



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

MARCELO GASPARINI

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA
DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BELÉM - PA

2015



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

MARCELO GASPARINI

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA
DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. Saulo de Tarso Rodrigues.

BELEM - PA

2015

Walter Clayton de Oliveira CRB1/2049

Gasparini, Marcelo.

G249d Dignidade da pessoa humana na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano / Marcelo Gasparini. – Belém [PA], 2015.
76 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, 2015
Orientador: Saulo de Tarso Rodrigues

1. Direitos humanos. 2. Direitos indígenas. 3. Novo Constitucionalismo. I. Autor. II. Título.

CDU 342.7

MARCELO GASPARINI

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA
DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

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

Área de Concentração: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos

Aprovada em 03/12/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Saulo de Tarso Rodrigues

UFMT

Orientador

Prof. Dr. Marcos Prado de Albuquerque

UFMT

Membro da Banca

Prof. Dr. Paulo Sergio Weil

UFPA

Membro da Banca

A nossa época é a época da crítica à qual tudo tem que submeter-se.

A religião, pela sua santidade,
e a legislação, pela sua majestade,
querem igualmente subtrair-se a ela.

Mas então suscitam contra elas justificadas suspeitas e
não podem aspirar ao sincero respeito,
que a razão só concede
a quem pode sustentar o seu livre e público exame.

(KANT, 2001, p.5)

RESUMO

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

A presente dissertação visa compreender a formação da dignidade da pessoa humana na perspectiva de atingir uma transformação de pensamento dos indivíduos e das sociedades para que se possa atingir a todo e qualquer indivíduo, na inserção das minorias e das sociedades indígenas na formação e na composição de poderes decisórios junto ao Estado, no sentido de cintilar à uma refundação deste mesmo ente, verificando critérios filosóficos e normativos existentes, destacando-se como base destas análises, as novas Constituições Pluralistas Latino-americanas, pois estas demonstram uma contra hegemonia frente às imposições da colonização eurocêntrica. Em contraponto, reascende a importância do resgate da cosmovisão indígena e seus contributos para uma nova lógica emancipatória, materializada na concepção do Sumak Kawsay e o bem viver, que questiona não apenas a lógica neoliberal, mas a própria lógica colonial eurocentrista. Assim, a presente pesquisa justifica-se tendo em vista a grande relevância que o assunto exige neste fase contemporânea através do questionamento da universalidade dos direitos humanos, bem como da concepção da dignidade da pessoa humana e do constitucionalismo atual, que propõe a salvaguarda de direitos das sociedades multiculturais. A presente pesquisa se propõe a analisar que subsídios elementares do direito fundamental à dignidade da pessoa humana através do pensamento pós-colonial de direitos humanos pode trazer respostas a uma efetiva proteção dos direitos das populações indígenas. Portanto, visando atingir o objetivo proposto, realizou-se um estudo teórico de revisão bibliográfica. Entendendo ser um método adequado à pesquisa proposta e para alcançar a base lógica da investigação, utilizou-se do método indutivo. Para possibilitar uma compreensão apoiada na multiplicidade de conhecimento, foi utilizada a análise exploratória e comparativa de ideias, identificando os principais pensamentos sobre o assunto, bem como o método descritivo de conceitos e possibilidades, que irá descrever as técnicas hermenêuticas aplicáveis. Tendo em vista a necessidade de apreensão do sentido dos pensamentos a partir de uma reconstrução histórica, objetiva ou subjetiva do discurso, apropriou-se também do método hermenêutico, imprescindível na análise do tema proposto, haja vista tratar-se de um trabalho de natureza sociológica. Diante do estudo, foi possível afirmar que as fundamentações de um entendimento constitucional devem ser moldadas na concepção da dignidade da pessoa humana, dentro de medidas já instituídas na plurinacionalidade das Constituições das nações latinoamericanas, os quais servem de subsídios, ou seja, como base primordial e capaz de ampliar a proteção conferida pelo conceito de direito às populações indígenas, seja tanto no Estado brasileiro quanto aos demais países da América-latina, servindo como alicerce ao direito à dignidade da pessoa humana e do bem viver.

PALAVRAS CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Humanos. Novo Constitucionalismo Latinoamericano. Cosmovisão Indígena.

ABSTRACT

HUMAN DIGNITY IN PERSPECTIVE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

This work aims to understand the formation of human dignity aiming to achieve a transformation of thinking of individuals and societies so that they can reach each and every individual, the inclusion of indigenous minorities and societies in the formation and composition decision-making powers within the State, to flicker at one refounding of that one, checking existing philosophical and normative criteria, highlighting the basis of these analyzes, the new Constitutions Pluralist Latin American, as they demonstrate against front hegemony to the imposition of Eurocentric colonization. In contrast, reascende the importance of rescuing the indigenous worldview and their contributions to a new emancipatory logic, embodied in the concept of Sumak Kawsay and the good life, questioning not only the neoliberal logic, but the very Eurocentric colonial logic. Thus, this research is justified in view of the great importance that it requires in this contemporary phase through questioning the universality of human rights and the concept of human dignity and the current constitutionalism, which proposes to safeguard rights of multicultural societies. This research aims to analyze elementary grants subsidies that the fundamental right to human dignity through the post-colonial thought of human rights can bring answers to an effective protection of the rights of indigenous peoples. Therefore, in order to reach the proposed objective, there was a theoretical study of literature review. Understanding be a suitable method to the research proposal and to achieve the rationale of research, we used the inductive method. To enable a supported understanding the multiplicity of knowledge, we used the exploratory and comparative analysis of ideas, identifying the main thoughts on the subject as well as the descriptive method of concepts and possibilities that will describe the applicable hermeneutical techniques. In view of the need to grasp the meaning of the thoughts from a historical reconstruction, objective or subjective speech, appropriated also the hermeneutic method, essential in the analysis of the proposed issue, given that this is a sociological work. Before the study, we can say that the foundations of a constitutional understanding should be shaped in the conception of human dignity, within measures already imposed on plurinationality of the Constitutions of Latin American nations, which serve as subsidies, ie how primary basis and able to extend the protection afforded by the concept of rights to indigenous peoples, either both in the Brazilian state and the other countries of Latin America, serving as the foundation of the right to human dignity and the good life.

KEYWORDS: Human Dignity. Human rights. New Latin American Constitutionalism. Indigenous worldview.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1.1 Estrutura da dissertação	19
CAPÍTULO 1	21
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	21
1.1 Dos termos condicionados para a Plurinacionalidade	22
1.2 Do novo constitucionalismo latinoamericano	24
1.3 A formação das Constituições nos Estados Plurinacionais através da cosmovisão indígena	29
1.4 O Pluriculturalismo na abrangência de povos e culturas	35
CAPÍTULO 2	37
A COMPREENSÃO DE BEM VIVER NO NOVO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINOAMERICANO	37
2.1 A dignidade de vida nas perspectivas dos Estados Plurinacionais	37
2.2 Os Estados Plurinacionais na perspectiva da cosmovisão dos povos tradicionais	39
2.3 Diálogos entre o Constitucionalismo Latinoamericano com as premissas da Constituição brasileira	45
CAPÍTULO 3	48
A NECESSIDADE DA NÃO UNIFORMIZAÇÃO CULTURAL E A IMPORTÂNCIA DA INTERCULTURALIDADE PARA A REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DIGNIDADE HUMANA A PARTIR DAS COSMOVISÕES INDÍGENAS	48
3.1 A resistência à uniformização cultural e o reconhecimento de Estados Plurinacionais	49
3.2 Da noção da dignidade de vida	52
3.3 A condição da dignidade humana aos povos indígenas sob um ângulo culturalmente diferenciado no prisma do ordenamento jurídico	55
3.3.1 O direito indígena no ordenamento brasileiro	59
3.3.2 A convenção 169 da OIT e a agenda 21 da ONU	63
3.3.3 Multiculturalismo	64
3.3.4 Direitos indígenas como direitos humanos fundamentais	68

CONSIDERAÇÕES FINAIS

72

REFERÊNCIAS

76

INTRODUÇÃO

Diante das inúmeras diversidades que a vida contemporânea nos proporciona, deparamos no imediato, no pragmático, naquilo que pode indicar uma condição de vida melhor, seja ela no aspecto social, financeiro, cultural e consumista, ou seja, dentro de padrões de concepções do bem viver ou viver bem dentro de critérios ocidentais.

Outrossim, seja qual for a sua forma ou o custo para alcançar estes objetivos, esquecemos de observar as condições mais singelas, ou mesmos intrínsecas para a satisfação humana, tentando adquirir a chamada “dignidade de vida” não só para nós próprios, mas também para àqueles que nos rodeia ou que se encontram em sociedades menos favorecidas que também possuem estes anseios.

Desta forma, a definição de “dignidade de vida” pode variar muito conforme o seu idealizador, o tempo e o espaço a partir do qual essa apreciação é feita. Este conceito pode se aproximar mais, por exemplo, da dignidade entendida como valor intrínseco ao ser humano, de onde se extrairia o conceito de *dignidade da pessoa humana*, ou ter uma abordagem mais ampla, compreendendo a dignidade de todas as formas de vida, a partir de onde se poderia falar em *dignidade da vida*.

Partindo desta premissa sobre a dignidade da pessoa humana, percebe-se a necessidade de observar com um olhar mais apurado as condições das sociedades mais vulneráveis, sob suas perspectivas, seja em relação aos seus anseios e suas concepções sobre o tema, visando obter a percepção de poder proporcionar o seu alcance, que nem sempre está de acordo com os padrões da civilização moderna, ocorrendo distorções que vão além da compreensão do pensamento ocidental a qual fomos educados.

Desta forma, ao reportamos aos estados americanos, principalmente os países da América Latina; estes possuem um contexto muito rico e diversificado; tanto em termos de povos quanto da diversidade de culturas, além de múltiplos conhecimentos e vários costumes.

Tais conhecimentos são, principalmente vinculados aos povos originários deste continente, que muito contribuíram e podem contribuir para uma concepção mais ampla e integradora de referências importantes, como por exemplo, a compreensão do convívio entre os vários povos que constituem a nação.

A ideia de dignidade da vida, tal qual exposta acima, é uma noção de suma importância e muito presente na cultura dos povos indígenas da América Latina, e ela se manifesta, especialmente, no ideal de bem viver diferenciada dos colonizadores da América. Apesar desses

povos terem sofrido uma negação de sua cultura por séculos de colonização e de tentativa de homogeneização conduzidas pelos próprios Estados aos quais estavam vinculados, as últimas décadas foram marcantes sob esse ponto, uma vez que começa a despontar o reconhecimento da pluriculturalidade de alguns Estados, sendo que as Constituições de dois deles – Bolívia e Equador – afirmaram o direito ao bem viver como orientador do ordenamento jurídico e da própria vida em sociedade, e se reconhecem como Estados Plurinacionais.

Nesse sentido, este estudo possui por objetivo propor uma interpretação e integralização do direito ao bem viver. Ou seja, analisar as condições de bem viver com a dignidade das sociedades indígenas, como elemento primordial e capaz de ampliar a proteção conferida pelo conceito de direito aos indígenas atualmente aceito no Estado brasileiro, servindo como base de direito o reconhecimento comparativo da pluriculturalidade das Constituições da Bolívia e do Equador.

O estudo de caso ora apresentado, tem o condão de identificar e analisar uma alternativa de política cultural, na qual se explora uma forma de potencialidade e desta experiência, como frisado por Boaventura de Souza Santos e João Arriscado Nunes tem em afirmar o seguinte:

Enquanto como iniciativas emancipatórias e percursos para cidadanias aceptivas, onde procuram o reconhecimento da diferença e a luta pela igualdade e redistribuição, segundo princípios de justiça e constelações de direitos atentos a diversidade dos atores e dos contextos e à intersecção de diferentes escalas, local, nacional e global.¹

Assim, as ações promovidas por eles, consistem meios de proporcionar dignidade de vida, considerando aspectos que os reconheçam como bens primários fundamentais à luz das Constituições apresentadas e do direito como fruto de dignidade da pessoa humana.

Estas considerações visam transformar um cenário de desigualdades e falta de inserção nas formas de decisões e opiniões sobre o Estado, para visar o alcance da distribuição de “direitos, liberdades, oportunidades e própria renda e riqueza”, entre índios e não índios.

O tema e a abordagem aqui propostos se justificam pela importância de discutir formas de aperfeiçoar a proteção constitucional conferida aos povos indígenas. A vida como uma totalidade precisa ter seu valor intrínseco reconhecido, e não apenas na medida em que serve aos interesses humanos.

Além mais, as formas de relações, que incluem as culturais, sociais e espirituais que possuem determinadas sociedades, a exemplo dos povos indígenas, estabelecem com a natureza um valor totalmente diferenciada em nossa compreensão ocidental, as quais necessitam de

¹ Boaventura de Souza Santos e João Arriscado Nunes (2004, p. 23)

reforço na sua proteção, dentro do parâmetro de sua cosmovisão, especialmente por tratar-se de uma relação na qual não pode haver uma divisão, que faz parte de seu projeto de vida (coletivo e infinito), e que, ao sofrer danos não podem ser reparados.

O corpo desta dissertação desenvolve a problemática procurando relacionar os princípios do direito fundamental à dignidade de bem viver, como meio de propagar dignidade de vida a todo e qualquer indivíduo e em especial às populações originárias do continente sul-americano.

Fundamentado em elementos de ordenamentos constitucionais adotados por vários países latinoamericanos, inclusive pelo Estado brasileiro, busca-se discutir formas que promovem a dignidade do bem viver junto aos indígenas, de direitos, liberdade, oportunidades, ou mesmo de sobrevivência, meios que proporcionam a busca da formação da dignidade da pessoa humana. Portanto, faz-se necessário investigar as seguintes indagações:

- a) Que subsídios elementares do direito fundamental à dignidade da pessoa humana à considerar para uma compreensão adequada na Constituição brasileira? Em que medida há compatibilidade entre os principais elementos da subsistência a sociedade indígena?
- b) Em que medida os principais componentes da concepção de dignidade de bem viver são compatíveis com o conceito de bem primário à luz da teoria da dignidade da pessoa humana?
- c) Fundamentado em elementos essenciais para um entendimento constitucional, e a partir de informações que moldem com a dignidade da pessoa humana, em que medida a plurinacionalidade das Constituições dos países latinoamericanos como da Bolívia e do Equador servem de subsídios, ou seja, como base primordial e capaz de ampliar a proteção conferida pelo conceito de direito aos indígenas, seja tanto no Estado brasileiro quanto aos países da América-latina, servindo como apoio ao direito à dignidade de vida e do bem viver através da cosmovisão desses povos?

Para responder a estas questões esta dissertação visa propor e demonstrar aspectos nos quais o direito à subsistência dentro do contexto de “bem viver” da cosmovisão indígena se inclui como bens primários contextualizados pela Constituição brasileira e principalmente em países que se apresentam como Plurinacionais. Tais aspectos passam a ser reconhecidos como elementos formadores da dignidade da pessoa humana. Para tanto, faz-se necessário atender aos seguintes objetivos específicos:

- a) Identificar que subsídios elementares do direito fundamental à subsistência deve-se considerar para uma compreensão adequada à Constituição brasileira e aos tratados de

direitos humanos internacionais e Constituições plurinacionais latinoamericanas como da Bolívia e Equador;

- b) Verificar a compatibilidade entre os principais meios de “bem viver” na cosmovisão indígena como subsídios da concepção do conceito de dignidade da pessoa humana.
- c) Compreender a compatibilidade entre os principais subsídios de subsistência (estabilidade e permanência) e de “bem viver” dos povos originários da América-latina juntamente com o conceito de dignidade da pessoa humana.

No momento, são adotadas as seguintes hipóteses neste estudo:

- a) Constitucionalmente, os subsídios elementares do direito fundamental à subsistência que poderão ser compreendidos como direitos sociais abrangem os indicados no art. 6º da Constituição Federal: saúde, alimentação, trabalho, moradia, e assistência aos desamparados, que, para serem implementados, necessitam de políticas públicas que organizem a atuação estatal para sua consecução em âmbito coletivo. Infere-se, portanto, que para a concretização da ideologia assumida pela Constituição brasileira em termos de direitos sociais e pelo ideário político e de sociedade da teoria da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário acionar políticas públicas, que emerge como meio primordial de legitimação do ente público em face dos administrados, em razão de ser o principal veículo de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos (no caso, indígenas), refletidos no direito fundamental de subsistência, e, portanto, podem ser considerados bens primários à sua sobrevivência, por direitos, liberdades, oportunidades e a própria renda e riqueza.
- b) Para justificar a compatibilidade entre os subsídios de bem viver das populações originárias latino-americanas, dentro de uma concepção de bem primário essencial, que nutre a subsistência das sociedades indígenas, corroborando conjuntamente com a teoria da dignidade da pessoa humana. Observa-se que para estas sociedades, é um meio de subsistência dentro de sua cosmovisão, agregado como bem primário fundamental, seja na disposição da Constituição brasileira e nas formas aplicadas nos ordenamentos dos países plurinacionais, cuja aplicabilidade torna-se possível através de uma equidade proposta aos povos indígenas, que busca solucionar seus conflitos de interesses.

A questão central deste estudo se refere à busca da condição de vida digna que as populações indígenas promovem e almejam diante dos obstáculos que enfrentam em seu dia-a-dia, seja pelos inúmeros fatores que impõem a falta de reconhecimento dos seus anseios, seja de ordem política, social e econômica. Tais situações acabam por negar a boa parte desta

população o acesso a uma alimentação adequada, à saúde, a um meio ambiente sadio e equilibrado e a consolidação de sua cultura seja em seu meio ou externa-lo, a qual deixa essa parcela menos favorecida socioeconomicamente, mais exposta aos riscos produzidos pela sociedade contemporânea, gerando uma verdadeira situação de injustiça no campo social.

Sob a perspectiva de análise do objeto em discussão nesta dissertação, justifica-se a verificação dos elementos indispensáveis a estabelecer uma concepção constitucionalmente adequada do direito fundamental à subsistência da comunidade indígena por meio da dignidade da pessoa humana, com o intuito de estabelecer o tema inicial para a discussão.

Tal subsistência é inserida no contexto de incluir as populações indígenas na formação e discussão do Estado brasileiro, como já acontece nos países da América-latina, como Bolívia e Equador, povos esses originários em seus territórios que conseguem promover junto aos seus ordenamentos jurídicos, ações que produzem efeitos que colaboram em seu estado de bem viver, respeitando todas as suas tradições e costumes, bem como agregando concomitantemente as legislações de caráter de universalidades já constituídas pela imposição hegemônica europeia.

De acordo com subsídios previstos na Constituição e nos ordenamentos internacionais, examina-se um conceito interpretativo de valores para a concessão da dignidade aos povos indígenas, na condição de direitos, liberdades (autonomia), oportunidades, renda e riqueza:

... não se pode demonstrar que a análise filosófica dos conceitos políticos seja descritiva nos moldes da investigação científica das espécies naturais. A liberdade não tem DNA.[...]

Os conceitos de liberdade, democracia etc. funcionam, no pensamento e no discurso comuns, como conceitos interpretativos de *valor*: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor².

Desta forma, a partir dos valores de interpretação propostos pelo conceito, surgem elementos necessários para formação do pensamento no que se refere ao direito à dignidade da pessoa humana prevista no ordenamento jurídico, servindo como base para este estudo.

O direito de subsistência, que abrange os significados de “s.f. Estado ou particularidade daquilo que subsiste; estabilidade, permanência, subsistência. Conjunto de coisas essenciais para a preservação da vida; sustento, alimentação, víveres: garantir a subsistência da família.”³, previsto pela Constituição Federal como um direito fundamental, é apreciado como um bem

² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. 2010, p. 212.

³ Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/subsistencia>>. Acesso em: 28/01/2015.

primário à todo e qualquer pessoa, com base no que se refere a liberdade e oportunidade, bem como renda e riqueza.

A partir do entendimento apresentado pela teoria, justifica-se essa análise como tentativa de aprimorar o conceito de bem primário, sobretudo quando se trabalha em consonância com a Constituição Federal de 1988. Desta forma, analisa-se o conceito de bem primário que se comporta ou não ao direito fundamental de subsistência, também como forma de estender a discussão para os demais direitos sociais de natureza prestacional.

A forma de discussão do trabalho se sobressai na relação feita sem haver um distanciamento da perspectiva teórica e crítica. A análise desenvolvida se justifica para avaliar e criticar a ação dos diversos atores na conjectura dos procedimentos adotados na discussão do caso, tendo em vista a forma da instituição da concessão, dos impedimentos da dignidade de bem viver promovidos dentro da cosmovisão indígena.

A proposta de discussão, abrange os pensamentos de vários doutrinadores ao desenvolver teorias que proporcionam mecanismos de alcançar equidades que se dirigem à cultura e o modo de vida dos indivíduos, servindo de base para analisar as disposições que ocorrem na prática como justificativa e sugerir alterações; neste estudo.

Na especificidade do tema, estas análises visam contribuir para lançar luzes sobre as implicações na forma da distribuição das formas de dignidade pretendidas pelos indígenas, demonstrando uma possível legitimação decorrente dos ideais previstos no direito à dignidade da pessoa humana dentro de um contexto universal, atribuída especificamente para legitimar seus atos para a justiça distributiva, e alterar sua configuração para induzir a uma distribuição mais justa dos bens primários aos povos indígenas, dando aos mesmos a oportunidade de serem de fato nacionais integrantes do Estado ao qual estão constituídos.

Em Direito, o método ou metodologia se relaciona com o caminho que deve ser percorrido para se chegar ao resultado pretendido: “todo conhecimento científico ou filosófico, pressupõe uma ordenação intencional da inteligência e da vontade capaz de permitir ao investigado alcançar um resultado dotado pelo menos de relativa certeza”⁴. A essa atividade ordenada, dirigida para o resultado de conhecimento relativamente certo, corresponde o método jurídico. Para o jurista Miguel Reale, “o conhecimento científico do Direito é obtido da conjugação do método indutivo, dedutivo e analógico”⁵.

⁴ REALE, M. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁵ REALE, M. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1980.

O método utilizado nesta pesquisa será o indutivo, ou “o processo de raciocínio desenvolvido a partir de fatos particulares, até atingir uma conclusão de ordem geral, valendo-se da observação, da experimentação e da comparação dos fatos ou elementos. O raciocínio, portanto, parte de ideias particulares para noções gerais”⁶.

A forma se baseia pela particularidade criada dentro da cosmovisão dado pelos povos indígenas na prática de bem viver e da dignidade da pessoa humana e repercute no âmbito geral ao debater a utilização das legislações do ordenamento jurídico pátrio e alienígena.

Tais mandamentos normativos, tratam de questões ligadas à diversidade sociocultural, com foco nos países da América Latina, especialmente naqueles que se reconhecem como Estados Plurinacionais, no que se refere na forma encontrada na arrecadação de recursos que lhes servem para proporcionar em suas concepções, uma pequena parcela de vida digna em seu território, bem como a formulação de suas averiguações nas conceituações teóricas.

Também poderá ser analisada através do processo analógico, “que representa um raciocínio baseado em razões de relevante similitude”⁷. Neste caso, percebe-se haver a ideia de diálogo entre as discussões teóricas do bem viver que serve de alicerce para promover as condições de dignidade de vida aos povos indígenas, em conjunto com as determinações da Constituição brasileira e as bases normativas dos países da América-latina, especialmente das normas constitucionais da Bolívia e do Equador, no contexto do movimento constitucionalista.

Desta forma, busca-se compreender como as Constituições latino-americanas oferecem proteção aos povos indígenas, para que, a partir disso, possam ser percebidos os compromissos e desafios do Estado brasileiro, no sentido de obter um nível de amparo suficiente para uma realidade que exige a integração entre diversos subsídios.

De acordo com os objetivos, esta pesquisa pode ser classificada como descritiva e exploratória. Exploratória, por ter como “principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos, ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores”⁸.

Descritiva, “cujo principal objetivo é a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis, que se preocupa com a atuação prática”⁹.

⁶ REALE, M. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁷ REALE, M. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁸ GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas, 2002, p. 42

⁹ GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas, 2002, p. 42

Esta classificação se justifica por pretender propor um novo olhar e descrevê-lo: a premissa do direito de dignidade da pessoa humana nas perspectivas dos povos indígenas, que poderão ser verificados como elementos previstos na Constituição brasileira, inseridos no contexto dos direitos fundamentais, e fixar suas condições por combinações de critérios, e instituídos como bens primários.

Os procedimentos utilizados para a coleta de dados serão a pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de formar a base teórica acerca do objeto de estudo para amparar a pesquisa. Serão trabalhados conceitos que abrangem a relação da legitimidade fática junto às normas.

A pesquisa bibliográfica, indispensável, compreenderá livros, artigos, periódicos, teses, dissertações, material científico em geral, as normas Constitucionais, doutrinadores constitucionalistas, normas nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos relacionados ao tema e a problemática a ser desenvolvida, que forneçam consistência ao levantamento de informações e aos estudos.

Destaca-se a obra de Boaventura de Souza Santos, que provê sustentação à dissertação ora proposta. Salienta-se, com relação à teoria política de Souza Santos, que se buscará fazer uma leitura crítica em suas obras, afastando-se qualquer consideração de seus entendimentos como dogmas. Além de suas obras, serão pesquisadas as obras de seus críticos e comentadores¹⁰.

A pesquisa documental incluirá documentos oficiais, como os decretos expedidos pelo poder executivo, o estudo de leis, repertórios de jurisprudência, sentenças, contratos, anais legislativos, pareceres, reportagens de jornais que retratam o assunto, pois “Certos temas, por suas características ou novidade, têm nos artigos e reportagens da imprensa uma fonte de pesquisa importante”¹¹, dentre outros.

Muitas dessas fontes de pesquisa jurídica serão acessadas por meio das redes de computação e *internet*, através de consulta a bibliotecas, *sites* oficiais, legislação, jurisprudência, revistas especializadas e imprensa nacional e internacional.

A pesquisa, dentro dos limites propostos, principia com o levantamento bibliográfico sobre o tema, visando subsidiar a discussão, conforme segue.

¹⁰ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. 2013; DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2011; DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. 2012.

¹¹ ADEODATO, J. M. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

O primeiro capítulo propõe uma nova leitura para o direito ao bem estar junto à cosmovisão dos povos indígenas, tendo por base o conceito de direito ao bem viver, de modo a favorecer um nível suficiente de proteção, diferente daquele proporcionado por uma visão ocidental, consubstanciada no artigo 225 da Constituição Federal brasileira, quando interpretado de modo isolado.

Tal intento pode ser realizado a partir da teoria do transconstitucionalismo, através do surgimento do novo Constitucionalismo Latinoamericano, constituídos através dos Estados Plurinacionais, e de uma interpretação sistemática da própria Constituição pátria, como solução para o conflito constitucional identificado nesta dissertação. Para tanto, expõe o surgimento do Novo Constitucionalismo Latinoamericano, que prima pela implantação da cosmovisão dos povos originários, demonstrando uma ruptura das concepções hegemônicas de direitos humanos impostas pelos colonizadores europeus, visando um equilíbrio das normativas já assentadas em conjunto com os direitos indígenas relacionados ao tema, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, e das legislações alienígenas.

O segundo capítulo é dedicado à concepção tanto teórica quanto normativa do trabalho, cuja análise focará os principais eixos da teoria: adoção de uma concepção pública de justiça, o estabelecimento da situação inicial em que os indivíduos escolheriam os princípios para reger suas relações em sociedade, e o conteúdo dos princípios de justiça que seriam adotados.

O tópico inicia com a compreensão de vários autores, principalmente sobre o conceito e evolução com os direitos sociais. Para tanto, adota-se como base a legislação brasileira, relacionada ao direito de proteção aos menos favorecidos, permitindo não somente à subsistência física de uma comunidade, mas também agregando os elementos de questões ligadas à diversidade sociocultural, com foco nos países da América Latina.

Na sequência um breve estudo dos principais elementos para um entendimento de uma abordagem contextual, apresentando questões ligadas à diversidade sociocultural, com foco nos países da América Latina, especialmente naqueles que se reconhecem como Estados Plurinacionais como da Bolívia e Equador.

As Constituições do Equador e da Bolívia foram escolhidas para traçar o diálogo proposto porque são elas que caracterizam o terceiro ciclo do constitucionalismo latinoamericano; são elas que apresentam, de maneira explícita, a proteção da natureza na condição de sujeito de direito, constituindo uma ruptura evidente; são elas que, ao trazer em seus textos o bem viver e os direitos da natureza, têm o potencial de contribuir para essa outra leitura da Constituição brasileira.

Expõe, ainda, a ruptura de normativas trazidas pelas novas Constituições deste continente, no que se refere ao modelo de Estado até então reproduzido, tendente a estabelecer uma situação de homogeneização e domínio de uma cultura ocidentalizada sobre as minorias.

Tais perspectivas de concentram especialmente naqueles que se reconhecem como Estados Plurinacionais, visando agregar uma perspectiva de manutenção da sua dignidade, cultura, território, tradições, credos e costumes.

A análise do terceiro capítulo apresenta uma sinopse dos elementos até então expostos, a qual inicia pela averiguação de uma discussão sobre a referência do tema “dignidade de vida” sob um ângulo culturalmente plural, seja através de análises doutrinários, dentro de parâmetros no Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou previsto como direito fundamental pela Constituição brasileira.

Posteriormente, passa-se a discutir sobre o direito de subsistência como bem viver, demonstrando subsídios para uma concepção constitucional, dentro da lógica do direito fundamental prevista. Encerra-se o capítulo com a análise sobre o direito fundamental de subsistência interligada ao bem viver sob a ótica indígena, demonstrando o nexo existente entre estes dois fatores que permitem discutir a legitimidade de sua condição. Na discussão das premissas destes itens, procura-se constar elementos que se afiguram indispensáveis para a construção de uma concepção que seja condizente com a Constituição Federal.

Esses elementos são baseados nos documentos internacionais de direitos humanos e na legislação interna, vão além da forma física ou infraestrutura específica do direito, e têm relações com a estrutura social na qual se insere e, principalmente, com as funções sociais.

Desta forma, apresenta detalhes do perfil da dignidade do bem viver sobre o aspecto indígena, sob a ótica dos meios culturais e de estrutura, como meio de subsistência dos indígenas. Esta análise subsidia a compreensão do processo de sobrevivência de sua população e o exame e de legitimação do seu modo de vida.

1.1 Estrutura da dissertação

Fazendo uso da pesquisa bibliográfica, bem como da pesquisa de jurisprudência em Cortes estrangeiras e internacionais, o resultado da investigação foi organizado em três capítulos.

O primeiro deles traz uma abordagem contextual, apresentando questões ligadas à uma discussão da referência “dignidade de vida” sob um ângulo culturalmente plural dentro do contexto da Novo Constitucionalismo latinoamericano. Na sequência faz-se a narrativa sobre a

diversidade sociocultural, com foco nos países da América Latina, especialmente naqueles que se reconhecem como Estados Plurinacionais. Expõe, ainda, a ruptura trazida pelas novas Constituições deste continente, no que se refere ao modelo de Estado até então reproduzido, tendente a estabelecer uma situação de homogeneização e domínio de uma cultura ocidentalizada sobre as minorias.

O segundo capítulo dedica-se a expor o ideal de bem viver, o sentido a ele dado nas culturas dos povos originários latinoamericanos, dentro de uma concepção doutrinária.

Dentro deste contexto, analisa-se o despontar do reconhecimento de um direito ao bem viver, especialmente por meio do estudo das Constituições do Equador e da Bolívia, e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conjuntamente com a das Cortes Constitucionais dos Estados acima referidos.

Por fim, o terceiro capítulo faz a síntese dos elementos até então expostos, propondo uma nova leitura para o direito de bem viver junto dentro da cosmovisão indígena, tendo por base o conceito de direito à dignidade da pessoa humana, de modo a favorecer um nível suficiente de proteção, diferente daquele proporcionado pela visão ocidental hegemônica.

Os mesmos subsídios denotam uma tendência à igualdade na efetivação dos meios de angariar subsídios e no trato da política para obter a subsistência como um todo, orientada à redução das desigualdades sociais e erradicação da falta de oportunidades dos membros menos favorecidos da sociedade.

Neste caso, o último capítulo apresentará as considerações finais, que respondem as questões formuladas neste projeto, demonstrando se os objetivos geral e específicos foram atendidos e se as hipóteses foram validadas ou refutadas, total ou parcialmente. Identificará limitações do estudo e oferecerá sugestões para futuros estudos que contribuam para o enriquecimento da análise da questão proposta.

CAPÍTULO 1

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

No período do século XX, alguns fatos históricos influenciaram diretamente no constitucionalismo democrático contemporâneo: o fim da Segunda Guerra Mundial (1945); a criação da Organização das Nações Unidas - ONU (1946); e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Esses acontecimentos foram fundamentais à positivação de direitos consolidados na democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana nas constituições dos países afora, sendo que esta época ficou reconhecida como a Era dos Direitos¹², tendo este processo recebido a nomenclatura de neoconstitucionalismo.

Segundo Brandão¹³, os precursores do desenvolvimento teórico do Novo Constitucionalismo são os juristas da Universidade de Valencia, na Espanha, Roberto Viciano e Rubens Dalmau. Obviamente, já havia autores que trabalhavam essas experiências no âmbito dos países latinos, mas segundo o autor, Dalmau e Viciano foram os primeiros, a partir da Teoria da Constituição, que buscaram sistematizar os avanços normativos das Constituições Andinas, principalmente com a experiência acumulada como assessores constituintes dos processos Constitucionais do Equador, Bolívia e também da Venezuela.

Brandão descreve que os autores diferenciam o Novo Constitucionalismo do Neoconstitucionalismo. O Neoconstitucionalismo seria uma teoria do Direito e não uma teoria da Constituição, pois visa uma análise da dimensão positiva da Constituição. Não busca uma ruptura, apenas converter o *Estado de Direito* em *Estado Constitucional de Direito*, embora reconheça a centralidade e o fortalecimento da Constituição, principalmente com a forte presença dos princípios no ordenamento jurídico¹⁴.

O Neoconstitucionalismo é uma corrente doutrinária fruto da academia, dos professores de Direito Constitucional, enquanto o Novo Constitucionalismo é um movimento surgido das reivindicações e manifestações populares.

¹² Tal menção é referente a título do livro de Norberto Bobbio, intitulado “*A Era dos Direitos*”.

¹³ Brandão, Pedro Augusto Domingues Miranda. O novo constitucionalismo pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama) – Recife, 2013, p.16.

¹⁴ VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino americano. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latino americano*. 1 ed. Quito, 2010, p. 17-18).

O neoconstitucionalismo, desta forma, não se confunde com o “novo” constitucionalismo latinoamericano, pois a concepção de neoconstitucionalismo se configura como algo já consolidado. Entretanto, a concepção do ‘novo’ se coloca como algo que está em construção, que é o caso do “Novo Constitucionalismo Latinoamericano”, que vem se aperfeiçoando e conseqüentemente, tende a evoluir.

1.1 Dos termos condicionados para a Plurinacionalidade

Das várias formas terminológicas que abrange a matéria, e das claras inter-relações entre os conceitos, há importantes diferenças entre as noções de multiculturalidade, pluriculturalidade, interculturalidade, e a condição de plurinacionalidade de um Estado.

De uma forma bastante sintética, Walsh aponta que, diferentemente do sentido atribuído ao prefixo “multi”, que tem suas raízes em países ocidentais e aponta para uma coleção de culturas singulares sem relação entre elas, havendo o marco de uma cultura dominante, o prefixo “pluri” indica uma convivência de culturas em um mesmo espaço territorial. A interculturalidade, por sua vez, é um conceito muito mais amplo, que vai além do respeito, da tolerância e do reconhecimento da diversidade, indicando “um processo e projeto social e político dirigido à construção de sociedades, relações e condições de vida novas e distintas”¹⁵

De fato, o conceito de multiculturalismo é controvertido. Romero¹⁶ destaca duas concepções para essa expressão: na primeira refere-se a um fato social, ou seja, uma situação fática de convivência, na mesma sociedade, de pessoas e grupos oriundos de civilizações diferenciadas em vários graus; na segunda concepção, o multiculturalismo seria entendido como uma teoria, que representaria uma possível solução aos problemas advindos da convivência entre pessoas e grupos de diferentes culturas, de forma a propor a coexistência entre elas, e manter os aspectos sociais e culturais de cada grupo.

Esta compreensão é designado como multiculturalismo emancipatório, o qual pressupõe a coexistência entre culturas diferentes, sejam elas majoritárias ou minoritárias, onde o reconhecimento dos direitos à diversidade prevalece em face da homogeneização, ocorrendo ainda um diálogo intercultural que promove o desenvolvimento social.

¹⁵ WALSH, Catherine. *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado*. In: Tabula Rasa. n. 9, 2008, pp.131-152. Disponível em <<http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015, p. 140.

¹⁶ ROMERO, Ellen Cristina Oening. *Os direitos ambientais dos povos indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2012, p. 18.

O multiculturalismo tradicional assenta-se na ideia de reconhecimento das diferenças, mas sem abrir mão da prevalência da cultura eurocêntrica sobre as demais. Foram construídos pelos valores ocidentais liberais a ideia de que seus princípios constituem no maior desenvolvimento do pensamento humano, seja na área econômica, cultural ou social, e, portanto, seus valores devem ser universalmente reconhecidos.

Nesse sentido, o multiculturalismo conservador reconhece que outras culturas podem acrescentar algo à cultura ocidental, mas a cultura ocidental possui preeminência por estar alicerçada nos direitos humanos universais.¹⁷

A crítica do multiculturalismo emancipatório ao multiculturalismo conservador assenta-se ainda no fato que este último não reconhece que sua cultura está também assentada em particularismos, reconhecendo somente os particularismos de outras culturas, as quais devem ser reconhecidos. Isso é para esta corrente um grande empecilho para concretização de direitos humanos, pois cada sociedade pressupõe que sua cultura seja mais completa que as demais, fato que é normal tendo em vista a pluralidade cultural. Por isso, “aumentar a consciência de incompletude cultural até seu máximo possível é uma das tarefas mais cruciais para construção de uma concepção multicultural de direitos humanos.”¹⁸

Enquanto a pluriculturalidade (e também a interculturalidade) pode ser uma situação fática em um Estado, sem que haja para tanto um reconhecimento explícito, a plurinacionalidade implica em um *reconhecimento constitucional* de sua diversidade cultural. Romero¹⁹ aponta que “a plurinacionalidade é mais ampla que o reconhecimento da diversidade cultural da sociedade e das relações de interculturalidade necessárias”, já que pressupõe não apenas o respeito das culturas em si, mas também “o respeito de suas expressões, como no caso indígena, organização em comunidades, formas de representação e jurisdição indígena”.

A autora destaca ainda que “a plurinacionalidade se vincula ao reconhecimento constitucional de outras nações dentro do Estado, uma nação maior”. Romero ressalta, assim, que essas “pequenas nações/povos dentro do Estado são diferentes entre si e são diferentes da

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Dilemas de Nosso Tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. (entrevista com Boaventura de Sousa Santos)*. Currículo Sem Fronteiras. V.3, n.2, p.5-23. Jul/2003.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Por Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N.48, jun, 1997, p.22.

¹⁹ ROMERO, Ellen Cristina Oening. *Os direitos ambientais dos povos indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2012, p. 23.

maioria da população, e é esta diferença que permite a proteção jurídica de seus projetos de vida, diferenciados e determinados culturalmente”²⁰.

Santos explica que passar da interculturalidade para a plurinacionalidade é um grande salto, mas nessa passagem dá-se uma continuidade. Esclarece, ainda, que o objetivo da plurinacionalidade não é somente a ideia de consenso, mas também o reconhecimento das diferenças, de “outra forma de cooperação nacional com unidade na diversidade”²¹

1.2 Do novo constitucionalismo latinoamericano

Diante da complexidade do assunto e da dificuldade de sua definição, deve-se destacar as diferentes contribuições para o mundo jurídico e traçar parâmetros minimamente demonstráveis para definir o que chamaremos de “Novo Constitucionalismo Pluralista Latinoamericano”.

Desta forma, de acordo com Brandão²², surge várias denominações para esse novo movimento: a) Novo Constitucionalismo Latinoamericano²³; b) Constitucionalismo Mestiço²⁴; c) Constitucionalismo Andino²⁵; d) Neoconstitucionalismo Transformador²⁶; e)

²⁰ ROMERO, Ellen Cristina Oening. *Os direitos ambientais dos povos indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2012, p. 14.

²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Por Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N.48, jun, 1997, p. 03.

²² Brandão, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)* – Recife, 2013, p.15.

²³ Viciano e Dalmau, Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino americano. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latino americano*. 1 ed. Quito, 2010, p. 9-44; *Fundamentos teóricos y prácticos del nuevoo constitucionalismo latino americano*. In: Gaceta Constitucional, nº 48, 2011, p. 307-328; *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latino americano como corriente doctrinal sistematizada?* 2011b. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. 2011b, Acesso em 10 jul 2015; Dalmau, *Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional* (2007), In: *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, nº. 2 maio/agosto 2008. p. 102/132.

²⁴ BALDI, Cesar. *Direito Constitucional e Constitucionalismo interno*. 2009. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-epublicacoes/docs.artigos/constitucionalismocolonial.pdf> 2009.

²⁵ Wolkmer não faz referência a um autor específico, apenas afirma que são expressões que vêm sendo utilizadas. *apud* Brandão, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)* – Recife, 2013, p.15. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*: 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

²⁶ O autor explica que tomou o termo ‘Transformador’ emprestado de Boaventura de Sousa Santos (Santamaria, 2011, p. 15); *apud* Brandão, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)* – Recife, 2013, p.15. (Santa Maria, 2011).

Constitucionalismo do Sul²⁷; f) Constitucionalismo Pluralista²⁸; vii) Constitucionalismo Experimental ou Constitucionalismo Transformador²⁹ g) Constitucionalismo Plurinacional e Democracia consensual plural do novo Constitucionalismo Latinoamericano ³⁰ ou Novo Constitucionalismo Indo-afro-latinoamericano³¹; h) Constitucionalismo Pluralista Intercultural³²; i) Constitucionalismo Indígena³³; xi) Constitucionalismo Plurinacional Comunitário³⁴; j) O Novo Constitucionalismo Indigenista³⁵ e l) Constitucionalismo da Diversidade³⁶.

Contudo, no propósito de refletir a respeito do novo constitucionalismo latinoamericano, este vem sendo delineado no sentido de compreender os direitos fundamentais, principalmente àqueles atrelados dentro da concepção da dignidade da pessoa humana, a partir da construção e reconstrução de consensos plurais, não hegemônicos, democráticos, dentro de diálogos diversos, não hierarquizados e não permanentes, na tentativa de superar as imposições promulgadas das concepções hegemônicas da Europa ocidental.

Partindo desta premissa, na América Latina, o processo de formação dos Estados, deu-se através das ocupações das colonizações europeias, que no decorrer do século XIX, promoveu-se com as lutas de independência. Em sua maioria, estes Estados foram construídos

²⁷ PISSARELO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latino americano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década*. 2008. Disponível em: <http://www.sinpermiso.info/articulos/ficheros/venezuela.pdf>. Acesso em 14 abr 2015.

²⁸ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (org.). *El Derecho em América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-184.

²⁹ SOUZA SANTOS, Boaventura. Por qué Cuba se há vuelto um problema difícil para la izquierda. LANG, Mirian, SANTILLANA, Alejandra (orgs.) *Democracia, Participación y Socialismo: Bolivia, Ecuador e Venezuela*. 1ª ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburg. 2010c. p. 166-178.

³⁰ MAGALHÃES, *Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Ecuador*. 2011. Disponível em: <http://joseluzquadrosmagalhaes.blogspot.com.br/2011/11/802-reflexoes-sobre-onovo.html>. Acesso em 30 jun 2015.

³¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadro. *O Novo Constitucionalismo Indo-afrolatinoamericano*. In: Revista da Faculdade mineira de Direito, v.13, n. 26/dez 2010. p. 83-97.

³² WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional: 2010*, p. 154. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

³³ CLAVERO, Bartolomé. *Constitucionalismo indígena en América Latina, con particular consideración de Colombia*. Conferência inaugural, posteriormente elaborada por escrito, do Seminário Internacional “Veinte años de constitucionalismo social”, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Del Rosario, Bogotá, Colômbia, set. 2011.

³⁴ CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009, p. 151-166.

³⁵ RAMIREZ, Silvina. 2009.

³⁶ UPRIMNY, Rodrigo. 2011.

voltados para uma pequena parte da população, descendentes de europeus, de forma que as elites econômicas e militares não se importavam com a maioria das populações já existentes que ficariam excluídas do Estado em formação.

Desta forma, não interessava à classe dominante que os nacionais ou povos originários³⁷- neste caso estão inclusos os indígenas - pudessem participar na formação e no desenvolvimento do Estado.

Porém, esta dominação não se restringiu somente à época da colonização, mas se estende até mesmo após a independência e formação dos Estados, pairando a ideologia dominadora sob as sociedades latino-americanas no que tange a sua organização política e institucional. Nesse sentido, é nítido que:

A independência das colônias na América Latina não representou no início do século XIX uma mudança total e definitiva com relação à Espanha e Portugal, mas tão somente uma reestruturação, sem uma ruptura significativa na ordem social, econômica e político-constitucional.³⁸

No processo vivenciado na América Latina, não se permitiu que a identidade dos povos originários fosse inserida no conceito de nacionalidade criado. Os povos nativos foram totalmente excluídos do processo de construção da nação latino-americana. Em outras palavras:

[...] em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos) assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer ideia de nacionalidade. O direito não era para as maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais³⁹

Nesse sentido é que se verifica a importância do sentimento de pertencer à aquele Estado e ter nacionalidade, haja vista que a ausência desses elementos traz como consequência a exclusão e falta de participação da vida em sociedade.

Portanto, é notório que, enquanto o Estado europeu construiu uma falsa ideologia universal, sofrendo grandes influências do liberalismo e individualismo europeu, por sua vez, o então considerado Estado Plurinacional, vai buscar uma verdadeira reconstrução de uma

³⁷ A expressão “povos originários”, utilizada no presente trabalho, refere-se ao conjunto de indivíduos que originariamente habitavam a região de certo território. Nesse contexto, trata-se dos povos nativos dos países da América Latina.

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Crítica ao Pluralismo na América Latina*. 2010, p. 145.

³⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadro. 2009, p.163.

identidade nacional respeitando a diversidade cultural dos povos de forma que cada indivíduo se sinta parte integrante do próprio Estado.

Assim, como a maioria dos países da América Latina terem sucumbido a longos períodos em que se impunha a vontade de regras geradas de conceitos da Europa ocidental, pode-se vislumbrar que o século XXI, através desta nova concepção de ordenamento jurídico, vem sendo marcado por governos democráticos, participativos e com estado de diálogos entre os seus, influenciados pelo novo regime pluralista.

A concepção ocidental de mundo representada pela monocultura do conhecimento possui sua matriz histórica e teórica na cultura europeia, a qual não reconhece ou se comunica com outras culturas e com a diversidade de conhecimento. Desta forma, o aprendizado com outras culturas, especialmente com o sul do globo, representa uma compreensão mais ampla do mundo e uma reflexão aprofundada da crise social que o mundo enfrenta.⁴⁰

A partir desse pensamento, a solidariedade se sobrepõe ao colonialismo que desconsidera a reciprocidade, enxergando o outro somente como objeto. Na solidariedade, o conhecimento é construído pelas relações recíprocas e inacabadas entre as comunidades, sendo este o instrumento capaz de concretizar o conhecimento-emancipação.

O pensamento crítico somente logrará êxito propor uma verdadeira ruptura do pensamento colonial se realmente levar em consideração as barreiras e formas de impedimentos que ainda hoje são reproduzidas, formulando propostas para além da construção ocidental. Sendo assim:

[...] a emergência do ordenamento da apropriação/violência só poderá ser enfrentada se situarmos nossa perspectiva epistemológica na experiência social do outro lado da linha, isto é, do sul não imperial, concebido como a metáfora do sofrimento humano sistêmico e injusto provocado pelo capitalismo global e pelo colonialismo. O pensamento pós-abissal pode ser sumariado como um aprender com o Sul usando uma epistemologia do Sul⁴¹.

Desta maneira, houveram profundas mudanças, em particular em países como a Bolívia e Equador, previstos em seus textos constitucionais, denominados de Estados Plurinacionais, o qual veio a positivar direitos pluralistas e democráticos, com perspectivas a garantir uma ordem pautada na igualdade e na solidariedade entre os povos e no bem-viver.

⁴⁰SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*. 4º ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002, p.21.

⁴¹ Id., 2002, p.22.

Além mais, estas transformações se caracterizam pela positivação de direitos pluralistas no âmbito da etnia, da política e cultura dos povos. Trazem as minorias sociais a um patamar de igualdade social, possibilitando a inserção destes na participação política a temas que lhes são pertinentes, proporcionando uma aproximação de dignidade ao bem viver dentro de suas realidades.

Traduzem como já mencionado, como uma nova concepção de organização social pautadas na autonomia, participação, diversidade, tolerância e descentralização, bem como trazendo uma forte ideologia independente, caracterizada por uma forte influência da soberania popular.

Diante do novo constitucionalismo latino americano, passa-se a vislumbrar da possibilidade de se obter um novo embasamento jurídico do Estado na América Latina, na qual a cultura jurídica destes países passa por uma profunda alteração, deixando de ser essencialmente individualista e conservadora, passando a ser pluralista e democrática.

Por esta perspectiva, segundo Burckhart⁴² as transformações que se alcançam através das novas constituições, não se restringem somente na garantia de direitos individuais, mas substancialmente na abrangência da positivação de direitos coletivos como em relação ao meio ambiente, a terra e ao direito à água, inviabilizando através deste elemento sua privatização, pois a mesma passa a ser considerada um direito de todos, pois se refere a um bem destinada ao consumo, essencial para a vida.

A “refundação do Estado”, porém se dá sobre novas bases, que atribuem um valor fundamental à biodiversidade e à sócio diversidade reconhecidas constitucionalmente como bens da comunidade e das coletividades e como prerrogativas para o futuro, o que representa desafios significativos e estimulantes, seja para a hermenêutica, a interpretação e aplicação das disposições constitucionais, que para as políticas públicas e para a redefinição das relações sociais no âmbito de um novo paradigma de sustentabilidade sócio-ambiental que, pela primeira vez na história da América Latina, e também como uma grande inovação para a teoria constitucional, parte dos princípios da “cosmovisão indígena”, que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns, expressões da *Pachamama*.⁴³

Diante desta condição, o novo constitucionalismo latinoamericano ultrapassa o antropocentrismo característico das sociedades europeias e permite se conceber uma visão

⁴² BURCKHART, Thiago Rafael. O ‘novo’ constitucionalismo latinoamericano e a positivação de direitos pluralistas: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p.1010. Acesso em 22/07/2015.

⁴³ PETERS MELO, Milena. *O Patrimônio Comum do Constitucionalismo Contemporâneo e a virada biocêntrica do ‘novo’ constitucionalismo latinoamericano*. 2012

pautada na ética biocêntrica, na qual coloca a vida no centro das relações sociais e concebe a natureza como sujeito de Direitos⁴⁴.

Desta forma, o Novo Constitucionalismo Pluralista Latinoamericano busca propor novas alternativas para resolução desses conflitos, priorizando perspectivas que foram ignoradas ao longo da história jurídica em nosso continente, bem como demarcando o espaço reivindicatório e transformador do Constitucionalismo, que se aproxima da Democracia, ao contrário do discurso jurídico formado historicamente, revelador de um Direito Constitucional comprometido com a manutenção dos privilégios e sem o intuito de combater desigualdades sociais e de positivar concepções de mundo não eurocêtricas⁴⁵.

Sendo assim, o direito fundamental à natureza bem equilibrada é orientado sob a perspectiva da sustentabilidade e fundamentado na perspectiva do bem-viver, caracterizando uma passagem do *Estado de bem-estar* ao estado de *bem-viver* (SUMAK KAWSAY⁴⁶), que implica na harmonia do homem com o meio ambiente.

1.3 A formação das Constituições nos Estados Plurinacionais através da cosmovisão indígena

Um questionamento efetivo à monocultura e ao colonialismo⁴⁷, e à própria configuração do Estado que teve início, e caminha de forma progressiva, se desenvolve apenas no final do século passado (1980) e se destacando até o presente momento, embora com diversas contradições e tensões⁴⁸.

A partir daí, Fajardo divide a nova fase do Constitucionalismo na América latina em três ciclos principais, no que denomina constitucionalismo pluralista, “*reformas constitucionais*

⁴⁴ Menção do artigo “*O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina*” Op. Cit., p. 14 – quando trata que a constituição equatoriana coloca o meio ambiente como sujeito de direitos.

⁴⁵ Wolkmer: “A importação de estruturas coloniais assimiladas pelas elites locais (matrizes eurocêtricas e norte-americana) tem favorecido e alimentado formas de dominação econômica e de exclusão social, inviabilizando o desenvolvimento de uma cultura jurídica autenticamente latino-americana” (Wolkmer, 2008, p.20). In: Brandão, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)*, 2013, p.11.

⁴⁶ Sumak Kawsay significa bem viver em língua Kichua, idioma tradicional dos Andes.

⁴⁷ Colonialismo, na concepção de Boaventura de Sousa Santos “es todo sistema de naturalización de las relaciones de dominación y de subordinación basadas em diferencias étnicas o raciales. El estado moderno es monocultural y es colonial em ese sentido, porque sus instituciones siempre han vivido a partir de uma norma, que es uma norma eurocêntrica que no celebra sino, al contrario, oculta la diversidad” (Sousa Santos, 2012b, p. 21).

⁴⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo. CASTILHO, Natalia Martinuzzi. *A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latinoamericano*. In: VAL, E. M.; BELLO, E. O Pensamento Pós e Descolonial no Novo Constitucionalismo Latinoamericano. Caxias do Sul, RS : Educs, 2014. p. 11. (FAJARDO, 2011, p. 141 *apud* BRAGATO; CASTILHO).

que buscam reconfigurar o modelo de Estado e a relação entre o Estado e os povos indígenas”⁴⁹, que analisaremos a seguir.

O primeiro momento (1982-1988) é denominado de “Constitucionalismo Multicultural”, e tem como principais características a abertura das Constituições para o conceito da diversidade cultural e o reconhecimento de várias línguas oficiais da sociedade, o direito individual e coletivo. São exemplos desse ciclo, a Constituição da Guatemala (1985) – que reconhece a configuração multiétnica e multicultural do país, e a da Nicarágua (1987) – que declara a “natureza multiétnica” do povo e seus Direitos culturais, linguísticos e territoriais⁵⁰.

No segundo momento (1989-2005), o “Constitucionalismo Pluricultural”, confirma-se os avanços do primeiro, agregando-se, ainda, as ideias de “nação multiétnica” e “Estado pluricultural” e incorporando-se um largo catálogo de direitos indígenas, que foi fortemente influenciado pela convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT (1989)⁵¹ – que, dentre outras coisas, positivou a necessidade de consulta prévia aos indígenas – e tem como principal característica a introdução de fórmulas de pluralismo jurídico que rompem com a ideia de monismo jurídico e, conseqüentemente, passam a reconhecer as tradições, os costumes e as autoridades indígenas. O reconhecimento desse sistema foi uma grande conquista para a população indígena, tanto para reafirmar seus direitos territoriais quanto para frear a criminalização de suas lideranças⁵².

Fatores determinantes para o desenvolvimento desse segundo ciclo foram:

- a) as lutas indígenas;
- b) o desenvolvimento do Direito Internacional sobre povos indígenas;

⁴⁹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. 2011, p. 141.

⁵⁰ Segundo a autora, a Constituição brasileira de 1988 encontra-se no limiar do primeiro para o segundo ciclo (2011, p. 141), embora não desenvolva os avanços e limites da Constituição brasileira na proteção dos Direitos indígenas. Para Ricardo Verdum, a Constituição brasileira: “como outras Constituições latino-americanas, foram incorporadas a diversidade étnica e os direitos específicos no novo texto constitucional, sem tocar nas estruturas políticas de dominação” (Verdum, 2009, p. 97). FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. 2011, p. 141.

⁵¹ BRASIL, Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. *Convenção da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre os Povos Indígenas e tribais*. Poder Executivo, Brasília/ DF, 19 abr. 2004. D.O.U. 20.04.2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 28/08/2015.

⁵² FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. 2011, p. 142-3.

c) a expansão do multiculturalismo⁵³ e as reformas do Estado e da justiça. Passam ser exemplos desse novo ciclo as Constituições: da Colômbia (1991)⁵⁴, México e Paraguai (1992), Peru (1993), Equador (1998) e Venezuela (1999) (Fajardo, 2011, p. 143-144).

Essas Constituições reconheceram às comunidades indígenas os seguintes Direitos:

- a) a constituição de autoridades e instituições próprias e legítimas;
- b) organização jurídica de acordo com as suas tradições e costumes;
- c) possibilidade de exercer funções jurisdicionais – jurisdição autônoma.

Tendo em vista o valor especial da terra para os povos indígenas, a Convenção prevê proteção especial a esse instituto em seu artigo 13, §1,⁵⁵ destacando que há relação intrínseca entre a terra e os valores culturais e espirituais dos povos indígenas, delegando aos Estados a obrigação de estabelecerem proteção aos recursos naturais e concederem direito à propriedade a estes povos.⁵⁶

Além disso, a Convenção reconhece o direito de propriedade a partir de uma concepção coletiva da mesma, pois o instituto da propriedade para os povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais não possui o mesmo significado que possui a cultura ocidental.

Os povos indígenas e tribais possuem todos os direitos humanos dispostos na sistemática internacional e, em decorrência disso, a OIT também garante todas as condições mínimas de trabalho que são orientadas pela dignidade humana, bem como todos os princípios universais de justiça social que deve acompanhar a relação de trabalho.⁵⁷

⁵³ Multiculturalismo diferencia-se de interculturalismo, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: “Ao contrário do multiculturalismo – que pressupõe a existência de uma cultura dominante que aceita, tolera ou reconhece a existência de outras culturas ao espaço cultural onde domina – a interculturalidade pressupõe o reconhecimento recíproco e a disponibilidade para enriquecimento mútuo entre várias culturas que partilham um dado espaço cultural” (Sousa Santos e Menezes, 2010, p. 9) No mesmo sentido, referindo-se à diferenciação entre a interculturalidade e o multiculturalismo, Bruno Galindo afirma: “Considerando a conexão sintática e a dimensão semântica dos termos envolvidos e tendo em vista o aspecto léxico, poderíamos afirmar que o multiculturalismo seria um sistema de compreensão da existência de uma multiplicidade de culturas, ao passo que o interculturalismo denotaria a idéia de um sistema entrelaçador de culturas, estabelecendo necessários influxos entre elas”. (Galindo, 2006, p. 94).

⁵⁴ A Constituição colombiana de 1991 cumpre um papel primordial e, porque não, vanguardista nesse segundo ciclo proposto por Fajardo. Devido a sua importância e as suas peculiaridades, principalmente em relação à atuação “ativista” da sua Corte Constitucional, desenvolveremos em tópico específico mais adiante.

⁵⁵ Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.” (BRASIL, op. cit., 2004).

⁵⁶ WOLFRUM, Rudiger. *A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.604-605.

⁵⁷ Outrossim, este tema será abordado detalhadamente no terceiro capítulo, a dignidade humana e os princípios universais de justiça social garantidos aos povos indígenas e tribais de proteção de direitos humanos e instrumentos específicos, representam o pensamento descrito por Boaventura de Sousa Santos. Nesse diapasão, estes

A Convenção 169 da OIT por seu tratamento específico aos direitos humanos relacionados aos povos indígenas tem sido cada vez mais utilizada para fundamentar reivindicações de violações de direitos destes povos, se transformando em princípios de direito reconhecidos por grande parte dos Estados. Embora sejam poucas as ratificações à Convenção 169, esta obteve êxito também em mudanças legais e constitucionais de vários países, os quais promoveram alguns princípios e normativas da Convenção em seus textos legais e constituições.⁵⁸

Porém, apesar da Convenção 169 da OIT apresentar um grande avanço na tutela de valores multiculturais das mais variadas nações indígenas, este instrumento não logra êxito em garantir efetivamente os direitos destes povos, tendo em vista a contradição por não apresentar uma proposta intercultural de direitos humanos.

O terceiro período (2006-2009), denominado Constitucionalismo Plurinacional, é marcado pelo giro paradigmático na teoria da constituição, pois não se caracteriza somente pela ampla positivação dos direitos indígenas, mas pela internalização do conhecimento e da cosmovisão indígena nesse processo. É representado pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que buscam como principal característica a proposta da refundação do Estado com base na plurinacionalidade e no protagonismo indígena.

Diante do avanço de políticas neoliberais, iniciadas na década de 90, os novos clamores sociais foram centrados em direitos sociais e um papel ativo do Estado capaz de enfrentar o poder econômico liberal. Como tradução dessas demandas, foi positivado, nessas Constituições, o direito à água e à segurança alimentar, além dos direitos indígenas e o reconhecimento de sua Cosmovisão – como o *Buen Vivir* e a *Pachamama* - que foi alçada a novo sujeito de Direitos no Equador⁵⁹. De acordo com a autora:

Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce” derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden

instrumentos são na verdade a imposição dos valores ocidentais liberais para todo o globo terrestre, pois os conceitos eurocentristas não contemplam a diversidade de sentidos e dignidade humana encontrados nas diversas culturas existentes.

⁵⁸ SILVA, Paulo Tadeu Gomes. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p.113-138, outubro/2008.

⁵⁹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. 2011, p. 149.

contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia.⁶⁰

Ratificando a assertiva diante do contexto deste ciclo, observa-se o reconhecimento de novos direitos sociais que incorporam a visão indígena, como observa Brandão:

[...] no plano latinoamericano; existe um Novo Constitucionalismo Pluralista que se contrapõe ao antigo Constitucionalismo latinoamericano, marcado pelo elitismo, pela ausência de participação popular e pela subordinação das práticas, saberes e conhecimento dos povos indígenas.⁶¹

Essas Constituições, portanto, têm um claro projeto descolonizador e intercultural, estabelecendo a jurisdição autônoma indígena igualitária com a ordinária e, no caso Boliviano, o estabelecimento do Tribunal Constitucional Plurinacional⁶² – com representantes paritários da jurisdição indígena e ordinária – e, na Constituição Equatoriana, com igualdade de gênero, de maneira a garantir a igualdade étnica e de gênero, respectivamente⁶³.

Ademais, foi implementado por esses textos – além da clássica democracia representativa – novas e diversas formas de participação política, como a democracia comunitária, os referendos, as consultas e o reconhecimento das eleições e da autoridade indígena, de acordo com o seu próprio Direito e procedimento, que antes era monopólio do Estado⁶⁴.

Assim, nas Constituições do Equador e da Bolívia, os direitos indígenas decorrem toda a Constituição e estabelecem, efetivamente, uma nova concepção de Estado e de sociedade, onde evidenciam os excluídos e marginalizados historicamente, como é o caso dos indígenas,

⁶⁰ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. 2011, p. 149.

⁶¹ BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay)*. 2013, p. 35.

⁶² A autora ressalta, entretanto, alguns retrocessos na dinâmica política devido às resistências conservadoras, que impossibilitaram o pleno desenvolvimento da jurisdição autônoma indígena na Bolívia, tal qual era o projeto original, como, por exemplo, o limite territorial, pessoal e material imposto à jurisdição autônoma indígena (FAJARDO, 2011, p. 150-154).

⁶³ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. 2011, p. 150-154.

⁶⁴ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. 2011, p. 150-154. É interessante notar que Antonio Carlos Wolkmer também se refere a ciclos do Constitucionalismo latinoamericano. De acordo com o autor o “Constitucionalismo Pluralista intercultural” tem 3 ciclos. No primeiro ciclo insere a Constituição Brasileira e Colombiana como propulsoras desse processo; no segundo inclui a Constituição da Venezuela de 1999, de característica participativa e pluralista; já no terceiro ciclo coloca a Constituição do Equador e da Bolívia, com suas características interculturais e do pluralismo igualitário jurisdicional (WOLKMER, 2010, p. 153). Há diferenças pontuais entre esta classificação e os ciclos propostos por Raquel Fajardo, já que nesta se insere a Colombiana no primeiro ciclo (Fajardo insere no segundo). O terceiro ciclo, entretanto, é idêntico: a constituição da Bolívia e do Equador são pioneiras no processo de afirmação dos indígenas como atores constitucionais, ponto central do nossa dissertação, pelo que se constroem sociedades interculturais e com pluralismo jurídico igualitário. Todavia, o autor não desenvolve a diferenciação desses ciclos, bem como não se aprofunda nas diversas características dessas Constituições.

em que a velha lógica colonial é superada em detrimento de uma leitura plurinacional do Direito Constitucional.

Desta forma, o conceito do bem viver “Sumak Kawayay” ou “Suma Qamaña” traz o entendimento de que o desenvolvimento jurídico deve considerar a inter-relação e interdependência entre homem e natureza, considerando ainda a visão espiritual das populações tradicionais, concebendo de forma holística e integrada a relação entre homem e natureza.

Nesse sentido, o artigo 306, I da Constituição da Boliviana⁶⁵ dispõe que “O modelo econômico boliviano é plural e está orientado a melhorar a qualidade de vida e o bem viver de todas as bolivianas e bolivianos.” Dalmau e Pastor (2011) descrevem que:

Consideram o novo constitucionalismo latinoamericano como um fenômeno que não surgiu dentro dos muros da academia, mas sim com as reivindicações populares e as resistências dos movimentos sociais e populares em relação às políticas neoliberais da década de 80.⁶⁶

Para os mesmos autores, mencionam que dentre todas as Constituições, a da Bolívia de 2009 é a que apresenta maior transformação, pois constitui um Estado plurinacional e reconhece aos indígenas sua autonomia.

[...] o pluralismo jurídico, um sistema de jurisdição indígena sem relação de subordinação com a jurisdição ordinária, um amplo catálogo de direitos dos povos indígenas, a eleição através de formas próprias de seus representantes, e a criação de um Tribunal Constitucional Plurinacional, com a presença da jurisdição indígena.⁶⁷

Contudo, Uprimny⁶⁸, além de apresentar várias situações que coincidem com as razões de Dalmau e Pastor (2011) em relação às características unificadoras do novo constitucionalismo latinoamericano, apresenta com mais exatidão um alcance de destaque ao se referir sobre o novo constitucionalismo: “[...] a mudança do entendimento acerca da unidade nacional, que não se obtém pela homogeneização das diferenças culturais, mas por um

⁶⁵BOLÍVIA, Constitución de República Del Bolívia. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em 20/06/2015 “El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.”

⁶⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. CASTILHO, Natalia Martinuzzi. *A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latinoamericano*. In: VAL, E. M.; BELLO, E. O Pensamento Pós e Descolonial no Novo Constitucionalismo Latinoamericano. Caxias do Sul, RS : Edues, 2014. p. 13.

⁶⁷ DALMAU; PASTOR, 2011 *apud* BRAGATO; CASTILHO, 2014, p.13.

⁶⁸ DALMAU; PASTOR, 2011. *apud* Bragato & Castilho .2014, p.13.

reconhecimento acentuado das diferenças e uma maior valorização do pluralismo em todas as suas formas”.⁶⁹

Como resultado, estas Constituições estão comprometidas com as pautas reivindicatórias dos grupos tradicionalmente discriminados, como dos indígenas. Por isso, abrangem um conjunto de Constituições com característica transformativa e com forte matriz igualitária.

1.4 O Pluriculturalismo na abrangência de povos e culturas

Dentre várias inovações do novo constitucionalismo trouxe, uma que se encontra perceptível é no sentido de que “pode-se afirmar que o constitucionalismo democrático nasce com a configuração de uma vocação universalista”⁷⁰, na qual é possível falar-se em pluralidade, coletividade, em direitos difusos e participação política.

Nesse sentido, tal concepção procura abranger as mais variadas formas de culturas e povos do país, não sendo excludente no sentido político-social. Tal perspectiva vincula uma nova forma de Estado democrático, concebendo a visão pluralista dos povos que habitam tal espaço geopolítico.

A democracia pluralista não visa a unanimidade que, de resto, é sempre impossível. O que ela objetiva é, precisamente, uma institucionalização do dissenso, o que significa dizer que os representantes dos mais variados interesses são livres para promoverem a sua causa desde, é óbvio, que adotados meios legais e democráticos.⁷¹

A partir do momento em que os usos e costumes de povos andinos e amazônicos passaram a integrar as decisões, a adentrar a vida política, abriram-se as portas para seus valores ancestrais, que acabaram marcando os textos das novas constituições latino-americanas promulgadas no Século XXI.

Assim, o pensamento de formação de se criar um indígena que se comporta segundo as nossas teorias é consequência da colonização hegemônica dos países europeus. Criou-se um conjunto chamado populações indígenas, sem prestar atenção nas suas peculiaridades. Esse discurso prevaleceu por longo período. O que se busca na presente pesquisa é um mínimo de ordem nessa multiplicidade.

⁶⁹ UPRIMNY, Rodrigo. 2011 apud BRAGATO; CASTILHO, 2014, p.13.

⁷⁰ PETERS MELO, Milena. *O Patrimônio Comum do Constitucionalismo Contemporâneo e a virada biocêntrica do 'novo' constitucionalismo latinoamericano*. 2012, p. 2.

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5ª Ed. 2002.

Ao citar uma destas peculiaridades, na cosmovisão do povo Quechua-Aimará⁷², toda a existência tem o mesmo *status*. Tudo é uma relação complementar. A Mãe-Terra possui seus ciclos, possuindo em sua forma tempo para semear, tempo para colheita, tempo para descansar, onde à própria terra, assim como a vida, é regida por períodos, tal como a história e a vida.

Estas constituições inovam na medida dos valores e categorias totalmente estranhas à doutrina constitucional hegemônica que inserem no mundo jurídico, tais como o bem viver e o desenvolvimento integral.

Assim, pela condição do Estado pluralista, passa-se a discutir os meios de compreensão da perspectiva do bem viver, através da cosmovisão indígena, que agregue deveres a este Estado, especialmente no que tange ao respeito do desenvolvimento de políticas públicas em defesa da Mãe Terra, assim como a formas de produção e padrões de consumo equilibrados e da dignidade humana.

⁷² MEDINA, Fábio. “*Pachamama, o filme*”: *saberes indígenas e o novo constitucionalismo latinoamericano*. In: VAL, E. M.; BELLO, E. *O Pensamento Pós e Descolonial no Novo Constitucionalismo Latinoamericano*. Caxias do Sul, RS : Educs, 2014. p. 137.

CAPÍTULO 2

A COMPREENSÃO DE BEM VIVER NO NOVO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINOAMERICANO

Dentro da descrição da importância e da formação da nova Constituição Pluralista Latino-americana demonstrado no primeiro capítulo, será possível a partir deste capítulo, refletir acerca das noções de dignidade de vida dentro dos Estados Plurinacionais, e, ao retomar essa discussão no último capítulo, perceber de que forma essa compreensão de dignidade, tal qual disseminada pelos povos originários da América Latina, poderia favorecer a um Estado de direito no bem viver de abrangência à todos os indivíduos, dentro da formação de cada cultura e população.

2.1 A dignidade de vida nas perspectivas dos Estados Plurinacionais

Os propósitos das considerações sobre a necessidade da desuniformização cultural e o reconhecimento de Estados Plurinacionais e do alargamento da noção de dignidade de vida, em consonância, uma vez mais, com as propostas de um direito ao bem viver.

A proposta é ilustrar a ideia de diálogo entre as discussões teóricas do bem viver que serve de alicerce para promover as condições de dignidade de vida aos povos indígenas, em conjunto com as determinações das bases normativas constitucionais da Bolívia e do Equador, no contexto do movimento constitucionalista. Para tanto, de início, buscou-se compreender as transformações das Constituições destes países na forma de oferecem proteção aos povos indígenas, para que, a partir disso, possam ser percebidos os compromissos e desafios ao Estado brasileiro, no sentido de obter um nível de proteção suficiente para uma realidade que exige a integração entre diversos segmentos heterogêneos de nossa sociedade.

Assim, neste segundo capítulo dedica-se a expor o ideal de bem viver, o sentido a ele dado nas culturas dos povos originários latinoamericanos, dentro de uma concepção doutrinária.

Dentro deste contexto, analisa-se o despontar do reconhecimento de um direito ao bem viver, especialmente por meio do estudo das Constituições do Equador e da Bolívia, e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conjuntamente com a das Cortes Constitucionais dos Estados acima referidos.

Porém, ainda pode-se contrapor, com razão à seguinte indagação: porque ao discutir sobre o Constitucionalismo “Latinoamericano”, as experiências se resumem a Bolívia e Equador?

A resposta pode ser verificada em duas partes conforme prevê Brandão⁷³:

- a) Essas Constituições passam a existir, em boa avaliação, como fruto das reivindicações de movimentos sociais de toda América Latina que, direta ou indiretamente, contribuíram para a construção desses novos modelos que resultaram nas Constituições do Equador e da Bolívia;
- b) O caráter emancipatório dessas Constituições surgem como exemplo para nosso continente. Não como exemplos que se deva reportar fora de críticas, mas como uma busca do horizonte para Constituições que retratem a pluralidade das sociedades e combata as desigualdades sociais tão marcantes na América Latina.

Dessa forma, são duas as dimensões desse novo processo. No plano Latinoamericano; existe, na verdade, é um Novo Constitucionalismo Pluralista que se contrapõe ao antigo Constitucionalismo Latinoamericano, marcado pelo elitismo, pela ausência de participação popular, e na submissão das práticas, saberes e conhecimento dos povos indígenas.

Portanto, a leitura do título do nosso trabalho deve conjugar o Novo Constitucionalismo com o contexto Latinoamericano dentro de uma perspectiva na dignidade da pessoa humana dentro de uma cosmovisão indígena, encontrando respostas constitucionalmente adequadas para sociedades complexas e dando respaldo jurídico e político para setores historicamente marginalizados, como a população indígena⁷⁴.

Como já fora mencionado no capítulo anterior, os povos ancestrais latinoamericanos valorizam as inter-relações que se dão entre toda a vida que os cerca: a terra, os animais, as plantas, os rios, o vento, as pessoas, e mesmo a relação com o transcendental. Tudo compõe uma estrutura de mecanismos que faz parte de um delicado equilíbrio, de uma harmonia que só se justifica pela afirmação de que a vida, em si, possui uma dignidade.

Desse modo, é possível compreender que a dignidade é um valor que não se limita à dimensão humana; que não a exclui, mas, abrangendo-a, ultrapassa-a, para ser atribuída à vida

⁷³ Brandão, Pedro Augusto Domingues Miranda. O novo constitucionalismo pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama) – Recife, 2013, p.35.

⁷⁴ PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. 2011. *apud* Brandão, Pedro Augusto Domingues Miranda. O novo constitucionalismo pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama) – Recife, 2013, p.35.

em geral. É dessa maneira que a perspectiva culturalmente diferenciada dos povos indígenas da América Latina, com sua visão integradora e não apenas visando as necessidades e interesses próprios, contribui para uma leitura da dignidade como algo mais do que a promoção da dignidade da pessoa humana, permitindo a afirmação da existência de uma *dignidade da vida*.

2.2 Os Estados Plurinacionais na perspectiva da cosmovisão dos povos tradicionais

A partir desta referência, passa-se a analisar através das sociedades dos Estados Plurinacionais, a tentativa de manter seus modos de vida com seus valores de origem, como no caso de povos indígenas, e de outras populações tradicionais de países da América Latina.

Após períodos de colonização, opressão e imposição de políticas ocidentais, onde as populações tradicionais ficavam sem reconhecimento de sua cultura pelos Estados, surge agora, em alguns países, a importância constitucional dessa condição através da pluriculturalidade, e, com isso, o surgimento, dos assim chamados Estados Plurinacionais, neste continente.

Nesse novo modelo de Estado, o poder constituinte tem uma composição popular, com representantes de vários segmentos da sociedade, sendo que a sua aprovação ainda deve ser referendada pela população. Busca-se por meio dessa recomposição estatal um processo de descolonização, tendo em vista que a Carta Magna delega proteção especial à realidade histórica e cultural do povo, privilegiando ainda suas tradições e valores, com destaque para os povos de origem indígena.

A partir desse entendimento, busca-se ao máximo a valorização da formação multiétnica desses Estados, garantindo os meios de participação dos grupos sociais nas diretrizes políticas e legislativas do país.

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

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

Os Estados Plurinacionais principalmente do Equador e da Bolívia, ao viabilizar na Constituição o ideal de bem viver, trouxeram um avanço significativo para a própria proteção e a manutenção da diversidade e da identidade cultural dos povos que compõem esses países.

Quando considerada sob o ideal de bem viver, a dignidade de vida tem uma compreensão muito mais ampla, por trazer intrínseca ao conceito a noção de equilíbrio, de respeito e harmonia entre todos os seres e, conseqüentemente, de uma proteção que é muito mais profunda, por não considerar somente o ser humano como merecedor de bem estar, e por optar por um aspecto qualitativo, em vez de quantitativo, para dimensionar o bem viver.

Tais determinações legais exigem seu reconhecimento e participação, de modo que estes ordenamentos jurídicos e a organização estatal reflitam a heterogeneidade das sociedades que compõem esses países.

Tem-se presenciado na América Latina, portanto, é o reflexo das constantes lutas pelo reconhecimento e preservação das diversidades de forma a influenciar diretamente na construção de um novo modelo estatal que prima pela integração dos povos latinoamericanos.

A busca dessa projeção, em tal fenômeno Constitucional é visto como uma evolução, principalmente para os povos originários da América latina, haja vista a abrangência política e social aos países que adotaram a Plurinacionalidade em seus territórios.

A título de exemplo, pode-se citar o artigo 8º da Constituição da Bolívia de 2009, segundo o qual o Estado assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: “*ama quilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).*”⁷⁵

Elucidativo é, também, o preâmbulo da Constituição do Equador de 2008:

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la

⁷⁵ BOLÍVIA, República de. *Constitución Política de Bolívia*. 2009.

*integración latinoamericana [...], la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; [...]*⁷⁶

O preâmbulo é uma espécie de nota introdutória ao texto articulado da Constituição, sendo seu certificado de origem e legitimidade.

Estas constituições inovam na medida dos valores e categorias totalmente estranhas à doutrina constitucional hegemônica que inserem no mundo jurídico, tais como o bem viver e o desenvolvimento integral.

Desta forma, o país que se chama Estado Plurinacional da Bolívia, o seu Poder Legislativo é exercido pela Assembleia Legislativa Plurinacional. E a Constituição de 2009 faz referência expressa ao *Vivir Bien* e à *Pachamama*.

A Carta Magna boliviana deu um enorme passo para esta nova concepção, inserindo as tradições de seus ancestrais em seus ordenamentos, originada dos debates permanentes com a organizações sociais, garantindo e criando novas legislações, sempre voltadas para a garantia do *vivir bien*, como a Lei de Direitos da Mãe Terra⁷⁷, ou *Pachamama*.

Tal ordenamento jurídico, foi aprovada pela Assembleia Legislativa Plurinacional da Bolívia a Lei n. 300, em 15 de outubro de 2012, denominada *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*.

A denominação “Mãe Terra” vem da deusa da Terra do povo andino, chamada “Pachamama”. Ela é considerada o centro da vida pelos indígenas⁷⁸. Esta visão considera iguais os direitos humanos e de todas as outras entidades.

A ressurgência desse modo de viver representa uma profunda modificação em um país historicamente assolado por problemas ambientais com a mineração de alumínio, prata, ouro e outras matérias primas.

Esta lei, só para elucidar, torna-se a primeira legislação mundial proporcionando à natureza direitos iguais aos dos humanos, denominando-a como “sagrada” e um “sistema vivo dinâmico”, assim como dinamiza a recuperação e o fortalecimento dos saberes locais e conhecimentos dos antepassados, demonstrando nitidamente a inserção da cosmovisão indígena na sociedade boliviana.

⁷⁶ ECUADOR, República de. *Constitución de la República de Ecuador*. 2008.

⁷⁷ Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/10913>. Acesso em 22/10/2015.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/39190-a-lei-dos-direitos-da-mae-terra>. Acesso em 22/10/2015.

A referida lei objetiva estabelecer a visão e os fundamentos do desenvolvimento integral em harmonia e equilíbrio com a Mãe Terra⁷⁹ para o bem viver, garantindo a continuidade da capacidade de regeneração dos componentes e sistemas de vida da Terra Mãe, recuperando e fortalecendo os saberes locais e conhecimentos ancestrais.

Só para retratarmos um pouco desta evolução e preocupação, o capítulo I trata dos objetivos e princípios. No artigo primeiro fica estabelecido que é dever do Estado Plurinacional e da sociedade garantir os direitos da Terra. No artigo segundo estão definidos os princípios que regem a lei: harmonia (a ação humana deve equilibrar-se com os ciclos e processo da terra), bem coletivo (os interesses sociais e coletivos são mais importantes que os interesses individuais), garantia de recuperação da terra (deve-se dar tempo para que a terra se recupere e se adapte às perturbações, regenerando-se sem mudar suas características), respeito, não mercantilização e interculturalidade.

Já o capítulo II, dá conta da definição e do caráter da Mãe Terra. Estabelece que ela é um sistema vivente dinâmico formado pela comunidade invisível de todos os sistemas de vida e dos seres vivos inter-relacionados, interdependentes e complementares que compartilham um destino comum. Define ainda que os sistemas de vida são as plantas, animais, micro organismos e outros seres, onde atuam comunidades humanas com suas práticas produtivas e culturais com suas respectivas cosmovisões de nações, indígenas e afrodescendentes. Como caráter jurídico a Mãe Terra aparece como sujeito coletivo de interesse público e a população boliviana tem o dever de zelar pelos seus direitos.

No Capítulo III estão listados os direitos garantidos à Terra: o direito à vida, com a manutenção do seu sistema e dos processos naturais; o direitos à diversidade garantindo que nada seja alterado geneticamente ou modificado de maneira artificial; o direito à água, garantindo a preservação, a quantidade e a qualidade; direito ao ar limpo, ao equilíbrio, à restauração e a viver livre de contaminação. Aqui, nesse capítulo define-se claramente a proibição aos transgênicos e o combate à mineração que tanta destruição ambiental vem causando na América Latina.

⁷⁹ Conforme o artigo 3º da lei nº 071/2010 da Bolívia, a Mãe Terra (la Madre Tierra) é um sistema vivo dinâmico – considerado sagrado nas cosmovisões das nações e povos indígenas originários – formado pela comunhão indivisível de todos os sistemas de vida seres vivos, interrelacionados, interdependentes e complementares que compartilham um destino comum. Já, o artigo 5º, 1, da Lei Marco define a Mãe Terra como o sistema vivo dinâmico formada pela comunhão indivisível de todos os sistemas de vida e os seres vivos interrelacionados, interdependentes e complementares, que compartilham um destino comum. A Mãe Terra é considerada sagrada; alimenta e é a casa que contém, sustenta e oferece condições de reprodução a todos os seres vivos, os ecossistemas, a diversidade, as sociedades orgânicas e os indivíduos que a compõem.

O capítulo IV estabelece as obrigações do Estado e da sociedade e ali estão definidas a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas para a proteção da natureza, para o consumo equilibrado, contra a mercantilização, pela soberania energética, pelo desenvolvimento de energia limpa. Também estabelece os deveres das pessoas no cuidado com a terra, na promoção da harmonia, na participação da construção das políticas, nas práticas e hábitos que se harmonizem com a proteção, na denúncia de tudo que atentar contra os direitos da terra.

No artigo final, criou-se a Defensoria da Mãe Terra que tem por missão velar a vigiar pelo cumprimento da lei.

Outrossim, a Bolívia deu um passo importante em nível mundial ao reconhecer a condição "sagrada" da terra, recuperando elementos ancestrais da cultura andina que nunca deixaram de existir, embora estivessem escondidos sob o domínio colonial e depois nos sucessivos governos submetidos à condições impostas contra sua soberania.

A terra vista como "Pachamama", não na sua percepção folclórica ou retrógrada, mas como um sistema vivo, no qual o ser humano é só mais um elemento. Garantir o equilíbrio desse sistema passa a ser fundamental também para a sobrevivência da espécie. Cada indivíduo tem o direito e o dever de atuar na proteção e na formulação das políticas e avançar no cumprimento dos princípios e objetivos⁸⁰ do desenvolvimento integral em harmonia e equilíbrio com a Mãe Terra.

Além mais, das leis que asseguram a proteção à *Pachamama* ainda poderão contar com o Fundo Plurinacional da Mãe Terra, formado de verbas públicas e privadas, para que seja possível administrar essa nova forma de interagir com a natureza, bem como a criação da Defensoria da Mãe Terra, cuja missão é velar pela vigência, promoção e difusão e cumprimento dos direitos da Mãe Terra estabelecidos na lei⁸¹.

O resgate do saber dos povos nativos pelos diversos Movimentos Indígenas é uma constante não só na Bolívia, mas ocorre em boa-parte da Cordilheira dos Andes. Trata-se de um dos princípios norteadores do Novo Constitucionalismo. A originalidade desse movimento

⁸⁰ Os objetivos do Bem Viver são: i) saber alimentar-se para viver bem; ii) promover hábitos de consumo sustentáveis; iii) estabelecer processos de produção limpa e que respeitem a capacidade de regeneração da Terra Mãe, em função do interesse coletivo; iv) conservar os componentes, zonas e sistemas de vida da Mãe Terra, por meio de manejo integral e sustentável; v) prevenir e diminuir as condições de risco e vulnerabilidade do povo boliviano; vi) distribuir a riqueza com justiça social; vii) facilitar o acesso equitativo aos componentes da Mãe Terra; viii) democratizar o acesso aos meios e fatores de produção; ix) promover o emprego digno no marco do desenvolvimento integral e; x) facilitar o acesso universal do povo boliviano à educação e à saúde.

⁸¹ Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/39190-a-lei-dos-direitos-da-mae-terra>. Acesso em 22/10/2015.

político é não só respeitar aos conhecimentos indígenas, mas buscar nele alguns de seus elementos estruturantes para ser inseridos nos textos constitucionais dos países.

A partir dos critérios do “viver bem” e do desenvolvimento integral a dignidade da pessoa humana, torna-se muito significativo seus objetivos, já que é marcada por um forte e novo componente: o “nós-todos-em-favor-do planeta”⁸², o que de certa forma poderia corresponder à fórmula solidária criada por Constituições anteriores (inclusive a brasileira de 1988), tendo como vetor a abstrata figura das futuras gerações. No entanto, a amplitude do significado do bem viver com a Mãe Terra vai muito além.

Primeiro, pelo fato de que neste paradigma o desenvolvimento integral deixa de ser um fim em si mesmo e passa ser somente um meio de se atingir o bem viver, o que não acontece com o desenvolvimento sustentável, que se dá em limites que permitam a sua permanência.

Porém, o que mais se exalta é que, ao adotar padrões culturais diversos, o bem viver acaba prescindindo da figura das futuras gerações, ante o compromisso das atuais gerações com uma vida vivida, na qual saberes ancestrais se mesclam a saberes científicos para a garantia de um “Estado” de “bem viver” em harmonia com a Mãe Terra.

Assim, pela denominação do *Suma Qamaña*⁸³, expressão Aimará traduzida de modo simples para *Vivir Bien* ou viver bem, revela ainda mais. Valores importados do Norte⁸⁴, como o luxo, a opulência, a competitividade e o egoísmo são rechaçados nessas comunidades. É muito simples entender essa visão de mundo como inconciliável com o Neoliberalismo.

Em razão do que tudo está atrelado e os indivíduos se sentem componentes da Mãe Natureza, a *Pachamama*, a complementaridade e a consonância são reafirmados. Cumpre assinalar a diferença entre o viver bem e viver melhor, de acordo com Mamani.

En algunos países del Norte, en las grandes metrópolis, hay personas que compran un traje, lo usan una vez y lo arrojan a la basura. Esa falta de interés por los demás genera oligarquías, noblezas, aristocracias, elites que siempre pretenden vivir mejor a costillas de los demás. Si no hay interés por la vida de los demás, sólo queda el interés por la vida de la persona individual, a lo sumo de su familia. El Vivir Bien está reñido con el lujo, la opulencia y el derroche; está reñido con el consumismo.

No trabajar, mentir, robar, someter y explotar al prójimo y atentar contra la naturaleza posiblemente nos permita vivir mejor, pero eso no es Vivir Bien, no es una vida armónica entre el hombre y la naturaleza. En nuestras comunidades no queremos que

⁸² BENJAMIM, Antônio Herman. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 57-130.

⁸³ MEDINA, Fábio. “*Pachamama, o filme*”: *saberes indígenas e o novo constitucionalismo latinoamericano*. In: VAL, E. M.; BELLO, E. *O Pensamento Pós e Descolonial no Novo Constitucionalismo Latinoamericano*. Caxias do Sul, RS : Educs, 2014. p. 138.

⁸⁴ Países da Europa colonizadora, impondo ideias neoliberais.

nadie viva mejor, ya que eso es aceptar que unos estén mejor a cambio de que los otros, las mayorías, vivamos mal. Estar mejor nosotros y ver a otros que están peor no es Vivir Bien. Queremos que todos podamos vivir bien, queremos lograr relaciones armónicas entre todos los pueblos.⁸⁵

Os subsídios indígenas, incluindo a *Pachamama* e o *Vivir Bien*, podem ser considerados como um saber latinoamericano em diálogo com o Novo Constitucionalismo. Na verdade, trata-se de um saber estruturante desse movimento.

Esta forma de fundamentação constitucional e política, traz à tona as incoerências do capitalismo e do neoliberalismo em nosso continente, apontam os movimentos indígenas como solução para as variadas questões ligadas à *terra*.

Porém, seria ingenuidade entender que as práticas do Novo Constitucionalismo não são uma disputa entre forças sociais com interesses antagônicos.

2.3 Diálogos entre o Constitucionalismo Latinoamericano com as premissas da Constituição brasileira

A transformação ocorrida nas últimas duas décadas em relação ao constitucionalismo Latinoamericano é marcado por mudanças constitucionais que incorporaram em seus textos princípios universais de proteção dos direitos humanos. Da mesma maneira, foram estabelecidas na maior parte de suas constituições princípios e garantias fundamentais norteados pelos valores da dignidade humana.⁸⁶

Devemos salientar que, a Constituição brasileira de 1988 representa um grande avanço entre as constituições brasileiras já existentes, com relação à democratização e a proteção dos

⁸⁵ MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen Vivir/Vivir Bien*. 2010, p. 22.

⁸⁶ “A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico.” (BARROSO, Luís Robero Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.)

direitos humanos. O advento do artigo 1º, III da CF/88⁸⁷ o qual estabelece o princípio da Dignidade Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil proporcionou uma verdadeira revolução na hermenêutica de todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

A dignidade humana passou a ser um princípio ímpar e direção de todo ordenamento jurídico brasileiro, influenciando também, os Tratados Internacionais sobre o tema, os quais passaram a ter tratamento diferenciado para seu processo de incorporação no ordenamento pátrio.

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

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

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

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

Deve-se em síntese, salientar uma compreensão de como o ordenamento jurídico brasileiro pode ser capaz de oferecer melhores níveis de amparo normativa para o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, dentro de uma cosmovisão indígena, de modo a alcançar uma proteção completa que permita o desenvolvimento adequado da vida em todas as suas formas.

Neste interim, é enfatizado que a acepção do amparo ou mesmo de assistência normativa que procura na sua plenitude aqui objetivado, deve agregar a proteção aos indivíduos, a uma relação diferenciada entre os indivíduos e o meio ambiente, por meio da integração de

⁸⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16/02/2015.

elementos culturais e sociais. O sentido de proteção completa aqui proposto é justificado na medida em que se compreende que a existência da vida depende da conjugação de todos esses elementos.

A forma sugerida para o desenvolvimento destas análises, consiste em propor uma experiência constitucional materialmente voltada ao diálogo e ao aprendizado, entendendo as experiências latino-americanas em curso, como já demonstrados anteriormente, como importantes contribuições para a construção de respostas para os desafios enfrentados pelo Estado, especialmente considerando que o objetivo estatal é mais extenso e cada vez mais complexo diante do contexto de riscos⁸⁸ e de inúmeras crises⁸⁹ os quais confrontam.

Discussões anteriores analisaram que, apesar da estrutura de proteção conferida pela Constituição Federal brasileira aos indivíduos – que leva em conta um modelo de repartição de responsabilidades entre Estado e coletividade, e a atribuição de direitos e de deveres fundamentais⁹⁰, há existência de déficits relevantes na pretendida proteção, especialmente quando se trata de resguardar os sujeitos a partir de uma relação que é estabelecida social, espiritual e culturalmente, e que envolve, portanto, uma pluralidade de valores, os quais determinam a forma como se estabelece e se desenvolve essa relação entre comunidade humana e os demais seres vivos.

⁸⁸ BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Editora UNESP, 2003, *passim*.

⁸⁹ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 24.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 134.

CAPÍTULO 3

A NECESSIDADE DA NÃO UNIFORMIZAÇÃO CULTURAL E A IMPORTÂNCIA DA INTERCULTURALIDADE PARA A REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DIGNIDADE HUMANA A PARTIR DAS COSMOVISÕES INDÍGENAS

A proteção oferecida pelo texto constitucional brasileiro pode ser reforçada a partir da interação com estas experiências jurídicas externas, pois o diálogo entre as ordens jurídicas favorece um aprendizado permanente e demonstra o quão amplo pode se tornar o seu significado. Nesse sentido, as Constituições operam como veículos de mediação de soluções para problemas que afetam as diversas ordens jurídicas. Por isso, neste primeiro momento, apresenta-se uma breve discussão referente a dignidade da pessoa humana, demonstrando suas concepções e entendimentos em razão da sua formação.

Logo, se analisará um panorama do constitucionalismo, que indicam a formação de uma disposição constitucional em rede, capaz de favorecer a cooperação e o constante aprendizado entre experiências jurídicas, de forma que a coordenação de ideias e instrumentos conduza à concretização do objetivo de proteção da vida em geral, principalmente aos povos indígenas.

Após apresentar o contexto e as novas finalidades do Estado e da própria constituição, bem como os caminhos possíveis para que seja estabelecido o diálogo no âmbito de um constitucionalismo global (e plural), em outro momento, é proposto o constitucionalismo latinoamericano como um interlocutor importante. Sendo assim, ao estabelecer um diálogo normativo com o movimento latinoamericano, a experiência brasileira pode avançar para novos rumos, de modo a tratar a natureza e a cultura sob uma perspectiva de integração, de indivisibilidade.

Diante deste ponto, o constitucionalismo latinoamericano favorece essa releitura ao promover uma ruptura com noções da modernidade, relacionadas ao Estado, à constituição e mesmo à ética que rege as relações dos seres humanos entre si, e destes em relação à natureza e a todas as formas de vida que a integram.

Nesse sentido, visa demonstrar o contexto de surgimento do chamado constitucionalismo latinoamericano, seus ciclos e suas premissas, dando particular enfoque ao terceiro ciclo desse novo constitucionalismo, o qual surge a partir das Constituições equatoriana (2008) e boliviana (2009), as quais destacam o bem viver como caminho, como projeto coletivo

e durável. Assim, relacionamos, também, o ideal de bem viver com o direito a um projeto de vida, que vem ganhando corpo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – que constitui, portanto, mais uma instância com a qual é possível estabelecer esse diálogo internormativo.

3.1 A resistência à uniformização cultural e o reconhecimento de Estados Plurinacionais

A multiplicidade de povos e suas respectivas culturas, cada qual com suas formas de ser, fazer, compreender e significar o mundo e a realidade em que vivem, consiste em uma verdadeira riqueza para a sociedade humana. Em decorrência dessa diversidade, conceitos como “correto”, “verdadeiro”, “belo”, “bom” ou “justo”, dependem do contexto social e cultural que se tem por parâmetro, e uma tentativa de uniformizar tais conceitos para todos os lugares e grupos sociais seria no mínimo absurda, senão utópica.

No entanto, a uniformização e unificação foi feita, no contexto da construção do Estado-nação como ente abstrato, tendo essa consolidação ocorrido primeiro na Europa, e, posteriormente, propagada pelos movimentos colonialistas em nível internacional, conforme apontam Afonso e Magalhães⁹¹

Tais autores esclarecem que a busca pela uniformização dos modos de vida é a essência do Estado. Isto porque a construção do Estado dependia da existência de uma identidade nacional, da “imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que todos reconhecessem o poder do Estado”⁹². Desse modo, Afonso e Magalhães⁹³ fazem notar que a formação do Estado moderno está intimamente ligada à intolerância religiosa, cultural, e à negação da diversidade que esteja fora de determinados padrões e limites.

Um momento histórico importante para o contexto aqui apontado diz respeito ao período em que se iniciam as grandes “descobertas”, primeiramente por Portugal e Espanha, e a colonização dos países do continente americano.

A partir do final do século XV e início do século XVI, com as grandes navegações europeias e a descoberta de novas terras, houve uma expansão também do modo de vida europeu, de maneira forçosa, para os habitantes originários desses “novos” continentes. As

⁹¹ AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. 2012, p. 459.

⁹² AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. 2012, p. 460

⁹³ Idem 2012, p. 460.

comunidades que não foram exterminadas sofreram um choque cultural que não se caracterizou pela interação, mas pela sobreposição de uma cultura sobre a outra, em um processo que Latouche⁹⁴ denomina de etnocídio.

Assim, a chamada cultura ocidental passou, primeiramente através da força e, mais tarde, por meio de uma chamada padronização do imaginário, a determinar as características das demais sociedades não europeias. Nesse sentido, Latouche aponta que o Ocidente não se caracteriza mais como uma “*presença real* de um poder humilhante por sua brutalidade e sua arrogância”⁹⁵ (destaque do autor), mas que “se apoia nos poderes simbólicos cuja dominação abstrata é mais insidiosa, mas por isso mesmo menos contestável”. Latouche expressa que os novos agentes da dominação são “a ciência, a técnica, a economia e o imaginário sobre o qual elas repousam: os valores do progresso”⁹⁶.

Diante desse choque de culturas, e por meio da pretensa “superioridade” da civilização ocidental, ocorreu o que Afonso e Magalhães denominaram de *assunção* do pensamento e dos valores ocidentais. Consequência disso foi a desqualificação dos modos de pensar e conceber o mundo que não se enquadrassem nos moldes racionais-empiristas. Os autores destacam a formação de um abismo entre “o conhecimento que é admitido e o tipo de pensamento primitivo, arcaico, de comunidades e povos coloniais”⁹⁷. Deste modo, para Afonso e Magalhães, a ciência moderna passou a deter o “monopólio da distinção entre o que é falso e o que é verdadeiro, o que é científico em oposição ao não-científico”⁹⁸.

A homogeneização provocada pela cultura ocidental acarreta para as sociedades não ocidentais uma falta de amparo no tocante na destruição de sua base em seus costumes, que é seguido por uma perda de sentido. A partir disso, essas comunidades passam a viver uma situação de marginalização. Isto porque, conforme explica Latouche⁹⁹, esse processo causa uma desorganização social, e o vazio criado pela progressiva perda de sentido causada pelo Ocidente passa a ser preenchido pelo sentido ocidental.

⁹⁴ LATOUCHE, Serge. 1994, p. 63.

⁹⁵ LATOUCHE, Serge. 1994,1994, p. 26.

⁹⁶ Idem1994, p. 26.

⁹⁷ AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. 2012, p. 464.

⁹⁸ AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de.2012, p. 464.

⁹⁹ LATOUCHE, Serge. 1994, p. 68-69.

Diversos Estados na América Latina reconheceram, em seus ordenamentos jurídicos, sua condição de pluriculturalidade. Esse reconhecimento da diversidade cultural de um Estado pode ocorrer por meio de reformas (ou emendas) na Constituição.

De modo diverso, para que um Estado se reconheça como Plurinacional, é necessária uma ruptura com todo o ordenamento jurídico anterior, uma vez que não basta a inserção de um dispositivo declarando a condição de plurinacionalidade. Deve, isto sim, haver a conformação de todos os dispositivos constitucionais a essa nova situação jurídica, uma reconstituição de fundo, inclusive sob novos princípios, como reforça Clavero¹⁰⁰.

Essa reestruturação sob novos princípios ocorreu, ao menos no plano textual, no Equador e na Bolívia. Tais Estados reconheceram-se, por meio de suas Constituições recentes, como Estados Plurinacionais. O sentido dessa afirmação passa todo o texto constitucional, em ambos os casos. Assim, conforme afirma Fernández¹⁰¹, a declaração de plurinacionalidade não é um mero adjetivo formulado ao se definir um tipo de Estado, mas tem um caráter que se transversaliza, fazendo-se efetivo, ao longo de diferentes partes da Constituição.

O reconhecimento de um Estado plurinacional passa pelo conflito dos movimentos indígenas pela definição do significado de nação. O primeiro passo para tanto é reconstruir as percepções dos movimentos sobre a forma como a nação foi construída, conforme apontado por Rodríguez¹⁰². A construção da nação é objeto de luta entre diferentes projetos de nação; tal qual ressalta o referido autor supra¹⁰³, a maneira de imaginar a comunidade nacional depende das relações de poder entre os projetos de nação e os atores que os encarnam.

Rodríguez¹⁰⁴ ressalta que a lógica dessa proposta de Estado não está baseada na assimilação dos grupos culturalmente diferenciados pelo todo da sociedade nacional, mas em uma relação simétrica entre culturas, com um mútuo reconhecimento, e que permita graus de autonomia para as organizações e povos originários. Esta reivindicação é interpretada pelos adversários desse movimento, sob o argumento de que estaria havendo uma tentativa de fragmentar a suposta unidade nacional que teria sido alcançada nesses países.

Os projetos de nação defendidos pelos povos originários não pleiteiam que sua autodeterminação seja reconhecida à margem de seus Estados-nação, e sim, que haja um

¹⁰⁰ CLAVERO, Bartolomé. 2011, p. 03.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ, Albert Noguera. 2008, p. 156.

¹⁰² RODRÍGUEZ, Edwin Cruz. 2010, p. 02.

¹⁰³ RODRÍGUEZ, Edwin Cruz. 2010, p. 02.

¹⁰⁴ Idem, 2010, p. 16.

conjunto de transformações e uma forma de integração distinta daquela que foi historicamente implementada, de modo que tenham reconhecidas suas identidades e diferenças, e que lhes seja permitido assumir um papel ativo na construção do Estado. Essa forma de integração se materializa, então, no Estado plurinacional¹⁰⁵.

Clavero¹⁰⁶ aponta que as novas Constituições do Equador e da Bolívia (e, neste caso, especialmente da Bolívia), ao reconhecerem-se como Estados Plurinacionais, trazendo os valores dos povos originários, notadamente os direitos da natureza e os direitos de bem viver, estão promovendo uma verdadeira “descolonização do constitucionalismo”, e reforça a necessidade de que a descolonização seja, também, de mentalidades.

3.2 Da noção da dignidade de vida

Dentro destas perspectivas de um Estado plurinacional, na projeção da formação da dignidade da pessoa humana pra todas as populações destas nações; Sarlet (2013), nos apresenta em sua obra *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, passa a demonstrar através de uma análise quais as principais dimensões da dignidade da pessoa, relacionadas em termos de compreensão e significados de seu conteúdo como princípio jurídico, resultando direitos e deveres fundamentais como consequências da ordem jurídica e contribuições limitadas advindas do pensamento filosófico.

Sarlet¹⁰⁷ nos alerta sobre a dificuldade de uma compreensão jurídico-constitucional a respeito da dignidade da pessoa humana, pois esta premissa é difícil de ser definida, principalmente como atribuição e de proteção da norma fundamental, por se tratar de um conceito abstrato ou mesmo não totalmente absoluto, relativamente demonstrado como uma forma inerente a todos e qualquer indivíduo.

A dignidade deve ser encarada como um bem inerente aos indivíduos, ou seja, um direito da personalidade, que não pode ser inalienável ou mesmo renunciado, onde deverá ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, ratificada pelo próprio Direito, considerando tal condição incluída à aqueles que cometem atos infames ou indignas, que não poderão ser desconsiderados.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ, Edwin Cruz. 2010, p. 02-03.

¹⁰⁶ CLAVERO, Bartolomé. 2011, p. 13.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 2013, p.17.

A valoração da dignidade é tamanha que, na própria Declaração Universal da ONU se perfaz em seu primeiro artigo, informando que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Para que se preste a observância da dignidade da pessoa humana, não basta apenas existir a previsão legislativa, é necessário que o Estado desenvolva políticas públicas ativas e efetivas para o seu verdadeiro cumprimento.

Sarlet¹⁰⁸ expõe que a dignidade e intersubjetividade é uma dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como reconhecimento pelo(s) outro(s), onde através deste entendimento, apresenta-se a dignidade que vai além de uma concepção ontológica¹⁰⁹, como frisado anteriormente, como uma qualidade próprio, inerente ao indivíduo, onde visa um caráter a todos os sujeitos, partindo de uma premissa de proteção ao conjunto de direitos e liberdades indispensáveis a todos seres humanos, que no campo da sua perspectiva intersubjetiva, acarreta na obrigação de respeito pelo indivíduo, sendo que a filosofia kantiana já consagrava essa ideia em que o indivíduo, como ser racional, existe como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio, devendo ser respeitado.

Desta forma, a dignidade está em construção, onde projeta-se uma indispensabilidade de uma perspectiva (e, portanto, contextualização) histórico-cultural da dignidade, onde infere-se que o significado de dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao respeito inerente a todo o ser humano, mas existe além disso, seu ideário que relaciona-se com a contingência histórica e cultural, sujeitando-se à evolução do processo civilizatório, em cada tempo e lugar, razão pela qual não se acha determinada em dimensão absoluta. Por isso, é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, onde percebe-se que o reconhecimento de uma dimensão cultural apresenta dignidade ao valor intrínseco reconhecido ao indivíduo, mas valorado como uma conquista pela ação concreta de cada sujeito.

A dignidade apresenta uma dicotomia quanto a sua dimensão, pois compreende como uma autonomia do indivíduo, sendo inerente quanto ao respeito da própria existência e na precisão de sua proteção, seja por parte da sociedade ou do Estado, no tocante aos limites da autonomia da vontade, tem-se que as prestações capazes de implicar prejuízos para a vida, saúde ou integridade física do obrigado, devem ser repudiadas pelo direito.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. 2013, p.23.

¹⁰⁹ Ontologia (do grego ontos "ente" e logoi, "ciência do ser") é a parte da metafísica que trata da natureza, realidade e existência dos entes. A ontologia trata do ser enquanto ser, isto é, do ser concebido como tendo uma natureza comum que é inerente a todos e a cada um dos seres. Ontologia Wikipedia, a enciclopedia livre Ontologia – Wikipédia, a enciclopédia livre <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ontologia> Acesso em: 07 ago. 2015.

Como já mencionado, em relação ao conceito de dignidade da pessoa humana, este se encontra bastante complexo, porém não deverá ser empecilho ao tentar desmistificar a sua condição, sendo a mesma terá que compreender qual a forma de abrangência na vedação da diminuição de uma pessoa como se sua importância fosse menor que a importância de um objeto qualquer e destacar a dupla perspectiva ontológica e instrumental, compreendendo a sua dimensão negativa (defensiva) e a positiva (prestacional).

Assim, a necessária secularização e universalização da dignidade num contexto multicultural, por uma concepção não “fundamentalista” da dignidade, percebe-se a importância do tema em discussão, através da visão do foco do Direito e da Filosofia do Direito, é de permitir através de uma adequada formação, discussão e compreensão de dignidade aos indivíduos, tomando o cuidado de qualquer análise unilateral e limitadora do tema, invocando a promoção e a proteção da dignidade dentro dos princípios igualitários a todos.

Dentro da abordagem referente, percebe-se que o termo dignidade deve ser encarada como um bem inerente aos indivíduos, ou seja, um direito da personalidade do sujeito, que não pode ser inalienável ou mesmo renunciado, onde deverá ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, ratificada pelo não só dentro da condição humana como também pelo próprio ordenamento jurídico, considerando tal condição incluída à aqueles que cometem atos infames ou indignos, que não poderão ser desconsiderados.

Fica evidente que a valoração da concepção da dignidade está dentro dos critérios de respeitabilidade e normativa, como já frisamos anteriormente que à própria Declaração Universal da ONU expressa em seus primeiros mandamentos, bem como em nossos ordenamentos, seja pela Constituição Federal, dentro dos critérios dos direitos fundamentais e também junto ao Código Civil, dentro do capítulo do direitos da personalidade, que corrobora na ênfase dada sobre o tema.

Neste caso, tais afirmativas deverão ainda levar em consideração a essência do material de dignidade que decorre de princípios jurídicos fundamentais, como a igualdade que impede toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa; da liberdade, para assegurar a autonomia ética e capacidade para a liberdade pessoal; da integridade física e moral, que prevê a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade e por fim da solidariedade, que se manifesta com a garantia e promoção da coexistência humana em suas diversas formas de ações.

3.3 A condição da dignidade humana aos povos indígenas sob um ângulo culturalmente diferenciado no prisma do ordenamento jurídico

Há um consenso teórico universal acerca da ideia de dignidade da pessoa humana que reúne pensadores das mais diversas áreas do conhecimento. Todavia, a natureza polissêmica do conceito permite uma relação particular e subjetiva quanto ao observador, no que tange a sua aplicação prática, legitimando, nesse sentido, comportamentos localizados considerados reprováveis e indignos por outros contextos sociais.

Não é possível pensar em dignidade para os povos indígenas sem levar em consideração qual a compreensão que cada povo tem acerca do conceito, o qual, necessariamente, deve ser recepcionado pelo ordenamento jurídico que se pretende no plural, como cláusula aberta, sem conteúdo pré-fixado, sob pena de se atingir objetivo oposto ao pretendido, ou seja, materializar violência cultural que retira a possibilidade de autonomia, liberdade e autodeterminação dos povos – violentar e subtrair a própria dignidade. A dignidade indígena, portanto, deve ter suas bases em processo que parta da premissa de uma identificação profunda dos postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização (Santos, 2003).

A própria Constituição brasileira de 1988, em seu preâmbulo, assevera: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de *uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias sob a proteção de Deus a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

As considerações constantes do preâmbulo da Carta de 1988 afirmam seus princípios, revestindo-se da condição de síntese do pensamento norteador do trabalho de elaboração constitucional, bem como expressando ruptura com a Constituição anterior e sinalizando para o surgimento jurídico de um novo Estado¹¹⁰. Em afirmando que o objetivo desse novo Estado é assegurar o exercício de direitos, constata-se não se tratar de simples declaração, dissociada do exercício e de concretude dos direitos.

¹¹⁰ A maior parte da doutrina e o STF (ADI no. 2.076/AC) entendem não possuir o preâmbulo da Constituição força normativa. Contudo, o mesmo será sua linha mestra interpretativa, haja vista consistir em um documento de intenções do diploma, em “uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado”. (Moraes, 2006, p. 15)

Evidencia-se que o texto constante do preâmbulo constitucional é elemento importante de integração e interpretação dos artigos que lhe seguem, servindo de alicerce para novos rumos que a ação política dos governos estabelecidos sob a vigência do texto constitucional pretender adotar.

Este Estado, que surge com a promulgação da Constituição de 1988, segundo essas diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas, deverá, necessariamente, assegurar a construção de uma sociedade plural, “livre” de convencionalismos ou mesmo de imposições externas de nossa soberania.

Os elementos contidos no preâmbulo constitucional são a síntese do processo de afirmação dos direitos humanos que atravessa a história da humanidade rompendo paradigmas, concepções, sistemas, por meio de ideias, lutas nos movimentos sociais, tensões políticas e sociais, que transformam o que antes era contrário à ordem, em direitos essenciais, por definição fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana.

É preciso enfatizar, que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) “é vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais”¹¹¹.

A importância de discutir o valor “dignidade” reside no fato de que a sua proteção é um objetivo a ser alcançado pelo próprio Estado, através da proteção de um conjunto de outras realidades, ou de outras culturas, o que não implica afirmar que a finalidade da norma fundamental de subsistência é a garantia da dignidade de vida, sendo este apenas um efeito de tal norma.

Esta condição traz como definição de referência de dignidade de vida à pessoa humana uma visão sob um ângulo culturalmente diferenciado, ostentando em trazer ao debate a questão do que se entende por “dignidade de vida”, e qual a abrangência dessa referência, principalmente no que se refere à necessidade de abrir a compreensão de dignidade, e de considerar as experiências de outros ordenamentos jurídicos, pautados nas compreensões dos povos originários latinoamericanos, as propostas que aqui constam pretendem trazer sua contribuição, diante do qual se exige a atuação conjunta entre Estado e sociedade, a fim de proteger as bases fundamentais da vida, em uma perspectiva presente e futura. Inicia-se, então, a reflexão, tendo como ponto de partida o valor *dignidade da pessoa humana*,

¹¹¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. 2008, p.349-395

reconhecidamente um ponto chave em muitos dos ordenamentos jurídicos constitucionais da atualidade.

Sarlet e Fensterseifer chamam a atenção para o artigo 1º, III, da Constituição Federal brasileira, por meio do qual é possível considerar que a dignidade humana é consagrada como princípio fundamental do Estado, e, assim, como “ponto de partida e fonte de legitimação de todo o sistema jurídico pátrio”¹¹². Para os autores¹¹³, a dignidade humana passa a ser, além de um valor, o princípio de maior hierarquia na Constituição brasileira, assim como em todas as outras que o reconheceram. Isso não significa dizer, porém, que todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana.

Sarlet faz referência ao pensamento formulado por Kant, no sentido de que o ser humano não pode ser utilizado como um meio para a satisfação de uma vontade alheia, mas sim, considerado sempre como um fim em si mesmo, o que guarda estreita relação com o conceito de dignidade humana. E isso é assim porque Kant reconhece que a existência da pessoa humana (de cada ser humano, considerado em sua individualidade) tem um valor intrínseco, e o ser humano não pode ser “objetificado”, devendo ser sempre sujeito em suas relações. Complementando essa ideia, Sarlet¹¹⁴ afirma que a concepção do homem-objeto, ou homem-instrumento, constitui a antítese da dignidade da pessoa humana, e Sarlet define:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹⁵

É interessante a consideração de Sarlet e Fensterseifer¹¹⁶, no sentido de que a noção de dignidade humana possui dimensões, as quais estão relacionadas com a própria evolução dos direitos humanos e fundamentais, que diante disso, a dignidade humana apresentaria também uma dimensão, cujas as abordagens acima expostas possibilitam compreender a dignidade humana sob um ângulo mais coletivo que individual.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago 2008, p. 08 e 09.

¹¹³SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago 2008, p. 09.

¹¹⁴ SARLET, Ingo. 2009, p. 35.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. 2009, p. 37.

¹¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. 2008, p. 11.

Não se pretende aqui uma reconstrução a partir do colonizado de uma nova acepção de cultura e sim um enquadramento dos direitos culturais que leve em conta, enquanto pressuposto fundamental para a construção de um projeto emancipatório num contexto pós-colonial, o saber silenciado ou subalternizado, oriundo dos povos submetidos pela dominação e aqueles construídos no processo de preservação cultural e resistência à opressão.

Ao reivindicar a fundamentalidade do lugar de fala do excluído tem-se em mente alargar a definição de cidadania e da promoção de cultura enquanto pressuposto fundamental para a concretização da dignidade humana.

Dentre destas premissas, devemos nos ater que as condições normativas previstas a respeito do tema, nos reporta dentro de uma realidade totalmente inversa naquilo que se antevê em seus propósitos, pois a própria Constituição brasileira de 1988, onde prevê ao lado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), elege como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, dentro da noção igualitária de redução das desigualdades sociais e regionais, e da erradicação da pobreza e da marginalidade (art. 3º, III e IV), utilizando-se de elementos dos direitos fundamentais para determinar a equidade de direitos, liberdades, oportunidades, proporcionando renda e riqueza para os menos favorecidos.

Essa determinação legal converge com os pensamentos de Boaventura de Souza Santos, que explica uma regularidade da justiça, e enaltece pelo princípio de idêntica liberdade, o Estado, que, por meio de suas instituições, deve respeito a todas as pessoas por sua compreensão de bem, e não deve interferir nessa concepção que lhes é própria, ou seja, de inteira legitimidade.

Desta forma, o autor conjectura seu estudo dentro de uma teoria ideal para sociedades bem compostas, organizadas na forma especial de democracia aos indivíduos. Apesar de se tratar apenas de uma teoria, Boaventura de Souza Santos promove sua utilização como forma de ajuizamento de políticas e leis seguidas na prática, com o intuito de verificar sua observância aos princípios básicos de justiça, e assim efetuar mudanças no sentido de alcançá-los.

Conforme Souza Santos (2006, p. 279) “pela primeira vez na história, a igualdade, a liberdade, e a cidadania são reconhecidos como princípios emancipatórios da vida social.”¹¹⁷ Porém, somente uma ação política e social eficaz poderá oferecer meios para acabar ou pelo menos minimizar a desigualdade e a exclusão que coexistem na nossa sociedade.

¹¹⁷ Para Boaventura (apud Lima), “No capítulo sobre a “construção intercultural da igualdade e da diferença” Boaventura comenta que “pela primeira vez na história, a igualdade, a liberdade e a cidadania são reconhecidos como princípios emancipatórios da vida social” (2006, p. 279).

Ou seja, em um estado democrático de direito, como o Brasil, dentro da exemplificação prática da concessão da dignidade da pessoa humana – demanda direito, liberdade, oportunidade, renda e riqueza de forma mais justa e/ou igualitária do que as diferentes práticas vêm demonstrando, que pode ser obtida pela legitimação desta questão.

Pelas perspectivas dos povos indígenas ou mesmos dos povos ancestrais latinoamericanos, estes possuem uma visão própria ao direito à dignidade, projetada através das valorações das inter-relações que se dão entre toda a vida que os cerca: a terra, os animais, as plantas, os rios, o vento, as pessoas, e mesmo a relação com o transcendental... Tudo é parte de um delicado equilíbrio, de uma harmonia que só se justifica pela afirmação de que a vida, em si, possui uma dignidade.

Desse modo, é possível compreender que a dignidade é um valor que não se limita à dimensão humana; que não a exclui, mas, abrangendo-a, ultrapassa-a, para ser atribuída à vida em geral. É dessa maneira que a perspectiva culturalmente diferenciada dos povos indígenas da América Latina, com sua visão integradora e não diferenciado que contribui para uma leitura da dignidade como algo mais do que a promoção da dignidade da pessoa humana, permitindo a afirmação da existência de uma *dignidade da vida*.

3.3.1 O direito indígena no ordenamento brasileiro

Demonstrando que o objetivo desse novo ordenamento constitucional latinoamericano é assegurar o exercício de direitos, constata-se não se tratar de simples declaração, dissociada do exercício e de concretude dos direitos.

Evidencia-se que o texto constante do preâmbulo constitucional brasileiro é elemento importante de integração e interpretação dos artigos que lhe seguem, servindo de alicerce para novos rumos que a ação política dos governos estabelecidos sob a vigência do texto constitucional pretender adotar.

Este Estado, que surge com a promulgação da Constituição de 1988, segundo essas diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas, deverá, necessariamente, assegurar a construção de uma sociedade plural, “livre” de preconceitos.

Os elementos contidos no preâmbulo constitucional são a síntese do processo de afirmação dos direitos humanos que atravessa a história da humanidade rompendo paradigmas, concepções, sistemas, por meio de ideias, lutas nos movimentos sociais, tensões políticas e sociais, atos heróicos individuais transformam o que antes era contrário à ordem, criminoso,

em direitos essenciais, por definição fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana.

O Direito brasileiro admite que os indígenas são sujeitos de sua própria história, sendo aptos a realizarem as opções mais adequadas aos seus modos de ser, viver e sentir. Nesse aspecto, importante avanço deu-se pela previsão constitucional: “a lei suprema delineou as bases políticas em que se devem efetivar as relações entre os povos indígenas e o Estado brasileiro.”¹¹⁸ É o que se demonstram nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, - “ad referendum” - do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A finalidade do disposto no art. 231, além de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, é disciplinar também a proteção às terras indígenas.

¹¹⁸ PONTES JÚNIOR, Felício; ALMEIDA, Marco Antonio Delfino, 2011.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988, ao romper com o modelo de assimilaridades ou integracionista, trouxe a esperança de uma sociedade plural, na qual as diferenças fossem respeitadas e a multiplicidade de modos de ser e viver consolidassem espaços diversos para o exercício da cidadania.

Ao reconhecer aos povos indígenas direitos coletivos e permanentes, a Constituição abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve.¹¹⁹

Questiona-se, todavia, o alcance dessa mudança paradigmática. Será que a inovação profunda no tratamento constitucional dispensado ao indígena, ultrapassa a formalidade da lei e alcança as relações entre Estado e sociedade, de modo que os direitos indígenas sejam protegidos e respeitados nas situações fáticas.

Essa questão ganha relevo ao se analisar o direito à participação pública indígena nas decisões que abrangem suas formas de bem viver, num contexto multicultural, sendo essencial para o seu modo de ser e viver.

As escolhas políticas referentes à participação pública surgem de questionamentos sobre quem pode participar ou não das decisões governamentais e de que forma essa participação se dará. Um espaço político inclusivo, que considera como legítimo sujeito partícipe todo aquele que de alguma forma é afetado pelas decisões governamentais, deve ser a opção contemporânea pela participação dos cidadãos nos diversos níveis de governo, refletindo os anseios sociais atuais.

O que se pode afirmar é que nunca, como hoje, a participação popular foi colocada em tão grande relevo na ordem dos pré-requisitos para a efetiva realização da democracia. Quando assim nos expressamos, fazemos referência a uma participação ativa do cidadão, participação entendida como tomar parte pessoalmente, como vontade ativa, predeterminada, consciente ou, porque não dizer, cívica.¹²⁰

A luta pelo direito de participação sempre foi árdua, com avanços lentos. As classes dominantes, no decorrer da História, com o intuito de manter o poder, sempre dificultaram a participação pública daqueles menos favorecidos. Hoje alguns instrumentos participativos são

¹¹⁹ ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* *Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito à diferença*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 46.

¹²⁰ PEREZ, Marcos Augusto. 2009, p. 32-33.

previstos e o direito à participação pública tem sido, aos poucos, consolidado. Com relação aos povos indígenas e a sua participação política, depreende-se do artigo 231 da Constituição Federal que a opção do constituinte foi no sentido de sua inclusão no rol de legitimados ao exercício da cidadania.

Assim, transparece a intenção de assegurar a sua participação na definição de projetos econômicos e políticas públicas a eles referentes, bem como, criar a obrigação de o Congresso Nacional, ao decidir em tais situações, levar em consideração o posicionamento dos povos indígenas a respeito do assunto.

Sobre este prisma, a Constituição brasileira de 88, consagrou o Capítulo VIII, com os respectivos arts. 231 e 232. O que interessa, no entanto, para a finalidade no art. 231, além de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, é disciplinar também a proteção às terras indígenas.

Helder Girão Barreto¹²¹, ao descrever em razão dos direitos indígenas, é possível identificar dois momentos marcantes: antes da CF/88, os ‘direitos indígenas’ reconhecidos eram basicamente restritos ao direito de posse sobre a terra, isto é, estritamente de natureza civil; e a partir da CF/88, houve um expressivo alargamento destes direitos, sobretudo como resultado do prestígio de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para a sua garantia e efetivação.

Portanto, que o referido autor, entre outros, reconhece que a CF/88, especificamente no que se refere aos “direitos indígenas”, representou uma verdadeira “mudança de paradigma”.

Luiz Fernando Villares (2009), ao mencionar sobre o texto constitucional de 1988, descreve que o texto representa o seguinte:

uma escolha de relações e aspirações de uma sociedade em seu tempo histórico”, sendo que “numa outra sociedade, que não a brasileira, o índio sequer é mencionado no respectivo ordenamento [...]”, pelo que “quando existe um tratamento legal específico dele, como nos demais países americanos, as regras são diferentes das brasileiras, pois diversas foram e são as realidades que amparam a idealização feita pelo direito.¹²²

Evidente que a Constituição Federal de 1988 não esgotou todo o seu conteúdo dos direitos a que fazem jus os povos indígenas, mas é indiscutível ter sinalizado de forma espetacular um conteúdo mínimo necessário, para que a partir deles, viesse o reconhecimento

¹²¹ BARRETO, Helder Girão. 2008, p. 100.

¹²² VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p.19.

de outros direitos que direta ou indiretamente, decorram daqueles expressamente previstos nos arts. 231 e 232.

Para além do ordenamento jurídico nacional, encontra-se a Convenção 169 da OIT cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 134/2002. Ainda em 2002, o governo brasileiro depositou junto à Diretoria Executiva da OIT o instrumento de ratificação, sendo que em 2004, ela foi definitivamente incorporada ao direito interno pelo Decreto 5.051, que a promulgou. Ela é constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções: política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através de fronteiras e administração.

3.3.2 A convenção 169 da OIT e a agenda 21 da ONU

A Convenção da Organização Internacional do Trabalho, 169/OIT, assim, define a política geral para o tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática no intuito de proteger os direitos desses povos, garantindo o respeito pela sua integridade (art. 2º), o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. Na verdade, referida Convenção visa promover a maior eficácia das obrigações assumidas pelos Estados.

Após a promulgação da CF/88, também foi elaborado um documento intitulado Agenda 21 da Organização das Nações Unidas - ONU/1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada no Rio de Janeiro, que veio a ampliar e integrar o sistema especial de proteção dos direitos humanos, observando-se que um capítulo inteiro foi dedicado ao reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades, ficando expressamente previsto que as populações indígenas devem desfrutar a plenitude dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem impedimentos ou discriminações, devendo ser fortalecido o papel dessas populações para a implementação de um desenvolvimento saudável e sustentável.

Vale anotar que a Agenda 21/ONU-Rio-1992 e a Convenção 169/OIT estão como considerados os principais documentos internacionais que devem servir de base para a prática de políticas sociais, bem como para a formulação de políticas públicas, elaboração de leis e para as soluções de litígios que envolvam questões indígenas.

3.3.3 Multiculturalismo

A possibilidade do fato de pensar a dignidade como Direito, e este no plural, a partir da ideia de que existem outras configurações de Direitos em outras culturas, que nos proporciona comentar nos estudos de Boaventura de Souza Santos, em sua obra “A Gramática do Tempo – para uma nova cultura política”, submetendo a uma reflexão pela procura de direitos através dos movimentos sociais, porém, propicia observar com um olhar mais minucioso na existência de uma demanda maior, designada pela procura suprimida dos direitos de cidadania.

Do ponto de vista epistemológico, a demanda suprimida é uma área da sociologia das ausências, como o autor discute em várias passagens de sua obra: “Trata-se 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-creditável ao que existe”.¹²³

No que se refere aos direitos da cidadania, pode ser de como a procura de todos aqueles indivíduos que, a despeito de terem consciência de seus direitos, sentem-se totalmente impotentes para reivindicá-los quando são violados. É esta a procura da maioria considerável das pessoas das classes mais populares, em especial, no objeto de nossas discussões referente às populações indígenas.

Boaventura de Souza Santos nos enriquece através de seus estudos, pesquisando a questão do multiculturalismo relacionado com os Direitos Humanos e desenvolvendo projetos de pesquisa com parceiros e interlocutores de várias culturas. Ele defende também a hermenêutica diatópica como metodologia para avanços progressivos no diálogo intercultural.

No entanto, para Boaventura de Souza Santos¹²⁴, o multiculturalismo deve ser um instrumento contra-hegemônico denominado pelo mesmo de multiculturalismo emancipatório. Entende que os direitos para minorias propostos pelos liberais se materializaram por meio dos direitos humanos universais, o que por sua vez são estes direitos a materialização dos valores liberais ocidentais, não se coadunando em muitas situações com a cosmovisão, tradições e valores de outros grupos étnicos e nações.

A transformação paradigmática da concepção dos direitos humanos proposta por Boaventura de Sousa Santos, parte da constatação de que os direitos humanos não possuem

¹²³ SANTOS, Boaventura de Souza. A Gramática do Tempo, p. 102

¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N.48, jun, 1997.

uma matriz universal. O paradigma atual dos direitos humanos encontra-se inserido num contexto monocultural ocidental.

Desde as Revoluções Liberais imbuídas da ideologia iluminista e da “razão instrumental” da modernidade é que os colonizadores europeus transplantaram os valores do liberalismo individualista para outras culturas.

O mundo passa por constantes mudanças. E essas metamorfoses agravam-se com os processos de globalização, onde, alguns países, ou grandes grupos, que representam os interesses de outros poucos, adentram espaços-tempos internacionais. Instalam suas empresas exercem seu poder hegemônico, econômico e cultural.

Para Boaventura de Souza Santos¹²⁵ “A globalização da cultura, tal como a globalização da economia, é um processo desigual e contraditório.” É um processo de desenraizamento, pois a exigência do mercado de trabalho obriga a deixar para trás saberes e crenças seculares em detrimento de novos saberes. Essa forma radical da globalização e das tecnologias de lidar com a cultura só fazem aumentar a desigualdade e a exclusão. Portanto, todas as culturas que não são valorizadas no mercado cultural global ou porque não se deixam apropriar ou porque a sua apropriação não provoca interesse, fatalmente acabam sofrendo uma forma radical de exclusão quanto o extermínio, são extinguidas da “memória cultural hegemônica” e, quando muito, permanecem nas “caricaturas que delas faz a cultura hegemônica”. Para Boaventura:

As metamorfoses por que estão a passar os sistemas de desigualdade e de exclusão sob o impacto dos processos de globalização, tanto econômica, como cultural são talvez ainda mais evidentes à luz de novos fenômenos de pertença subordinada em que se misturam cada vez mais intrincadamente a pertença subordinada pela integração e a pertença pela exclusão com repercussões significativas na composição social dos grupos sociais neles envolvidos e nas lutas sociais que eles protagonizam.¹²⁶

Por meio da globalização econômica, os valores ocidentais são passados midiaticamente, como se fossem universais, de forma a permitir a expansão de ideias intimamente ligadas ao legado e ideologia neoliberal ocidentais do mercadocentrismo. O cosmopolitismo proposto por Souza Santos vai na contramão da mundialização cultural mercadocêntrica. Não se podem negar esforços para universalizar um conjunto de valores que

¹²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença. **OFICINA DO CES**. Nº 135 - 1999: Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais. Praça D. Dinis. Colégio São Jerónimo, Coimbra. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015, p.31.

¹²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença. **OFICINA DO CES**. Nº 135 - 1999: Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais. Praça D. Dinis. Colégio São Jerónimo, Coimbra. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015, p.32.

possa ser compartilhado por todas as culturas. Enquanto forem concebidos como direitos universais, os direitos humanos tenderão a operar como “localismo globalizado” e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônicas, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. Vivemos em um “pluriverso” e não em um “universo” único¹²⁷.

Devemos buscar consenso e o dissenso entrelaçando-se na procura de uma constante reativação crítica e utópica do consenso imposto. É preciso fugir do “localismo ocidental globalizado”¹²⁸.

Boaventura de Souza Santos chama de hermenêutica diatópica o diálogo entre duas ou mais culturas ou dois referenciais ou lugares (dois *topoi*), como explica:

Num diálogo intercultural, a troca ocorre entre diferentes saberes que refletem diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de *topoi* fortes. Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. [...] A hermenêutica diatópica baseia na ideia 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 vivível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a inspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo 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 seu carácter dia-tópico¹²⁹.

Outra dimensão muito frisada por Boaventura Souza Santos¹³⁰ é o potencial emancipatório dos direitos humanos, se estiverem impregnados profundamente pelo pluralismo cultural, numa atitude de busca e diálogo, o que seria de fato cosmopolita. Assim o multiculturalismo seria emancipatório. A tarefa central de uma política de libertação da atualidade será transformar o entendimento e a prática dos Direitos Humanos de um “localismo

¹²⁷ A frase foi usada por ESTEVA Gustavo, PRAKASH Madhu Suri, 1998, *Grassroots Post-Modernism - Remaking the Soil of Cultures*, United Kingdom, Zed Books, p. 223, citada por Baldi Eberhard como sendo de Prakash, op. cit., p. 168).

¹²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 447.

¹²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Gramática do Tempo*. Op. cit., pp. 447-448.

¹³⁰ BALDI, C.A. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Op. cit., pp. 250-252.

globalizado” num projeto cosmopolita, o que será mostrado através de algumas premissas para que haja transformação¹³¹. De acordo com Souza Santos¹³²:

A primeira premissa é a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural. Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos.

A segunda premissa da transformação cosmopolita dos direitos humanos é que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos. Torna-se, por isso, importante identificar preocupações isomórficas entre diferentes culturas. Designações, conceitos e *Weltanschauungen* diferentes podem transmitir preocupações ou aspirações semelhantes ou mutuamente inteligíveis.

A terceira premissa é que todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura. [...] Aumentar a consciência de incompletude cultural até ao seu máximo possível é uma das tarefas mais cruciais para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos.

A quarta premissa é que todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras.

A quinta premissa é que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica: princípio da igualdade e princípio da diferença. Um – o princípio da igualdade – opera através de hierarquias entre unidades homogêneas (a hierarquia de estratos socioeconômicos; a hierarquia cidadão/estrangeiro). O outro – o princípio da diferença – opera através da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas (a hierarquia entre etnias ou raças, entre sexos, entre religiões, entre orientações sexuais). Os dois princípios não se sobrepõem necessariamente e, por esse motivo, nem todas as igualdades são idênticas e nem todas as diferenças são desiguais.

Estas são as premissas de um diálogo intercultural para que haja transformação nas relações entre as culturas e povos, tentando promover uma possível concepção multifacetada de direitos humanos.

¹³¹ Idem, *ibidem*, pp. 250-252.

¹³² SANTOS, Boaventura de Souza. *A Gramática do Tempo*. Op. cit., pp. 445-447.

Percebe-se que um ponto de partida para todos os estudiosos que pesquisam direitos humanos em uma perspectiva intercultural é a questão da “dignidade da pessoa humana”. Todas as culturas possuem algum tipo de concepção ou prática relacionada com a dignidade humana.

Mesmo sem usar a terminologia “direitos humanos”, algo próximo se encontrará. Por exemplo, buscar uma vida digna, querer uma vida melhor para os seus filhos e parentes, para a tribo, clã ou comunidade circundante. Todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. Nenhuma cultura dá conta do humano. “Aumentar a consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias à construção de uma concepção emancipadora e multicultural dos direitos humanos”¹³³.

Assim, devemos considerar que a homogeneização cultural é uma intenção típica do Direito ocidental moderno, instrumento de colonização e de segurança ao modo de produção do mercado e da política liberal, deixando aquém a concepção de direitos humanos.

3.3.4 Direitos indígenas como direitos humanos fundamentais

Ao tratar dos princípios fundamentais, a Constituição Federal estabelece no art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O art. 4º ainda estabelece como princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos (inc. II). É certo que os direitos indígenas devem ser considerados direitos fundamentais, tanto que se encontram presente no corpo do texto constitucional, como se demonstrou anteriormente. O art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ressalta que:

Todas as pessoas têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica, ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Sobre os direitos fundamentais e direitos humanos, Ingo Sarlet sustenta que:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do

¹³³ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Gramática do Tempo*. Op. cit., p. 446.

direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹³⁴

Vladimir Brega Filho, sobre a questão do conteúdo das expressões e estudando o histórico dos direitos fundamentais, ressalta que:

Apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criarem condições para o seu exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais.¹³⁵

Tomando-se as considerações acima, não restam dúvidas que os direitos das comunidades indígenas, devem ser tratados à luz do que dispõe os documentos acerca dos direitos humanos, mesmo porque, ordinariamente, já deveriam ser respeitados independentemente da existência de legislação específica interna, o que já obrigaria o Estado a garanti-los.

Como ramo autônomo do Direito e inserido na pluridimensionalidade dos direitos humanos, o direito indígena também sofre com a falta de efetividade e aplicabilidade desses direitos¹³⁶.

Não basta os direitos indígenas estarem positivados no plano interno dos Estados e até mesmo garantidos internacionalmente. Na prática, o que falta na realidade é a sua concretização. Aliás, Bobbio, sobre a proteção dos direitos conquistados, já dizia:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. (...) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-lo.¹³⁷

E prossegue,

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2006, p. 33.

¹³⁵ BREGA FILHO, Vladimir. 2002, p. 22.

¹³⁶ BARRETO, Helder Girão. 2008, p. 95.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. 2004, p. 24.

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violado.¹³⁸

A questão que se apresenta, portanto, é no sentido de que as conquistas obtidas devem servir de instrumento de proteção do povo indígena, incluindo sua cultura, sem, contudo, restringir outros direitos universalmente protegidos, como a vida. Desta forma, compreendendo o direito dos povos indígenas como “direito das minorias”, há que se ter em mente uma convivência de forma democrática a fim de garantir a efetivação desses direitos como um todo.

É necessário, então, partir-se de um entendimento de que para a construção do Estado Democrático de Direito, deve haver, não só o respeito, mas a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Não se admite que os povos indígenas fiquem de fora desse contexto, partindo-se da premissa contida no art. 5º, da CF: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*.

Sob este viés, a própria previsão dos direitos humanos fundamentais é direcionada à proteção e dignidade da pessoa humana num sentido amplo. No entanto, como bem observa Boaventura de Souza Santos¹³⁹, concebendo-se os direitos humanos como direitos universais, eles poderão se constituir um *locus* onde ocorram “choques de cultura”.

Busca-se nesse sentido, uma relação dialógica entre os diversos tipos de conhecimento, os quais utilizam de categorias, linguagens e símbolos para diferentes manifestações do conhecimento. O aprender com o sul global representa o mecanismo mais adequado para o rompimento com o pensamento colonialista, pois é neste hemisfério do globo terrestre que podem ser achadas práticas transformadoras e novas interpretações de mundo. Segundo as epistemologias do sul:

É dizer, se a teoria convencional fala de democracia, nós falamos de democracia participativa, radical, deliberativa; se a teoria convencional fala de desenvolvimento, nós falamos de desenvolvimento democrático, sustentável, alternativo; se a teoria convencional fala de direitos humanos, nós falamos de direitos humanos coletivos, interculturais radicais; se a teoria convencional fala de cosmopolitismo, nós falamos de cosmopolitismo subalterno, insurgente.¹⁴⁰

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. 2004, p. 25.

¹³⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. 2003.

¹⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologias Del Sur. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf. Acesso em 23/06/2015. p. 15.

A epistemologia do sul como proposta de práticas transformadoras significa o reconhecimento de que a concepção de mundo extrapola a concepção dominante europeia.

Nesse sentido, é o reconhecimento de que há uma diversidade de sentidos inesgotáveis que implicam em diferentes maneiras de pensar, sentir, se organizar em sociedade, se relacionar com o meio ambiente, enfim, uma infinidade de percepções que torna a concepção intercultural de direitos humanos uma forma rica de conhecimento.

Esse conhecimento, no entanto, não deve ser concebido através de uma teoria geral que o descreva, mas deve partir de uma pluralidade de conhecimentos que não crie um monopólio do mesmo.

Destarte, o despojar de uma teoria geral que não possui a solução dos problemas sociais implica em um esvaziamento do universalismo que monopoliza o saber.¹⁴¹ 109 Esta mudança de paradigmas proposta como práticas emancipatórias por meio de diálogos interculturais, passando pela desconstrução do modelo da universalidade dos direitos humanos estabelecido pela modernidade ocidental.

¹⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologias Del Sur, Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf. Acesso em 23/06/2015. p.16 e 17.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento de uma matriz ideológica da igualdade é o primeiro passo na direção de uma compreensão eficaz da diferença, sendo que nenhuma ação ou omissão dentro da sociedade que se pretenda ser plural, e que busca o objetivo de assegurar um tratamento igualitário a todos os seus nacionais, pode desconsiderar suas identidades ou particularidades.

As diferenças e a exclusão foram o escopo de muitos conflitos, desafios, conceitos, preconceitos, discriminações e perseguições. Desigualdade e exclusão transcorrem pelas sociedades fazendo com que os indivíduos de todas as raças, de variadas cores e credos, lutem para superar séculos de efervescência excludente e de desigualdade social.

Os reflexos destas ações atingem principalmente quando estas exclusões afetam incondicionalmente a própria subsistência de uma população, seja em relação ao seu modo de vida, cultura ou mesmo tratando de seu próprio modo de ser, ou seja, sua existência.

Esta condição, obriga tais populações ao estarem sempre aquém das possibilidades de buscar um equilíbrio de igualdades em relação ao grupo dominante, deixando-os à margem da participação nas decisões das nações à qual pertencem, afetando em primazia na sua condição de dignidade da pessoa humana, tema central deste estudo.

Contudo, o chamado novo constitucionalismo latinoamericano, se destaca, como contraponto ao raciocínio tradicional, trazendo propostas de reforma das bases institucionais já gastas e desacreditadas.

Tal preceito normativo, é fruto das rupturas institucionais ocorridas nas últimas décadas, produto de revoltas e manifestações populares – como as que o Brasil vivenciou no último ano – que levaram alguns países latinoamericanos a novas constituições de caráter descolonial, original e em sintonia com a história local, considerando suas raízes indígenas e valorizando o bem comum em relação à natureza. São exemplos as constituições boliviana (2009), equatoriana (2008), colombiana (1991) e venezuelana (1999).

Dentre os fatores normativos que incidem no novo constitucionalismo latinoamericano dá-se destaque em relação aos seus atores centrais cujas características não são os representantes políticos tradicionais, mas o próprio povo, buscando-se desta forma, padrões alternativos de legitimidade sob uma ótica comunitária, participativa e pluralista.

O pluralismo ora proposto é visto como uma forma de poder legítima justamente pela coexistência de concepções divergentes igualmente participativas. Deve haver, no Estado, espaço democrático de expressão de anseios e ideias, dando-se vazão ao papel real e essencial

de uma Constituição: ser instrumento de reconhecimento e garantia dos direitos conquistados pelo povo e de reflexo da realidade sociocultural de uma nação.

O mundo se encontra por constantes transformações, e essas metamorfoses agravam-se com os processos de globalização, onde, alguns países, ou grandes grupos, que representam os interesses de outros poucos, adentram espaços-tempos internacionais, impõe suas ideias, exercem seu poder hegemônico, econômico e cultural.

Descreve-se sobre este tema no respectivo trabalho os pensamentos de vários colaboradores, destacando-se do ilustre professor Boaventura de Souza Santos ao afirmar que: “A globalização da cultura, tal como a globalização da economia, é um processo desigual e contraditório.” Ele descreve que “é um processo de desenraizamento, pois a exigência do mercado de trabalho obriga a deixar para trás saberes e crenças seculares em detrimento de novos saberes.”¹⁴² Essa forma radical da globalização e das tecnologias de lidar com a cultura só fazem aumentar a desigualdade e a exclusão.

Portanto, todas as culturas que não são valorizadas no mercado cultural global ou porque não se deixam apropriar ou porque a sua apropriação não provoca interesse, fatalmente acabam sofrendo uma forma radical de exclusão quanto o seu extermínio, são extinguidas da “memória cultural hegemônica” e, quando muito, permanecem nas menções que delas faz a cultura hegemônica.

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

Assim, no novo Constitucionalismo latinoamericano, através da implantação destas concepções nos Estados Plurinacionais, aprimoram o relacionamento entre a sua população original, principalmente a indígena, em que possam estar incluídos juntamente com os demais nacionais, permitindo que aqueles manifestem e expressem suas necessidades de bem viver dentro da cosmovisão de sua população, promovendo assim o devido respeito aos seus modos de subsistência, como seus credos, culturas, com suas práticas e costumes tradicionais e a sua dignidade humana.

¹⁴² SANTOS, Boaventura de Souza. *A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença*. OFICINA DO CES. Nº 135 - 1999: Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais. Praça D. Dinis. Colégio São Jerónimo, Coimbra. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015. 1999, p. 31.

Este por fim, deve ser analisado não tão somente na visão euro-ocidental, mas dentro de uma perspectiva que visa o alcance de todos, proporcionando assim um critério que esteja mais próximo daquilo que seria justo, dentro de um critério de liberdade.

Deve ser considerado aqui, também, que para poderem exercer seu direito de escolha (liberdade), eles devem dialogar com outras culturas, sem, no entanto, serem oprimidos ou obrigados. Partindo, então, do pressuposto de que as teorias que enfocaram o problema da justiça, estabeleceram critérios para permitir a distinção entre justo e injusto, há que se observar que Kant, ao elaborar sua teoria, não estava preocupado com o que o direito é como realidade histórica, mas como aquilo que ele deveria ser para corresponder a um ideal de justiça. E este ideal de justiça para Kant, segundo Bobbio, era a “justiça como liberdade”,

Portanto, não é suficiente, segundo o ideal do direito como liberdade, que o ordenamento jurídico estabeleça a ordem, nem é suficiente que esta ordem seja fundada na igualdade (também uma sociedade na qual na qual todos sejam escravos é uma sociedade de iguais, ainda que iguais na escravidão). É necessário, para que brilhe a justiça com toda a sua luz, que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação. Motivo pelo qual seria justo somente aquele ordenamento em que fosse estabelecida uma ordem na liberdade.¹⁴³

Esta liberdade vai de encontro com as propostas e concepções que as novas Constituições latino-americanas tem em relação com a dignidade da pessoa humana, dentro da sua cosmovisão indígena, que vai além daquele conceito ocidental de dignidade humana, estabelecendo uma dignidade de vida, que propicia o bem viver e não o viver bem.

Além mais, a sua essência traz uma nova concepção que envolve a relação entre a natureza e a cultura dos povos originais, onde estes demonstram a preocupação com a proteção de vida entre o indivíduo junto ao meio ambiente em qual se vive, transformando-o a Mãe Terra como ser vivo ou *Pachamama*, tornando-a um sujeito de direitos, onde sem ela não há como proporcionar dignidade à todos os seres.

Tais subsídios elementares vão contra a hegemonia e na ruptura da visão ocidental, bem como confronta com as fundamentações elencadas pela própria Constituição brasileira, haja vista que, dentro dos critérios normativos da Constituição Federal os direitos indígenas previstos mais especificamente no art. 231, quando trata do reconhecimento aos índios de sua organização social, costumes, crenças e tradições, ou seja, de toda a sua subsistência, estes ficam apenas no campo teórico, pois demonstra insuficiente para dar respostas às relações

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. 2004, p.73.

complexas nas sociedades, não logrando êxito no que diz respeito a um efetivo reconhecimento das diferenças, o qual se faz necessário através de um projeto social de reconhecimento e emancipação fundamentados em diálogos interculturais, conforme demonstrado dentro dos critérios para concretização de direitos em uma sociedade plural e multicultural.

Como ramo autônomo do Direito e inserido na pluridimensionalidade dos direitos humanos, o direito indígena também sofre com a falta de efetividade e aplicabilidade desses direitos.¹⁴⁴

Desta forma, é necessário introduzir os componentes de bem viver em compatibilidade com a concepção de bem primário na Constituição brasileira à luz da teoria da dignidade da pessoa humana, pois ao tratar dos princípios fundamentais, a Constituição Federal estabelece no art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O art. 4º ainda estabelece como princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos (inc. II). É certo que os direitos das populações indígenas devem ser considerados direitos fundamentais, tanto que se encontram presente no corpo do texto constitucional, como se demonstrou anteriormente.

Esses elementos essenciais devem estar pautados nas fundamentações de um entendimento constitucional a partir de informações que moldem com a dignidade da pessoa humana, dentro de medidas já instituídas da plurinacionalidade das Constituições dos países latinoamericanos, os quais servem de subsídios, ou seja, como base primordial e capaz de ampliar a proteção conferida pelo conceito de direito às populações indígenas, seja tanto no Estado brasileiro quanto aos países da América-latina, servindo como apoio ao direito à dignidade da pessoa humana e do bem viver.

¹⁴⁴ BARRETO, Helder Girão. *Direito Indígenas – Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno*. In: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. v. XII, 2012, pp. 455-473.

ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*. *Povos indígenas e a lei dos brancos*”: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 46.

BARRETO, Helder Girão. *Direito Indígenas – Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5ª Ed., Editora Saraiva, 2002.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 57-130.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Tourinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BOLÍVIA, *Constitución de República Del Bolívia*. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em 20/06/2015 “El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.”

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay)*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

BRASIL, Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. *Convenção da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre os Povos Indígenas e tribais*. Poder Executivo, Brasília/ DF, 19 abr. 2004. D.O.U. 20.04.2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 28/08/2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/compilado.htm. Acesso em 16/02/2015.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BURCKHART, Thiago Rafael. *O 'novo' constitucionalismo latinoamericano e a positivação de direitos pluralistas: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p.1010. Acesso em 22/07/2015.

CHIVI VARGAS, Idón M. *Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia*. VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009, p. 151-166.

CLAVERO, Bartolomé. *Constitucionalismo indígena en América Latina, con particular consideración de Colombia*. Conferência inaugural, posteriormente elaborada por escrito, do Seminário Internacional “Veinte años de constitucionalismo social”, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Del Rosario, Bogotá, Colômbia, set. 2011.

_____. MAMANI, Carlos. *Derechos de la madre tierra em médios no indígenas*. In: *América Latina en Movimiento*. No. 479, año XXXVI, II, Octubre, 2012. p.10-13.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

ECUADOR, República de. *Constitución de la República de Ecuador*, 2008. Disponível em: <http://www.ecuanex.apc.org/constitucion/indice.html>. Acesso em 22/06/2015.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización* GARAVITO, César Roberto (org.). *El Derecho em América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-184.

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. *Plurinacionalidad y autonomias: comentarios entorno al nuevo proyecto de constitución boliviana*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 84, set. - dez. 2008, pp. 147-177.

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

LATOUCHE, Serge. *A ocidentalização do mundo: ensaio sobre a significação, o alcance e os limites da uniformização planetária*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LIMA, Josefa Santana. SANTOS, Sousa Boaventura. *A construção intercultural da igualdade e da diferença* (cap. 8); *a crise do contrato social da modernidade e a emergência do fascismo social* (cap. 9); *a reinvenção solidária e participativa do Estado* (cap. 10). In: *A Gramática do Tempo : por uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado plurinacional na América Latina*. Revista Jus Vigilantibus. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38959>> Acesso em: 06 out. 2015.

_____. *O Novo Constitucionalismo Indo-afrolatinoamericano*. In: Revista da Faculdade mineira de Direito, v.13, n. 26/dez 2010. p. 83-97.

_____. *Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador*. 2011. Disponível em: <http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/11/802-reflexoes-sobre-o-novo.html>. Acesso em 30 jun 2015.

MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen Vivir/Vivir Bien*. Filosofia, políticas, estratégias y experiencias regionales andinas. Lima: Cordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. SP: Atlas, 2006. 948 p.

MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PETTERS MELO, Milena. *O Patrimônio Comum do Constitucionalismo Contemporâneo e a virada biocêntrica do 'novo' constitucionalismo latinoamericano*. Artigo encaminhado para publicação na Revista Jurídica da UNIVALI. Florianópolis, 12 de setembro de 2012.

PONTES JÚNIOR, Felício; ALMEIDA, Marco Antônio Delfino. *Petição inicial: Ação civil pública ambiental em face de Ibama: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Eletronorte: Centrais Elétricas do Norte do Brasil*. Disponível em: www.prpa.mpf.gov.br/news/2011/...pdf/at_download/file. Acesso em: 06 agosto 2015.

RAMIREZ, Silvina. Sete problemas do Novo Constitucionalismo. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009, p. 213-235.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

RODRÍGUEZ, Edwin Cruz. *Los movimientos indígenas y La cuestión nacional em Bolivia y Ecuador: una genealogía del estado plurinacional*. In: Análisis Político. Bogotá, v. 23, n.70, dez. 2010.

ROMERO, Ellen Cristina Oenning. *Os direitos ambientais dos povos indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença*. OFICINA DO CES. Nº 135 - 1999: Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais. Praça D. Dinis. Colégio São Jerónimo, Coimbra. Disponível em: <
<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*. 4º ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

_____. *A Gramática do Tempo – para uma nova cultura política*. 3ª ed., São Paulo, Ed Cortez. vol. 4, 2010.

_____. Por qué Cuba se há vuelto um problema difícil para la izquierda. LANG, Mirian, SANTILLANA, Alejandra (orgs.) *Democracia, Participación y Socialismo: Bolivia, Ecuador e Venezuela*. 1ª ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburg. 2010c. p. 166-178.

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

_____. Cuando lós excluídos tienen Derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. RODRIGUES, José Luis Exeni. SOUSA SANTOS, Boaventura (orgs.). *justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 1ª ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012b, p. 11 – 48. Acesso em 20 set 2015.

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

_____. *Epistemologias Del Sur*, Disponível em:
http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf. Acesso em 23/06/2015

_____. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Por Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N.48, jun, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado (2004), "Para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade", in Santos, Boaventura de Sousa (org.), *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Porto: Edições Afrontamento. Disponível em: < <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/capitulos-de-livros.php> pdf>. Acesso em: 25 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: 6.ed., Editora do Advogado, 2006.

_____. *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*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 15-43.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade humana e sobre a dignidade da vida em geral*. In: Revista da Defensoria Pública da União (DPU), nº 19, jan.-fev. 2008.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

UPRIMNY, Rodrigo. *Las transformaciones constitucionales recientes em América Latina: tendencias y desafíos*. In: GARAVITO, César Roberto (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 109-139. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

VAL, Eduardo Manuel. BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano* - Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Fundamentos teóricos y prácticos del nuevoo constitucionalismo latinoamericano*. In: Gaceta Constitucional, nº 48, 2011. p. 307-328.

_____. *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* 2011b. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em 10 jul 2015.

_____. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. 1 ed. Quito, 2010, p. 9-44.

_____. *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. In: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, n.º. 25, 2010b. p. 7-29.

_____. *Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional* (2007), In: Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, vol. 14, n.º. 2 maio/agosto 2008. p. 102/132.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado*. In: Tabula Rasa. n. 9, 2008, pp.131-152.
Disponível em <<http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*: 2010. Disponível em:
<<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.