parque Indígena do Xingu foi criado em 1961 para servir de habitat a muitos povos que deveriam ser trazidos para liberar áreas de agricultura. Os Panará, fragilizados, foram transferidos para lá e ficaram vivendo em território controlado por inimigos tradicionais.

9. Cf. TRF 1, AC 1988.01.00.028425-3/DR, Rel. Juiz Saulo José Casali Bahia (conv), Terceira Turma, DJ de 3/11/2000. Ver ainda, ARNT, 1998.

O artigo 231 da Constituição brasileira, por exemplo, revela a vontade constituinte de garantir efetivos direitos territoriais aos povos indígenas. As terras reconhecidas devem estar adequadas à manutenção da vida indígena, garantindo direitos de organização social com base em direitos territoriais. Estas áreas são chamadas de *terra indígena*, mas o nome jurídico apropriado seria *território*, termo não utilizado para não ser confundido com normas de direito internacional e para não insinuar divisões territoriais internas.

O então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, em célebre voto em Recurso Extraordinário nº 44.535-MT, em 1961, já afirmava: “Aqui não se trata de direito de propriedade comum; o que se reservou foi o *território* dos índios” (Tribunal Regional Federal, 2000). Quer dizer, 27 anos antes da Constituição brasileira Victor Nunes Leal já entendia como deveria ser entendida terra indígena. Apesar de não atribuir o nome território, mas simplesmente terras, a Constituição retirou qualquer conteúdo de propriedade privada moderna destas terras. A clara desconsideração da propriedade privada está expressa no artigo 20, XI, da mesma Constituição, que estabelece que as terras indígenas são bens da União. Retirados o conceito de território, para não confundir com o de território nacional e a ideia de propriedade moderna, para evitar especulações em relação à transferibilidade e disponibilidade, resta analisar como se conforma este direito indígena, ou o que significa juridicamente a categoria *sui generis* “terras indígenas”.

Mais um paradigma foi rompido pela Constituição de 1988 e seguido pelas demais constituições da América Latina. Até sua promulgação, as terras indígenas dependiam de um processo de reconhecimento pelo Poder Público. No século XIX e antes, a ideia jurídica era de que o Poder Público deveria *reservar* terras para que os índios vivessem até sua integração à comunhão nacional, tanto que havia dispositivos redirecionando essas terras depois de abandonadas, chamando-as de aldeamentos extintos. Isto significava que qualquer terra servia, mesmo com condições ecológicas diferentes das adequadas ao conhecimento tradicional. Esta ideia sofreu modificações com a participação dos estudos antropológicos no país, mas legalmente, salvo interpretação generosa do Estatuto do Índio, Lei nº 6001, de 1973, este entendimento prevaleceu até muito próximo de 1988 – basta observar o já citado caso Panará, cuja transferência da população se deu nas décadas de 60 e 70 do século XX.

A Constituição de 1988 reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam. A formulação do artigo 231 nos remete a três ideias-chaves sobre as terras indígenas: 1) o caráter originário deste direito; 2) a ocupação real e atual; 3) a forma tradicional de ocupação.

O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito pré-existente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros. Como é dever da União, diz a continuação do *caput*, demarcar, proteger e respeitar, quando não o faz, há ato omissivo da Administração, evidentemente reparável por via Judicial, mas jamais desconstituidores do direito indígena.

Este entendimento é, com outras palavras, repetido na Convenção 169 OIT em 1989 e depois nas diversas constituições da América Latina que se seguiram e também na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.

7. A PERPETUIDADE DO DIREITO COLETIVO INDÍGENA

Como já está afirmado acima, para os povos indígenas há que distinguir dois direitos diferentes: um pertence a toda humanidade, enquanto o outro pertence a cada povo. O primeiro pode ser chamado de direito à sociodiversidade, que é um direito da humanidade à existência e manutenção dos diversos povos e suas culturas. Este direito se revela como uma obrigação, porque obriga cada povo e cada Estado ao respeito pelo outro, ganhando instâncias internacionais, mas também presente nas constituições nacionais, cada vez com mais explicitude, como as constituições latino-americanas, cujas expressões das Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009 são claras. Este é um direito à alteridade e tem estreita relação com o direito à biodiversidade, não só porque as culturas dependem do ambiente, mas em razão dos conhecimentos tradicionais, inerentes à diversidade social. Portanto este é um direito de todos, da Humanidade.

Entretanto, há um outro direito, também coletivo, que é o direito que tem como sujeito os próprios povos a sua existência física e cultural, que não pertence a toda humanidade, mas apenas àquele povo determinado. É claro que estes também são direitos coletivos, porque não são a mera soma de direitos subjetivos individuais, pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado, e tem o dever de promover a sua defesa, que beneficia a todos. Este direito é indivisível entre seus titulares, uma eventual divisão do objeto fará com que todos os titulares do todo continuem titulares das partes, não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis.

Estes direitos de cada povo, nos sistemas das constituições latino-americanas, se explicitam em três dimensões: os territoriais, os de organização social e os de cultura, intimamente vinculados entre si, de tal sorte que a violação a uma das dimensões viola todas as outras. Estas três dimensão já estavam claras na Constituição brasileira de 1988, mas foram sendo aprofundadas nas que a seguiram. A eficácia e aplicabilidade destes dispositivos, porém, não são fácil por mais explícita que seja a norma constitucional, porque a prática social e jurídica continua sendo na proteção dos direitos individuais, a lógica do sistema é individualista e estes direitos coletivos muitas vezes se contrapõem a esta lógica e outras vezes se contradizem diretamente aos direitos de propriedade. Das três dimensões, porém, a mais difícil de ser aplicada é a que reconhece a organização social de cada povo.

O sistema econômico do capitalismo tem dificuldade de aceitar o reconhecimento das terras indígenas porque elas são destacadas, retiradas do mercado de terras para se transformar em uma não-propriedade. Fora do mercado elas não se sujeitam aos capitais, nem como consumidoras de agrotóxicos, sementes e implementos agrícolas, nem como produtora de *commodities*. Por isso há permanente iniciativa dos setores econômicos de, mesmo com as terras fora do mercado, servirem à produção capitalista como consumidoras e produtoras, sem perder a característica de indígenas e não-propriedade.

Em relação aos direitos de organização social própria, porém, há uma dificuldade ainda maior que com as terras de não-propriedade. É que a livre organização social indígena importa também a livre organização de seus institutos de “solução de conflitos”, o que significa não apenas a forma de solucionar as pendências internas do grupo como o conteúdo delas, o que incluiu formas de transferência de propriedade, definição de crimes, de coerção social, de processo, etc. Muitas vezes em desacordo com as normas da modernidade que, em seu entender unitário e privatístico, não aceita que suas leis não tenham validade e eficácia temporal ou territorial.

Por isso as leis nacionais e suas constituições têm sido complementadas por normas internacionais, como a Convenção da OIT, 169, a Declaração das Nações Unidas Sobre o Direito dos Povos Indígenas, a Convenção da Biodiversidade, entre outras. Atentos a essa situação de divergência com os Estados Nacionais os povos indígenas, especialmente da América Latina, mas não só, desde a década de 80 do século XX estão organizados e atuantes nos cenários internacionais da América, Europa e África, principalmente atuando nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos e na OIT.

8. CONCLUSÃO

Houve no século XX uma mudança de postura dos povos indígenas do continente que, mesmo mantendo as formas de organização tradicional, promoveram a construção de organizações parecidas com os movimentos sociais e com as sociedades civis próprias da modernidade. Isto deslocou o enfrentamento de cada povo com a Metrópole ou com o estado Nacional constituído, com um enfrentamento global, de todos os povos com os Estados Nacionais e com o sistema internacional resultando não apenas mudanças profundas nas Constituições Nacionais, mas também nos Tratados e Convenções Internacionais.

Houve, então, um reconhecimento de que os chamados usos, costumes e tradições indígenas são direitos coletivos e exercitáveis entre os povos. A sociedade e os Estados do continente, – que se constituíram na tão profunda diversidade social, sempre omitida da história oficial mas viva na realidade das comunidades, passaram a se organizar atendendo a esses direitos por imposição, reivindicação e pressão das sociedades indígenas e outras tradicionais.

Apesar dos direitos incluídos nas constituições, mesmo que se estendessem as redações dadas no Equador (2008) e na Bolívia (2009) para todos os países do continente, não significaria que todos os problemas e as contradições entre Estados Nacionais e povos tradicionais estivessem resolvidos. Colocar em prática esses direitos em sua integridade se contradiz com o modo agressivo que a produção moderna chegou, violando o direito das pessoas, dos grupos e da natureza. Por isso, embora seja uma conquista indígena, a aplicação destes direitos ainda é pauta de discussão do futuro da América, mantendo-se assim o Estado em disputa.

Os movimentos sociais indígenas têm se fortalecido nesta luta, mas têm também sofrido revezes. A cada avanço, como, por exemplo, a introdução da consulta prévia exigida na Convenção 169, há a tentativa dos Estados Nacionais de minimizar a sua aplicação e eficácia. Mas os retrocessos não têm servido para desarticular os povos, ao contrário, a esperança aberta a cada avanço tem aberto os olhos para o futuro e aumentado a certeza de que é possível construir coletivamente uma vida melhor, ainda que para isso seja necessário abrir as fronteiras e promover uma organização continental.

Curitiba, 8 de abril de 2016.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silbene de. Os nambiqwara. In: OPAN/CIMI. *Índios em Mato Grosso*. Cuiabá: Gráfica Cuiabá, 1987. p. 95-102.

- ALVES, José Carlos Moreira. *Assembléia Nacional Constituinte: instalação*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 93, p. 5-14, jan./mar. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224180>>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. El pluralismo jurídico em América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico em los estados constitucionales. *Insurgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/16771>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- ARNT, Ricardo; et al. *A volta dos índios gigantes*. São Paulo: ISA, 1998.
- CLAUVERO, Bartolomé. *Derechos indígenas y cultura constitucional em América*. México: Siglo XXI, 1994.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE – CEPAL. Povos Indígenas na América Latina: Progressos da Última Década e Desafios para Garantir seus Direitos. *Relatório da Organização das Nações Unidas sobre povos indígenas*, 2014. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/37050-pueblos-indigenas-america-latina-avances-ultimo-decenio-retos-pendientes-la>>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR DE 1830. Wikipédia. Disponível em: <https://es.wikipedia.org/wiki/constituci%C3%B3n_de_ecuador_de_1830>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- DÍAZ-POLANCO, Héctor. *Elogio de la diversidad: globalización, multiculturalismo y etnofagia*. México: Siglo XXI, 2006.
- GOMEZ, Magdalena. *Derechos indígenas: lecturas comentadas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Mexico: Instituto Nacional Indigenista, 1995.
- GOTKOVITZ, Laura. *La revolución antes de la revolución: luchas indígenas por tierra em Bolívia 1880-1952*. La Paz: Plural, 2011.
- HISTÓRIA BRASILEIRA. *Confederação dos Tamoios*. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-colonia/confederacao-dos-tamoios/>>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- OLIVA DE COLL, Josefina. *A Resistência Indígena*. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. Os Direitos Invisíveis. In: _____. *A Liberdade E Outros Direitos: Ensaio Socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011.
- SANCHES, Enrique (ed.). *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*. Bogotá: Disloque, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 20, jan. -mar. 1962. Recurso Extraordinário nº 44.535-MT. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020_1.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1. AC 1988.01.00.028425-3/DR, Rel. Juiz Saulo José Casali Bahia (conv) Terceira Turma, DJ de 03/11/2000.

— Novos horizontes na produção do conhecimento: pluralismo, direitos humanos e a questão dos bens comuns¹

Antonio Carlos Wolkmer²

Maria de Fátima S. Wolkmer³

1. INTRODUÇÃO

Um novo cenário para paradigmas alternativos na produção do conhecimento tem sido desencadeado por algumas constituições nos últimos quinze anos na América latina. Trata-se da tendência denominada, ou conhecida, como “novo” Constitucionalismo Latino-Americano – tendo como núcleo a proposição andina da cosmovisão do “buen vivir”. Esse conceito propõe a redefinição de sociedade sustentável, na tentativa de erradicar as formas produtivas arraigadas no extra-

1. Este texto foi o resultado da pesquisa apresentada pelos autores para o projeto intitulado “Águas, Direito Humano à Água Potável e ao Saneamento básico nos Países da Unasul” fomentado pelo CNPQ: Formulação de Políticas Públicas e de Marcos Regulatórios Comuns, 2011-2014. De igual modo, sua primeira versão, com alterações, foi submetida para publicação sob o título “Dimensão Social da Teoria Constitucional Contemporânea: Sustentabilidade, Pluralismo e Direito Humano à Água”, Unila, 2015.

2. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito do Unilasalle-RS e da Universidade Federal de Santa Catarina e da Unesc. Bacharel em Direito (Unisinos – 1977), Mestre em Ciência Política (UFRGS, 1983) e Doutor em Direito (UFSC – 1992). Membro do Grupo de Trabalho da Clacso – “Crítica Jurídica Latinoamericana, Movimientos Sociales y Procesos Emancipatórios”. Membro da Associação Argentina de Sociologia Jurídica. É investigador nível 1-A do CNPQ e consultor Ad Hoc da Capes. Professor visitante de cursos de Pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Venezuela, Costa Rica, Porto Rico, México, Espanha e Itália). Autor de diversos livros, entre eles: *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito* (2015). Colaborou na organização dos seguintes títulos: *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina* (2004); *Introdução ao pensamento jurídico crítico* (2015); *História do Direito no Brasil* (2015); *Constitucionalismo Latino-americano. Tendências Contemporâneas* (2013); *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina* (2015).

3. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do projeto “Águas, Direito Humano à Água Potável e ao Saneamento Básico nos Países da Unasul” fomentado pelo CNPQ. Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos na Unesc (SC).

tivismo e as visões mecanicistas de crescimento econômico. Ele também indica a passagem de sociedades de bem-estar para sociedades do bem-viver, promovendo a defesa do pluralismo dos bens comuns como um espaço de encontro democrático em torno de uma agenda comum, tendo em vista a realização de profundas transformações sociais. Essas mudanças seriam necessárias para assegurar a realização dos direitos humanos, mas também, como propõe o Constitucionalismo andino, os direitos da natureza. Sendo assim, o presente texto analisa a importante contribuição dessas Constituições, ao tempo que discute a questão nuclear do direito humano à água não só como o mais emblemático dos bens comuns, mas também por ser o recurso mais estratégico do século XXI.

2. CRISE DO MEIO AMBIENTE E PERSPECTIVAS PARA UM DESENVOLVIMENTO ALTERNATIVO

As incongruências que perpassam o conhecimento hegemônico mundializado refletem rupturas e emergências na esfera da racionalidade humana, dos padrões culturais e do meio ambiente. Nesse sentido, toda crise de paradigmas resulta das contradições estruturais e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Esses acontecimentos estão associados a rompimento, interrupção, impasse, descontinuidade, reordenação e transição. Sendo assim, o esgotamento de modelos científicos tradicionais (quer em sua vertente idealista-metafísica, quer em sua vertente formal-empírica) abre, progressivamente, cenário para mudanças e a reconstrução de paradigmas, modelados por contradiscursos críticos-emancipadores. (Wolkmer, 2015a, p. 26-27).

Para além de uma crise da sociedade, do Estado e do Direito, a crise é também do tempo ambiental que se revela violado e dissociado da interpelação de culturas alternativas que respeitam a dinâmica da reprodução da natureza. A crise projetada no espaço do meio ambiente implica igualmente a desestruturação de nosso tempo que, na perspectiva proclamada, em 2002, pelo Manifesto “Una Ética para la Sustentabilidad”, resulta

de uma visão mecanicista do mundo que, ignorando os limites biofísicos da natureza e os estilos de vida das diferentes culturas, está acelerando o aquecimento global do planeta. Esta é uma ação humana, e não da natureza. A crise ambiental é uma crise moral das instituições políticas, de aparatos jurídicos de dominação, de relações sociais injustas e de uma racionalidade instrumental em conflito com a vida (...). (Riechmann, 2004, p. 16, tradução nossa).

Assim, a crise epistêmica da modernidade se refere aos impactos negativos da globalização e do esgotamento de um modelo de desenvolvimento capitalista predatório, “socialmente perverso, politicamente injusto e eticamente condenável” (Riechmann, 2004, p. 16, tradução nossa). Tal desenvolvimento capitalista legitima uma retórica contraditória de sustentabilidade que almeja harmonizar um processo econômico desenfreado e ilimitado, apoiado na lógica “produtivista-consumista”, com a preservação da natureza com limitados recursos. Para tanto, frente à hecatombe do paradigma capitalista desenvolvimentista de tipo individualista, puramente material e antropocêntrico, busca-se caminhos alternativos que orientam na direção de uma eficaz sustentabilidade fundada “no reconhecimento dos limites e potenciais da natureza, assim como na complexidade ambiental, inspirando uma nova compreensão do mundo para enfrentar os desafios (...)” (Riechmann, 2004, p. 16, tradução nossa), promovendo uma forma de adaptação e equilíbrio entre homem, cultura e natureza.

Consequentemente, isso sugere delinear outra concepção de desenvolvimento centrada numa sustentabilidade cujos valores estejam voltados para a satisfação das necessidades humanas fundamentais, mas também para a reprodução da natureza. Convém destacar que desenvolvimento não se identifica com o crescimento econômico entendido classicamente como expressão de progresso econômico, de extração selvagem dos recursos naturais voltada para alimentar o comércio mundial e as ilusões do consumo desenfreado. Ao contrário, para a Carta de 2002 intitulada “Manifiesto por Una Ética para la Sustentabilidad”, assinada em Bogotá, é essencial diferenciar esse tipo de desenvolvimento capitalista do modelo de sustentabilidade, pois tais conceptualizações se contrapõem e quando são associadas não revelam, autenticamente, “uma forma nova e alternativa de relação entre produção de bens necessários à vida e (...) à natureza com seus recursos limitados” (Riechmann, 2004, p. 16, tradução nossa).

Impõe-se, portanto, para um maior equilíbrio, dissociar a sustentabilidade do desenvolvimento capitalista predatório por meio da redefinição de sua compreensão e do reconhecimento da interação entre os ecossistemas que reproduzem a vida e a interconectividade do planeta para potencializar todas as disposições voltadas para o Bem Viver.

Diante do exposto, sustentamos que para a superação do referencial “desgastado e infrutífero de desenvolvimento” há que se buscar alternativas para uma autêntica sustentabilidade que possam ser expressas e estar em sintonia com o conceito latino-americano de “buen vivir”, reivindicado pelos movimentos indígenas e institucionalizado há pouco mais de uma década nos textos constitucionais da região andina, notadamente do Equador (promulgada em 2008) e da Bolívia

(promulgada em 2009) (Garcia, 2012, p. 204). Assim, projeta-se como uma alternativa ao desenvolvimento capitalista a concepção de “buen vivir”, que favorece a perspectiva de uma nova sustentabilidade, na medida em que na vida tudo está “interconectado e interdependente”, reafirmando, desse modo, a “harmonia e integração do homem com a natureza.” (Garcia, 2012, p. 213-214).

Em suma, destaca-se nesta reflexão que os valores advindos da filosofia andina por meio de uma ética cosmocêntrica e por novas diretrizes paradigmáticas do Constitucionalismo Andino acerca dos direitos da natureza apontam para a releitura da sustentabilidade, contribuindo para outro tipo de “desenvolvimento menos focado no material e mais centrado no bem-viver das pessoas e na qualidade do meio ambiente”. (Gudynas, 2009, p. 115). Tudo isso implica na reordenação da visão de mundo, na prática de vida pós-materialista e na *ecomundialidade* enquanto dimensão da comunidade integrada à natureza, preservada e cuidada em seus bens comuns, e também no seu legítimo direito de se reproduzir independentemente de essa visão estar vinculada às necessidades humanas.

3. A QUESTÃO DOS RECURSOS NATURAIS NA TRADIÇÃO DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA LATINO-AMERICANA

O cenário cultural e os intentos que politicamente dominavam nos países da América Latina no início do século XIX propiciaram a expansão, no âmbito do Direito público, da doutrina político-jurídica do Constitucionalismo liberal e colonizador, de viés elitista, segregador e monista. Ainda que politicamente tenha representado uma limitação do poder absolutista das metrópoles, a emancipação das colônias ocorrida naquele período consolidaram nos países recém-libertos garantias e segurança aos direitos das minorias brancas, *criollas*, proprietárias. Essas classes buscavam legitimação como categorias hegemônicas nos novos processos políticos institucionalizados para materializar um modelo de desenvolvimento capitalista periférico. Naturalmente, o perfil ideológico desse Constitucionalismo ocidental importado, colonizador do período pós-independência, traduziu não apenas os valores da elite local, mas também expressou ideologicamente a junção de algumas diretrizes que garantiam esse aparato, tais como, o liberalismo econômico, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador de governante, a centralização burocrática, a concepção monista do Estado de Direito e a supremacia dos direitos. Essas diretrizes são observadas por meio da exclusão de segmentos sociais majoritários que não podiam ser absorvidos pelo modelo pós-colonial, como as nações indígenas, as comunidades afro-americanas e a massa de camponeses agrícolas.

Ademais, a incorporação do modo de produção capitalista e a inserção do liberalismo individualista tiveram uma função importante no processo de positivação do Direito estatal (isto é, acepção na qual somente o Estado se legitima para a produção legislativa) e no desenvolvimento específico do Direito Público das antigas colônias ibéricas. Cabe reconhecer que o individualismo liberal e o ideário iluminista dos Direitos do Homem penetraram na América hispânica, no século XIX, dentro de sociedades fundamentalmente agrárias e segregacionistas, em alguns casos escravistas, nas quais o desenvolvimento urbano e industrial era praticamente nulo e grande parte de sua população além de não possuir status de cidadania também não desfrutava de proteções constitucionais. Obviamente que no contexto dessa lógica colonial, marcada pela cultura monista de “assimilação” em que uniformizam constitucionalmente expressões culturais de acordo com um modelo oficial, não há respeito pelas diversidades, nem à preservação da natureza e menos ainda a tradições remotas acerca do pluralismo legal consuetudinário dos povos originários e dos conhecimentos ancestrais.

Deste modo, na história da região andina, poucas vezes, o Constitucionalismo tradicional colonizador, representado por Constituições liberais, individualistas, formalistas e excludentes, expressou autenticamente as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações de afro-descendentes, as massas de camponeses agrários e, mais tarde, dos movimentos urbanos. A essas ausências somam-se outras, no século XX, na medida em que tardam a reconhecer a importância do meio ambiente, da biodiversidade e, do desenvolvimento sustentável, especificamente sobre políticas de conservação e de proteção aos bens comuns naturais – notadamente o direito humano à água – que só ocorrerão expressamente de forma autônoma no início do século XXI.

Consequentemente, ressalta-se a importância do novo Constitucionalismo que surgiu em países latino-americanos (Venezuela, Equador e Bolívia), rompendo teoricamente com a colonialidade do poder e sua tradição política/jurídica de base liberal e individualista até o momento hegemônica. Com isso, distanciando-se da antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado, se projetaram novas Constituições portadoras de uma cosmovisão alternativa, derivada da valorização do mundo indígena e da refundação das instituições políticas que reconhecem as necessidades de culturas originárias encobertas e de identidades radicalmente negadas ante sua própria história. Nesse contexto, reconhece-se como um “novo” Direito, o consumo de água potável e os benefícios disso não só como um patrimônio da sociedade, mas como um componente essencial da própria natureza.

4. BENS COMUNS E DIREITO HUMANO À ÁGUA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O pensamento andino não é aqui apresentado como um resgate de tradições intocadas pelo processo histórico colonial e pós-colonial. É importante salientar, apesar de não ser objeto desta reflexão, que na América Latina existem diferentes concepções de bem viver. Ora, o resgate das tradições andinas, particularmente no Equador e na Bolívia, está coligado às conquistas do pensamento crítico na vertente descolonial ou decolonial, refletindo significativas mudanças institucionais.

Entretanto, cumpre observar que, embora evidentes os progressos institucionais, o que se observa na prática é o fortalecimento da economia adaptada ao “sistema mundo” a partir de um modelo “neoextrativista” de recursos naturais, entre os quais, o petróleo, o gás e o monocultivo de soja acompanhado, como aponta Ricardo Petrella, da “apropriação privada dos bens essenciais e insubstituíveis para a vida e o viver juntos.” (Sbardelotto, *IHU Online*, 2010, p.1). Esse modelo, diz o autor, com “os processos atuais de privatização de quase todos os bens da Terra e dos seres humanos têm conduzido à mercantilização generalizada da vida. A mercantilização da água, em particular, é totalmente inaceitável.” (Sbardelotto, *IHU Online*, 2010, p.1).

Destaca-se que a governança da água está diretamente relacionada à soberania de um país na medida em que tem um papel estratégico para todos os setores da sociedade. No entanto, esse recurso está refém, em diversos países da América Latina, dos interesses de mercado e transnacionais que já exercem no âmbito político, por exemplo, forte influência para obtenção de vantajosas concessões para os serviços, tratamento e distribuição dos recursos hídricos. Ante o exposto, constitui-se que, na atual conjuntura, a água como bem comum natural e como um direito humano transversal à realização das necessidades humanas fundamentais (como a saúde, o trabalho, a moradia, etc), encontra-se vulnerada e disputada por interesses de mercado que se contrapõem num cenário de crescente escassez (Causa Sur, 2012).

A água ocupa um dos lugares centrais no ciclo da vida e do conjunto de sistemas ambientais que regulam a vida, o clima e a própria integridade do planeta Terra. A água é um sistema ambiental complexo, que afeta outros sistemas fundamentais e é por eles afetado: atmosfera e clima, biodiversidade e florestas, oceanos e evaporação. A água fresca, tão essencial, como estoque dado, precisa se renovar no seu ciclo natural. (Grzybowski, *Carta Maior*, 2014)

Neste cenário de crise, onde a escassez da água e as mudanças climáticas são vistas pela voracidade do poder hegemônico como oportunidades de negócios para o mercado, é que surgiu outra eco-percepção como alternativa fundamentada na cosmovisão andina para preservar a vida em toda sua plenitude. Embora a probabilidade da materialização das mudanças propostas pelo novo Constitucionalismo hoje esteja sendo questionada, continua sendo uma forte indicação para as profundas transformações necessárias diante da crise civilizatória, notadamente ambiental, que estamos enfrentando.

O Constitucionalismo transformador de teor pluralista representa hoje uma expressiva referência, pois implica uma ruptura com a tendência delineada acima e também com a matriz epistêmica eurocêntrica. Ao partirem de um conceito de cultura da vida expressa no “bem viver”, as constituições de países como Equador e Bolívia buscam suplantam a expectativa desenvolvimentista de viver melhor/ consumir mais em detrimento dos outros e da natureza. Como aponta Mamani (2010), isso tem como pressuposto,

1. *A reconstituição da identidade cultural da herança ancestral milenar;*
2. *A recuperação de conhecimentos e saberes antigos;*
3. *Uma política de soberania e dignidade nacional;*
4. *A abertura para novas relações de vida comunitária;*
5. *A recuperação do direito de relação com a Mãe Terra;*
6. *A substituição da acumulação ilimitada individual do capital pela recuperação integral do equilíbrio e harmonia com a natureza.* (Mamani, 2010, p. 15)

Esses pressupostos determinam consequências lógicas, tais como: a afirmação do direito humano à água; a sua definição como patrimônio natural estratégico; a proibição das privatizações; o direito da natureza num giro biocêntrico sem precedentes na história do Constitucionalismo ocidental. Na estruturação desses objetivos estabeleceram os constituintes um papel estratégico não só ao Estado, mas também aos povos originários e cidadãos na defesa dos bens comuns naturais.

A partir do Constitucionalismo Pluralista, o Estado, estaria abalizado para reconstruir os espaços de soberania nacional/local através da aliança público/comunitária, segundo seu papel estratégico de condutor dos interesses da Pachamama. De acordo com essa estratégia, o sistema jurídico passa a ter como eixo estruturante a sabedoria ancestral, o viver em plenitude e a harmonia com a natureza (Mamani, 2010). Neste contexto, busca-se superar a lógica do mercado, expressa em todos os setores considerados, em função de sua magnitude, essenciais para desenvolvimento do país, na medida em que o Estado passa a ser o admi-

nistrador dos setores estratégicos orientando-se pelo interesse nacional/social (Acosta; Martinez, 2010). Importa considerar como tais processos serão tratados de modo particular no âmbito do Constitucionalismo equatoriano contemporaneamente. Certamente, seu Processo Constituinte não transcorreu sem que posições antagônicas entrassem em conflito, pois enquanto uns defendiam os interesses das transnacionais da água, a apreensão desse recurso enquanto mercadoria, outros fizeram a defesa de sua complexidade natural, social e cultural. Ora, na legislação anterior, representada pela lei das Águas de 1972, a água foi definida como um bem nacional de uso público que podia ser privatizada.

Para Alberto Acosta & Esperanza Martinez (2010), a Constituição de Montecristi, mais do que qualquer outra, é uma Constituição da Água, em função da centralidade que esse bem comum natural assumiu no Processo Constituinte, tendo sido aprovado quatro pontos fundamentais a seu respeito:

A água é um direito humano;

A água é um bem nacional estratégico de uso público;

A água é um patrimônio da sociedade;

A água é um componente fundamental da natureza, a mesma que tem direitos próprios a existir e manter seus ciclos vitais. (Acosta; Martinez, 2010, p.19, tradução nossa)

Para melhor compreensão, entende-se que os quatro princípios em relação à água são imperativos na realização dos direitos humanos. A Constituição equatoriana de 2008 modificou o marco legal. Visto que a água é um elemento vital na *Pachamama*, a sua apreensão como um direito humano assume novas dimensões, implicando numa visão mais holística com práticas biocêntricas desafiadoras. Por outro lado, na perspectiva Ocidental, consagrou-se a interdependência na efetivação de todos os direitos humanos, o que obriga o Estado a elaborar políticas públicas que tornem efetivo esse direito, ou seja, a realização do direito humano à água recomenda o acesso a uma quantidade mínima indispensável à saúde, à alimentação, ao trabalho, etc. No entanto, com o recrudescimento do capitalismo vem predominando a dimensão econômica da água frente à sua propriedade de preservação da vida. Já na Constituição do Equador, a água passa a ser sujeito; e não só a água, mas todos os bens que compõem a natureza vista como um todo indivisível.

No Ocidente, a história dos direitos humanos é uma narrativa que inclui pessoas e bens antes excluídos do seu âmbito de proteção. Essa história recebe agora a importante contribuição do novo Constitucionalismo latino-americano, agregando novos sentidos e novos valores. Para realização do “bem viver”, a na-

tureza emancipa-se da conotação marcadamente econômica com uma nova nomenclatura para os bens naturais essenciais para vida, nomeando-os de patrimônio natural. A água é definida como um bem nacional estratégico de uso público, tendo como referência o “bem viver”. Assim, recuperam-se as potencialidades comuns do conhecimento ancestral, buscando, dessa forma, construir uma governança comunitária e plural da água. Da mesma forma, são estabelecidos os princípios da sustentabilidade ambiental, precaução, prevenção, e da eficiência como critérios para o planejamento de todos os setores considerados estratégicos. No entanto, no contexto da cosmovisão andina essa tarefa implica enfrentar alguns desafios. São eles:

a. Materializar um modelo de Estado, cuja gestão não esteja centrada unicamente no conhecimento técnico, assumindo o controle dos bens estratégicos, garantindo água a todos os seres vivos, às atuais e futuras gerações, para todos os setores da sociedade, assim como para a natureza;

b. Resgatar conhecimentos tradicionais, organizar modelos de governança que atendam as diferentes necessidades culturais num espaço efetivamente plural e participativo, salvaguardando as fontes e os cursos de água e envolvendo diretamente a cidadania numa governança verdadeiramente comunitária e democrática;

c. Superar o modelo reducionista que identifica sustentabilidade com crescimento econômico a partir do capitalismo predatório e reconstruir, a partir da ética do cuidado, uma abordagem complexa para a realização do bem viver, de tal forma que sejam também assegurados os direitos da *Pachamama*. No que tange à água, segundo a Constituição equatoriana, no artigo 411:

o Estado garantirá a conservação e o manejo integral dos recursos hídricos, bacias hidrográficas e caudais associados ao ciclo hidrológico. Regulamentará todas as atividades que possam afetar a qualidade e quantidade de água, e o equilíbrio dos ecossistemas, em especial nas fontes e zonas de recarga de água. (Acosta; Martinez, 2010, p. 191, tradução nossa)

Ademais, enquanto patrimônio da sociedade procurou-se na Constituição equatoriana salvaguardar a água para as futuras gerações. A visão patrimonial da água tem como base a harmonia e o equilíbrio numa dinâmica que supera a lógica mercantil. Desse modo, sendo a água um patrimônio nacional estratégico, como um elemento vital comum ela não pode ser considerada um capital natural associado a um processo de produção submetido à racionalidade de mercado. Percebe-se, portanto, que o conceito de patrimônio resgata o sentido de um direito

natural ao conceder o usufruto para as gerações atuais que reconhecem e preservam o direito das futuras gerações. Supera-se, desse modo, a definição da água como um bem que traz implícito um valor fortemente econômico.

A visão da água como um patrimônio social resgata o sentido de bem comum cuja natureza implica o necessário compartilhamento e cuidado. Sendo assim, de acordo com Cândido Grzybowski,

a percepção da necessidade de compartilhar e cuidar de certos bens leva os grupos humanos a se organizar e a tratá-los como comuns. Por isto é que socialmente se criam bens comuns. Voltar a tornar comum o que foi privatizado está no centro de muitas indignações e insurgências pelo mundo. (Grzybowski, Carta Maior, 2014)

Ainda de acordo com o sociólogo,

O privado é o que é controlado privadamente, segundo interesses particulares. O que é público, controlado ou não pelo Estado, deve atender a interesses coletivos, de todas e todos. Mas, para isto, necessariamente precisa ser visto e tratado como um comum, um direito igual de todos e todas da coletividade. (Grzybowski, Carta Maior, 2014)

No aspecto da teoria constitucional, o Equador apresenta mudanças institucionais significativas, fundando um novo contrato natural (direitos da natureza), com ampla aprovação popular após o Processo Constituinte. Por outro lado, na medida em que o novo pacto de convivência representa o reconhecimento dos direitos da natureza e a superação da Ética antropocêntrica funda-se também uma nova Ética biocêntrica. Essa percepção que emerge da cosmovisão andina implica potencializar bases materiais de sobrevivência que respeitem a cultura e promovam o “bem viver”, uma vez que a dignidade humana seja o referente de uma vida com qualidade, em permanente construção.

*A nova constituição é pioneira em reconhecer direitos à natureza. Existem muitos artigos que estabelecem este direito e que propõem um modelo de desenvolvimento ao país em harmonia com a natureza e o ambiente. Os direitos da natureza estão em íntima relação com a proposta de um novo regime de desenvolvimento, o regime do bem viver ou *sumak kawsay*. O bem viver implica harmonia: do ser consigo mesmo, com seus congêneres, com a natureza. Neste sentido tem coerência incorporar a natureza como sujeito de direitos, pois sem ela não é possível a vida*

dos seres humanos. A manutenção e regeneração dos ciclos vitais da natureza, entre eles o mais importante o da água não implica somente o cuidado e gestão sustentável de ecossistemas fundamentais para a água, senão também o manejo integral da água em seus diversos usos, desde a captação até a descarga, uma vez que a água é utilizada. Isto implica incorporar mudanças profundas no uso e tratamento da água em setores urbanos, na agricultura, na indústria, nas mineradoras, na indústria petroleira. (Acosta; Martinez, 2010, p. 37, tradução nossa).

Na Constituição do Equador de 2008 emerge como narrativa o conceito de Bem viver (*buen vivir*), que expõe uma plataforma onde a água passa a ser vista como um bem comum, ou melhor, como um patrimônio natural de todos os seres vivos, o que significa abandonar a ideia de sustentabilidade (e desenvolvimento) do modelo atual, mas também a materialização de todo um aparato conceitual que promova a sinergia com a Mãe Terra e um desenvolvimento a serviço da vida. O texto constitucional relaciona a água a todos os direitos humanos e também aos direitos da natureza, asseverando que sua gestão deve ser público-comunitária. Em suma, água não pode ser privatizada, pois é essencial para vida.

Neste sentido, a Constituição proíbe a privatização, pois a água pertence a todos. Nos países andinos, ela é um ser vivo que permite a continuidade da vida. O ciclo da água integra os seres vivos à natureza, e interage em todos os ecossistemas, permitindo a articulação entre a natureza e as sociedades com diferentes formas de desenvolvimento. (Wolkmer; Pimmel, 2013, p. 191).

Ora, os objetivos do “buen vivir” como representação de uma sustentabilidade alternativa estão definidos no art. 276 da Constituição do Equador. Dentre os principais objetivos estão: “recuperar e conservar a natureza, e manter um ambiente são e sustentável, bem como garantir o acesso e a qualidade à água, ao ar e ao solo, e os benefícios dos recursos naturais”. Com efeito, isso determina obrigações tanto para o Estado, como para as pessoas, ou coletividades (arts. 277 e 278; Gudynas, 2009).

Parece evidente, assim, nesta direção do “aproveitamento dos recursos naturais para atender as necessidades da vida” que os intentos do “buen vivir” apresentam aproximação, segundo Eduardo Gudynas (2009), com certas posturas críticas vinculadas ao desenvolvimento sustentável ou mesmo à “ecologia profunda”. Mais diretamente, dois aspectos do “buen vivir” são comuns à sustentabilidade, quais sejam: a) a proposição de que “os seres humanos devem aproveitar os recursos e riquezas do ambiente”; b) os seres humanos, no entanto, devem se

inserir em “um novo contexto”, já que essa apropriação deve servir ao “buen vivir” (Gudynas, 2009, p. 120). Por consequência, a visão do “buen vivir” é “integral, tanto ambiental como social; não pode haver “buen vivir” sem uma natureza protegida e conservada.” (Gudynas, 2009, p. 46).

Para Ricardo Petrella (2009, p.1), necessita-se de uma nova narrativa da água enquanto bem comum que abarque os seguintes princípios:

- a)** A essencialidade e a insubstituibilidade *para a vida individual e coletiva independente da variedade dos sistemas sociais, no tempo e no espaço. A água tem sido essencial e insubstituível há seis mil anos e continuará sendo por milhões de anos;*
- b)** A integralidade ao campo dos direitos humanos e sociais. Os bens comuns e direitos humanos são indissociáveis. *O parâmetro de definição do valor e da utilidade de um bem comum público é a vida, o direito à vida, e não o custo associado à sua disponibilidade e acessibilidade. Não se trata de bens e de serviços destinados à satisfação de necessidades individuais (ou de grupo) e, enquanto tais, mutáveis, enquanto dependentes de seu custo de acesso e de sua utilidade comercial;*
- c)** A responsabilidade e a propriedade coletiva em uma lógica de solidariedade pública. *O Estado, representante da coletividade dos cidadãos (a comunidade política) é e deve ser responsável pelos bens comuns, dos quais os cidadãos são solidariamente proprietários através do Estado e das outras coletividades territoriais (locais, regionais, etc.);*
- d)** A inevitabilidade da integração das funções de propriedade, de regulamentação, de governo/gestão e de controle sob a responsabilidade de sujeitos públicos. *Trata-se de afirmar a natureza pública da propriedade do bem (água, bosque, plantas, fontes energéticas etc.), das infraestruturas (redes hídricas, energéticas, de transporte, de informação, de comunicação etc), e da gestão dos serviços correspondentes. A função de um bem comum público é a de estar a «serviço» do interesse da comunidade e de atuar no campo dos direitos. Portanto, dá-se uma incompatibilidade direta entre interesse público e gestão confiada a sujeitos portadores de interesses privados;*
- e)** A participação real, direta e indireta dos cidadãos no governo dos bens comuns/públicos. *A democracia é estranha ao funcionamento de uma sociedade de capital privado. Não há democracia possível em uma “sociedade anônima”, de ações. (Petrella, 2009, p.1, grifos do autor).*

Para além do Constitucionalismo equatoriano, igualmente deve-se assinalar que, agregando a cosmovisão andina em sua Constituição de 2009, a Bolívia consagrou

a soberania do povo expressa não só na delimitação do direito fundamental a vida, mas na concretude do direito à água e alimentação. Assim, em relação aos recursos hídricos resgata-se o papel estratégico do Estado, que promoverá “o uso e acesso à água sobre a base dos princípios da solidariedade, complementaridade, reciprocidade, equidade, diversidade e sustentabilidade, protegendo e garantindo o uso prioritário da água para a vida.” (Buitrón, 2010, p. 145). Convergente com esses princípios, os constituintes proibiram a privatização da água. Como um ator estratégico, a recuperação do papel do Estado na formulação das políticas públicas torna-se vital para assegurar a soberania dos recursos naturais frente à usurpação patrocinada pela economia globalizada.

Salienta-se que a representação do Embaixador da Bolívia na ONU como porta voz da cultura andina ultrapassou as fronteiras de seu país, buscando o reconhecimento no âmbito internacional dos direitos que foram consagrados na Constituição de 2009. Em 2010, o Embaixador Pablo Sólon apresentou uma resolução para o reconhecimento da água como um direito humano na Assembleia Geral da ONU, frente à resistência de países poderosos. Pela primeira vez, uma resolução das Nações Unidas reconheceu inteiramente o direito humano à água e ao saneamento. A Resolução A/RES/64/292 afirma o direito humano à água e ao saneamento, destacando que a sua efetivação é essencial para a realização de todos os direitos humanos. No entanto, diferentemente do Constitucionalismo transformador de teor pluralista na resolução não há uma proibição à privatização da água. Através desse ato normativo, evidencia-se a imprescindível mudança em nível planetário com relação aos bens comuns como a água, promovendo um compromisso real da cidadania universal com a preservação dos bens comuns em defesa da Vida.

Eis, portanto, alguns marcos regulatórios sobre a problematização e as políticas do meio ambiente relacionadas à obrigatoriedade de um Direito Humano à água, seus impactos e desdobramentos em decorrência do Constitucionalismo mais recente em alguns países dos Andes.

5. CONCLUSÃO

O projeto por um pensamento de sustentabilidade fundado em outro desenvolvimento (pós-desenvolvimentismo) encontra, atualmente, acolhimento no novo Constitucionalismo pluralista dos países andinos, representado, principalmente, pelas Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia, de 2009. O link fundamental que ecologicamente aproxima, interage e garante a sustentabilidade é a noção biocêntrica do “buen vivir” (*Sumak Kawsay*, Equador) ou do “vivir bien, (*Suma*

Qamaña, Bolívia), que permite o equilíbrio do meio ambiente com as comunidades humanas em nova cosmovisão integradora e pluralista, interconectando o multicultural, social, político, econômico e jurídico. Essa dimensão ecológica e pós-capitalista introduz como referencial paradigmático os chamados “direitos da natureza”, elemento constituinte da grande *Pachamama*, a *Madre Tierra*. Isso permite coligar uma nova sustentabilidade com o bem viver, na medida em que deve estar conexas a indissolúvel harmonia com a natureza.

Apesar de ter emergido em sociedades marginalizadas, a cosmovisão andina (com seus pressupostos e diretivas) faz eco na vontade de mudança de todos os seres humanos que estavam presos ao pensamento único e à democracia liberal, mas que buscavam respostas urgentes para um mundo à beira do abismo dominado por corporações multilaterais.

Sem dúvida, o reconhecimento de um novo paradigma de sustentabilidade no qual o desenvolvimento esteja voltado para qualidade de vida, a par dos limites de reproduções dos ecossistemas naturais, deverá abarcar todos os seres vivos.

As novas formas de conhecimento experimentadas através do Constitucionalismo latino-americano contemporâneo legitimam, estimulam e permitem avançar na direção de um “diálogo de saberes”. O desafio que surge nos horizontes abertos pelas constituições insurgentes equatoriana e boliviana é de como aproximar as tradições culturais ancestrais andinas com as “ideias ocidentais de uma ética ambiental” (Gudynas, 2009, p. 47), de uma ética para a sustentabilidade.

Por outro lado, a centralidade da água expressa na Constituição do Equador denota a interdependência de todos os bens naturais, mas também o reconhecimento da sua importância na consolidação da sustentabilidade. Coligar a natureza com a cultura no âmbito do *bem viver* implica em práticas biocêntricas impulsionadas por estratégias complexas num pluriverso integrador. A idealização do progresso tendo como objetivo fundamental o bem-estar passa a ser exposta criticamente como uma impossibilidade, e mais, uma irracionalidade, pois o planeta Terra não dispõe de recursos suficientes. Nesse sentido, sendo a água um patrimônio nacional estratégico, um direito humano, um elemento essencial da natureza, ela está fundamentada nos princípios da equidade e sustentabilidade.

Para finalizar, retomamos uma vez mais o “Manifesto por la Vida”, no qual se conclama que a defesa por uma Ética da sustentabilidade deverá

Compreender um novo saber, capaz de entender as complexas interações entre a sociedade e a natureza. (...) A Ética ambiental se converte, assim, em um suporte existencial da conduta humana perante a natureza e a sustentabilidade da vida. A Ética para a sustentabilidade é uma ética da diversidade, onde se conjuga o

ethos de diversas culturas. [...] A Ética da sustentabilidade é a ética da vida e para a vida. (Riechmann, 2004, p. 17, tradução nossa).

Enfim, o equilíbrio plural e complexo que este novo pensamento da sustentabilidade traz implica no necessário cuidado com os bens comum naturais. Com isso se resgata a centralidade do direito humano à água nas urgências da crise ambiental. Não poderia ser diferente, pois sem água a Vida não existiria.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *Agua: Un derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010.
- _____. (Comps.). *Derechos de la Naturaleza: El futuro es ahora*. Quito: Abya-Yala, 2009a.
- _____. (Comps.). *El Buen vivir. Una Vía para el desarrollo*. Quito: Abya Yala, 2009b.
- _____. Riesgos y amenazas para el buen vivir. *Ecuador Debate* 84, Quito, p. 51-56, dec. 2011.
- ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala, 2011.
- BOFF, Leonardo. *Ética Planetária desde el Gran Sur*. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. *Ecologia: Grito da Terra, Grito dos Pobres*. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.
- _____. *Sustentabilidade. O que é – O que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- BUITRÓN C., Ricardo. Derecho Humano al Agua en Ecuador. In: ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, Esperanza. *Agua: Un derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010.
- CABEDO MALLOL, Vicente. *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2004.
- CAUSA SUR. El agua como derecho humano y bien común por Fernanda Reyes/ Dario Rodriguez Duch. Disponível em: <<http://infosurrosario.com.ar/index.php/ecologia/1665-el-agua-como-derecho-humano-y-bien-comun-por-fernanda-reyes-dario-rodriguez-duch.html>>. Acesso em: 9 abr. 2012.
- CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdiccional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009.
- _____. *Constitucionalismo emancipatorio y desarrollo normativo: desafíos de la Asamblea Legislativa Plurinacional*. Texto Inédito. Bolivia, 2009.
- CLAVERO, Bartolomé de. *Bolívia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatório*. Mimeo, mayo de 2009.

- COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. México: Trillas, 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *El Nuevo constitucionalismo en América latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.
- DUSSEL, Enrique. *20 Tesis de Política*. São Paulo: CLACSO/Expressão Popular, 2007.
- GALLEGOS-ANDA, Carlos E; CAICEDO TAPIA, D. (Ed.). *Derechos ancestrales: Justicia em Contextos Plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- GARCIA, Ernest. Decrescimento e Bem viver; algumas linhas para um debate adequado. In: LÉNA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar P. do (Orgs.). *Enfrentando os Limites do Crescimento: Sustentabilidade, decrescimento e prosperidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 147-156.
- GARGARELLA, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI, 2005.
- GRZYBOWSKI, Cândido. Água: um bem comum. *Carta Maior*, Editoria, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/agua-um-bem-comum/3/30555>>. Acesso em: 11 abr. 2014.
- GUDYNAS, Eduardo. *El Mandato Ecológico: Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución*. Quito: Abya Yala, 2009.
- HOUTART, François. Buen vivir: entre el “desarrollo” y la des/colonialidad del poder. *Ecuador Debate* 84. Quito, Dec. 2011, p. 57-76.
- LEFF, Enrique. *Discursos Sustentables*. 2 ed. México: Siglo XXI, 2008.
- LÖWY, Michael. *Ecosocialismo: La Alternativa radical a La Catástrofe Ecológica Capitalista*. Buenos Aires: El Colectivo/Herramienta, 2011.
- MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen vivir/Vivir Bien: filosofía, políticas, estratégias y experiencias regionales andinas*. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2010.
- MARCO NORMATIVO AMBIENTAL/Costa Rica. Disponível em: <[http://www.tec.ac.cr/eltec/PMI/Documents/Marco%20de%20Gesti%C3%B3n%20Ambiental%20y%20Social%20del%20Proyecto%20de%20Mejoramiento%20de%20Educaci%C3%B3n%20Superior%20\(MGAS-PMES\)/Marco%20de%20Gesti%C3%B3n%20Ambiental%20y%20Social-PMES-Costa%20Rica.pdf](http://www.tec.ac.cr/eltec/PMI/Documents/Marco%20de%20Gesti%C3%B3n%20Ambiental%20y%20Social%20del%20Proyecto%20de%20Mejoramiento%20de%20Educaci%C3%B3n%20Superior%20(MGAS-PMES)/Marco%20de%20Gesti%C3%B3n%20Ambiental%20y%20Social-PMES-Costa%20Rica.pdf)> Acesso em: 20 out. 2013.
- MARTINEZ DALMAU, Rubén. Assembleas constituintes e novo constitucionalismo em America Latina. *Tempo Exterior*, n. 17, jul./dez. 2008.
- MARTINEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, R. Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *El Nuevo Constitucionalismo en América latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

- NASCIMENTO, Elimar P. de. Sustentabilidade: o campo de disputa de nosso futuro civilizacional. In: _____; LÉNA, Philippe (Org.). *Enfrentando os limites do Crescimento: Sustentabilidade, decrescimento e prosperidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 415-433.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NOGUEIRA FERNÁNDEZ, Albert. *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch/ IEP, 2010.
- PETRELLA, Ricardo. *Os bens comuns, patrimônio da Humanidade. Agenda Latino-Americana*, 2009. Disponível em: <<http://www.servicioskoinonia.org/agenda/archivo/portugues/obra.php?ncodigo=134>>. Acesso em: 15 jan. 2016.
- QUINTERO, Rafael. Las Innovaciones conceptuales de la constitución de 2008 y el Sumak Kawsay. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 75-91.
- QUIROGA SUÁREZ, Diana. Sumak Kawsay. Hacia un nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 103-114.
- RIECHMANN, Jorge (Coord.). Una Ética para la Sustentabilidad: Manifiesto por la vida. In: _____. *Ética Ecológica: Propuestas para una reorientación*. Montevideo: Editorial Norton, 2004. p. 15-28.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una Epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.
- SBARDELOTTO, Moisés. Os “bens comuns” são centrais à realização do Bem Comum. Trad. Benno Dischinger. *IHU Online - Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3831&secao=360>. Acesso em: 07 abr. 2012.
- TORRE VILLAR, Ernesto de La; GARCÍA LA GUARDIA, Jorge M. *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*. México: Unam, 1976.
- VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.
- VICIANO PASTOR, Roberto (Ed.). *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2012.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.
- _____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

- WOLKMER, A. C.; MACHADO, L. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano: Estado Plurinacional e Pluralismo Jurídico. *Revista Pensar*. Fortaleza, Unifor, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.
- _____; _____. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí: Univali, v. 18 - n. 2, p. 329-342, mai./ago. 2013.
- WOLKMER, A. C.; LIXA, I. M. (Orgs.). *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en America Latina*. Aguascalientes/San Luis Potosí: Cenejus/ Florianópolis: NEPE/UFSC, 2015.
- WOLKMER, A. C.; PETTERS MELO, M. (Orgs.). *Constitucionalismo Latino-americano: Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- WOLKMER, A.C.; VERAS NETO, F. Q.; LIXA, I. M. (Orgs.). *Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- WOLKMER, M. F. F.; PIMMEL, N. F. (Orgs.). Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental. *Sequência*, Florianópolis: PPGD/UFSC, n. 67, dez. 2013. p. 165-198.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y El Humano*. Buenos Aires: Ediciones Colihue/Ediciones Madres de Plaza de mayo, 2011.

— As comunidades quilombolas e o novo constitucionalismo latino-americano

César Augusto Baldi¹

A Constituição de 1988 refere-se a quilombos em apenas dois dispositivos. O primeiro, situado no capítulo da educação, da cultura e do desporto, determina que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, § 5º). O segundo, inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afirma que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos” (art. 68). A regulamentação da titulação das comunidades quilombolas foi efetuada pelo Decreto nº 3.912/2001, hoje revogado pelo Decreto nº 4.887/2003, cuja constitucionalidade pende de apreciação pelo STF (ADIN 3239, Relator Min. Cezar Peluso), tendo sido proferidos somente dois votos: a) o do relator, entendendo pela inconstitucionalidade formal e – em alguns artigos – também material do referido decreto, modulando os efeitos para considerar válidos os títulos até então emitidos; e b) o voto-vista da Ministra Rosa Weber, este favorável às comunidades, ressaltando, contudo, o “momento da promulgação da Constituição como o marco definidor de sua incidência” (item 4.4.4 do voto).

A aparente ênfase colocada nas expressões “reminiscências” e “remanescentes” a associarem a resíduo, vestígio, e, portanto, uma visão estática de cultura, contudo, deve ser matizada por uma leitura mais atenta de outros dispositivos constitucionais, dentro de uma ótica alargada de uma Constituição que assegura a diversidade étnico-cultural, e o pluralismo, em seu sentido mais amplo. Neste sentido, com divergências, a posição aqui adotada é mais próxima à do voto da Ministra Rosa Weber, conforme sustentado já desde 2008, a respeito do presente tema.

Estes dois dispositivos constitucionais, por sua vez, colocam diversos problemas relevantes a resolver: a) o significado de quilombo para fins da proteção

1. Mestre em Direito (Ulbra/RS), doutor em Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidad Pablo Olavide (Espanha), é organizador dos livros “Direitos humanos na sociedade cosmopolita” (Ed. Renovar, 2004) e “Aprender desde o Sul” (Ed. Fórum, 2015).

constitucional; b) a forma de proteção da propriedade definitiva; c) o estatuto jurídico da propriedade assegurada (seria uma forma especial de usucapião, um “direito originário” ou “afetação” constitucional?); d) a possibilidade de utilizar-se da desapropriação para tal hipótese (em que sentido e com que base legal). A atenção, no presente artigo, será dada em relação ao ponto “a”.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROCESSO NA AMÉRICA AFRO-LATINA²

Ainda que com matizes distintas e durações diferenciadas, os processos de escravidão marcaram o período colonial da América; o Brasil foi, por sua vez, o país em que a duração do processo foi mais longa e a sua abolição mais tardia. No geral, a independência da metrópole significou a abolição do trabalho escravo e a ascensão de uma elite “criolla”. Nesse ponto, também o Brasil é atípico: além de o herdeiro da Coroa proclamar a independência, tratou-se do único caso em que a colônia foi sede do Império (com a fuga da família real, em 1808); uma forma peculiar de colonialismo.³ Fugas, agrupamentos, revoltas e distintas lutas negras – mas também indígenas – marcaram, portanto, toda a América Latina. E isto se refletiu, de alguma forma, no direito constitucional.

Alguns países no continente têm previsões expressas, na legislação ou suas Constituições, sobre comunidades negras ou de descendentes de escravos.

A atual Constituição de Honduras, de 1982, assegura que “no caso de conflito entre tratado ou convenção e a lei prevalecerá o primeiro” (art. 18), respeitado o direito de autodeterminação dos povos (art. 15), e institui ao Estado “estabelecer medidas de proteção dos direitos e interesses das comunidades indígenas”, especialmente de suas terras (art. 346).

Apesar de não haver referências às comunidades negras, foi editada a Ley de Propiedad (Decreto nº 82-2004),⁴ que: a) no seu art. 93, faz referência à “importância especial que para as culturas e valores espirituais reveste sua relação com a terra e reconhece o direito que os indígenas e afro-hondurenhos tem sobre as terras que

2. Para uma perspectiva regional das histórias de dominação e resistência raciais na América Latina e as consequências para os países de forte presença negra, ver ANDREWS, 2007. Sobre a questão afro na América Latina, em especial nos países com forte presença indígena, vide a obra de Walker (2012). Sobre a invisibilidade afrocaribenha nos estudos sobre colonialismo e colonialidade, cf. a obra de Baldi, 2015.

3. Vide, a propósito, a obra de Sousa (2006, p. 227-276).

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. República de Honduras, C. A. *Ley de Propiedad*: Decreto N. 82-2004. Disponível em: <<https://www.ccit.hn/wp-content/uploads/2013/12/LEY-DE-PROPIEDAD.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016. Para uma análise das tentativas de alteração de tal situação, consultar: CLAVERO, Bartolomé Salvador. *Constitución de Honduras y derechos indígenas*. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6400>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

tradicionalmente ocupem e que a lei não proíba”; b) prevê titulação coletiva e observância do usufruto nas formas tradicionais da propriedade comunal (art. 94), bem como consulta prévia, pelo Estado, em caso de exploração de recursos naturais existentes em seus territórios (art. 95), cabendo indenização em caso de danos; c) a prevalência dos direitos de posse e propriedade destes povos sobre os títulos emitidos a favor de terceiros que nunca os tenham possuído (art. 96), cabendo indenização pelas benfeitoras se o título for anulável (art. 98); d) o regime comunal acarreta a inalienabilidade, inembargabilidade e imprescritibilidade (art. 100).

A Constituição da Nicarágua (1987), por sua vez, garantiu às “comunidades da costa atlântica” o direito a “preservar e desenvolver sua identidade cultural na unidade nacional, se dotar de formas próprias de organização social e administrar seus assuntos locais conforme suas tradições”, reconhecendo, ao mesmo tempo, “as formas comunais de propriedade das terras”, bem como uso, gozo e desfrute das águas e bosques destas terras (art. 89). De forma expressa, afirmou que “o desenvolvimento de sua cultura e seus valores enriquece a cultura nacional”, constituindo dever de o Estado criar programas especiais para o exercício de seus direitos de livre expressão e “preservação de suas línguas, arte e cultura” (art. 90). O procedimento de titulação das terras foi estabelecido pela Lei nº 445, de 2003.

O texto constitucional colombiano de 1991, por sua vez, reconheceu a diversidade “étnica e cultural da nação” (art. 7º), estabelecendo, ainda, prazo de cinco anos para edição de lei reconhecendo “às comunidades negras que tenham ocupado terras baldias nas zonas rurais ribeirinhas dos rios da Cuenca do Pacífico, de acordo com as suas práticas tradicionais de produção, o direito à propriedade coletiva sobre as áreas que a referida lei demarcar” (art. 55 transitório), procedimento regulamentado pelas Leis nº 70/93 e 397/1997.

Não somente a previsão constitucional, mas todo um desenvolvimento de jurisprudência por parte da Corte Constitucional reconheceu: a) a algumas comunidades negras, como as de Jiguamiandó e Curvaradó, do departamento de Chocó, os mesmos direitos previstos no art. 55 transitório (Sentencia C-169/2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz); b) interpretando o mencionado artigo e o art. 310, que se refere às comunidades raizales do arquipélago de San Andrés e Providência, a existência de diversos grupos étnicos, sendo necessário desenhar um sistema de saúde especial para tais grupos, incluídos ciganos, porque a Lei nº 691/2001, somente tratava das comunidades indígenas (Sentencia C-864/2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); c) o deslocamento interno forçado das comunidades negras, em decorrência do processo de guerra civil, determinando medidas de proteção.⁵ Aliás, a Lei nº 1381, de 25 de janeiro de 2010, reconheceu, como línguas

5. Demonstrando o componente étnico dos deslocamentos internos e a reelaboração da questão

nativas, além das indígenas, também a “romani” (ciganos), as “criollas” (faladas por comunidades afrodescendentes) e a língua falada pela comunidade raizal.⁶

A Constituição do Equador, de 1998, já assegurava aos “povos negros ou afro-equatorianos” os mesmos direitos que aos indígenas de conservar “a propriedade imprescritível das terras comunitárias, que serão inalienáveis, não embargáveis e indivisíveis, ressalvada a faculdade do Estado para declarar sua utilidade pública”, mantendo a posse das terras e obtendo sua “adjudicação gratuita, conforme a lei” (arts. 84, itens 2 e 3 c/ art. 85).

Em maio de 2006, afinal, foi promulgada a Lei dos Direitos Coletivos dos Povos Negros ou Afro-equatorianos, que assegurou o respeito a distintas expressões culturais e artísticas dos povos negros (art. 3º), o reconhecimento de direitos econômicos, sociais, culturais e políticos (art. 9º), a conservação da biodiversidade em benefício coletivo (art. 11), a caça e pesca para subsistência com prioridade ante o aproveitamento comercial e industrial (art. 12), os direitos sobre recursos genéticos e filogenéticos (art. 14), a consulta sobre planos e programas de prospecção e exploração de recursos naturais que possam afetar as referidas comunidades ambiental ou culturalmente (art. 15), a garantia do fortalecimento e organização, “em áreas urbanas ou rurais”, dos sistemas e práticas de medicina natural tradicional (art. 18) e o respeito de “formas próprias de organização e integração social afro-equatorianas, tais como os palenques, comunas, comunidades urbanas e rurais, organizações de base e demais formas associativas que se determinem” (art. 24).⁷

5. pela Corte Constitucional, consulte Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco (2010). A Corte, por meio da Sentencia T-025, de 2004, declarou, a propósito do deslocamento decorrente do conflito armado, um “estado de cosas inconstitucional”. A Lei nº 1148, de 10 de junho de 2012, estabeleceu, por fim, medidas de assistência e reparação integral às vítimas do conflito armado interno (comunidades indígenas, rrom, negras, afrocolombianas, raizales e palenqueras), havendo toda uma discussão sobre justiça de transição para eventual cessar do conflito interno. Para uma discussão dos parâmetros eurocentrados da justiça de transição e a necessidade de repensar questões afro, indígenas e também de sexualidades, vide: BALDI, César Augusto. Justiça de transição e Ministério Público: resquícios coloniais e autoritários numa instituição republicana. Empório do Direito, 22 mar. 2016a. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/justica-de-transicao-e-ministerio-publico/>>. Acesso em: 22 abr. 2016. E também: BALDI, César Augusto. Justiça de transição e sexualidades dissidentes: alguns pontos para novos debates. Empório do Direito, 27 abr. 2016b. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/justica-de-transicao/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

6. A referida legislação estabelece, de forma expressa, direitos não somente de uso das línguas nativas, mas também de nomes próprios e toponímia, de comparecer perante o Judiciário em sua própria língua, além de diversas normas de proteção, tanto para meios de comunicação quanto para produção de material de leitura. O Decreto nº 2957, de 6 de agosto de 2010, prevê, por exemplo, a proteção integral dos direitos do grupo étnico “Rrom” ou “gitano”.

7. DERECHO ECUADOR. *Revista Judicial*, Equador. Disponível em: <http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4044&Item>. Acesso em: 22 abr. 2016.

O atual texto constitucional,⁸ aprovado por referendo em 2008, reconhece aos indígenas, ao povo montubio, às comunas e ao povo afro-equatoriano, dentre outros direitos coletivos (art. 57): a) não serem objeto de racismo ou forma de discriminação étnica ou cultural; b) conservação da propriedade imprescritível das terras comunitárias, que serão “inalienáveis, inembargáveis e indivisíveis”, além de isentas de taxas e impostos; c) manutenção da posse de suas “terras e territórios ancestrais” e obter sua adjudicação gratuita; d) participação no uso, usufruto, administração e conservação dos recursos renováveis que se achem em suas terras; e) consulta prévia, livre e informada, de caráter obrigatório, dentro de prazo razoável, sobre planos e programas de prospecção, exploração e comercialização de recursos não renováveis localizados em suas terras; f) não serem traslados de suas terras ancestrais; g) participação na “definição das políticas públicas a elas concernentes, bem como no desenho e decisão das prioridades nos planos e projetos do Estado”; h) consulta “antes da adoção de medida legislativa que possa afetar qualquer de seus direitos coletivos”.

Além disto, são reconhecidos: a) especificamente ao “povo afro-equatoriano” os “direitos coletivos estabelecidos na Constituição, lei e pactos, convênios, declarações e demais instrumentos internacionais de direitos humanos” (art. 58); b) a todas as comunidades referidas no art. 57 a possibilidade de “constituir circunscrições territoriais para a preservação de sua cultura”; c) as comunas, “que tem propriedade coletiva da terra como forma ancestral de organização territorial” (art. 60).

Pode-se observar o alargamento da proteção jurídica, não só para tratados internacionais de direitos humanos, mas também, de forma expressa, para declarações e outros instrumentos internacionais, e um redimensionamento da questão da diversidade cultural ao assumir, como eixo transversal das previsões constitucionais, a interculturalidade.⁹

De acordo com o art. 32 da Constituição boliviana, também aprovada em referendo em 2009, o povo afro-boliviano goza, “em tudo o que corresponda, dos direitos econômicos, sociais, políticos e culturais reconhecidos” para as “nações e povos indígenas originário campesinos”. A estes, o novo texto dedica os artigos 30 e 31 (o item II do art. 30 enumera 18 direitos específicos).¹⁰

8. CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. Asamblea Constituyente. Disponível em: <http://www.asamblea-nacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

9. Para uma análise da nova Constituição equatoriana, vide, dentre outros, Grijalva Jiménez (2011) (pensamento jurídico contemporâneo); Ávila Santamaría (2011); Andrade; Grijalva; Storini (2009).

10. Neste sentido, a discussão envolvendo os povos afros não inclui, no geral, nem o pluralismo jurídico nem as formas de “buen vivir” (Baldi, 2014a, p. 26-50). Vide a esse respeito, também, a obra de Cassiani Herrera (2014, p. 113-150).

Garífunas de Honduras, Guatemala e Belize (que nunca chegaram a serem empregados no sistema escravocrata, em virtude do naufrágio do navio que trouxe os africanos)¹¹ encontram-se em processo de reconhecimento, em seus respectivos países, do direito às propriedades ocupadas, inclusive porque alguns deles são signatários da Convenção 169-OIT que assegura direitos às “comunidades indígenas” e às “comunidades tribais”.¹² Recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dois julgados – *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras* e *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras* –, ambas de 8 de outubro de 2015,¹³ reconheceu a obrigação estatal de demarcar e delimitar as terras das comunidades, garantindo a efetiva proteção de seu direito à “terra comunal”, incluindo, ainda, o “uso, gozo e utilização em igualdade de condições e sem discriminação às praias e mares costeiros e outros recursos”, em conformidade com seus usos e costumes tradicionais. Trata-se de importante precedente porque as comunidades não se autoidentificam nem como indígenas, nem como negras.

Neste sentido, a Nicarágua, por meio do Decreto A.N. nº 5934, de 4 de junho de 2010, ao aprovar a referida Convenção, de forma expressa, estabeleceu que as disposições eram aplicáveis aos “povos e comunidades afrodescendentes (garífunas e creoles)” do país. A Constituição de Belize, de 1981, teve uma emenda de 2001 em seu preâmbulo admitindo políticas de Estado que “protejam a identidade, dignidade e valores sociais e culturais dos belizenhos, incluídos os povos indígenas”,¹⁴ não fazendo referência às comunidades negras.¹⁵

11. A língua garífuna foi incluída, em 2001, como patrimônio oral e imaterial da humanidade. Maiores informações sobre as lutas da comunidade estão disponíveis em: NATIONAL CAMPAIGN FOR REGULARIZATION OF QUILOMBO LAND. *Quilombol@*. Editorial. n. 5, p. 3-4, jul. 2005. Disponível em: <http://www.choike.org/documentos/quilombos_eng.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

12. Interessante observar que, “apesar das condições históricas e ecológicas amplamente semelhantes”, as comunidades “variam em tudo, de idioma, dieta e vestimenta, a padrões de casamento, residência e trabalho assalariado sazonal.” (PRICE; PRICE, 2004, p. 199-220).

13. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedray Sus Miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Garífuna Triunfo De La Cruz Sus Miembros vs. Honduras*. Sentencia De 8 De Octubre De 2015 (Fondo, Reparaciones Y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos-articulos/resumen_305_esp.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

14. WIKIPEDIA. Constitution of Belize. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Belize>.

15. A Suprema Corte, em 28 de junho de 2010 (Claim nº 366, de 2008), reconheceu que nem o colonialismo espanhol do século XVIII, nem o britânico do século XIX, extinguiram o direito indígena à propriedade da terra, hoje com reconhecimento e garantias constitucionais. Mas o país não assinou

Em novembro de 2007, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em processo envolvendo a comunidade Saramaka (negros descendentes de escravos) e o governo do Suriname (que não é signatário da Convenção 169, mas assinou os pactos de direitos econômicos, sociais e culturais),¹⁶ entendeu que: a) as características específicas culturais, econômicas e sociais, distintas da comunidade nacional, colocavam os “sarakas” ao abrigo do art. 21 da Convenção Americana de proteção do “direito de integrantes de povos tribais ao uso e gozo de sua propriedade comunal”; b) tanto a propriedade privada de particulares quando a propriedade comunitária de membros de comunidades indígenas e tradicionais tinham a proteção da Convenção; c) a legislação interna do Suriname não havia estabelecido proteção especial a tais comunidades (o Brasil, por seu turno, tem o art. 68-ADCT); d) um tratamento especial de tais comunidades não implicaria em “discriminação não permitida”, sendo necessárias “ações afirmativas”; e) a mera possibilidade de reconhecimento judicial não era substituto de um reconhecimento real de tais direitos; f) a especial relação de tais comunidades com o “território” não se restringia a aldeias, assentamentos e parcelas agrícolas, mas sim ao “território em seu conjunto”, havendo uma íntima conexão entre “território” e “recursos naturais necessários para sobrevivência física e cultural”; g) a necessidade de consulta prévia, de boa-fé e informada, sobre medidas que possam ser prejudiciais às comunidades envolvidas; h) era dever do Estado a procura de instrumentos jurídicos hábeis para, independentemente da personalidade jurídica da comunidade, propiciar o reconhecimento do direito de propriedade, em conformidade com o seu sistema comunal. Posteriormente, a Corte reiterou determinados parâmetros, tanto em relação a indígenas quanto a “povos tribais”, no julgamento *Caso Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*, em 27 de junho de 2012.¹⁷

Pode-se afirmar, desta forma, que a disposição contida no art. 68 do ADCT não se encontra isolada no contexto constitucional do continente americano, in-

a Convenção Americana de Direitos Humanos e rege-se pela *common law*, o que fez que a Corte recorresse, no citado julgamento, a precedentes de tribunais britânicos, australianos e canadenses. Além disso, a sentença discutiu concessões de títulos por princípios e formas da *common law* em oposição ao direito indígena, entendendo a necessidade, “tanto para as concessões do Estado quanto da Coroa, da existência de cláusula explícita de extinção do título indígena para a mesma ceda antes pretensões pretéritas ou presentes” (Clavero, 2011, p. 185-188.).

16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

17. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku vs. Ecuador. Judgment Of June 27, 2012 (Merits and reparations). Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

serindo-se dentro de um contexto de significativa alteração que vem dando forma a um novo tipo de constitucionalismo, que assume a plurinacionalidade, a pluriculturalidade, a plurietnicidade e a interculturalidade dos países, e que põe em discussão, pois, a simultaneidade de tradições culturais no mesmo espaço geográfico, o pluralismo jurídico, a ressignificação de direitos coletivos, a democracia intercultural, a territorialidade, a inclusividade cultural e um grau razoável de incertezas e instabilidades.¹⁸

Significativo, em relação às legislações em outros países do continente, é verificar: a) as terras são comunitárias e, pois, a propriedade é coletiva, o que implica reconhecer uma pluralidade de propriedades (e não somente a clássica propriedade privada); b) existe, de forma expressa ou implícita ao menos, a noção de que as terras reconhecidas são inalienáveis e imprescritíveis; c) as práticas de produção são tradicionais; d) a identidade cultural das comunidades é parte da memória nacional; e) há uma associação, na medida do possível, com a situação dos indígenas. Estes elementos, pois, são fundamentais para uma análise comparativa com a situação brasileira.

2. O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE QUILOMBO

O conceito de quilombo tem, originalmente, profundas raízes coloniais, de caráter penal e discriminatório. Um amplo processo de revisão e, pois, de “descolonização” da noção de “quilombo” no meio jurídico, deve ser feito em conjunto com o profundo redimensionamento realizado, desde a década de 1980, pela historiografia e pela antropologia.

O regramento do Conselho Ultramarino de 1740 conceituava o quilombo como a “habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”, o que fora reafirmado na Provisão de 6 de março de 1741 e em algumas legislações municipais, como a lei provincial nº 157, de 09 de agosto de 1848, da cidade de São Leopoldo – que fixava número de dois (Rios, 2008, p. 190-192). Cinco elementos, portanto, eram fundamentais de acordo com Alfredo Wagner Berno de Almeida (Almeida, 1999, p. 12):

- a) a fuga ou situação vinculada a escravos fugidos;
- b) uma quantidade mínima de “fugidos”, variando, de período a período;

18. Cf. Santos (2007a, p. 9-19). Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf>; Vide também a obra de Baldi (2008). Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/edicoes/ED_14.pdf>; e Baldi (2012).

c) “localização sempre marcada pelo isolamento geográfico, em lugares de difícil acesso e mais perto de um mundo natural e selvagem do que da chamada ‘civilização’”, o que marcou profundamente o “senso comum” que trata “os quilombos fora do mundo da produção e do trabalho, fora do mercado”;

d) o “rancho”, ou seja, se há moradia habitual, consolidada ou não, “ênfatizando as benfeitorias porventura existentes”;

e) o fato de que “nem se achem pilões”, no sentido de que pilão, “enquanto instrumento que transforma o arroz colhido, representa o símbolo do autoconsumo e da capacidade de reprodução”.

Estes elementos funcionaram como definidores de quilombo e daí a necessidade, segundo Almeida (1999), de “uma leitura crítica da representação jurídica que sempre se revelou inclinada a interpretá-lo como algo que estava fora, isolado, para além da civilização, confinado numa suposta auto-suficiência e negando a disciplina do trabalho.” (Almeida, 1999, p. 12). Antes, pelo contrário, foram as transações comerciais da “produção agrícola e extrativa dos quilombos que ajudaram a consolidar suas fronteiras físicas, tornando-as mais viáveis porquanto acatadas pelos seguimentos sociais com que passavam a interagir”. Este conceito que se quer “frigorificado” (expressão de Alfredo Wagner) é que necessita ser reavaliado.

Em primeiro lugar, porque tal conceito não tinha validade prática nem no período colonial. Sua intenção repressiva era evidente: inviabilizar qualquer forma de autonomia individual ou coletiva (daí serem necessários dois ou cinco “fugidos”).

Perdigão Malheiros, já em 1866, destacava:

Entre nós foi freqüente desde tempos antigos, e ainda hoje se reproduz, o fato de abandonarem os escravos a casa dos senhores e internarem-se pelas matas ou sertões, eximindo-se assim de fato ao cativo, embora sujeitos à vida precária e cheia de privações, contrariedades e perigos que aí pudessem ou possam levar. Essas reuniões foram denominadas quilombos ou mocambos; e os escravos assim fugidos (fossem em grande ou pequeno número) quilombolas ou calham-bolas. No Brasil tem sido fácil aos escravos em razão de sua extensão territorial e densas matas, conquanto procurem eles sempre a proximidade dos povoados para poderem prover às suas necessidades, ainda por via do latrocínio. (Malheiros, 1866, p. 28-29, grifos nossos).

Nestes termos, a existência de famílias de escravos nas mesmas comunidades reforça um processo produtivo singular, que vai redundar, mais adiante, no “acamponesamento”, a partir do processo “de desagregação das fazendas de algodão e

cana-de-açúcar e com a diminuição do poder de coerção dos grandes proprietários territoriais.” (Almeida, 1999, p. 13).

Em segundo ponto, porque variavam, aliás, profundamente, as diversas comunidades negras (em sua maioria rurais), tanto étnica, quanto socialmente, sem excluir, inclusive, a realidade de coexistirem, simultaneamente, na “casa grande”, em decorrência da decadência da plantação de algodão e de açúcar (este é o caso do quilombo Frechal/MA, primeira comunidade reconhecida pelo governo federal, localizado a cem metros da “casa grande”, é paradigmático).

Assim, a ideia de uma comunidade sem qualquer relação com a “sociedade englobante” é absolutamente destoante da realidade brasileira. Mesmo em Palmares, “o arquétipo do quilombo” no imaginário social, há forte de presença de “brancos, mestiços de vária estirpe e índios, além de negros africanos e nascidos no Brasil” e, portanto, “um território social e econômico, além de geográfico, no qual circulavam diversos tipos sociais” (Reis, 2000, fls. 9-23).¹⁹

Os quilombos, ao contrário do que tinha sido enfatizado pela historiografia, “foram forjados dentro da escravidão”, de tal forma que também “os mundos dos aquilombolados acabaram por afetar os mundos dos assenzalados” e, desta forma, estabelecidas “políticas de alianças entre os fugitivos e outros setores da sociedade”, como forma de “manter a todo o custo sua autonomia” (Gomes, 2006, p. 10-23) e, ao mesmo tempo, agenciar resistências.²⁰ Aliás, grupos de escravos chegaram a se aquilombar nas terras dos seus senhores, “exigindo melhor tratamento, melhores condições de trabalho, a substituição de feitores” etc, ou seja, “escolhiam, se não a completa liberdade, pelo menos uma outra escravidão.” (Gomes, 2005, p. 31) Eram, assim, “inúmeros”, com “várias cabeças” e, por isso, os chefes de polícia da época, utilizavam a metáfora da Hidra de Lerna, “cansados de ver novas comunidades de fugitivos nascerem dos escombros daquela que acabavam de destruir.” (Slenes, 2005, p. 15)

Terceiro, porque recoloca a discussão da imensa concentração fundiária do país, cujo caráter étnico de discriminação ficara oculto, porque a abolição deu por encerrado o “problema do negro”, excluindo-se dos textos legais e constitucionais qualquer referência a “quilombos”, que só reaparecem cem anos depois, na Constituição de 1988.²¹

19. Vide, também, a obra de Funari; Carvalho (2005). Sobre os resultados de investigações arqueológicas em Palmares, consulte-se: FUNARI, Pedro Paulo. A “República” de Palmares e a arqueologia da Serra da Barriga. Disponível em: <http://www.maea.ufjf.br/artigos_funari/texto8.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

20. Publicado mais recentemente, confira também *Mocambos e quilombos* (2015), também de autoria de Flávio dos Santos Gomes.

21. É que, como salienta Richard Miskolci, o imaginário social do Império idealizou o indígena

É que, findo o sistema de doações de terras por “sesmarias” em 1822 (em que primeiro se recebia o título, para depois trabalhar a terra), estas não eram mais concedidas e tampouco existia uma lei disciplinando a questão, com o que quatro situações estavam configuradas (Sodero, 1990, p. 42-43, 45-48): a) sesmarias concedidas e integralmente confirmadas, com o atendimento de todas as exigências e, pois, o proprietário tinha o domínio sobre a gleba; b) sesmarias simplesmente concedidas, faltando cumprimento de alguma exigência, com o que inexistia domínio, mas simples posse; c) glebas ocupadas por simples posse, sem qualquer título; d) terras sem ocupação, não concedidas ou já revertidas para o Poder Público por não cumprimento das exigências.

É o “período de posse das terras devolutas” e a época, também, da concessão, a cada Província, de “seis léguas por quadra”, de terrenos considerados devolutos, para fins de “colonização”, com a vinda de suíços e alemães para a província fluminense, açorianos para o Sul e a “colônia de alemães” em São Leopoldo/RS (1824).

A Lei nº 601, de 1850, ao disciplinar o novo regime jurídico de terras, contudo, não reconheceu a ocupação indígena nem permitiu que camponeses adquirissem terras necessárias para sua sobrevivência, e, portanto, somente era possível a aquisição de terras por meio da compra, evitando que estas fossem adquiridas por índios ou pelos negros que estavam sendo libertos (Ataíde Jr., 2006, p. 174-177), o que ocasionou um sistema informal de registros, simultâneo à grilagem e à concentração de terras em mãos de poucos proprietários. É o momento também que se estabelece o conceito de “terras devolutas” que vigorará até o advento do Decreto-lei nº 9.760/46.²²

E aqui ficam evidentes alguns paradoxos da Lei de Terras: a) erige-se um aparato regulatório para “proteger a propriedade privada da terra contra as ocupações, quando até essa data (a partir de 1822) a posse era norma para conseguirla” (Maricato, 2000, p. 145-150); b) um constrangimento para o reconhecimento de posses, ao mesmo tempo que inúmeros imóveis foram recadastrados com registros em cartórios, devolvidos, novamente reconhecidos e titulados, comportando em seus domínios inúmeras situações de posse; c) a criação, para fins de demarcação de “terras devolutas”, de arquivos, registros e organismos ineficientes

como símbolo da brasilidade, “ignorando os massacres coloniais dos nativos, ao mesmo tempo que desviava os olhos de nossa pálida elite da população formada por negros e mestiço que viviam a cruel realidade escravagista.” (Miskolci, 2012, p. 36).

22. Lígia Osorio Silva destaca que a lei de terras deveria dar ao Estado imperial o controle sobre as terras devolutas, que vinham “passando de forma livre e desordenada ao patrimônio particular”, mas tal situação continuou ocorrendo, principalmente: a) por conta das sucessivas prorrogações de data de validade das posses; b) pela alteração dos prazos para revalidações de sesmarias e legitimações de posses (Silva, 2008, p. 356-358).

sucessivamente substituídos, de tal forma a poder-se afirmar que “até praticamente nossos dias, as terras devolutas têm sido privatizadas, tirando proveito de uma situação de fragilidade na demarcação da propriedade de terra no Brasil durante mais de quatro séculos”. Mais que isto: os governos provinciais vão declarando extintos os antigos aldeamentos indígenas e incorporando tais terras aos municípios em formação.²³

Como bem destacou Clóvis Moura (1994), um dos grandes pensadores negros olvidados pelo cânone, “à medida que se afastou o poder público do dever social de doar aos ex-escravos” parcelas de terras, nas quais pudessem “integrar-se, como proprietários, na conclusão do processo abolicionista, criou as premissas da sua marginalização social” (Moura 1994, p. 71). Se de um lado “democratizava” as possibilidades através de aquisição mediante compra, por outro “provocou na prática uma barreira real para os ex-escravos” (Moura, 1994, p. 71) de adquiri-las.

Assim, vão ser encontradas ocupadas por comunidades predominante negras,²⁴ “terras de índios” (entregues formalmente a indígenas ou seus descendentes, sob a forma de doação ou concessão, em função de serviços prestados ao Estado, como abertura de estradas e colaboração com expedições militares de desbravamento; Andrade, 2008), “terras de pretos” (domínios doados, entregues ou adquiridos, por famílias de ex-escravos, ou concessões a essas famílias mediante prestação de serviços guerreiros), “terras de santo” (as extensões de terras exploradas por ordens religiosas abandonadas ou entregues para determinados moradores, recebendo a denominação da santidade padroeira, p. ex, Santa Teresa), “terras de herança” (domínios titulados tornados espólios que permanecem indivisos, sem a formalização da partilha) e tantas outras denominações. (Sogame, 2008; Almeida, 2005).

A ausência de registros formais e a própria característica da posse/propriedade são singulares²⁵ e, em alguns casos, tais territórios são hoje alvo de disputa

23. Daí a edição da súmula 650 do STF, segundo a qual os incisos I e XI do art. 20 da Constituição não alcançam aldeamentos extintos, ao pressuposto da jurisprudência deste Tribunal de que as terras de tais aldeamentos, extintos antes da Constituição de 1891, perderam seu caráter de afetação “por uso especial” e passaram à propriedade dos Estados, como “terras devolutas”, na forma do art. 64 daquela Constituição e, pois, incluídos no conceito do atual art. 26, inciso IV, da Constituição de 1988. Neste sentido: ADI 255, rel. p/acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julg. 16-03-2011, DJE 24-05-2011.

24. Para uma análise das distintas situações e denominações, confira Almeida (2008, p. 133-178).

25. Alfredo Wagner de Almeida salienta que um “aspecto frequentemente ignorado da estrutura agrária brasileira refere-se às modalidades de uso comum da terra”, situações em que o controle dos recursos básicos “se dá através de normas específicas instituídas para além do código legal vigente e acatadas, de maneira consensual, nos meandros das relações sociais estabelecidas entre vários grupos familiares, que compõem uma unidade social” (Almeia, 2008, p. 133). Justamente por “colidirem frontalmente com as disposições jurídicas vigentes e com o senso comum de interpretações eco-

com as Forças Armadas, com alegações de preservação de segurança nacional, de que são exemplos Alcântara/MA, onde existe base de lançamento de foguetes, e Marambaia/RJ, que é sede naval.

Neste sentido, o laudo antropológico da comunidade de Alcântara é bem revelador (Almeida, 2006, p. 115-125, 90-98): a) até o “Directorio de 1758”;²⁶ os índios recebiam a designação de “negros” (o que então ficou proibido), e o Alvará de 1755 incentivou o casamento dos “vassalos do rei de Portugal” com as índias e de portuguesas com índios, proibindo que os descendentes fossem denominados “caboclos”. Ao mesmo tempo, aboliu a escravidão indígena, intensificando a formação de fazendas por doações régias e incentivos para introdução de escravos africanos, com isto mantendo a estigmatização para os “pretos”, aos quais se davam os atributos de “vileza”, “infâmia” e “desonra”; b) o debilitamento econômico e social dos fazendeiros, pela derrocada das fazendas de algodão, acarretou uma aproximação entre índios e escravos, no sentido de pertencerem “afetiva e economicamente a territorialidades que controlavam efetivamente, viviam como suas e às quais emprestavam suas próprias autoatribuições, num momento em que não lhe era permitido por lei ter quaisquer propriedades e pecúlios”;²⁷ c) ao afirmarem, implicitamente, “direitos pessoais e de grupos não reconhecidos como legalmente habilitados à posse/ou propriedade, marcam uma diferença diante do ordenamento jurídico colonial e descrevem uma trajetória que colide com ele ao se erigirem como sujeitos”; d) o que era considerado “infâmia” para as au-

nômicas oficiosas e já cristalizadas” (Almeida, 2008, p. 134-135) jamais foram objeto de qualquer inventariamento.

26. Interessante observar que o mesmo “Directorio que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão”, de 1758, ao reconhecer que a introdução do próprio idioma nos povos conquistados é “um dos meios mais eficazes para desterrar dos povos rústicos a barbárie de seus antigos costumes”, estabeleceu, como um dos primeiros cuidados, “nas suas respectivas povoações o uso da língua portuguesa, não consentindo por modo algum, que os meninos e meninas, que pertencerem às escolas, e todos aqueles índios, que forem capazes de instrução nesta matéria, usem da língua própria das suas nações, ou da chamada geral”. É a institucionalização da “língua portuguesa” como idioma oficial, proibindo todas as línguas indígenas e o “nheengatu”, a chamada língua geral, que, introduzida pelo clero para comunicação entre os distintos povos indígenas, era utilizada inclusive entre os escravos trazidos da África. A dispersão de escravos de diferentes etnias em distintas fazendas, evitando agrupamentos, passou, então, a constituir um forte mecanismo de controle sobre os trabalhadores escravos e uma forma de facilitar a imposição do português como língua de comunicação obrigatória. E, simultaneamente a isto, houve a manutenção de “índios” e “negros”, como categorias homogêneas, ocultando a pluralidade étnica, linguística e cultural. Sobre isso, confira Almeida (2007, p. 18-26).

27. Pecúlio “diz-se tudo aquilo que ao escravo era permitido, de consentimento expresse ou tácito do senhor, administrar, usufruir, e ganhar, ainda que sobre parte do patrimônio do próprio senhor” (Malheiros, 1866, p. 39, § 33). Perdígão Malheiros, a propósito, lembrava que “nenhuma lei garante ao escravo o pecúlio”, mas “se os senhores toleram que, em vida ou mesmo causa mortis, o façam, é um fato, que, todavia, deve ser respeitado” (Malheiros, 1866, p. 39, § 34).

toridades coloniais, passou a ser atributo de autodefinição dos agentes sociais e de seu território, invertendo, pois, o “sinal negativo, que oficialmente as contrapunha ao Estado e que as destituía de qualquer direito”, passando a assumir um “sentido afirmativo”, ao “batizar” com elas suas próprias territorialidades”; e) inexistente correspondência entre a condição jurídica de sesmeiro e a apropriação real dos meios de produção; as fazendas consistiam mais em “símbolos de um poder que efetivamente não mais se baseava nelas”, pois as famílias buscavam prestígio em cargos públicos e carreira política.

Aliás, a Lei de Terras é contemporânea da proibição do tráfico negreiro no país (Lei Eusébio de Queirós, de 1850) e, portanto, não pode ser analisada separadamente do imaginário racial da época, em que proprietários temiam revoltas escravas similares à Revolução Haitiana de 1804,²⁸ ao mesmo tempo em que os abolicionistas apelavam para uma solução que evitasse uma guerra civil à imagem da ocorrida nos Estados Unidos (1861-1865).²⁹

Como bem destaca Richard Miskolci, “a passagem de uma sociedade monárquica e escravista para uma republicana e de trabalho livre” é um “acontecimento histórico marcado por medos de revoltas ou vinganças negras, assim como por fantasias elitistas de embranquecimento populacional.” (Miskolci, 2012, p. 29). Este ideal de “nação branca e civilizada”, como projeto político coletivo, está relacionado com o “controle e disciplinamento da vida individual e íntima”, porque se temia “a reprodução ou a preponderância das raças consideradas inferiores e inaptas ao progresso”, daí a necessidade de inculcar “no indivíduo a responsabilidade pelo autocontrole e domínio sobre os instintos, vistos como a ameaça sempre à espreita à moralidade da qual dependia a formação de casais saudáveis que gerariam os filhos da nação.” (Miskolci, 2012, p. 42-43)³⁰

Quarto, porque a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), na tentativa de orientar e auxiliar a aplicação do Artigo 68 do ADCT, divulgou em 1994 um documento³¹ elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais em que se define o termo “remanescente de quilombo”:

28. Para uma análise interessante da especificidade da revolução haitiana, confira Grüner (2010, p. 11-42).

29. Sobre a Lei Eusébio de Queirós, confira Moura (1994, p. 85-90).

30. Para uma análise similar, em que se salienta que a “secularização” foi, também, um processo em que espaço público foi se “purificando” de tudo o que não é nacional ou civilizado, ao passo que o espaço privado se localizou onde “estão os colonizados e as subjetividades racializadas”, confira Maldonado-Torres (2008, p. 366-369). Para uma leitura que desmistifica a associação entre “secularismo” e a defesa dos direitos das mulheres, veja Scott (2011, p. 91-116).

31. COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. *Comunidades Quilombolas: o que são?* Disponível em: <http://www.cpispp.org.br/comunidades/html/i_oque.html>. Acesso em: 22 abr. 2016.

Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar.

Desta forma, desde então, para fins de laudos antropológicos, o *quilombo* é entendido como “toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura da subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado”.

Quinto, porque os próprios antropólogos reconhecem que ao serem identificados como “remanescentes”, aquelas comunidades “em lugar de representarem os que estão presos às relações arcaicas de produção e reprodução social”, passam a ser “reconhecidas como símbolo de uma identidade, de uma cultura e, sobretudo, de um modelo de luta e militância negra” e, neste sentido, “os laços das comunidades atuais com grupos do passado precisam ser produzidos hoje, através da seleção e da recriação de elementos de memória, de traços culturais que sirvam como os ‘sinais externos’ reconhecidos pelos mediadores e o órgão que tem a autoridade de nomeação.” (Arruti, 1997, p. 22-23)

Arruti destaca que, em sua gênese, a expressão “remanescentes”, fruto da interlocação com o movimento indigenista ainda na década de 1930, procurou enfatizar a “presencialidade do estado de índio naqueles grupos, sem deixar de reconhecer neles uma queda [descontinuidade] em relação ao modelo original”, ou seja, um sentido de que tais grupos apresentam “profundas e talvez irremediáveis perdas culturais, mas que não negam seus direitos ao estatuto legal.” (Arruti, 1997, p. 20-21)

Isto implica, ainda, repensar o conceito de “comunidade tradicional”, existente na Convenção 169-OIT, da qual o Brasil é signatário, rompendo com: a) o pensamento eurocêntrico que parte do pressuposto de que o conhecimento tradicional associado (e toda a fitoterapia relacionada), as cosmologias étnicas, a associação com a presença indígena ou negra, a especificidade cultural, o manejo sustentável da economia são símbolos de que tais saberes, temporalidades, diferenças e escalas são inferiores e, portanto, devem manter-se ignorados, silenciados, eliminados e/ou condenados à inexistência ou irrelevância; b) o etnocentrismo, que entende as culturas como atemporais – ou quando distintas, como “presas ao passado” – e, portanto, impossíveis de serem alteradas.³²

As “comunidades tradicionais” – das quais os quilombolas, faxinalenses, as quebradeiras de coco de babaçu e os ribeirinhos são exemplos – não são representantes de um passado, nem “vestígio”, nem meros “remanescentes”: são parte da estrutura agrária do presente e tão modernas e contemporâneas quanto os agricultores que utilizam transgênicos ou os pesquisadores de células-tronco.

Isto que coloca duas outras questões: a) uma social, no sentido de que estas terras representam cerca de um quarto do território nacional, o que implica a possibilidade de proliferação de conflitos fundiários, num contexto de valorização econômica de terras; b) e outra, epistemológica, no que diz respeito ao privilégio, nestes casos, à história oral (Cusicanqui, 2008), em evidente contraposição à visão eurocentrada de escrita.

São depoimentos, lembranças, vivências e relatos colocados dentro de processos administrativos e judiciais a justificar a territorialidade, a ancestralidade, a convivência em comunidade, os laços de parentesco, as formas de religiosidade, as disposições de utilização da propriedade. E, ao contrário das provas apresentadas pelos proprietários rurais que, sistematicamente, “negam a presença histórica (e social) de negros, escravos, quilombolas, indígenas ou posseiros nas terras que reivindicam para si” (Moreira, 2009, p. 245), a memória comunitária admite a existência do outro (o fazendeiro, o senhor, a empresa mineradora ou de celulose, etc).

Neste sentido, “o mito da terra virgem é também o mito da terra vazia, envolvendo tanto uma despossessão de gênero quanto de raça”,³³ de tal forma que, nas narrativas coloniais, a “erotização do espaço ‘virgem’ também faz uma apropriação territorial”, pois, sendo assim, “os povos colonizados não podem reivindicar direitos territoriais originários, e o patrimônio masculino e branco é assegurado violentamente.” (McClintock, 2010, p. 57-58).

Desta forma, como não se supõe que os povos estejam “espacialmente lá – pois as terras estão ‘vazias’ – eles são simbolicamente deslocados” para o “espaço anacrônico”, ou seja, “não habitam a história propriamente dita, mas existem num tempo permanentemente anterior no espaço geográfico do império moderno

32. Neste sentido, vide tanto o Decreto nº 6040/2007 sobre a política de povos e comunidades tradicionais, quanto o Decreto nº 8.750/2016, sobre o conselho respectivo.

33. Para McClintock, há uma “persistente generificação da incógnita imperial” e, se, à primeira vista, “feminização da terra parece não ser mais do que um sintoma familiar da megalomania masculina, ela também trai uma paranoia aguda e um profundo (se não patológico) sentido de ansiedade e perda de limites.” (McClintock, 2010, p. 47-48). Em fevereiro de 2010, Tonya Gonnella Frichner, do Foro Permanente para Questões Indígenas da ONU, apresentou um “Estudo preliminar sobre as consequências para os povos indígenas da teoria jurídica internacional conhecida como doutrina do descobrimento”. (Naciones Unidas, 2010)

como humanos anacrônicos, atávicos, irracionais, destituídos de atuação humana – a encarnação viva do arcaico ‘primitivo.’”

Sexto, porque a demasiada “reverência” ao conceito colonial e, portanto, o “congelamento” da definição jurídica no tempo, acarretaria impor, no século XXI, o conceito empregado pela legislação escravocrata, com fins penais e repressivos, a uma norma constitucional garantidora de direitos e imbuída de propósitos emancipatórios.³⁴ Seria, pois, importar a cultura da época da escravidão, mantendo um “colonialismo interno” para a hermenêutica constitucional, o que foi bem apontado por Deborah Duprat (2007), em relação ao anterior regramento por parte do Decreto nº 3.912/2001:

[...] a norma pretensamente regulamentadora do artigo 68 do ADCT conduz à conclusão absurda de que a Constituição, rigorosamente, estaria a instituir, agora com todo o peso do direito, quilombos tais como concebidos em 1741, pois o espaço de liberdade para a regulação ritual da vida seria obtido à custa do confinamento. [...] Nesta perspectiva, não se autoriza que, hermenêuticamente, se conclua que um direito fundamental apenas tenha condições de se realizar com o sacrifício absoluto do outro [...]. (Duprat, 2007, p. 37-38, grifo nosso)

Ao contrário: o dispositivo constitucional orienta-se “numa perspectiva de presente, com vistas a assegurar a grupos étnicos ligados historicamente à escravidão o pleno exercício de seus direitos de autodeterminação em face de identidade própria”. Há, pois, que “descolonizar” o *senso comum do conceito de quilombo*, de forma a interpretar o art. 68-ADCT com o seu nítido caráter de inclusão e reconhecimento de direitos, e de afirmar a necessária justiça histórica e cognitiva às comunidades etnicamente distintas como portadoras de conhecimentos e de direitos territoriais e culturais. E é neste sentido, pois, que deve ser reconhecido que, no Brasil, “a injustiça social tem um forte componente de injustiça histórica e, em última instância, de racismo antiíndio e antinegro” e que ao “contrário do que se pode pensar, a justiça histórica tem menos a ver com o passado que com o futuro”, porque “estão em causa novas concepções de país, soberania e desenvolvimento” (Santos, 2008, p. 3).

34. Camerini destaca a continuidade discursiva com os argumentos, por parte dos contrários aos direitos dos quilombolas, no sentido da “falsidade ideológica” ou “reforma agrária ilegal”, pela conexão que “ocorre através do tema do quilombo como ilícito ou crime, especialmente contra a ordem econômica, representada pelo trabalho e pela propriedade privada.” (Camerini, 2010, p. 98-99). Daí as contínuas alegações de que “todos vão se autodefinir quilombolas”.

Valem, pois, para as populações negras, as observações constantes do voto proferido pelo Min. Carlos Ayres Britto (2009), no dia 27 de agosto de 2008, em relação às comunidades indígenas, no julgamento da demarcação do Território Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388):

Pensar diferente, para desproteger as populações aborígenes, seria a continuidade de uma soma perversa que a nossa Lei Maior quis apagar do mapa do Brasil: a soma de um passado histórico de perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva. Esta, uma segunda subtração, constitutiva do que se tem chamado de “arma limpa”, por implicar um processo de dizimação sem derramamento de sangue. (Britto, 2009, grifos nossos).

Uma perversidade maior ainda quando se recorda que o escravo era: a) “coisa”, para fins civis, e, portanto, nada adquiria para si, mas apenas para o senhor, e, sendo propriedade, poderia passar por sucessão ou por testamento, “do mesmo modo que os outros bens do defunto senhor”; b) em relação à lei penal, “sujeito do delito ou agente dele”, sendo, pois, “pessoa na acepção lata do termo, “um ente humano”, igual “pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes” (Malleiros, 1866, p. 27-30, 38-40. §§ 13-14 e 31-35.). Mais que isto: era uma coisa que poderia se tornar uma pessoa, se obtivesse a liberdade, e uma pessoa que podia voltar a ser coisa, “caso não cumprisse com as obrigações de todo o liberto, como o reconhecimento da devida gratidão ao seu senhor, e fosse reescravizado” (Grinberg, 2002, p. 55).³⁵ Como sustentou o camaronês Achille Mbembe, “a vida de escravo é, de várias maneiras, uma forma de morte-em-vida” (Mbembe, 2003, p. 21) e a condição escrava, uma tríplice perda: de “casa” (morada), de direitos sobre o corpo e de status político, o que tampouco significa inexistência de perspectivas alternativas em relação ao tempo, trabalho e a si mesmo.

Conforme Keila Grinberg (2002), enquanto existiram pessoas livres que foram escravas e pessoas escravizadas que trabalhavam em troca de uma remuneração, “ninguém conseguiu escrever um Código Civil”, sendo certo, ainda, que Clóvis Beviláqua, diante do texto do Código de 1916, salientava que a “escravidão e outras leis que instituições que anulam a liberdade civil são repelidas”, a indicar, pois, que a “*memória de seu passado – e das relações jurídicas que engendrou, por extensão – ainda estava bem viva.*” (Grinberg, 2002, p. 69, grifo nosso).

35. Observe-se que a reescravização poderia ocorrer tanto por revogação da alforria quanto por escravização ilegal de descendentes de indígenas, libertos ou africanos chegados depois de 1831 (que proibia o tráfico atlântico), o que foi objeto de análise de Keila Grinberg em *Direitos e justiça no Brasil* (2006, p. 101-128).

Sétimo, porque implica a necessidade de reconhecer a diversidade étnico-cultural e socioambiental brasileira, num contexto constitucional de preservação do patrimônio imaterial, de reconhecimento da formação cultural diversificada (em que negros e índios são estruturantes) e de distintas formas de conhecimento ambiental. Mais ainda: obriga a rever a ideia de que a preservação ambiental se dá somente quando inexistente presença humana.

Não à toa, 75% da biodiversidade se encontra em terras indígenas e de comunidades ditas “tradicionais”: o respeito à biodiversidade se faz, também, com a preservação da sociodiversidade. As plantas medicinais utilizadas pelas comunidades de Oriximiná/PA, por exemplo, estão sendo objeto de pesquisa pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Não se olvide que as comunidades quilombolas são, legalmente, pela internalização da Convenção da Diversidade Biológica (MP nº 2.186-16, de 23-08-2001),³⁶ depositárias de “conhecimento tradicional associado” (art. 7º, incisos II e III), reconhecido seu direito para “decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do país”, pois este “integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro” (art. 8º, caput e §§ 1º e 2º), de titularidade coletiva (art. 9º, § único).³⁷

Oitavo, porque se trata de afirmação da proteção de patrimônio cultural imaterial, como manifestação de modos de “criar, fazer e viver” (art. 216, II, CF), rompendo com a visão “monumentalista” ou “arqueológica”. A preservação do patrimônio cultural é muito mais uma questão de presente, não somente de tombamento, documentação antiga, registros ou inventários (art. 216, §1º). E isto tem sido objeto de pouca atenção dos doutrinadores (José Afonso da Silva é honrosa exceção!), apesar de a Constituição estabelecer a proteção das “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras”, integrantes do “processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º, CF), dentro da política cultural de “valorização da diversidade étnica e regional” (art. 215, § 3º, V, CF).³⁸

36. Para uma crítica ao modelo ainda colonial de pensamento subjacente à referida convenção internacional, confira Clavero (2012b, p. 483-580).

37. Sobre a discussão sobre propriedade intelectual, colonialismo, conhecimentos tradicionais e recursos genéticos, confira as considerações de Clavero (2012a) disponíveis em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2012/09/Conocimientos-tradicionales-recursos-gen%C3%A9ticos.pdf>>. Vide, também, as implicações, no tocante ao patrimônio genético, da nova regulamentação, a Lei nº 13.123/2016, em termos criticados por Clavero, em especial a respeito da consulta prévia: Clavero (2015, p. 589-661). Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/44/0594.pdf>>.

38. Sobre a necessidade de reconhecer outras formas de conhecimento e vencer o racismo epistêmico, vide a obra de Baldi (2013), disponível em: <<https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revisita-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-3-volume-54/contra-o-apartheid-epistemico-a-luta-das-comunidades-quilombolas-pela-justica-cognitiva>>. Confira, também, Baldi (2014b). Dispo-

Nono, porque a noção de territorialidade como espaço de reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica põe em xeque a visão tradicional que associa terra e pura utilidade econômica. São comunidades a reivindicar o “pleno exercício dos direitos culturais” (art. 215, CF), no qual o seu “território” é elemento essencial. Como bem destaca Boaventura de Sousa Santos (2007b), aqui a temporalidade é distinta das lutas de indígenas e de sem terras: a luta pela terra está ligada ao tempo largo da escravidão, ao passo que na primeira, vincula-se à colonização e ao esbulho dos territórios pelos conquistadores e na última, ao momento atual de concentração fundiária. (Santos, 2007b).

E os laudos antropológicos salientam sobremaneira tal aspecto, não sendo demais lembrar manifestações de representantes do movimento quilombola, em pesquisa realizada pelo Programa de História Oral do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (CPDOC):

O que nos junta é a mesma condição de desigualdade racial. Ou seja, estamos no mesmo contexto de desigualdade e discriminação, viemos de uma mesma origem. [...] Tem duas coisas que são fortes, para que todas essas comunidades, dentro da multiplicidade que as caracteriza, se reconheçam como quilombo. Uma é a herança africana, saber de onde viemos. As pessoas podem nem saber o que é quilombola, mas sabem que são originárias de um processo de escravidão. A outra é exatamente a defesa de um território. A territorialidade é o que nos unifica. Como ela foi constituída em cada quilombo é diferente, mas o que nós queremos com ela é igual. Ao se manter ali, criou-se um espaço de reprodução social daquele grupo e nós queremos zelar por ele. A territorialidade é baseada na relação de parentesco, no respeito aos mais velhos, no uso comum dos recursos naturais, no papel das mulheres, na religiosidade... – uma série de elementos que constitui esse patrimônio [...] toda essa área geográfica tem uma correlação na vida das pessoas, que constitui a territorialidade. Ou seja, as nossas festas religiosas ou os nossos rituais, a gente faz aqui, e há uma relação com o povoado seguinte. [...] então, essa relação de territorialidade tem espaço geográfico definido, tem uso coletivo desses espaços e ela é aquele espaço que eu necessito para viver socialmente. [...] Mas e o cemitério, que tem uma relação que não é geográfica, é cultural, é religiosa? Se eu digo que o cemitério não vale nada e corto no meio, estou acabando com um valor cultural na comunidade [...] Isso é sagrado para nós. Então como eu ousar acabar com os cemitérios? E os meus antepassados, eu

não tenho mais direito de cultivar? Tudo há que ser pensado na delimitação dessas áreas, porque a constituição da territorialidade quilombola extrapola a questão geográfica e administrativa. O território Kalunga, por exemplo, está em três municípios em Goiás, que são Monte Alegre, Cavalcante e Teresina. A comunidade extrapola a unidade administrativa geográfica. [...] eu vou cortar a terra? Eu tiro o espaço para as pessoas se reproduzirem? (Alberti, 2007, p. 310-312, grifos nossos).

Esta distinta forma de perceber, entender e se relacionar com o mundo foi bem descrita, em relatos orais no Equador recolhidos por Juan Salazar (2010), nestes termos:

Nosso antepassados chegaram para semear nestes territórios suas formas de vida quando aqui não havia ninguém e ninguém queria viver aqui. Por isso, para os mais velhos e para nós, seus herdeiros, ‘nosso’ mundo são estes territórios e não buscamos apropriar o mundo dos outros. Porque sabemos que cada povo necessita [de] um território para viver. (Salazar, 2010, p. 64)

A Convenção nº 169-OIT, em seu art. 13.1, enfatiza “a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as *terras e territórios*, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”, e no art. 13.2 afirma incluir-se no termo “terras” o conceito de “territórios”, abrangendo “a totalidade do habitat das regiões” ocupados ou utilizados de alguma forma. Tal noção é expressa no art. 2º, §§ 2º e 3º do Decreto nº 4.887/2003 e veio reforçada pela previsão do Decreto nº 6.040/2007, segundo o qual “territórios tradicionais” são os “espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações (art. 3º, inciso II).

Aqui, pois, a territorialidade quilombola guarda similitudes com a territorialidade indígena no sentido de preservar os “quatro círculos concêntricos”: a) habitação em caráter permanente; b) utilização das terras para suas atividades produtivas; c) utilização imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; d) a necessidade de reprodução física e integral.

E, pois, em perspectiva intercultural de tradução de realidades não eurocentradas, a necessidade de um “princípio da proporcionalidade extensivo”, na linha do voto do Min. Carlos Ayres Britto antes referido:³⁹

Por ela, o próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo. Quer dizer: se, para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que “somente é dos índios o que lhe for não mais que suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física”, já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é diametralmente oposta: “dêem-se aos índios tudo que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a sua estrutura social primeva. (Britto, 2009, grifos nossos)

A jurisprudência brasileira,⁴⁰ ao contrário da colombiana, não tem desenvolvido o conceito de “igualdade extensiva”. Segundo a Corte Constitucional da Colômbia,⁴¹ o princípio da igualdade, na forma do art. 13, implica quatro mandatos:

(I) um mandato de trato idêntico a destinatários que se encontrem em circunstâncias idênticas, (II) um mandato de trato inteiramente diferenciado a destinatários cujas situações não compartilham nenhum elemento em comum, (III) um mandato de trato paritário a destinatários cujas situações apresentem similitudes e diferenças, (IV) um mandato de trato diferenciado a destinatários que se encontrem também em uma posição em parte similar e em parte diversa, mas em cujo caso as diferenças sejam mais relevantes que as similitudes. (Corte Constitucional de Colômbia. Sentencia C-624, de 2008, tradução nossa).

39. Vide nota 25. Aplicação similar já fora feita em relação à constitucionalidade das ações afirmativas, ao salientar que o juízo de proporcionalidade, aqui, exige que sempre se busquem, “para alcançar os benefícios gerais necessários, as alternativas menos onerosas do ponto de vista do dever de superar a situação de subordinação do grupo desvantajado”, de tal forma que não havendo esta alternativa, necessário verificar “se o propalado benefício geral é mais importante para a sociedade do que a superação da situação da subordinação.” (Rios, 2004, p. 36, grifos nossos).

40. Analisando a jurisprudência do STF sobre o princípio da igualdade, Roger Raupp Rios salienta que, entre 1950 e 1988, “predominaram a condescendência diante de realidades discriminatórias e a desoneração argumentativa perante tratamentos díspares”, versando sobre questões administrativas e processuais, para, somente a partir de 1988, um “maior rigor em face de diferenciações e a emergência do conteúdo antidiscriminatório do princípio da igualdade.” (Rios, 2011, p. 289-339).

41. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-624, de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Desta forma, tem-se entendido que a “omissão legislativa relativa de caráter discriminatório”, produzida pela não inclusão de todos supostamente iguais aos regulados pela lei, significa, no geral, que tais disposições não são inconstitucionais pelo que, em si, dispõem, mas sim “por não fazer extensivas essas disposições a outros supostos de fato iguais aos regulados”, fazendo com que a Corte profira uma sentença integradora, “que faz extensivos os efeitos da regulação legal aos fatos não contemplados pela lei”.⁴²

Na doutrina nacional, Jayme Weingartner Neto tem defendido que se trata, pois, de estender a todos os grupos um direito que já se encontra concretizado, à falta de fundamento racional ou material que determine tratamento diferenciado: extensão, por igualdade, do regime mais favorável já disciplinado (Weingartner Neto, 2007, p. 204). Ele salienta que, se a religião católica tem um regime mais favorável já legislado, isso não impede sua extensão às religiões afro-brasileiras, por exemplo, devendo-se considerar a situação da confissão religiosa, da orientação sexual ou do grupo mais favorecido como “patamar normal de referência” e, desta forma, “qualquer desvio de tratamento das minorias, em relação à maioria, é concebido *a priori* como restrição ao direito de igualdade.” (Machado, 1996, p. 302).

O voto do ministro Ayres Britto, ainda que calcado na expressa disposição do art. 231, 1º, CF, reforça, lido em consonância com os termos da Convenção nº 169-OIT, a argumentação constante de parecer exarado pelo então Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, a respeito do art. 68 do ADCT:

[...] o que a disposição constitucional está a contemplar é uma territorialidade específica cujo propósito não é limitar-se à definição de um espaço material de ocupação, mas de garantir condições de preservação e proteção da identidade e características dos remanescentes destas comunidades assim compreendidas que devem ser levadas em linha de conta na apuração do espaço de reconhecimento da propriedade definitiva. [...] a noção de quilombo que o texto refere tem de ser compreendida com certa largueza metodológica para abranger não só a ocupação efetiva senão também o universo de características culturais, ideológicas e axiológicas dessas comunidades em que os remanescentes dos quilombos (no sentido lato) se reproduziram e se apresentam modernamente como titulares das prerrogativas que a Constituição lhes garante. É impróprio [...] lidar nesse processo como ‘sobrevivência’ ou ‘remanescentes’ como sobra ou resíduo, quando pelo contrário o que o texto sugere é justamente o contrário. (Castilho, 2007, p. 54, grifos nossos).

42. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-864/2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

A denominação constitucional, pois, de “remanescentes das comunidades de quilombos” deve ser interpretada nestes termos, e o art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 não destoa de tal entendimento ao prever como remanescentes das comunidades dos quilombos os “grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

Mais que isto: a insistência no critério de autodefinição (como previsto no art. 1º. 2 da Convenção nº 169-OIT) é outro elemento questionador do etnocentrismo da sociedade – os critérios de “classificação social” são, em geral, fruto de “hetero-definição” (de que “negro” e “homossexual” são casos clássicos).⁴³ Mas este processo de (auto)identificação de uma comunidade como quilombola, “categoria externa aos grupos sobre os quais ela incidirá, dependerá do processo (mais ou menos autônomo) de tradução das formas locais de organização e pertença para as formulações generalizantes do direito e das políticas.” (Figueiredo, 2012, p. 213).⁴⁴

Como bem destacado por João Pacheco de Oliveira (1999), tal critério tem a vantagem de “abandonar imagens arquitetônicas de sistemas fechados e se passar a trabalhar com processos de circulação de significados, enfatizando que o caráter não estrutural, dinâmico e virtual é constitutivo da cultura”, evitando exigir-se a “aceitação de pressuposições quanto ao isolamento, ao distanciamento e à objetividade.” (Oliveira, 1999, p. 35)

A recuperação das discussões históricas, antropológicas e sociológicas, bem como da “ressemantização” dos conceitos, na temática quilombola, são um bom exemplo de aplicação da “sociologia das ausências” (Gomes, 2009, p. 174), ou seja, de uma “investigação que visa demonstrar que *o que não existe é, na verdade, activamente produzido como não existente, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe*”. (Santos, 2006, p. 102-104, grifo nosso). E, desta forma, as cinco formas sociais de não existência (o ignorante, o residual, o inferior, o local e o improdutivo) são, portanto, “formas irreversivelmente desqualificadas de existir”.

Lilian Gomes (2009), ao salientar a produção da “não existência das comunidades negras no pós-abolição”, recorda um número significativo de estudos voltados para o período da escravidão e, somente a partir da década de 1980, “uma nova tendência que aponta para a preocupação em compreender o fenô-

43. Os laudos antropológicos vêm salientando, ainda, a influência dos laços de parentesco na auto-definição dos quilombolas. Nesse sentido, confira Camerini (2010, p. 93).

44. No caso específico analisado, à falta de uma memória vinculada à escravidão, a comunidade inseriu sua própria história no contexto escravista regional, encontrando nexos de identificação com outras comunidades, operando a interpretação do trabalho na “carvoagem” como forma análoga (e, de certo modo, sucedânea) à escravidão.

meno” em sua “contemporaneidade”. A consequência disso foi que “*a questão das comunidades negras não foi contemplada pela literatura que pensou a questão agrária do Brasil*, sobretudo a partir da década de 1950, quando a luta pela terra se tornou um tema mais recorrente no espaço público.” (Gomes, 2009, p. 174-176, grifo nosso). A tarefa que se põe, portanto, é recuperar as discussões feitas por autorxs negrxs, em especial Abdias do Nascimento, Lélia González, Beatriz Nascimento e Clóvis Moura (1994), que foram invisibilizadxs pelo cânone das ciências sociais no tema de quilombos (Baldi, 2010).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a questão “quilombola” estar presente apenas em dois artigos constitucionais, o exame das disposições constitucionais de outros países, o processo de “descolonização” da noção de “quilombo”, a releitura do desenvolvimento fundiário brasileiro, a ampliação da noção de patrimônio cultural protegido pela Constituição, o reconhecimento pelas ciências sociais de especificidades de tais comunidades também no que diz respeito à “territorialidade”, a análise do estatuto jurídico negro no período pós-abolição e uma leitura intercultural da diversidade *densificam* o conteúdo posto no texto constitucional e servem de parâmetros para analisar as especificidades de proteção jurídica para tais situações.

O sucesso das estratégias de proteção de afrodescendentes em situações não típicas da vida urbana não tem dependido somente dos níveis de organização dos movimentos “quilombolas”, mas também do “fato de que a concessão de tais direitos está baseada na posse de uma identidade cultural de grupo distinta” (Hooker, 2006, p. 89-111). Em certas situações, portanto, os afrodescendentes se encontram em desvantagem em relação aos indígenas para reivindicar direitos coletivos – incluídos os “territoriais” e “culturais” – tendo em vista que “o modo diferente pelo qual os dois grupos foram historicamente racializados afeta as respectivas capacidades para afirmar uma identidade cultural de grupo distinta”, que, muitas vezes, passa pela afirmação de língua, usos, costumes e cultura distintas.

Analisando a jurisprudência da Corte Interamericana, Ariel Dulitzky destacou recentemente algumas dificuldades neste sentido: a) a aproximação cultural

45. Foi o que sucedeu quando a Corte Constitucional colombiana, na citada Sentencia C-169, de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz, afirmou que os direitos coletivos das comunidades negras, para efeitos de aplicação da Lei nº 70/93 (“terras de comunidades negras”) se davam em função de seu status de “grupo étnico” e não da cor de pele, o que equivaleria a dizer que “os afro-colombianos que não pertencem às comunidades negras sofrem uma dupla discriminação: socialmente, por serem negros em termos raciais, e, legalmente, por não serem suficientemente negros em termos étnicos.” (Ariza, 2009, p. 315, tradução nossa).

opta por localizar geograficamente somente as comunidades rurais que podem demonstrar sua “indigeneidade” ou “africanidade” de uma maneira cultural determinada, podendo produzir efeitos no interior do movimento negro, obrigando a ressaltar a identidade cultural antes que a racial;⁴⁵ b) deve ser avaliada, durante o processo de litígio, a possibilidade de ocorrência de conflitos intra e inter comunitários que possam emergir; c) a Corte deveria ser mais casuística em suas decisões, evitando “repetir mecanicamente prévias decisões que, não necessariamente, se adéquam às particularidades de cada caso ou ao contexto legal, político, social ou econômico no qual se produzem as diferentes reclamações”; d) a falta de proteção efetiva dos territórios indígenas e negros não pode e não deve ser considerada, exclusivamente, como um problema de “falta de reconhecimento de suas particularidades distintivas, mas sim de discriminação e marginalidade a que os Estados os submetem” (Dulitzky, 2010, p. 13-48). Para ele, uma aproximação com a perspectiva da igualdade e não discriminação “permitiria considerar as desigualdades e racismo estrutural de que são vítimas indígenas e afrodescendentes.”⁴⁶

Sérgio Costa e Guilherme Gonçalves (2011), em outro marco teórico, tendo em conta as decisões da Corte Interamericana envolvendo as comunidades do Suriname,⁴⁷ salientam a necessidade de “considerar o impacto de certas políticas públicas e de outras formas de intervenção na articulação e rearticulação dos grupos socioculturais”, lembrando que, no lugar de “um Estado ou de uma corte neutros, que ‘meramente’ fornecem as oportunidades para certos grupos socioculturais preservarem suas identidades”, é necessário considerar que “qualquer intervenção do estado e do direito redesenha o mapa das negociações de identidade” (Costa; Gonçalves, 2011, p. 69), intervindo na constituição destes mesmos grupos.⁴⁸

46. O autor questiona qual será a orientação da Corte Interamericana em relação aos países: a) “onde a propriedade coletiva é reconhecida a povos indígenas, mas não a afrodescendentes”; b) “onde as regulações constitucionais de direitos coletivos para indígenas são maiores que os direitos coletivos reconhecidos aos afros.” (Dulitzky, 2010, p. 30). É que a Corte necessita, ainda, superar a errática aproximação desde a igualdade e a não discriminação, talvez avançando nos termos de uma igualdade extensiva, conforme destacado em ponto anterior, com base na jurisprudência da Corte constitucional colombiana.

47. Os autores ainda enfatizam que as decisões mais recentes da Corte acabam por caracterizar as comunidades como ahistóricas e “cuja existência supostamente não mudou nos últimos três séculos” (Costa; Gonçalves, 2011, p. 64), ao mesmo que em criticam que, ao determinar a criação de um fundo de reparação administrados, em parte dos estranhos à comunidade, supõe que “a necessidade de proteção dos marroons beneficiados deriva, ao mesmo tempo, da representação de sua humanidade e de sua especial fragilidade”, ou seja, “sob o manto de um discurso humanista, identidades, assimetrias e dominações são fixas” (Costa; Gonçalves, 2011, p. 63). Sobre as “consequências profundas e provavelmente irreversíveis” das decisões de indenização em dinheiro, vide a obra de Rodríguez Garavito (2012, p. 57-61).

48. A crítica de Costa é quanto ao risco, “inerente às políticas multiculturalistas” de que, “com in-

Daí porque tanto o enquadramento das “comunidades quilombolas” e de outras “comunidades tradicionais” no sistema jurídico de proteção da Convenção nº 169 – OIT quanto as pautas hermenêuticas constitucionais que associam o art. 68 do ADCT com o art. 231 da Constituição, se, por um lado, podem ser consideradas como exitosas no sentido de afirmar uma especificidade cultural, trabalhando com o “reconhecimento cultural”, por outro lado, não podem constituir, neste mesmo processo, num descuido em relação à “luta contra a discriminação racial”.

O fato de índios e afrodescendentes sofrerem os dois tipos de injustiça deve alertar para a necessidade de promover, simultaneamente, as duas políticas, para a qual, contudo, há que se dar atenção especial à falta de capacitação adequada em matéria de direitos humanos”, em particular com respeito aos “direitos consagrados” em tratados internacionais,⁴⁹ especialmente “na judicatura e entre os agentes públicos” e à identificação e eliminação “de todas as formas de racismo institucionalizado, ou seja, o racismo que reside de forma aberta ou encoberta nas políticas, nos procedimentos, nas práticas e na cultura das instituições públicas e privadas”.

A previsão constitucional sobre quilombos e os debates ainda incipientes sobre o tema mostram os desafios do reconhecimento da interculturalidade e da superação tanto do colonialismo quanto do racismo, que a sociedade brasileira insiste em considerar inexistentes ou findos.

REFERÊNCIAS

- ADI 255, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julg. 16/03/2011, DJE 24/05/2011.
- ALBERTI, Verena; PEREIRA, Amílcar Araujo. *Histórias do movimento negro no Brasil: depoimentos ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Pallas/CPDOC-FGV, 2007.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: LEITÃO, Sérgio. *Direitos territoriais das comunidades negras rurais*. São Paulo: ISA, 1999. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10104.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Os movimentos indígenas e a autoconsciência cultural: a guisa de apresentação. In: _____ (Org). *Terras das línguas: lei municipal de oficialização de línguas indígenas*. Manaus: PPGSCA-UFAM/Fundação Ford, 2007.

tenção de preservar a cultura associada aos afrodescendentes em sua suposta forma originária, dificultam os processos dinâmicos de intercâmbio e difusão que conferem vitalidade e perenidade às diferentes formas de expressão cultural.” (Costa, 2011, p. 267).

49. Vide o caso *Sarayaku vs. Ecuador*, no sentido de se implementar “programas ou cursos obrigatórios que contemplem módulos sobre standards nacionais e internacionais em direitos humanos dos povos e comunidades indígenas, dirigidos a funcionários militares, policiais e judiciais, assim como a outros cujas funções tenham relação com povos indígenas” (§ 302).

- _____. Conceito de terras tradicionalmente ocupadas. *Revista da Advocacia Geral da União*, ano V, nov. 2005. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_novembro_2005/alfredo-indio.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Os quilombolas e a Base de lançamento de foguetes de Alcântara. Laudo antropológico. Brasília: MMA, 2006. Disponível em: <http://www.projetobr.com.br/c/document_library/get_file?folderId=143&name=pub179.pdf&download=true>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Terras de preto, terras de santo, terras de índio: uso comum e conflito. In: _____. *Terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed. Manaus: PGSCA/UFAM, 2008. p. 133-178.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. El racismo y la administración de la justicia. Madrid: Editorial Amnistía Internacional, 2001. Disponível em: <<https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/El%20racismo%20y%20la%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia?CMD=VEROBJ&MLKOB=25559150606>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- ANDRADE, Maristela de Paula. *Terra de índio: identidade étnica e conflito de terras de uso comum*. 2 ed. São Luís: EDUFMA, 2008.
- ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín; STORINI, Claudia (Ed). *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/ sede Ecuador, 2009.
- ANDREWS, George Reid. *América Afro-Latina: 1800-2000*. São Carlos: EdUFSCar, 2007.
- ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- ARRUTI, José Mauricio Andion. A emergência dos 'remanescentes': notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana*, v. 3, n. 2, Rio de Janeiro, out. 1997. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v3n2/2439.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- ATAÍDE JR., Wilson Rodrigues. *Os direitos humanos e a questão agrária no Brasil*. Brasília: UnB, 2006.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala, 2011.
- BALDI, César Augusto. Desafios do constitucionalismo intercultural. *Estado de Direito*, Porto Alegre, abr./maio 2008, n. 14. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/edicoes/ED_14.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Racismo, consciência negra e direitos humanos. *Revista Consultor Jurídico*, 30 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-30/constitucionalismo-intercultural-reconhecer-questao-diversidade>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Do constitucionalismo moderno ao novo constitucionalismo latino-americano descolonizador. In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

- _____. Contra o apartheid epistêmico: a luta das comunidades quilombolas pela justiça cognitiva. *Crítica do Direito*, 54, nov./dez. 2013. Disponível em: <<http://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-3-volume-54/contra-o-apartheid-epistemico-a-luta-das-comunidades-quilombolas-pela-justica-cognitiva>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Comunidades negras e novo constitucionalismo: pluralismo jurídico, territorialidade e buen vivir. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educus, 2014a. p. 26-50.
- _____. Indígenas, quilombolas, comunidades tradicionais: desafios para justiça social e cognitiva. *Sul 21*, 19 dez. 2014b. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/indigenas-quilombolas-comunidades-tradicionais-desafios-para-justica-social-e-cognitiva-por-cesar-augusto-baldi/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Para uma sociologia das ausências da descolonização dos direitos humanos: notas iniciais sobre os aportes afros. *Hendu: Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 6, n.1, p. 47-68, 2015.
- _____. Justiça de transição e Ministério Público: resquícios coloniais e autoritários numa instituição republicana. *Empório do Direito*, 22 mar. 2016a. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/justica-de-transicao-e-ministerio-publico/>.
- _____. Justiça de transição e sexualidades dissidentes: alguns pontos para novos debates. *Empório do Direito*. 27 abr. 2016b. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/justica-de-transicao/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.
- BRITTO, Carlos Ayres. Voto do Ministro sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- CAMERINI, João Carlos Bemerguy. *Discursos jurídicos acerca dos direitos territoriais quilombolas: desmascarando os colonialismos da épistémè jurídica*. Manaus, 2010. Dissertação de mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – Universidade do Estado do Amazonas, 2010. Disponível em: <<http://www.pos.uea.edu.br/data/area/titulado/download/30-5.pdf>>, p. 98-99>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- CASSIANI HERRERA, Alfonso. El derecho estatal y otras formas de justicia en comunidades afrodescendientes. In: _____ (Org.). *De la historia negra: símbolo, cosmovisión y resistencia*. Cartagena: Icultur, 2014. p. 113-150.
- CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Parecer AGU/MC 1/2006. In: DUPRAT, Deborah (Org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA Edições, 2007. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/>>

- documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Parecer_AGU_01_2006.pdf/view>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA. Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/raz-sistema-jud-racismo2.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- CLAVERO, Bartolomé Salvador. Constitución de Honduras y derechos indígenas. In: _____. *Ensayo, opiniones y actualidad*. 2010. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6400>>. Acesso em: 10 de jun. 2010.
- _____. Belice: jurisprudência postcolonial y título indígena. In: _____. *¿ Hay genocídios cotidianos? y otras perplejidades sobre América Indígena*. Copenhague: IWGIA, 2011, p. 185-188. Disponível em: <<http://www.alainet.org/es/active/39332>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos ¿ Bien jurídico global? *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid – AFDUAM*, n. 16, p. 165-185, set. 2012a. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11441/25076>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. ¿ Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales (1947-2011). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 41, 2012b, p. 483-580.
- _____. Consulta indígena e historia colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia, entre derechos humanos y derecho constitucional, 1989-2014. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, XLIV, n. 44, v. 1, p. 589-661, 2015. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/44/0594.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. Comunidades Quilombolas: o que são? Disponível em: <http://www.cpispp.org.br/comunidades/html/i_oque.html>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. Asamblea Constituyente. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-624, de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- _____. Sentencia C-864/2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y Sus Miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. República de Honduras, C. A. Ley de Propiedad: Decreto N. 82-2004. Disponível em: <<http://www.ccit.hn/wp-content/uploads/2013/12/LEY-DE-PROPIEDAD.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- COSTA, Sérgio; GONÇALVES, Guilherme Leite. Human Rights as Collective Entitlement? Afro-Descendants in Latin America and the Caribbean. In: *Journal for Human Rights / Zeitschrift für Menschenrechte*, v. 5, Issue 2, p. 52-71, oct. 2011.
- COSTA, Sérgio. Perspectivas y políticas sobre racismo y afrodescendencia en América Latina y el Caribe. In: HOPENHAYN, Martín; SOJO, Ana. *Sentido de pertinência en sociedades fragmentadas*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- CUSICANQUI, Silvia Rivera. El potencial epistemológico y teórico de la historia oral: de la lógica instrumental a la descolonización de la historia. *Temas Sociales*, n. 11, La Paz/ UMSA, p. 49-75, 1987. Republicado em: ROSILLO MARTÍNEZ et al. *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 157-178.
- DERECHO ECUADOR. Ley de Derechos Colectivos de Los Pueblos Negros o Afroecuatorianos. *Revista Judicial*, Ecuador. Disponível em: <http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4044&Item>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- DULITZKY, Ariel E. Cuando los afrodescendientes se transformaron em ‘pueblos tribales’: El sistema interamericano de derechos humanos y las comunidades rurales negras Bogotá: ILSA, *El otro derecho*, n. 41, mayo 2010, p. 13-48. Disponível em: <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/document.2006-04-04.1440775161>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- DUPRAT, Deborah. Breves considerações sobre o Decreto nº 3912/2001. In: _____. (Org). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007, p. 37-38. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/consideracoes_decreto_quilombos_3912_01.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- FIGUEIREDO, André Videira de. De carvoeiros a quilombolas: o processo de construção da territorialidade em uma comunidade negra rural brasileira. In: CHAGUACEDA, Armando; BRANCALEONE, Cassio (Coord.). *Sociabilidades emergentes y mobilizaciones sociales en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2012.

- FUNARI, Pedro Paulo. A “República” de Palmares e a arqueologia da Serra da Barriga. Disponível em: <http://www.maea.ufjf.br/artigos_funari/texto8.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- FUNARI, Pedro Paulo; CARVALHO, Aline Vieira. *Palmares, ontem e hoje*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- GOMES, Flávio dos Santos. *A hidra e os pântanos: Mocambos, quilombos e comunidades de fugitivos no Brasil (séculos XVIII-XIX)*. São Paulo: Unesp/Polis, 2005.
- _____. *Histórias de quilombolas: mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro, século XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- _____. *Mocambos e quilombos: uma história do campesinato negro no Brasil*. São Paulo: Claro Enigma, 2015.
- GOMES, Lilian Cristina Bernardo. *Justiça seja feita: direito quilombola ao território*. Belo Horizonte, 2009. 350 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política, Universidade Federal de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.digital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-89GSH/tese_de_lilian_cristina_bernardo_gomes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.
- GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- _____. Reescravização, direitos e justiças no Brasil do século XIX. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (Org). *Direitos e justiças no Brasil*. São Paulo: Unicamp, 2006. p. 101-128.
- GRÜNER, Eduardo. La revolución haitiana (1791-1804) y la contra-Modernidad. In: ANSALDI, Waldo; FUNES, Patricia; VILLAVICENCIO, Susana (Comp.). *Bicentenario. Otros relatos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 11-42.
- HOOKE Juliet. Inclusão indígena e exclusão dos afrodescendentes na América Latina. São Paulo, Universidade de São Paulo, *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v. 18, n. 2, nov. 2006, p. 89-111. Disponível em: <http://www.fllch.usp.br/sociologia/temposocial_2/pdf/vol18n2/v18n2a04.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku vs. Ecuador. Judgment Of June 27, 2012 (Merits and reparations). Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MALDONADO-TORRES, N. Secularism and religion in the modern/colonial world-system: from secular postcoloniality to post secular transmodernity. In: MORAÑA, M.; DUS-

- SEL, E.; JÁUREGUI, C. A. (Ed). *Coloniality at large: Latin America and the postcolonial debate*. Durham: Duke University, 2008. p. 366-369.
- MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil: Ensaio Histórico-Jurídico-Social*. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1866, v. 1, p. 28-29. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/malheiros1.html>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. In: ARANTES, Otilia, VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 145-150.
- MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. *Public Culture*, v. 15, n. 1, 2003.
- MCCLINTOCK, Anne. *Couro imperial: raça, gênero e sexualidade no embate colonial*. Campinas: Editora da Unicamp, 2010. p. 57-58.
- MISKOLCI, Richard. *O desejo da nação; masculinidade e branquitude no Brasil de fins do XIX*. São Paulo: Annablume, 2012.
- MOREIRA, Vânia Maria Losa. Usos do passado: a questão quilombola entre história, a memória e a política. In: SOIHET, et al. *Mitos, projetos e práticas políticas; memória e historiografia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- MOURA, Clóvis. *Dialética radical do Brasil negro*. São Paulo: Anita, 1994.
- NACIONES UNIDAS. Estudio preliminar sobre las consecuencias para los pueblos indígenas de la teoría jurídica internacional conocida como la doctrina del descubrimiento. *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas*. Consejo Económico y Social, Nueva York, 19-30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.13%20ES.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- NATIONAL CAMPAIGN FOR REGULARIZATION OF QUILOMBO LAND. *Quilombol@*. Editorial. n. 5, p. 3-4, jul. 2005. Disponível em: <http://www.choike.org/documentos/quilombos_eng.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- OLIVEIRA João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”: situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. *A viagem da volta: etnicidade, política e elaboração cultural no Nordeste indígena*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999.
- PRICE, Richard; PRICE, Sally. Os direitos humanos dos quilombolas no Suriname e na Guiana Francesa. In: FONSECA, Cláudia; TERTO JR, Veriano; ALVES, Caleb Farias (Org.) *Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares*, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004. p. 199-220.
- REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília; Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 190-192.

- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.
- _____. O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARMENTO, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 289-339.
- RODRÍGUEZ Garavito, César. *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012. (Colección Dejusticia) Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos-site/CRodriguez-conflictos_socioambientales_consulta_previa.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- RODRÍGUEZ Garavito, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- SALAZAR, Juan Garcia et al. *Territorios, territorialidade y desterritorialización: un ejercicio pedagógico para reflexionar sobre los territorios ancestrales*. Quito: Fundación Al-tropico, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Entre Próspero e Caliban: colonialismo, pós-colonialismo e inter-identidade. In: _____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 227-276.
- _____. Bifurcação na Justiça. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 jun. 2008.
- _____. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Cochabamba: Bolívia, 2007a, p. 9-19. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- _____. Para além do pensamento abissal: das linhas gerais globais a uma ecologia de saberes. *Revista Novos estudos – CEBRAP*, n. 79, São Paulo, nov. 2007b. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- SCOTT, Joan Wallach. Sexularism, on secularism and gender equality. In: _____. *The fantasy of feminist history*. Durham and London: Duke, 2011. p. 91-116.
- SILVA, Lígia Osorio. *Terras devolutas e latifúndio*. 2. ed. Campinas: Unicamp, 2008. p. 356-358).
- SLENES, Robert W. Apresentação: O escravismo por um fio? In: GOMES, Flávio dos Santos. *A hidra e os pântanos: Mocambos, quilombos e comunidades de fugitivos no Brasil (séculos XVII-XIX)*. São Paulo: Unesp/Polis, 2005.

- SODERO, Fernando Pereira. *Esboço histórico da formação do direito agrário no Brasil*. Rio de Janeiro: AJUP-FASE, junho de 1990.
- SOGAME, Maurício. Populações tradicionais e territorialidades em disputa: diferentes formas de territorialização das comunidades quilombolas do Espírito Santo. Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal Fluminense. *Seminário Campos Temáticos*. Niterói: Mimeo, 2008. Disponível em: <http://www.uff.br/posgeo/modules/xt_conteudo/content/campos/mauricio.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- WALKER, Sheila S. (Comp.). *Conocimiento desde adentro: los afrosudamericanos hablan de sus pueblos y sus historias*. Popayan: Universidad de Cauca, 2012.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: do Advogado, 2007.
- WIKIPEDIA. *Constitution of Belize*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Belize>. Acesso em: 22 abr. 2016.

— Justicia intercultural en las constituciones plurinacionales de Ecuador y Bolivia

Raúl Llasag Fernández¹

1. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo plurinacional, en relación al tema de derecho y justicia, rompe con la tradición liberal, que consideraba al derecho igual al Estado, por tanto, su producción y juzgamiento en caso de vulneración de las normas, estaban a cargo de los órganos de las funciones legislativa y judicial, respectivamente. Esta concepción invisibiliza a la diversidad de derechos que funcionan al interior de las instituciones del Estado y al margen de él.

Desde la concepción del constitucionalismo plurinacional, en el espacio geográfico del Estado coexisten diferentes sistemas jurídicos. En el caso del Ecuador² y Bolivia,³ al menos se constitucionalizan tres sistemas jurídicos, el indígena, afrodescendiente y ordinario o eurocéntrico. Al interior del sistema jurídico indígena y afrodescendiente, a su vez, puede existir una diversidad de ordenamientos jurídicos.

La convivencia de los tres sistemas jurídicos no es un fenómeno nuevo, porque de hecho funcionaban al margen de la legalidad y constitucionalidad desde la invasión europea. Por tanto, la novedad es la constitucionalización, pero en el contexto de una propuesta de la plurinacionalidad y Estado plurinacional que nace del seno de los movimientos indígenas, como un proyecto de nueva sociedad que cuestiona el sistema colonial y capitalista instaurado, como lo desarrollaremos más adelante. Pero, tanto en Ecuador como en Bolivia, ese reconocimiento se producen antes de la vigencia de las Constituciones plurinacionales, esto es, en 1998 en Ecuador y 1994 en Bolivia, cuyos contextos y antecedentes no solo tienen que ver con el

1. Abogado kichwa, docente de la Universidad de Andina Simón Bolívar sede Ecuador, investigador del Proyecto Alice del Centro de Estudios de la Universidad de Coimbra y candidato a doctorado en Sociología en la Universidad de Coimbra-Portugal.

2. Cf. Constitución de la República del Ecuador de 2008, Arts. 57.10, 58 y 171.

3. Cf. Constitución Política de Estado boliviano de 2009, Arts. 30.14, 32, 179, 190, 191 y 192.

resurgimiento de las discusiones teóricas de la antropología, sociología y ciencia jurídica nacionales, sino de contextos de crisis internacional y nacional, que propiciaron las privatizaciones de las empresas públicas, acompañadas de los discursos de modernización y descentralización del Estado, como se podrá ver de manera sintética posteriormente.

Por todo ello, la convivencia de varios sistemas jurídicos, no es pacífica, crea tensiones e incluso paradójicamente resurgen acciones coloniales, como el racismo, la deslegitimación de la justicia indígena. Esas acciones coloniales resurgen también, porque, desde la visión eurocéntrica, se considera a la justicia indígena como anacrónica, salvaje y violatorio de los derechos humanos. Por otro lado, las acciones coloniales, están relacionados con los intereses de las empresas mineras y petroleras básicamente, a quienes no les interesa o no les conviene la implementación del Estado plurinacional, y la forma más viable para evitar ello, es deslegitimando a la justicia indígena y consecuentemente al movimiento indígena (Llasag, 2010, p.103-104). Esta deslegitimación es apoyada por la derecha del país que se presta a los juegos de los intereses transnacionales.

En ese contexto amplio se desarrolla actualmente la convivencia de los diferentes sistemas jurídicos, por ello, esa convivencia se torna conflictiva. Esa conflictividad se da en diferentes niveles, denominado por Boaventura de Sousa Santos como cuatro clases de sociabilidad:

violencia, coexistencia, reconciliación y convivialidad. La violencia es el tipo de encuentro en el que la cultura dominante reivindica un control total sobre la zona de contacto y, como tal, se siente legitimada para suprimir, marginar o incluso destruir la cultura subalterna y su derecho. La coexistencia es la sociabilidad típica del apartheid cultural, en la que se permite que las diferentes culturas jurídicas se desarrollen por separado y según una jerarquía muy rígida y en la que los contactos, entremezclas o las hibridaciones se evitan firmemente o se prohíben por completo. En este caso se admiten derechos paralelos pero con estatutos totalmente asimétricos que garantizan simultáneamente la jerarquía y la incommunicabilidad. La reconciliación es la clase de sociabilidad que se fundamenta en la justicia restaurativa, en sanar los agravios del pasado. Es una sociabilidad orientada en el pasado en lugar de hacia el futuro. Por esta razón, los desequilibrios de poder del pasado con frecuencia se permite que continúen reproduciéndose a sí mismos bajo nuevas apariencias. Los sistemas de derecho en presencia se comunican según reglas que conciben, por ejemplo, el derecho comunitario o indígena como supervivencia residual de un pasado en vías de superación. Por último, la convivialidad es, en cierto modo, una reconciliación orientada al fu-

turo. Los agravios del pasado se han saldado de tal forma que se facilitan las sociabilidades que se fundamentan en intercambios tendencialmente iguales y en la autoridad compartida. Los diferentes universos jurídicos son tratados como visiones alternativas de futuro que, cuando entran en conflicto, aceptan un modus vivendi definido según reglas constitucionales consensuadas. (Santos, 2010, p.89-90)

El Estado plurinacional, pretende desarrollar la convivencia entre justicias interculturales, bajo los principios de: diversidad de sistemas jurídicos; que ningún sistema jurídico y cultural es completo, sino incompleto y en interacción, dispuestos a aprender y reaprender; e, igualdad de oportunidades de los sistemas jurídicos. En la medida en que estos principios se cumplan es posible el diálogo de interculturalidad, porque ese diálogo no se pueden dar en condiciones de subordinación y marginación.

En este ensayo iniciaré analizando el contexto general en el que se aprueba la justicia indígena y participación de los movimientos indígenas; en la segunda parte revisaré las normas constitucionales vigentes relacionadas a la justicia indígena y afrodescendiente, visibilizando sus sistemas jurídicos; en la tercera parte dejaré planteado algunos mecanismos que nos permite ir configurando la convivencia y justicia intercultural de los estados plurinacionales.

2. CONTEXTO HISTÓRICO, MOVIMIENTOS INDÍGENAS Y PROPUESTA DEL ESTADO PLURINACIONAL

Como habíamos indicado antes, la convivencia o coexistencia de varios sistemas jurídicos en un espacio geográfico determinado no es un fenómeno nuevo, denominado como pluralismo jurídico o pluralidad de ordenamientos jurídicos, en donde se conjugan el espacio local nacional e internacional. Pero para analizar el reconocimiento constitucional de la justicia intercultural en el contexto del Estado plurinacional, es conveniente realizar un contexto histórico sintético en donde resurge las discusiones, reivindicaciones y la constitucionalización de los sistemas jurídicos indígenas y afrodescendientes.

El primer contexto es la emergencia, en la segunda mitad del siglo pasado, de la discusión sobre el pluralismo jurídico desde la antropología, sociología jurídica y ciencias jurídicas⁴ on diferentes tendencias y posiciones, que no lo voy a analizar en el presente ensayo, pero que estaban relacionado a la presión que

4. Cf. Nader, 1965, 1969, 1978; Erhlich, 1986; Coller, 1966, 1968, 1973, entre otros.

existía desde los Estados Unidos por desarrollar métodos “alternativos de solución de conflictos” para el manejo y resolución de casos menores, por la explosión de los litigios, la falta de acceso a justicia y crisis económica (Collier, 1995, p. 54).

El segundo contexto que se debe tener presente son los instrumentos internacionales relacionado a los pueblos indígenas que tampoco los analizaré, pero dejaré mencionado algunos más relevantes. El primero y muy criticado es el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, de 1957, que básicamente pretendía asimilar a los indígenas a la lógica capitalista y Estado “nacional”, por tanto recibió críticas de los pueblos indígenas del mundo; como consecuencia de ello en 1989 fue reemplazado por el actual Convenio 169 de la OIT; en 1971, el Consejo Económico y Social adoptó una resolución por la que autorizaba a la Subcomisión de Naciones Unidas sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías a que desarrollara un estudio sobre el problema de la discriminación contra los pueblos indígenas, que posteriormente en 1982 dio lugar a la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas con el propósito de promover los derechos humanos de los pueblos indígenas, que culminó con la redacción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y que fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007. En el contexto regional, la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de la Asamblea General, en 1989, emitió una Resolución, ordenando la redacción de un instrumento interamericano sobre los derechos de los pueblos indígenas, que hasta el momento no es aprobado.

El tercer contexto es la crisis capitalista mundial, que se inicia con la caída de la economía estadounidense a partir de 1967, una vez que Japón y Alemania se convirtieron en competidores del líder de la economía mundial. En 1971 se devaluó el dólar en un 150% frente al marco alemán y al yen japonés. Sin embargo en 1970 fue una de las etapas muy duras no solo para Estados Unidos de Norteamérica, sino para la economía capitalista mundial, ya que si bien Europa y Japón tenía mejores condiciones, en estos años se vivió la más grave crisis occidental después de la posguerra. En 1974 se sumó el aumento del precio del petróleo. Ante estas circunstancias recesivas, se buscó la recuperación de la economía de los países capitalistas desarrollados, recurriendo a la expansión inflacionista del crédito hacia los países periféricos a intereses sumamente bajos, con el objetivo de que estos países compren los productos de los países centrales, dando como resultado la deuda externa de la mayoría de los países del Tercer Mundo y América Latina y su posterior crisis e imposiciones de la políticas económicas y sociales. (Endara, 1999)

El cuarto contexto es la tardía manifestación de la crisis de América Latina, pues, en los años setenta la mayoría de los países de la región estaban inmersos en la profundización de la industrialización impuesto por el pensamiento de la Comisión Económica para América latina Cepal. Pero, el retardo de la manifestación de la crisis, fue posible por la concurrencia de factores concurrentes como el incremento de los precios del petróleo; el endeudamiento externo a intereses bajos que no superaban el 6.82%; y, los saldos favorables en las relaciones comerciales con otros países del área que permitía las importaciones y soportar los desequilibrios de la balanza de pagos producidos, porque el patrón de industrialización dependiente requería de muchos insumos importados. En los años 80, que coinciden con el retorno a la “democracia” de la mayoría de los países de América Latina como Ecuador 1979 y Bolivia 1982, se habían agotado los factores que permitieron soportar la crisis; además de registrarse una reducción drástica de las importaciones y la incapacidad de afrontar pagos financieros por concepto de la deuda externa y fue necesario imponer las llamada políticas de ajuste. El panorama de la deuda externa se agravó, cuando en 1981 los intereses de la deuda externa se triplicaron de 6.82% a 18.87% (Endara, 1999); los precios del petróleo cayeron drásticamente; y, finalmente la presión de los organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional para la “modernización del Estado”, que básicamente comprendía la privatización de las empresas públicas, liberalización del mercado financiero, reducción de los gastos sociales, flexibilización laboral. En ese sentido el Estado “nacional” al mismo tiempo que es desmantelado, no solo adquiere otros roles, sino que debe procesar y buscar los mecanismos para que los servicios que dejó de prestar lo asuman ya sea organismos seccionales autónomos,⁵ ONGs, las empresas privadas, la sociedad civil y colectivos indígenas.

¿Qué tiene que ver todos estos contextos con la constitucionalización de los sistemas jurídicos indígenas y afroecuatorianos? Tiene que ver mucho, porque desde la invasión europea, los pueblos indígenas constituyeron en una fuerza de choque y de resistencia a las políticas coloniales, capitalista, neoliberalismo y ahora la globalización hegemónica. Por ello, también se implementó y se implementa diferentes formas no solo de invisibilización, sino de exterminio y asimilación de indígenas. En esos contextos, al mismo tiempo los movimientos indígenas inventan y reinventa formas de resistencia y visibilización, se fortalecen y debilitan, utilizan los mismos instrumentos hegemónicos para reivindicar sus derechos e incluso realizan una propuesta emergente de un proyecto de país. Por ejemplo, en el contexto

5. Justamente en ese contexto de produce la discusión de la descentralización: en el Ecuador, en 1993 se dicta la Ley de Modernización del Estado y en 1997 la Ley de Descentralización. En el caso de Bolivia en 1994 se dicta la Ley de Participación Popular.

mencionado, tanto en Ecuador como en Bolivia y otros países de América Latina, con financiamiento del Banco Mundial se propicia el programa de “mediadores comunitarios”, para que resuelvan los conflictos internos de las comunidades, pero únicamente conflictos que no tengan relación con los recursos naturales, casos penales y otros reservados en las leyes para la jurisdicción eurocéntrica. Frente a ello los pueblos indígenas reivindican un derecho propio y justicias interculturales en igualdad de oportunidades. Y el Estado se ve obligado a constitucionalizar, al inicio en la lógica del Estado nacional, luego en el Estado plurinacional, como se podrá ver más adelante. Estas y otras son las razones que explica las contradicciones que surgen al momento de poner en práctica las Constituciones plurinacionales, que están relacionadas con la deslegitimación de los pueblos indígenas y la plurinacionalidad, así con los recursos naturales e intereses transnacionales.

En ese sentido mi interés por visibilizar, que en esos contextos antes indicados, los movimientos indígenas se fortalecen y reivindican la justicia intercultural, logrando la constitucionalización, lo cual plantea nuevos retos al Estado y la sociedad.

Sin desconocer que los pueblos indígenas del Abya Yala,⁶ ahora América, vivieron en permanente resistencia por visibilizar y que en los inicios del siglo XX, por influencia del triunfo de la revolución Rusa, tanto en Ecuador como en Bolivia se constituyen algunas organizaciones gremiales y sindicatos agrícolas, y a través de ellas una nueva forma de articulación del movimiento indígena, cuyas reivindicaciones básicas se asientan en el acceso a la tierra y educación. Es en la segunda mitad de siglo XX, que emerge un movimiento indígena, tanto en Ecuador como en Bolivia, que no se queda en la crítica al sistema colonial y al neocolonialismo del Estado liberal, sino también propone un nuevo proyecto de país. Pero, ese proceso de consolidación del movimiento indígena y sus propuestas se desarrolla en los contextos antes mencionados y otros como el triunfo de la revolución cubana, la pretensión de controlar y dividir a las organizaciones indígenas por parte del Estado, cuando se pretende imponer las políticas internacionales para evitar las insurrecciones anti-imperialistas que se gestan en la región de Abya Yala, la ampliación del voto para los analfabetos. Por algunas particularidades lo sintetizaré por países.

2.1 Movimiento indígena de Bolivia, surgimiento de la propuesta plurinacional y justicia intercultural

6. Abya Yala es el nombre con el que se conoció lo que ahora es el continente América por los pueblos cunas.

A parte de los contextos generales señalados, en el caso particular de Bolivia la Revolución nacionalista de abril de 1952 marcó un momento de oportunidad del resurgimiento del movimiento indígena, pues dio lugar a la reforma agraria, se reconoció el voto universal, se declaró al indio como campesino, se reconoció el derecho de los indígenas a crear sindicatos y se creó la poderosa Central Obrera Boliviana, alrededor del cual se articularía una parte del movimiento indígena especialmente de la sierra. En 1964 un golpe de Estado inauguró el período de dictaduras militares que se extendió hasta 1982.

Efectivamente, a partir de la década de los 60 aparecen “dos movimientos el indianismo y el katarismo que en realidad son uno solo” (Chuquimia, 2012, p. 186). El andino era el despertar “katarista”, iniciado por aymaras rurales/urbanos sobre todo de la paz desde los fines de los años sesenta.” (Albó, 2012, p. 203-204) Mientras que en la zona del Oriente de Bolivia, en 1982 se crea la Confederación de los Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano CIDOB (Chuquimia, 2012, p. 190), quienes toman distancia con las posiciones clasistas.

Desde el sur de Beni hasta la Paz, en 1990, se produce la marcha de los pueblos indígenas por el “Territorio y la Dignidad”, en contra de las concesiones madereras. Una vez que la marcha llegó a la Paz, se reconoció como territorio indígena, al ahora denominado TIPNIS (Albó, 2012, p. 2004). Esta marcha demostró que con una organización unificada del movimiento indígena podía tener un suficiente peso político que permitiera luchar por sus reivindicaciones.

Efectivamente, por presión del movimiento indígena, el Estado boliviano, en 1991, ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independiente. En 1992, se produce varias marchas y actividades públicas del movimiento indígena en contra de las celebraciones del V centenario del “descubrimiento de América” y se propone la conformación de “una especie de Parlamento popular al que se llamaba “Asamblea de Nacionalidades Originarias y del Pueblo” (Albó, 2012, p.204).

En 1994, en ejercicio de poder del binomio Gonzalo Sánchez de Lozada y el aymara Víctor Hugo Cárdenas, se hizo una reforma constitucional, con dos cambios relevantes en nuestro tema: el primero fue que en el artículo 1 incorporó el concepto de que Bolivia era “Multiétnica y Pluricultural”, como hicieron por entonces casi todas las constituciones latinoamericanas. El segundo más novedoso y significativo, fue su largo artículo 171 (antes limitado a mencionar el derecho de los campesinos a formar sindicatos) porque sintetizaba los principales derechos que el Convenio 169 de la OIT reconocía a los pueblos indígenas; entre ellos, con respecto a los recursos naturales existentes en sus “tierras comunitarias de origen”, pero sin reconocer los territorios, y el de las “autoridades naturales” para la “apli-

cación de normas propias como solución alternativa de conflictos” (Albó, 2012, p. 205). Pero estas reformas se dieron en el marco de la “modernización del Estado”, descentralización y privatizaciones.

En 1995, el Ministerio de Justicia procede a elaborar el proyecto de Ley de Justicia Comunitaria, financiado por el Banco Mundial (Albó, 2012, p. 205), en el contexto de las reformas judiciales, por tanto en la lógica la crisis de la función judicial, derecho de acceso a justicia y garante del “desarrollo”, consecuentemente, como un sistema alternativo de resolución de conflictos. El proyecto de Ley fue concluido en 1998, pero no fue presentado en la Función Legislativa y tampoco aprobado, porque desde las financieras y el mismo Ministerio de Justicia había perdido interés. (Albó, 2012, p. 217. Desde el movimiento indígena tampoco recibió apoyo por cuanto el proyecto concebía a la justicia comunitaria como un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria.

En el año 2000, en la ciudad de Cochabamba, se constituye la Coordinadora del Agua integrado por la población urbana y las organizaciones indígenas, con la finalidad de evitar la privatización del agua, pues, desde el retorno a la “democracia” se desenvuelve entre la crisis y la imposición desde los organismos internacionales como FMI y BM para “modernizar el Estado”, privatizaciones de los servicios públicos como el agua, liberalización de la economía. Por otro lado, las organizaciones indígenas del altiplano boliviano decidieron salir al bloqueo de la carretera que une a las ciudades de La Paz y Oruro. En el mismo año 2000, en el mes de septiembre, se inició un bloqueo en la carreteras del departamento de Cochabamba, en la región del Chapare, zona de cultivo de la hoja de coca, en contra del Plan Dignidad,⁷ que por imposición de los EE.UU. se intentó aplicar para erradicar forzosamente la hoja de coca.

A partir del año 2000 el movimiento indígena boliviano, se convirtió en el principal protagonista de los procesos políticos, demostrando una capacidad de articulación con las diferentes organizaciones no indígenas y reivindicando el Estado plurinacional y la convocatoria a una Asamblea Constituyente. La capacidad de articulación más contundente se dio con el Pacto de Unidad, que planteó un mandato de las organizaciones sociales para el Asamblea Constituyente, en donde estaban integrados el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyo “CONAMAQ”, Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia “CIDOB”, Confe-

7. El Plan Colombia, Plan Dignidad y Plan Puebla Panamá, fueron elaborados por iniciativa de los EE.UU. con el soporte de organismos internacionales supeditados a intereses geopolíticos y militares, y asesorados por agentes norteamericanos. El Plan Dignidad comenzó a ser ejecutado a partir de 1998 hasta el 2002. Su ejecución costó decenas de vidas y centenares de heridos. El programa anterior a este fue el Plan Coca Cero. (Salazar, 2005, p. 177).

deración Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia “CSUTSB”, Bartolina y colonizadores (Santos, 2010, p.104).

Todo este fortalecimiento del movimiento indígena hace que en las Elecciones Generales de diciembre de 2005, el líder indígena cocalero Evo Morales y el Movimiento al Socialismo ganaron las elecciones con el 54% de votos. Una vez en el poder, por mandato de los movimientos indígenas tuvo que convocar a la Asamblea Constituyente. La Asamblea tuvo varias dificultades desde la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, la misma que no contempló que parte de los constituyentes debieran salir directamente desde los pueblos indígenas, ello posteriormente tuvo sus efectos, ya que la representación indígena no alcanzó a las dos terceras para la aprobación de los textos constitucionales; esto fue aprovechado por la oposición que revivió el regionalismos y el racismo en contra de los asambleístas indígenas, provocando enfrentamientos y amenazas de muerte en contra de los asambleístas indígena, finalmente tras una compleja disputa con la oposición regional, luego de un difícil proceso de elaboración, negociación política y modificación, el texto constitucional plurinacional es aprobada en referéndum en el año 2009, en donde como consecuencia de la plurinacionalidad se constitucionaliza la diversidad de ordenamientos jurídicos, como lo veremos más adelante. Por otro lado, con Evo Morales en la Presidencia,

el protagonismo del proceso pasó gradualmente del movimiento popular al Ejecutivo. El movimiento siguió apoyando el proceso, lo que fue crucial en ciertos momentos de casi-colapso de la Asamblea Constituyente. Pero algunas veces ese apoyo fue instrumental y no siempre se tradujo en la preservación de las demandas del movimiento social popular. (Santos, 2010, p. 104).

Contradictoriamente, cada vez más, el gobierno de Morales se aparta de las demandas del movimiento social popular, a través de la desconstitucionalización de los derechos y políticas de estado como la Ley de Deslinde Jurisdiccional, Ley de Deslinde Jurisdiccional, conocida como la Ley número 073 del 29 de diciembre de 2010, mediante la cual, en el artículo 10 limita reduce la competencia de la indígena a casos menores y entre indígenas, mientras que la Constitución no lo limita.

2.2 Movimiento indígena de Ecuador, surgimiento de la propuesta plurinacional y justicia intercultural

En el caso del Ecuador el movimiento indígena adquiere particularidades importantes a en la década de los 70 del siglo pasado, porque, tiene un recorrido de 50 años de estructuración y articulada a la Federación Ecuatoriana de Indios FEI, pero bajo esquemas clasista por influencia de los partidos de izquierda. En ese proceso se implementó desde el Estado políticas de asimilación y control a través de la Ley de Comunas. En ese contexto también existe el acercamiento a la iglesia católica de la línea de la teología de la liberación, que impulsó la creación de organizaciones, el inicio de la devolución de las tierras de la iglesia. En 1970 el Ecuador vive el bon petrolero, no solo por el descubrimiento de nuevas reservas de petróleo, sino por la subida de los precios del mismo. Todos estos acontecimientos las comunidades indígenas tuvieron acceso a la educación, que contribuyó al fortalecimiento organizativo, planteamiento de nuevas reivindicaciones como el acceso al agua, a la educación bilingüe y derechos políticos, pues, hasta antes de 1978 los analfabetos no eran sujetos de derechos políticos.

Efectivamente, en 1972, se inaugura un proceso de estructuración organizativo indígena desde sus propias visiones, tomando distancia con las influencias de izquierda y la iglesia, pero sin desechar, sino como una organización autónoma con sus propias visiones, pero juntos por las reivindicaciones nacionales. Así, en 1972 se constituye el Ecuador Runacunapac Riccharimui ECUARUNARI (hoy Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador). Posteriormente, en 1980 se forma la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía CONFENIAE. El movimiento indígena en el Ecuador logra su mayor expresión ese mismo año con el apareamiento del Consejo de Coordinación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONACNIE, el mismo que en 1986 se convierte en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE (Llasag, 2007).

A partir de esta estructuración organizativa, el movimiento indígena ecuatoriano inicia un cuestionamiento en contra del colonialismo y neocolonialismo del Estado nacional. Pero además se convierte en el principal opositor de las políticas de “modernización del estado”, políticas de ajuste impuestas a través de los mandatos del FMI y BM, se opone al pago de la deuda externa y la sucretización⁸

8. En 1982, por la caída de los ingresos por exportaciones del petróleo, el incremento de las tasas de interés internacionales, la devaluación de la moneda ecuatoriana y la restricción del acceso al mercado de capitales, el gobierno de Oswaldo Hurtado decretó la “sucretización” para solucionar en el corto plazo el problema del sobreendeudamiento del sector privado, que se había endeudado libremente en los años de la bonanza petrolera. Esto se dio en medio de presiones internas y externas. Las presiones internas estaban dadas lógicamente por los grupos de poder político y económico que tenía se habían endeudado. Las presiones internacionales estuvieron dadas por el FMI y el Banco Mundial que respondían a intereses de la banca internacional interesada en conseguir un mejor garante para sus acreencias.

de la deuda de los empresarios privados que se endeudaron en la bonanza petrolera. En este periodo, el movimiento indígena no se queda sólo en las críticas, sino que, frente a todo el colonialismo y neocolonialismo del momento va construyendo una propuesta de un nuevo proyecto de sociedad, es decir, la construcción de la plurinacionalidad y Estado plurinacional, basado, no solamente, en el reconocimiento de los pueblos como sujetos colectivos de derechos y la dignidad de todos los habitantes del Ecuador, sino en la construcción de una nueva alternativa al “desarrollo” con respeto la Naturaleza.

Como era de esperar, el Estado ecuatoriano acusa a la propuesta de la plurinacionalidad y Estado plurinacional como una intensión separatista y divisionista. Por otro lado, la sociedad ecuatoriana no indígena con fuerte arraigo racista tampoco apoya esta propuesta. Frente a esa actitud, el movimiento indígena del Ecuador protagonizado por la CONAIE, inicia un proceso de lucha. En 1990 se da el primer levantamiento indígena, en donde se reivindica la declaratoria de un Estado Plurinacional y el reconocimiento de territorios indígenas. En 1992 se produce la marcha de los pueblos y nacionalidades indígenas de la amazonia para exigir la legalización de sus territorios y la declaratoria de un Estado Plurinacional. En ese mismo año se produce el levantamiento por los 500 años de resistencia indígena y popular. En 1994 se protagoniza la movilización por la vida, en contra de la Ley de Desarrollo Agrario y la reivindicación de los territorios de los pueblos indígenas.

Ante la fuerte presión del movimiento indígena, en 1996, el Congreso Nacional, reforma el Art. 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador, declarando al Estado como “multiétnico y pluricultural”. La multiétnicidad y pluriculturalidad es un simple reconocimiento de las diversidades étnicas y culturales, pero no se reconoce su autonomía, y tampoco cambia y cuestiona las estructuras del estado liberal, el sistema económico extractivista capitalista y dependiente, al contrario viabiliza con la integración de las diversidades étnicas y culturales. Mientras que el Estado plurinacional rompe con el esquema del Estado liberal, en donde no solo reconoce la diversidades culturales, sino exige una nueva estructura basada en esas diversidades, cuestiona exige una nuevo sistema económico basado en el respeto a la Naturaleza, por ello, a más de los derechos de los pueblos indígenas exige el reconocimiento de otros de derechos como los de la Naturaleza.

Como consecuencia de lo anterior y por la oposición a la medidas económicas que se pretendía imponer por exigencia del FMI, en 1997 se lleva a cabo el levantamiento indígena y popular en contra de las medidas económicas, la corrupción y el chantaje que terminó con la destitución del Presidente de la República

Abdalá Bucarán,⁹ en donde se pide la convocatoria a una Asamblea Constituyente y la declaratoria de un Estado Plurinacional. (Llasag, 2007)

Una vez en el gobierno Alarcón y el Partido Social Cristiano en la dirección del Congreso, pretendían posponer su convocatoria para el inicio del nuevo gobierno, esto es, para el 10 de agosto de 1998, por lo que, desde el 28 de agosto de 1997, la CONAIE promueve la caminata nacional de las nacionalidades y pueblos indígenas, seguro campesino y otros sectores sociales. Y se autoconvocan a una Asamblea Nacional constituyente, que se instaló el 13 de octubre del mismo año. (Llasag, 2000, p. 1)

La derecha que tenía el control del Congreso Nacional y del Ejecutivo, finalmente tuvo que aceptar la tesis de la Asamblea Nacional, con las mismas reglas de juego del sistema electoral tradicional y

(...) reduciendo al máximo su alcance y potestad, convirtiéndola en una asamblea constitucional limitada y con una representación similar a la del Congreso, en la cual los movimiento sociales alcanzaron una representación insignificante (Llasag, 2000, p. 1).

Finalmente la Asamblea Nacional Constituyente de 1998, no aprobó la propuesta de la declaratoria de un Estado Plurinacional, sino mantuvo la declaratoria del Estado Pluricultural y Multiétnico y reconoció algunos derechos colectivos de los pueblos indígenas,¹⁰ sin reconocer sus territorios. Es decir, este reconocimiento se da igualmente en la lógica del Estado nacional y capitalista (Llasag, 2007) como lo indicamos antes.

El movimiento indígena ecuatoriano, continuará con sus reivindicaciones de la plurinacionalidad y Estado plurinacional y oponiéndose a las medidas de ajuste que se pretendían imponer desde el FMI, pero al mismo tiempo siente los efectos de la permanente acciones de debilitamiento implementadas a partir de los años 70 básicamente, con el agravamiento de que la dirigencia nacional, regionales y provinciales habían entrado en la lógica de los partidos políticos. En medio de esa crisis del movimiento indígena, Rafael Correa logra articular las

9. A la destitución del Presidente debía suceder la Vicepresidenta, sin embargo, esta vez, por exigencia de Estados Unidos de Norteamérica, no le permiten asumir a Rosalía Artiaga la Vicepredidenta, y le posesionan a Fabián Alarcón Presidente del Congreso Nacional, quien se había convertido en el personaje que viabilizaba las normas de privatización de las empresas del Estado.

10. Arts. 1 inciso tercero, 3.1, 8.5, 24.12, 66 inciso segundo, 69, 83, 84, 191 inciso cuarto y otros de la Constitución Política de 1998.

reivindicaciones de los pueblos indígenas y la sociedad civil en general, como su programa de gobierno y triunfa en las elecciones. Una vez en el Gobierno, convoca a la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente conformada por la mayoría del Gobierno, aprueba la Constitución, sin mayores niveles de conflictividad. El conflicto se genera en la discusión de la plurinacionalidad, interculturalidad, Buen Vivir, los derechos de la Naturaleza y el derecho de consulta a los pueblos indígenas. Finalmente es aprobada la Constitución, en donde simplemente se declara al Estado ecuatoriano como plurinacional, sin desarrollar en el resto del texto constitucional. Actualmente, al igual que en Bolivia existe una tensión muy fuerte entre el Gobierno y el movimiento indígena, especialmente por una fuerte campaña de debilitamiento de la justicia indígena, el movimiento indígena y la desconstitucionalización de los derechos.

Como podemos ver, tanto Ecuador como Bolivia, luego de cinco siglos de invisibilización y por una fuerte presión de los movimientos indígenas, se ven obligados a constitucionalizar la plurinacionalidad y en ese contexto reconocer la coexistencia de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, que lo analizaré a continuación.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES EN LAS CONSTITUCIONES DE BOLIVIA Y ECUADOR

3.1 Constitución del Ecuador y sistemas jurídicos indígenas y afroecuatorianos

En el caso del Ecuador, la Constitución, en primer lugar, reconoce como sujeto de derechos colectivos a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígena, y en segundo lugar, éstos gozan de varios derechos específicos,¹¹ entre ellos, el derecho “a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario...”,¹² derecho que es desarrollado en el artículo 171, especificando que lo titulares son los colectivos indígenas. Pero, la Constitución también reconoce a otros colectivos, entre ellos, a los pueblos afroecuatorianos y montubios. No cabe duda que los derechos de los colectivos indígenas, se hace extensivo a favor de los pueblos afroecuatorianos, cuando dice “Para fortalecer su identidad, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la Ley y los pactos, convenios, declara-

11. Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 57.

12. Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 57.10.

ciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”¹³; entre ellos, está el derecho a desarrollar y aplicar el derecho propio o consuetudinario, y si el constituyente omitió especificar en el artículo 171 a los pueblos afroecuatorianos, de ninguna manera significa que dichos colectivos no tengan la capacidad de ejercer el referido derecho. No sucede lo mismo con los pueblos montubios, a quienes al parecer se excluye de esos derechos, lo cual es contrario al principio de la plurinacionalidad, porque se prohíbe la exclusión, pero tampoco existen investigaciones con respecto al derecho y justicia de los pueblos montubios en el Ecuador.

La no clarificación o la falta de explicitación del reconocimiento de los derechos a favor del pueblo afroecuatoriano, tiene varias explicaciones: primero, el racismo contra el afroecuatoriano tanto desde el Estado como desde la sociedad es mucho más acentuado que contra el indígena; segundo, la organización afroecuatoriana no ha logrado articular sólidamente a nivel nacional; tercero, desde uno de los sectores de la intelectualidad afroecuatoriana por ahora influyente consideran que sus reivindicaciones no es el reconocimiento del derecho a la autonomía, sino que exigen únicamente la integración al Estado nacional como ciudadanos ecuatorianos y el respeto de sus derechos individuales. En cambio, los pueblos montubios se autoidentificaron como tal en esta Asamblea Constituyente.

Al reconocer la pluralidad de ordenamientos o sistemas jurídicos indígenas y afroecuatoriano, la Constitución plurinacional lo realiza en el plano de igualdad de oportunidades, tanto para el sistema eurocéntrico, así como para los sistemas indígenas y afroecuatoriano. De los textos constitucionales, básicamente de los artículos 57.10, 58 y 171, se desprende que el Estado reconoce:

La capacidad de crear y aplicar el derecho propio. Esa capacidad se reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y pueblo afrodescendiente. Esta capacidad o facultad legislativa y jurisdiccional, es parte del derecho a la autonomía de los colectivos indígenas y afroecuatoriano.

Que, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales estará a cargo de las autoridades que sean legitimados por el poder autonómico de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y el pueblo afroecuatoriano, de acuerdo a su derecho propio.

La garantía para que las “decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”,¹⁴ es decir, no son susceptibles

13. Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 58.

14. Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 171 inciso segundo.

de revisión por parte del sistema jurídico eurocéntrico. Únicamente cuando las decisiones de los colectivos indígena y afrodescendientes, sean acusadas de violación de derechos humanos, son susceptibles de control constitucional a través de la acción extraordinaria de protección, la misma que debe ser conocida por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional debería ser plurinacional e intercultural.

El derecho a que “Nadie sea juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”¹⁵

Que, la administración de justicia indígena y el desarrollo del Derecho indígena se realizará con la participación de las mujeres.

Los sistemas jurídicos indígenas, afroecuatorianos y ordinario o eurocéntrico tiene como límite los derechos humanos, pero ello implica una concepción intercultural de los derechos humanos.

Se establece que “No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución”.¹⁶ Ello, a más de que obliga a desarrollar el método intercultural de los derechos humanos, debe considerar que, en un Estado plurinacional e intercultural no existen culturas buenas y malas o superiores y inferiores, lo que existen son culturas en construcción, legalidades en construcción. Justamente, allí juega un rol fundamental la interculturalidad, que permita buscar puntos de acuerdos y desacuerdos, en base a ello compromisos de cambio.

Una vez vigente la Constitución, la Función legislativa ha desarrollado el tema de la justicia indígena en dos importantes leyes: el Código Orgánico de la Función Judicial¹⁷ y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹⁸

En el Código Orgánico de la Función Judicial, se señala que la potestad jurisdiccional únicamente se ejerce por juezas y jueces nombrados por los preceptos de la Constitución y la ley, se incluye a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.¹⁹ Pero, las autoridades indígenas, son aquellas que el derecho propio de cada colectividad indígena y afroecuatoriana determinen, en ejercicio del derecho a la autonomía.

15. Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 76.6.i).

16. Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 21 inciso segundo.

17. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 554 del 9 de marzo de 2009.

18. Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre de 2009.

19. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 7.

Además el referido Código contiene un Título respecto a las relaciones de la justicia indígena con la eurocéntrica u ordinaria. En el mismo, consta la regulación del ámbito de la jurisdicción indígena,²⁰ que es una reproducción textual del artículo 171 de la Constitución, con la diferencia de que se agrega que no se puede alegar derecho propio o consuetudinario para no sancionar o justificar violaciones a los derechos de las mujeres.²¹ Por otro lado, se consagran principios de justicia intercultural, que deben ser observados por los servidores judiciales y todo funcionario público, dentro de los procesos. Estos principios son: diversidad, igualdad, non bis in ídem, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural²² (Llasag, 2011, p. 259).

También determina la regla de declinación de competencia a favor de la autoridad indígena si existiera un pedido de ésta en tal sentido. Sin embargo, para ello se establece un procedimiento sumario en el que debe demostrarse, con juramento de la autoridad indígena, que el asunto es materia de su jurisdicción. Podemos observar que se exige un requisito extraordinario para que el juez decline su competencia, como es la declaración juramentada; en el caso de conflictos de competencia en la justicia común, un juez simplemente hace conocer a otro, mediante un escrito (sin juramento), que se considera competente, o no, para conocer un caso. Esto permite evidenciar, que el legislador aún mantiene el criterio de que la justicia indígena debe estar sometida a la justicia eurocéntrica, que es contrario al Estado plurinacional que parte del principio de igualdad y el derecho a la autonomía (Llasag, 2011, p. 260)

También se ordena al Consejo de la Judicatura implementar mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la indígena, capacitando, en particular, a los servidores judiciales que trabajan en territorios con mayoría de población indígena, para que conozcan su cultura, idioma, costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos propios.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Esta acción puede ser propuesta por cualquier persona en contra de una decisión de la autoridad indígena que ejerza funciones jurisdiccionales, y en los casos de que ésta viole los derechos constitucionales o discrimine a la mujer. La acción se propone ante la Corte Constitucional, la que debe respetar, entre otros,

20. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 343.

21. Parecería que el legislador parte de la sospecha de que la justicia indígena viola los derechos de las mujeres.

22. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 344.

los principios de interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso y oralidad. En cuanto al debido proceso, es interesante que la ley defina este principio como el observar las normas, usos, costumbres, procedimientos del derecho propio indígena; los jueces pueden contar con los criterios técnicos de expertos en el tema. La sentencia se transmite de forma oral a la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas (Llasag, 2011, p.261).

La Corte Constitucional, en sentencia 113-14-SEP-CC: 20, caso la Cocha, resuelve reconocer la justicia indígenas, pero que no tiene competencias para conocer y resolver casos de delitos contra la vida, lo más curioso de la sentencia de la Corte instituye la el doble juzgamiento por la misma causa, porque admitió que la justicia ordinaria vuelva a conocer el caso de asesinato que ya fue juzgado por la comunidad la Cocha. (Llasag, 2015)

3.2 Constitución de Bolivia y sistemas jurídicos indígena y afrobolivianos

En el caso de Bolivia, la Constitución, en el artículo 30.14, reconoce a favor de las naciones y pueblos indígenas originario campesino, el derecho “Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”. Este derecho es desarrollado en los artículos 190 al 192 de la Constitución, que comprende:

El sujeto de derecho colectivo, en este caso, son las naciones y pueblos indígenas originario campesino. Para el caso de los pueblos afrobolivianos, la Constitución no es muy explícito, toda vez que el artículo 32, únicamente, se limita a decir que “El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesino”. Por tanto, si el pueblo afroboliviano considera que el derecho al ejercicio de los sistemas políticos, jurídicos y económicos corresponde ejercer lo podrá hacer y el Estado debe garantizar su ejercicio.

Las facultades jurisdiccionales ejercerán las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesino, cuya competencia nace del poder autónomo de las naciones y pueblos indígenas originario campesino.

Las autoridades de las naciones y pueblos indígenas originario campesino, aplicarán principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

La jurisdicción indígena originaria campesina respetará el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidas en la Constitución.²³

La jurisdicción indígena se fundamenta en el vínculo de la persona con la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino, por tanto, están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino.²⁴

Pero además la jurisdicción indígena se determina por el territorio y materia. El territorio no se asimila al espacio físico, sino a los efectos que produce un determinado conflicto al interior de la nación o pueblo indígena originario campesino.²⁵ La competencia material, en cambio deja para que sea desarrollada por la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

El Estado garantiza, que toda autoridad pública o persona acate las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, para cuyo efecto puede solicitar el apoyo de cualquier órgano del Estado.²⁶

El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina.

Determina que la Ley de Deslinde jurisdiccional, a más de regular la competencia material de la justicia indígena originaria campesina, deberá determinar los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

La Ley 102 de Deslinde Jurisdiccional, por un lado, establece: que la jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas;²⁷ determina los principios de respeto a la unidad e integridad del Estado plurinacional, relación espiritual entre las naciones y pueblos indígenas originario campesino y la Madre Tierra, diversidad cultural, interpretación intercultural, pluralismo jurídico con igualdad jerárquica, independencia, igualdad de oportunidades;²⁸ establece que, la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia, de acuerdo a su sistema de justicia propio y conocerán los asuntos y conflicto que histórica y tradicionalmente conocieron de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, todo ello en ejercicio del derecho a la libre determinación,²⁹ es decir, la competencia se determinará

23. Constitución Política del Estado Boliviano, Art. 190.II.

24. Constitución Política del Estado Boliviano, Art. 191.I y 191.II.

25. Constitución Política del Estado Boliviano, numeral 3 del Art. 191.II.

26. Constitución Política del Estado Boliviano, Art. 192

27. Ley 102 de Deslinde Jurisdiccional, Art. 3.

28. Ley 102 de Deslinde Jurisdiccional, Art. 4.

29. Ley 102 de Deslinde Jurisdiccional, Arts. 7 y 10.I

de acuerdo a ese sistema propio, la dignidad humana se estará a las diferentes concepciones, etc. Todo ello, parecería que se norma en función de implementación del Estado plurinacional.

Sin embargo de lo anterior, la Ley de Deslinde Jurisdiccional, en oposición a los postulados generales determinados en la Ley, desconstitucionaliza el derecho a ejercer los sistemas jurídicos indígena originario campesino, básicamente en el ámbito de la competencia material.

La competencia material de la justicia indígena originaria campesina constitucionalmente no está limitada, porque la Constitución parte del principio de igualdad de oportunidades de todas las culturas, por tanto de sistemas jurídicos y pretende desarrollar la convivencia de los diversos sistemas jurídicos. Pero, la Ley de Deslinde Jurisdiccional violenta ese principio y reproduce la concepción colonial con respecto a los pueblos indígenas y en función de ello, la justicia indígena originaria campesina no podrá conocer:

- a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;*
- b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;*
- c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;*
- d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.³⁰*

Por tanto, es una Ley de Deslinde Jurisdiccional es inconstitucional.

En consecuencia, los sistemas jurídicos indígenas y afrodescendientes, constitucionalmente están reconocidos en la perspectiva de un Estado plurinacional,

30. Ley 102 de Deslinde Jurisdiccional, Art. 10.II.

por tanto, se debería desarrollar una justicia intercultural, veamos algunos elementos que permite desarrollar esa justicia intercultural.

4. HACIA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

En el Estado plurinacional, la constitucionalización de los sistemas jurídicos indígenas y afrodescendientes, responden o derivan de la autonomía y autogobierno de los colectivos indígenas y afrodescendientes, Por ello, los tres sistemas jurídicos: indígenas, afrodescendientes y ordinario o eurocéntricos son autónomos, pero no son comunicables (Santos, 2010). Esa convivencia entre la autonomía y la comunicabilidad debe desarrollarse en el plano de igualdad de oportunidades para todos los sistemas jurídicos, en autoridades compartidas y en base a acuerdos dialógicos. Es decir, se abre hacia una zona de contacto de convivialidad, en donde “los diferentes universos jurídicos con tratados como visiones alternativas de futuro que, cuando entran en conflicto, aceptan un *modus vivendi* definido según reglas constitucionales consensuadas” (Santos, 2010, p. 134). A esto lo denomino justicia intercultural. Revisemos algunos elementos que permiten llevarnos a la construcción de esa justicia intercultural: diversidad, la igualdad de oportunidades y el diálogo de interlegalidades.

4.1 Diversidad

Como habíamos señalado las Constituciones de Bolivia y Ecuador, reconocen la coexistencia de los sistemas jurídico indígenas, afrodescendientes y eurocéntrico. Esta diversidad es legal o constitucional. Pero, existe también diversidad de sistemas jurídicos no reconocidos por la Constitución y que funcionan al margen de la legalidad, como el caso de las rondas campesinas en el Ecuador que no son reconocidos constitucionalmente, pero que funcionan de hecho y al margen de legalidad. Por otro lado, la diversidad, se da también al interior de los sistemas jurídicos indígenas, afrodescendientes e incluso al interior del mismo sistema eurocéntrico o institucionalidad estatal. En este ensayo nos ocuparemos de la diversidad de sistemas jurídicos indígenas.

4.1.1 Diversidad de sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador

En el caso del Ecuador, se reconocen a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entonces hay tantos sistemas jurídicos indígenas cuantas comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas existan.

Las nacionalidades indígenas son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura, que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad (Conaie, 2001). Existen 14 nacionalidades indígenas: Awa, Chachi, Epera, Tsáchila, Shuar, Achuar, Andoa, Siona, Secoya, Wuaorani, A'íconfán, Shiwiar, Zápara y Kichwa. Al interior de estas nacionalidades coexisten pueblos indígenas (Llasag, 2009, p. 187).

Los pueblos indígenas, en cambio, son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización social, política, económica y jurídica (Conaie, 2011), que pueden formar parte de una nacionalidad o no, por ejemplo al interior de la nacionalidad Kichwa, conviven los siguientes pueblos indígenas: Karanki, Natabuela, Otavalo, Cayambe, Kitu Kara, Panzaleo, Chibuleo, Salazaka, Waranka, Puruhua, Kañari, Saraguros y todos estos pueblos hablan el idioma kichwa. Pero también hay pueblos indígenas no forman parte de una nacionalidad indígena, por ejemplo los pueblo Manta y Wankbilka. A su vez, al interior de los pueblos indígenas coexisten comunidades. (Llasag, 2009, p. 187)

La comunidad indígena, es una forma nuclear de organización socio política tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllus o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejerce las facultades legislativas y la administración de justicia. Por tanto, por comunidad indígena, se ha de entender como los gobiernos comunitarios que funcionan al interior de los pueblos o/y nacionalidades indígenas. En dicha denominación se engloban, las comunas, colonias, centros, asociaciones o cualquier otra denominación que se le haya dada a una unidad de gobierno comunitario que funciona al interior de un pueblo o/y nacionalidad indígena (Llasag, 2009, p; 188).

La comuna indígena es sinónimo de comunidad indígena. La denominación de comuna, fue adoptado al interior del mundo indígena, a raíz de la vigencia de la Ley de Comunas dictada en 1937, por exigencia de las instituciones del Estado y para acceder a ciertos beneficios, los ayllus³¹ fueron constituyendo en comunas jurídicas, actualmente la mayoría de estas han decidido adoptar el nombre de comunidad o gobierno comunitario (Llasag, 2009, p. 188-189).

Por tanto, como señalamos antes, existen tantos sistema jurídicos indígena cuantas comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas existen en el Ecuador. Cada uno de ellos es diverso. Esta diversidad se produce por varios

31. El *ayll* fue la familia andina ampliada, unidos por vínculos sanguíneos, consanguíneos y espirituales.

factores, entre ellos, los procesos de relacionamiento, desde la invasión europea hasta la actualidad, entre las justicias, primero, colonial e indígena, luego, estatal eurocéntrica e indígena. Ese proceso de relación se dio y continúa dándose en la zona de contacto de la violencia, (Santos, 2010) en donde la cultura dominante – colonial y luego estatal eurocéntrico – es la legitimada para imponer qué debe y qué no debe resolver la justicia subordinada, es decir, la justicia indígena. Esta forma de relacionamiento produjo varias realidades, como se desprende de varias investigaciones:

3.1.1 En varias comunidades, especialmente las más cercanas a los centros urbanos, sus autoridades fueron juzgados y sancionados por resolver sus conflictos internos de acuerdo a su derecho propio, por supuestos delitos de detención ilegal, tortura, plagio, etc. Estas comunidades dejaron de resolver todos los problemas por las cuales sus autoridades fueron condenadas, pero, continuaron resolviendo los conflictos que no generen conflictos con la justicia ordinaria o eurocéntrica. En estos casos se encuentran las comunidades de “La Josefina” y “La Toglla”, ubicadas en el cantón Cayambe la primera y la segunda en el cantón Quito provincia de Pichincha, las mismas que se encuentran muy cercanas a los centros urbanos de las ciudades de Cayambe y Quito;

3.1.2 Otras comunidades en cambio, sin embargo de encontrarse en las mismas circunstancias de las comunidades antes referidas, prefirieron continuar resolviendo todo tipo de conflictos, como el caso de la comunidad la Cocha, en la provincia de Cotopaxi;

3.1.3 Otras comunidades, ya sea porque las resoluciones tomadas al interior de la comunidad no salieron a la justicia ordinaria; o simplemente porque se encuentran distantes a los centros urbanos y adonde no tiene posibilidades de llegar la justicia ordinaria, mantuvieron y practicaron su Derecho propio y resolvieron todo tipo de conflictos, en esto caso se encontraban la comunidad Unión Venecia de la parroquia Misahuallí, provincia de Napo y la comunidad La Consolación de la provincia de Cotopaxi (Llasag, 2011, p. 264-264).

Por otro lado, el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas realizado en 1998 y ratificado en la Constitución de 2008, ha generado un proceso de reconstitución y readaptación de la justicia indígena, como se desprende del estudio realizado en el “Proyecto Plurinacionalidad y Justicia en Ecuador y Bolivia” coordinado por el profesor Boaventura de Sousa Santos, el caso de las comunidades de San Lucas de Saraguro en la provincia de Loja, en donde se ha estructurado de acuerdo a las necesidades actuales, por ejemplo tenemos un Consejo de Administración de Justicia, asesorado por un abogado in-

dígena, éste Consejo resuelve todos los conflictos que no son resueltos en las comunidades que conforman la organización parroquial.³²

De todo ello se desprende, que hay varios factores y circunstancias que hacen diferentes a los sistemas jurídicos indígenas, pero también articulados en principios generales compartidos como: armonía ser humano, familia, comunidad y Naturaleza; dualidad complementaria; reciprocidad; correspondencia; trabajo; no dañar, entre otros (Llasag, 2007).

Las diferencias en los sistemas jurídicos indígenas, de acuerdo al estudio antes referido, se pueden evidenciar básicamente en los procedimientos y autoridades, como por ejemplo: en el caso de la comunidad la Toglla, pese a que se ha iniciado un proceso de estructuración de un Consejo de Administración de Justicia al interior del Consejo de Gobierno comunitario, aún siguen resolviendo los conflictos las autoridades o líderes tradicionales que la comunidad le reconoce como tal y sus procedimientos son orales; en cambio en la comunidad la Cocha adquiere predominancia el cabildo de uno de los sectores de la comunidad “La Cocha Matriz” y la Asamblea de todos los sectores, quienes resuelven los conflictos considerados graves y los que no son resueltos en el resto de los sectores de la comunidad, sus procedimientos son orales y en algunos de los casos se concluye con la elaboración y suscripción de actas. Lo particular de la comunidad la Cocha, sucede cuando resuelve incluso conflictos ocurridos fuera de territorio indígena y por personas que no son miembros de la comunidad la Cocha, a petición o rogación de las partes del conflicto y de la autoridad de la comunidad a la que pertenecen los infractores (Llasag, 2012, p. 336-337); en la comunidad Unión Venecia en cambio no existe un Consejo de Administración de Justicia, existe el predominio de la intervención de la Asamblea General, del Directorio y autoridades tradicionales, sus procedimientos son orales y en algunos casos concluyen con la elaboración y firma de actas; en las comunidades de San Lucas, como habíamos señalado antes, por la extensión territorial, se ven obligados a crear una estructura denominada “El Consejo de Administración de Justicia del pueblo Saraguro de San Lucas”, quienes resuelven los conflictos que no son resueltos por las autoridades de las comunidades que conforman la parroquia San Lucas, asesorado por un abogado, sus procedimientos en la mayoría son escritos y concluyen con una resolución, sus procedimientos son la denuncia o demanda por escrito, citación a las partes, investigación y resolución, es decir, se van apropiando algunas instituciones de la justicia eurocéntrica y adaptando a la realidad de la comunidad y en ese proceso se produce la hibridación.

32. Entrevistas y archivos de la justicia en las comunidades de la parroquia San Lucas de la provincia de Loja.

4.1.2 Diversidad de sistemas jurídicos indígena originario y campesino en Bolivia

En el caso de Bolivia, la Constitución se refiere a la Justicia indígena originaria y campesina, cuyo sujeto de derecho son las naciones y pueblos indígenas originario campesino. Además, a diferencia del Ecuador, la Constitución boliviana en el artículo 5 al parecer deja establecido cuáles son esas naciones y pueblos indígenas originario campesino: “Aymara, Araona, Baure, Bésiro, Canichana, Cavineño, Cayubaba, Chácobo, Chimán, Ese Ejja, Guaraní, Guaruse’we, Guarayu, Itonama, Leco, Machajuyai-kallawayá, Machineri, Maropa, Mojeño-trinitario, Mojeño-ignaciano, Moré, Masetén, Movina, Pacawara, Puquina, Quechua, Sirionó, Tacana, Tapiete, Toromona, Uru-chipaya, Weenhayek, Yaminawa, Yuki, Yurakaré y Zamuco”.

A diferencia de Ecuador, en Bolivia las comunidades originarias y campesinas no son constitucionalizadas, sino únicamente las naciones y pueblos, pero, se entiende que las naciones y pueblos tienen autonomía y en base a esa autonomía las naciones y pueblos tienen sus estructuras internas como las comunidades en donde se resuelven los conflictos.

De la misma forma como sucede en el Ecuador, en Bolivia no existe un solo sistema jurídico indígena, sino tantos sistemas jurídicos indígenas originario campesino cuántas naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos existan en Bolivia, incluso esa diversidad puede replicarse al interior de las naciones y pueblos. Cada uno de estos sistemas tiene sus particularidades, por ejemplo, del estudio realizado sobre “Plurinacionalidad y justicia indígena en Ecuador y Bolivia”, antes indicado, podemos encontrar diferentes realidades, que le hacen diferentes también a sus sistemas jurídicos, así:

En las comunidades aymaras ubicadas en el área periurbanas de la ciudad del Alto, están articuladas a la Federación Sindical Única de Comunidades Agrarias de Radio Urbano y Sub Urbano de la Paz “FESUCARUSU”, por tanto su estructura es sindical, pero con una lógica claramente comunitaria, así las autoridades están designadas como secretarías, pero, el Secretario General participa directamente en la administración de justicia comunitaria y su vestimenta es el poncho rojo y su chicote, ambos símbolos característicos de las autoridades de las comunidades originarias. Las secretarías son electas por votación, pero, primeramente se eligen tres personas pero según criterios de rotación. Estas comunidades se encuentran en permanente tensión entre lo urbano-rural, comunitario-individual, lógica de reciprocidad-capitalista, eso hace que aparezcan otros tipos de conflictos, como el de recolección de basura, contaminación, etc., también la reinención y generación de nuevas normas, procedimientos y “sanciones”, por ejemplo en éste

último caso, la sanción de expulsión que es una de las penas más graves en las comunidades originarias, se vuelve irrelevante en las comunidades periurbanas. (Bazurco, 2012, p. 605)

En las comunidades originarias de Jesús de Machaca, en cambio, pese a que están afiliadas a una matriz de carácter sindical, se caracterizan por su organización originaria, en ayllus. Las autoridades -Mallku-Tayaka Mallku-, a diferencia de las comunidades periurbanas, no son individuales, sino hombre-mujer en pareja -Chacha-Warmi-, con fuertes significado simbólicos de la vestimenta tanto para hombres como para mujeres. Las comunidades de la marka Jesús de Machaca, además se encuentran en proceso de constitución de las autonomías indígenas, que implica la regulación de formas de resolución de conflictos, pasando por el nivel familiar, comunal, hacia el nivel inter provincial. De igual forma sus procedimientos y sanciones son más rituales, con el objetivo de retornar la unidad y tranquilidad comunitaria. (Choque, 2012, p. 455)

Por tanto, en el caso de Bolivia “Las formas organizativas campesinas y comunitarias están atravesadas por estratificaciones y estructuras organizativas ancestrales y modernas, afectadas ciertamente por los periodos coloniales, así como los acontecimientos de los periodos republicanos. Empero, tenemos también a una forma sindicato que tiene como matriz a la forma *ayllu*; entonces la misma forma sindicato es un devenir sindicato desde el devenir *ayllu*. Lo mismo ocurre al revés, el sindicato a la forma *ayllu*, lo ha condicionado a las lógicas de las estructuras organizativas del sindicato. Las formas de representación de ambas formas de organización también se ven entremezcladas. Esto no solamente afecta a la representación en lo que tiene que ver a la delegación comunitaria, sino también afecta a las prácticas, a la toma de decisiones, así como a las ceremonias. Esta figura de por sí compleja, se complica más con la presencia de las llamadas autoridades políticas, que representan al Estado.” (Prada, 2012, p. 429-430)

Esto nos permite ver que no existe un sistema de justicia indígena, sino una diversidad, que obviamente tienen una historia y contexto, que se encuentran en permanente interrelación, cambio, adecuación y readecuación. Por tanto su derecho es un proceso de hibridación permanente, entre lo propio y lo otro. Esta comprensión y visibilización es una condición fundamental para la construcción de una justicia intercultural en el Estado plurinacional.

4.2 IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS SISTEMAS JURÍDICOS

La construcción de la justicia interculturalidad parte de la conciencia de la incompletud de las culturas, por tanto, también de la incompletud de los sistemas

jurídicos. No hay sistemas jurídicos completos en el mundo, todos los sistemas jurídicos tienen problemas, vacíos y al mismo tiempo están en interrelación.

La conciencia de la incompletud hace que se busque en otros sistemas jurídicos para llenar sus vacíos e ignorancias (Santos, 2010). Así, la justicia ordinaria o eurocéntrica llegara a ser consciente de la incompletud y deficiencia en la implementación del procedimiento oral, pese haberse constitucionalizado desde hace más de una década en el caso del Ecuador, buscaría llenar sus vacíos en las justicias indígenas que manejan de una más manera adecuada el procedimiento oral. De igual manera, debe suceder con la justicia indígena, por ejemplo, si la justicia indígena, tiene dificultades en la ejecución de las resoluciones con respecto al tema de alimentos, deberá buscar complementar con la justicia ordinaria o eurocéntrica que tiene todo un aparato administrativo e institucional que garantizan el cumplimiento de este tipo de resoluciones. Ello, a su vez obliga a establecer mecanismos de coordinación y cooperación, sin violentar la autonomía de los sistemas jurídicos, en donde todos los sistemas se fortalezcan, es decir, exige niveles de coordinación de suma positiva, en donde no hay subordinación sino las dos justicias o todas las justicias salen ganando.

Desde el principio de la incompletud, entonces, tampoco existen sistemas jurídicos superiores e inferiores, como tampoco modernos y premodernos o salvajes y civilizados. En esa medida no es admisible la superposición del uno sobre otro. Todos los sistemas jurídicos, ya sean indígenas, afrodescendientes y ordinario o eurocéntricos, tienen igualdad de oportunidades para entrar al diálogo, resolver los casos, ser respetado, gozar de la protección, para acceder a los órganos auxiliares de la justicia y recursos, en donde la coordinación y cooperación es de suma positiva. La igualdad de oportunidades no significa esencialismos o relativismos culturales, por ello, se parte de la incumpletud.

En consecuencia, esa conciencia de incompletud, viabiliza la visibilización de los diversos sistemas jurídicos y permite el diálogo interlegalidades.

4.3 DIÁLOGO DE INTERLEGALIDADES

El diálogo de interlegalidad es lo que el profesor Santos denomina “traducción intercultural” (Santos, 2010), es decir, el mecanismo que hace entendible los diferentes sistemas jurídicos y en base a la conciencia de incompletud lleva a alimentar y retroalimentar entre diferentes sistemas incompletos, pero todo ello, se lleva a cabo bajo el principio de igualdad de oportunidades.

Entonces, la conciencia de la incompletud de los sistemas jurídicos, genera la necesidad de visibilización de los sistemas jurídicos y la necesidad de ir a buscar

lo que le falta en mi sistema en otros sistemas. Por ello, la condición para iniciar un diálogo de interlegalidades, es la conciencia de incompletud de los sistemas jurídicos. Si no existe ningún grado de conciencia de incompletud es difícil iniciar el diálogo de interlegalidad. Porque, el diálogo de interlegalidades, no solo permite encontrar puntos de acuerdo o de coincidencias, sino también puntos de desacuerdo o discrepancia.

Los puntos de acuerdo o coincidencias, es posible encontrar porque las culturas están en permanente interacción e intercomunicación, en esa dinámica se produce imposiciones, apropiaciones o reinversiones, por ello, en ese diálogo de interlegalidades es posible encontrar esos puntos de acuerdo o coincidencias. Por otro lado, es posible encontrar los puntos de acuerdo o coincidencia, en el proceso de explicación de lo desconocido desde los principios y visiones de ese sistema jurídico aun desconocido, por ejemplo, la dignidad humana, que desde la justicia eurocéntrica parte de la persona individual, para la justicia indígena parte del principio de armonía ser humano consigo mismo, con la familia, la comunidad y la naturaleza, por ello, se explica que en la justicia indígena se utilice como rito de sanación o “sanción”, la ortigada o el cargar piedra y arena, que, el primero permite activar los canales energéticos del cuerpo del infractor y el segundo entrar en proceso de perdón con la naturaleza. Entonces ese proceso de explicación e inteligibilidad permite encontrar esos puntos de acuerdo y compromisos de respeto y si es necesario de cambio.

En cambio, los puntos de desacuerdo o divergencia obligan a buscar acuerdos mutuos. Esos acuerdos mutuos pueden ser de respeto o cambio. Por ello, los acuerdos mutuos generan compromisos y los compromisos obligan a cambios, tanto para los sistemas indígenas como para el sistema eurocéntrico.

En consecuencia, la construcción de la justicia intercultural en la Estado plurinacional, requiere la visibilización de los diferentes sistemas jurídicos y un proceso de diálogo intercultural basada en el principio de la incompletud de los sistemas jurídicos, lo que a su vez obliga a generar una coordinación y cooperación de suma positiva, en donde no hay superposición e imposición, sino respeto, igualdad de oportunidades, acuerdos y compromisos, es decir, en donde todos salen ganando.

CONCLUSIÓN

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos a mantener, desarrollar y crear el derecho propio, al igual que todos los derechos de los sectores marginados, responden, por un lado, a las exigencias y reivindicación de los

pueblos indígenas y sectores marginados; y, por otro lado, a contextos históricos que se desarrollan en los ámbitos locales, nacionales, regionales e internacionales. Por ello, se producen conflictos al momento de hacer efectivo, por un lado, reproduciendo las prácticas pasadas y tratando de mantener la continuidad; y, por otro, tratando de superar el pasado y reivindicando la efectivización de lo nuevo.

Las justicias interculturales en el Estado plurinacional, pretende superar las zonas de contacto de sociabilidad: *violencia, coexistencia y reconciliación* (Santos, 2010) hacia la *conviviabilidad*, es decir, hacia la convivencia de diferentes sistemas, bajo los principios de igualdad de oportunidad, incompletud, respeto y acuerdos mutuos.

Se constitucionaliza la justicia indígena, en medio de la presión de los pueblos indígenas, pero también en contextos históricos de los estados nacionales capitalistas, con una tradición colonial y neocolonial, económicamente dependientes del extractivismo de los recursos naturales. Ello, hace que, al momento de poner en práctica se reproduzcan prácticas coloniales, como sucede con la Ley de Deslinde de Jurisdicciones en Bolivia y el proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre los sistemas jurídicos indígenas y estatal, que pretenden reducir a casos menores y a una justicia subordinada. Todo ello tiene que ver también, con el sistema capitalista extractivista, primero, porque la justicia indígena es base fundamental de la autonomía de los pueblos indígenas y la autonomía de los pueblos indígenas es una de las condiciones de la plurinacionalidad. Digo una de las condiciones, porque tiene connotaciones económicas, sociales, políticas y epistémicas, que exigen alternativas de igual manera a nivel social, político, económico y epistémico. Segundo, la mayoría de los recursos naturales se encuentran en territorios de los pueblos indígenas. Tercero, la propuesta de la plurinacionalidad nace como una propuesta alternativa de los pueblos indígenas. En consecuencia, la mejor manera de no procesar la plurinacionalidad es debilitando, destruyendo al movimiento indígena y una de las mejores formas de debilitar al movimiento indígena es deslegitimando a la justicia indígena.

Justamente, por ello, la construcción de justicias interculturales, supone, como diría Catherin Wals (2010), la superación de la colonialidad del poder, saber, ser y cosmogónica de la Madre Naturaleza o de la vida misma, porque: a) La colonialidad del poder, se refiere al establecimiento de un sistema de clasificación social basada en la categoría de “raza” y “género”. Este sistema de clasificación se fijó en la formación de una jerarquía y división identitaria racializada, con el blanco (europeo o europeizado, masculino) en la cima, seguido por los mestizos, y finalmente los indios y negros en los peldaños últimos, como identidades impuestas, homogéneas y negativas que pretendían eliminar las diferencias históricas,

geográficas, socioculturales y lingüísticas entre pueblos originarios y de descendencia africana; b) La colonialidad del saber, se refiere al posicionamiento del eurocentrismo como perspectiva única del conocimiento, la que descarta y descalifica la existencia y viabilidad de otras racionalidades epistémicas y otros conocimientos que no sean los de los hombres blancos europeos o europeizados o de una parte de ellos. Ello, no solo invisibiliza los conocimientos alternativos y desarrollados por los pueblos indígenas, sino además los desacredita; c) La colonialidad del ser, es la que se ejerce por medio de la inferiorización, subalternización y la deshumanización de los seres humanos, por ello, lo indio era inferior, menor, rústico que requería de un protector o representante, pues no podía valerse por sí mismo; d) La colonialidad cosmogónica de la madre naturaleza y de la vida misma, la que encuentra su base en la división binaria naturaleza/sociedad, descartando el principio de relacionalidad de la filosofía andina, dentro de cuya perspectiva la Pachamama es la madre y generadora de vida y el ser humano es parte de ella.

Superado esa colonialidad del poder, saber, ser y cosmogonía de la Madre Naturaleza, permitirá construir el espacio o zona de contacto de convivencia de las justicias interculturales, visibilizando los diferentes sistemas jurídicos, procesando el diálogo intercultural basada en el principio de la incompletud de los sistemas jurídicos, lo que a su vez obliga a generar una coordinación y cooperación de suma positiva, en donde no hay superposición e imposición, sino respeto, igualdad de oportunidades, acuerdos y compromisos, es decir, en donde todos salen ganando.

REFERÊNCIAS

- ALBÓ, Xavier. Justicia indígena en la Bolivia plurinacional. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI, Luis (Ed.). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya Yala, 2012, p. 201-248.
- BAZURCO, Martín. Bordeando la ciudad: comunidades periurbanas de El Alto. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI, Luis (Ed.). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya Yala, 2012, p. 605-648.
- CHOQUE María Eugenia. La Marka rebelde: comunidades de Jesús de Machaca. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI, Luis (Ed.). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya Yala, 2012, p. 455-422.
- CHUQUIMIA, René. Historia, Colonia y Derechos de los Pueblos Indígenas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI, Luis (Ed.). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya Yala, 2012, p. 151-200.

- COLLIER, Jane. Problemas Teórico-Metodológicos en la Antropología Jurídica. In: CHENAUT, Victoria; SERRA, María (Coords). *Pueblos Indígenas ante el Derecho*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. México, 1995.
- CONAIE. *Las Nacionalidades y Pueblos y sus Derechos en la legislación Nacional e Internacional*, 2001, Quito-Ecuador. p. 7.
- CODENPE. Disponible em: <<http://www.codenpe.gov.ec/htm.htm>>. Acceso em: 20 ene.2012.
- ENDARA, Ximena. *Modernización del Estado y reformas jurídica entre 1992-1996*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 1999.
- LLASAG, Raúl. *Los derechos colectivos y el movimiento indígena*. Quito: CONAIE-CEPS, 2000.
- _____. *Jurisdicción Indígena Especial y su respeto en la Jurisdicción Estatal*, Tesis de Maestría en Derecho Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2007.
- _____. La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. In: ANDRADE, Santiago; GRIJALVA, Agustín; STORINI, Claudia (editores). *La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- _____. Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El caso La Cocha. Universidad Andina Simón Bolívar, *Develando en desencanto, Informe sobre Derecho Humanos*, Ecuador 2010, versión Ampliada, Quito, 2010.
- _____. Constitucionalismo y pluralismo jurídico, balance de la aplicación de la reformas constitucionales relativas al derecho indígena en el Ecuador. In: ÁVILA, Luis (ed.). *Emancipación y transformación constitucional*, Corte Constitucional. Quito, 2011.
- _____. Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín (Ed.). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yala, 2012, p. 321-372.
- _____. Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte Constitucional, caso la Cocha. *Cuadernos para la interculturalidad 10*. Quito, Dirección Nacional de Comunidades y Pueblos y Nacionalidades de la Defensoría Pública del Ecuador, p. 21-39, 2015.
- PRADA, Raúl. Estado plurinacional comunitario autonómico y pluralismo jurídico In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI, Luis (Edit.). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya Yala, 2012. p. 407-446.
- SANTOS, Boaventura de Soua. *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del sur*. Quito: Abya Yala, 2010.

WALS, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: Refundares político-epistémicos en marcha. In: ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lucia (eds). *Conocimiento, capital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*. Buenos Aires: La Crujía, 2010.

A Amazônia brasileira cumpre um papel importante no imaginário nacional e internacional como uma região com extensas áreas conservadas. Algumas vezes essa visão é limitada, pois a compreende como um vazio demográfico que contém somente a diversidade biológica. Contudo, nas últimas décadas a luta das populações tradicionais e indígenas tem demonstrado a complexidade socioambiental para manter essa imensa área protegida.

Como resultado de intensas lutas e negociações foram criadas diversas unidades de conservação e assentamentos, reconhecidas terras indígenas e quilombolas, já que essas ações governamentais demonstraram ser estratégias eficazes para a proteção dos recursos naturais na Amazônia.

Essa diversidade de áreas reivindicadas acabou levando a elaboração de diversos procedimentos legais e administrativos de reconhecimento dos territórios das populações tradicionais. Do mesmo modo, diversos órgãos foram estruturados (ou criados) para receberem e instrumentalizarem as demandas.

Na prática cada estrutura burocrática acabou analisando as dimensões territoriais como expressão da diversidade de formas de existência coletiva dos grupos sociais em suas relações com a natureza, criando processos administrativos de territorialização distintos. Entretanto, a diversidade de categorias fundiárias não pode introduzir restrições de direitos, criando situações em que uma determinada prática de atividade agroextrativista é permitida em uma unidade e em outra não, tratando-se ou não do mesmo grupo social.

O que poderia significar um avanço – o reconhecimento da diversidade social e de determinados direitos à terra – pode também estabelecer na prática uma diferenciação na qual determinados grupos sociais acabam tendo reconhecimento no plano jurídico de uma autonomia relativa, ou até mesmo tutelada.

Do mesmo modo, o que era uma conquista hoje está estagnado e há retrocesso em vários casos de demarcação dos territórios das populações tradicionais e indígenas. Velhas e novas demandas estão registradas, mas paradas em processos que sempre apresentam “problemas” administrativo ou judicial para não dar prosseguimento às reivindicações.

É dentro deste contexto que, sob a coordenação do Professor Dr. Joaquim Shiraishi Neto, foi organizado esse livro que discute o pluralismo jurídico, os novos direitos e o novo constitucionalismo na América Latina. São temas interligados onde os diversos autores apresentam estudos de como os povos e comunidades tradicionais estão resistindo a implementação da agenda neoliberal. São reflexões ricas que ajudarão a compreender a situação atual e indicar possíveis soluções para os impasses e violações dos direitos ao território e a diversidade cultural e ambiental. Uma boa leitura.

JOSÉ HEDER BENATTI. Advogado, professor de Direito da UFPA, doutor em Ciências e desenvolvimento sustentável UFPA. Pesquisador do CNPq. Membro da Comissão de Direito Ambiental da IUCN e do Instituto o Direito por um Planeta Verde. Diretor Geral do Instituto de Ciências Jurídicas/UFPA (2016-2019).

NOVOS DIREITOS NA AMÉRICA

LATINA: O colonialismo em todas as suas formas e, principalmente, com a ofensa dos Direitos Humanos, vai muito além das estratégias econômicas, políticas e jurídicas. Encontra base no domínio epistêmico e cultural. Joaquim Shiraishi Neto e os coautores Antonio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Cesar Baldi, Diego Ferreira de Oliveira, Geysa Rufino, Gioliano Antunes Damasceno, Judith Costa Vieira, Kennya Regyna Mesquita Passos, Lilah de Moraes Barrêto, Maria de Fátima S. Wolkmer, Marlon Aurélio Tapajós Araújo, Raúl Llasag Fernández, Thayana Bosi Oliveira Ribeiro desta obra nos convidam por meio da abordagem crítica e criativa do direito a partir do sul a romper com os mecanismos, sistemas e instrumentos de dominação cultural e epistêmica do direito. É tempo de colher ideias e desfrutar das reflexões do presente livro.

Apoio:



NUPEDD-UFMA

ISBN 978-85-7862-565-8



9 788578 625658